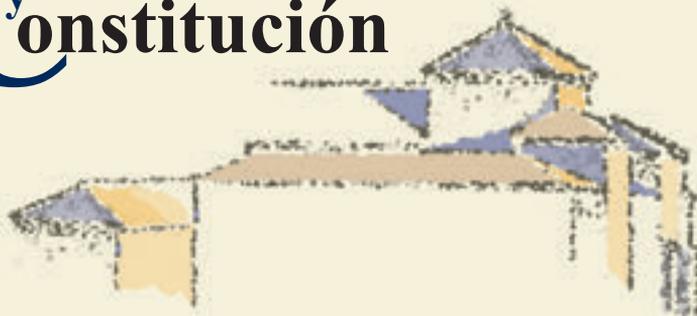




Parlamento y Constitución



Anuario

SUMARIO

I. ESTUDIOS

Robert Alexy, *"La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad"*.

Víctor Eduardo Orozco Solano, *"El principio de Laicidad Estatal y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico español: una aproximación desde el derecho comparado"*.

Orlando Triguero Ortiz, *"El Consejo de Estado en el constitucionalismo histórico español"*.

Soledad Suárez Rubio, *"Los menores como usuarios de redes sociales y su privacidad"*.

Francisco Javier Díaz Revorio, *"Los retos de la monarquía parlamentaria en España: adaptarse a los tiempos sin renunciar a su sentido histórico simbólico y a su esencia legitimadora constitucional"*.

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

José Sanroma Aldea, *"Crisis democrática y futuro del estado autonómico"*.

María Teresa Vizcaíno López, *"Las minorías religiosas en el actual estado laico mexicano"*.

Luis María Díez Picazo, *"Apología de la democracia representativa"*.

Camilo Vázquez Bello, *"La posición de los Estados Unidos de América en el mundo a través de los discursos inaugurales de sus Presidentes (1977-2013)"*.

Jesús López de Lerma Galán, *"Fundamentos jurídicos y antecedentes históricos en el desarrollo de la libertad de expresión e imprenta. Los intentos constitucionales en España"*.

Rafael Santacruz Lima y Gerardo Ríos Osorio, *"Reflexiones de la justicia constitucional en México"*.

Rogério Luiz Nery da Silva y Daiane García Masson, *"Derechos sociales fundamentales entre la reserva del posible y el mínimo existencial"*.

III. RECENSIONES

Estefanía Esparza Reyes, *"Discriminación en las relaciones entre particulares (comentario al libro de Francisco Javier Díaz Revorio)"*.

IV. CRÓNICAS

María Martín Sánchez, *"Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2014)"*.

M^a. del Pilar Molero Martín-Salas, *"Reseña de la actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha (2014)"*.

M^a. Joaquina Guerrero Sanz, *"Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2014)"*.

M^a. Elena Rebato Peño, *"Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2014)"*.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Vicente Tirado Ochoa,

Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Manuel Antonio Mirón Ortega,

Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Fátima Guadamillas Gómez,

Vicerrectora de Docencia y Relaciones Internacionales de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Pedro José Carrasco Parrilla,

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

Belén Roldán Moyano,

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

Soledad Rodríguez Rivero,

Secretaria General del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

COMISIÓN ACADÉMICA

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

Francisco Calvo Cirujano

Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha.

F. Javier Díaz Revorio,

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Eduardo Espín Templado,

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Magistrado del Tribunal Supremo.

José Luis García Guerrero,

Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.

M^a Luz Martínez Alarcón,

Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM.

Marcos Francisco Massó Garrote,

Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.

Elena Rebato Peño,

Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM.

Tomás Vidal Marín,

Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.

DIRECTORES

Eduardo Espín Templado,

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Magistrado del Tribunal Supremo

F. Javier Díaz Revorio,

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

SECRETARIA

María del Pilar Molero Martín-Salas

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional UCLM

CONSEJO EDITORIAL / EVALUADORES EXTERNOS

Luis Arroyo Zapatero, *Catedrático de Derecho Penal UCLM*

Eduardo Demetrio Crespo, *Catedrático de Derecho Penal UCLM*

Nicolás García Rivas, *Catedrático de Derecho Penal UCLM*

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

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

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

Diego López Garrido, *Catedrático de Derecho Constitucional UCLM*

José Antonio Moreno Molina, *Catedrático de Derecho Administrativo UCLM*

Miguel Beltrán de Felipe, *Catedrático de Derecho Administrativo UCLM*

Francisco Delgado Piqueras, *Catedrático de Derecho Administrativo UCLM*

Luis Aguiar de Luque, *Universidad Carlos III*

Eliseo Aja Fernández, *Universidad de Barcelona*

Enoch Alberti Rovira, *Universidad de Barcelona*

José Asensi Sabater, *Universidad de Alicante*

Francisco Bastida Freijedo, *Universidad de Oviedo*

Paloma Biglino Campos, *Universidad de Valladolid*

Roberto Blanco Valdés, *Universidad de Compostela*

José Luis Cascajo Castro, *Universidad de Salamanca*

Francesc de Carreras Serra, *Universidad Autónoma de Barcelona*

Javier Corcuera Atienza, *Universidad del País Vasco*

Luis María Díez-Picazo Giménez, *Tribunal Supremo*

Jorge de Esteban Alonso, *Universidad Complutense de Madrid*

Javier García Roca, *Universidad de Valladolid*

Ángel Garrorena Morales, *Universidad de Murcia*

Ángel Gómez Montoro, *Universidad de Navarra*

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

Juan Fernando López Aguiar, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *Tribunal Supremo*

Luis López Guerra, *Universidad Carlos III de Madrid*

José Antonio Montilla Martos, *Universidad de Granada*

Joan Oliver Araujo, *Universidad de las Islas Baleares*

Alberto Pérez Calvo, *Universidad Pública de Navarra*

Javier Pérez Royo, *Universidad de Sevilla*

Pablo Pérez Tremps, *Universidad Carlos III de Madrid*

Manuel Ramírez Jiménez, *Universidad de Zaragoza*

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, *Universidad de Jaén*

Alejandro Saiz Arnaiz, *Universidad del País Vasco*

Remedio Sánchez Ferriz, *Universidad de Valencia*

Juan José Solozábal Echavarría, *Universidad Autónoma de Madrid*

Manuel Terol Becerra, *Universidad Pablo de Olavide*

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

Carles Viver Pi-Sunyer, *Universidad Pompeu Fabra*

Ernst Wolfgang Böckenförde, *Universidad de Friburgo*

Allan Brewer-Carias, *Universidad Central de Venezuela*

Ricardo Combellas, *Universidad Central de Venezuela*

Krzysztof Komlaski, *Universidad de Wrocław*

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

Francisco Eguiguren Praeli, *Pontificia Universidad Católica de Perú*

Héctor Fix Zamudio, *Universidad Nacional de México*

José Xavier Garaicoa Ortiz, *Universidad de Guayaquil*

Domingo García Belaúnde, *Pontificia Universidad Católica de Perú*

Julieta Morales, *Centro Nacional de los Derechos Humanos de México*

Peter Häberle, *Universidad de Bayreuth*

César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional de Perú*

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

Lucio Pegoraro, *Universidad de Bolonia*

Alessandro Pizzorusso, *Universidad de Pisa*

Carlos Restrepo Piedrahita, *Universidad Externado de Colombia*

Roberto Romboli, *Universidad de Pisa*

Marcial Rubio Correa, *Pontificia Universidad Católica de Perú*

Antonio Ruggeri, *Universidad de Messina*

Néstor P. Sagüés, *Universidad de Buenos Aires*

Sofía Sagüés, *Universidad Católica Argentina*

José Luis Soberanes Fernández, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México*

Hernán Salgado Pesantes, *Pontificia Universidad Católica de Ecuador*

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

Diego Valadés Ríos, *Universidad Nacional Autónoma de México*

Jorge Reinaldo Vanossi, *Universidad de Buenos Aires*

Año 2014

Nº 16

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

Anuario



**C^y Parlamento
Constitución**

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO.

Revista Jurídica de periodicidad anual.

Consulta de los números publicados:

http://www.cortesclm.es/paginas/debate_noogicial.php?id=38

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. Deberán remitirse por correo electrónico a las siguientes direcciones: FcoJavier.DRevorio@uclm.es o MariaPilar.Molero@uclm.es

Los originales remitidos irán acompañados del archivo informático, formato Word, espaciado interlineal 1,5. 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 el idioma original del trabajo y en otro idioma.

Las referencias bibliográficas serán citadas de la siguientes forma:

- Monografías: APELLIDOS, Nombre del autor, Título de la monografía, Editorial, Lugar, Año y páginas.
- Artículos o capítulos de libro: APELLIDOS, Nombre del autor, “Título del artículo o del capítulo de libro”, Nombre de la revista o de la obra colectiva, Editorial, Lugar, Año, número y páginas.

ACEPTACIÓN DE TRABAJOS

Los trabajos recibidos serán sometidos a evaluación del Consejo Editorial/Evaluadores externos, que se pronunciarán sobre la procedencia de la publicación (provisional), así como la sección del anuario en la que la misma ha de producirse. Para la publicación del trabajo la Comisión Académica y el equipo de dirección tendrán en cuenta, además de la evaluación positiva del Consejo Editorial, 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.

EVALUACIÓN DE TRABAJOS ACEPTADOS

Una vez aceptada la publicación (provisional) del trabajo, este será sometido a la revisión anónima de dos evaluadores externos a la entidad editora de la revista. Dichos evaluadores, tras revisar la forma y el contenido del trabajo, podrán considerar su publicación definitiva, su publicación pero aconsejando ciertas modificaciones, o denegar dicha publicación.

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.

Edita: Cortes de Castilla-La Mancha
Diseño y Maquetación: Jer Publicidad
Imprime: Egesa
Depósito Legal: TO-984-2000
ISSN: 1139-0026
Año: 2015

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2014 N° 16 —

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

Robert Alexy

Catedrático de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad Christian Albrecht de Kiel.

Víctor Eduardo Orozco Solano

Doctor en Derecho. Letrado Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

Orlando Triguero Ortiz

Doctor en Derecho, Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad y Coordinador de Relaciones Internacionales de la misma.

Soledad Suarez Rubio

Doctora en Derecho. Abogada.

Francisco Javier Díaz Revorio

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

José Sanroma Aldea

Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

María Teresa Vizcaino López

Profesora e investigadora Titular en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

Luis María Díez Picazo

Magistrado del Tribunal Supremo.

Camilo Vázquez Bello

Consejero de Educación. Representación Permanente de España ante la Unión Europea en Bruselas.

Jesús López de Lerma Galán.

Profesor Acreditado Contratado Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha. Abogado.

Rafael Santacruz Lima

Profesor-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

Gerardo Ríos Osorio

Maestrante en Justicia Constitucional, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

Rogério Luiz Nery da Silva

Pos-doctor en derechos fundamentales por la Université de Paris X (Nanterre-La Defense) - Profesor-doctor de la Universidad del Oeste de Santa Catarina (UNOESC - Santa Catarina - Brasil). Profesor en la Escuela de Magistratura del Estado de Rio de Janeiro (EMERJ - Rio de Janeiro - Brasil) y en la Escuela del Ministerio Público de Rio de Janeiro (FEMPERJ - Rio de Janeiro - Brasil).

Daiane Garcia Masson

Investigadora de la Universidad del Oeste de Santa Catarina (UNOESC); Profesora Universitaria Unoesc Campus Joaçaba-SC, abogada.

Estefanía Esparza Reyes

Doctora en Derecho. Académica Universidad de la Frontera, Chile.

María Martín Sánchez

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

M^a. Del Pilar Molero Martín-Salas

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

M^a. Joaquina Guerrero Sanz

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

M^a. Elena Rebato Peño

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



ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
I. ESTUDIOS	
Robert Alexy, <i>La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad.</i>	009
Victor Eduardo Orozco Solano, <i>El principio de Laicidad Estatal y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico español: una aproximación desde el derecho comparado.</i>	029
Orlando Triguero Ortiz, <i>El Consejo de Estado en el constitucionalismo histórico español.</i>	065
Soledad Suárez Rubio, <i>Los menores como usuarios de redes sociales y su privacidad.</i>	115
Francisco Javier Díaz Revorio, <i>Los retos de la monarquía parlamentaria en España: adaptarse a los tiempos sin renunciar a su sentido histórico simbólico y a su esencia legitimadora constitucional.</i>	141
II. ARTÍCULOS Y NOTAS	
José Sanroma Aldea, <i>Crisis democrática y futuro del estado autonómico.</i>	187
María Teresa Vizcaíno López, <i>Las minorías religiosas en el actual estado laico mexicano.</i>	197
Luis María Díez Picazo, <i>Apología de la democracia representativa.</i>	211
Camilo Vázquez Bello, <i>La posición de los Estados Unidos de América en el mundo a través de los discursos inaugurales de sus Presidentes (1977-2013).</i>	223
Jesús López de Lerma Galán, <i>Fundamentos jurídicos y antecedentes históricos en el desarrollo de la libertad de expresión e imprenta. Los intentos constitucionales en España.</i>	251
Rafael Santacruz Lima y Gerardo Ríos Osorio, <i>Reflexiones de la justicia constitucional en México.</i>	279
Rogério Luiz Nery da Silva y Daiane Garcia Masson, <i>Derechos sociales fundamentales entre la reserva del posible y el mínimo existencial.</i>	297
III. RECENSIONES	
Estefanía Esparza Reyes, <i>Discriminación en las relaciones entre particulares (comentario al libro de Francisco Javier Díaz Revorio).</i>	319
IV. CRÓNICAS	
María Martín Sánchez, <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2014).</i>	335
M ^a del Pilar Molero Martín-Salas, <i>Reseña de la actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha (2014).</i>	349
M ^a . Joaquina Guerrero Sanz, <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2014).</i>	359
M ^a . Elena Rebato Peño, <i>Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2014).</i>	405

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **Robert Alexy**, *La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad*.
- **Víctor Eduardo Orozco Solano**, *El principio de Laicidad Estatal y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico español: una aproximación desde el derecho comparado*.
- **Orlando Triguero Ortiz**, *El Consejo de Estado en el constitucionalismo histórico español*.
- **Soledad Suarez Rubio**, *Los menores como usuarios de redes sociales y su privacidad*.
- **Francisco Javier Díaz Revorio**, *Los retos de la monarquía parlamentaria en España: adaptarse a los tiempos sin renunciar a su sentido histórico simbólico y a su esencia legitimadora constitucional*.

LA DIGNIDAD HUMANA Y EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD*

Robert Alexy

*Catedrático de Derecho Público y Filosofía del Derecho
de la Universidad Christian Albrecht de Kiel*

Recibido: 3-5-2015
Aceptado: 16-6-2015

SUMARIO

I. Concepciones absolutas y relativas de la dignidad humana

II. Significación práctica

III. Algunos elementos básicos de la teoría de los principios

IV. El concepto de dignidad humana

V. La dignidad humana como principio y como regla

VI. ¿Devaluación de la dignidad humana?

* Traducción de Alfonso García Figueroa, que toma como base el texto original en inglés. Allí el autor dejaba constancia de su gratitud a Stanley Paulson por sus sugerencias de estilo en lengua inglesa. Esa versión fue presentada por vez primera el 7 de julio de 2014 en el Aula Magna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha en Toledo. La traducción ha sido actualizada y refinada atendiendo a las modificaciones introducidas posteriormente por el propio autor en aquella versión inglesa y muy especialmente en la ulterior versión en alemán que he podido consultar por gentileza del propio autor. Las citas de las Sentencias del Tribunal Constitucional Federal se traducen al castellano en la correspondiente nota a pie (N. del T.).

I. Concepciones absolutas y relativas de la dignidad humana

La relación entre el juicio de proporcionalidad y la dignidad humana es una de las cuestiones más controvertidas en el debate sobre la estructura normativa de la dignidad humana. Dos concepciones se mantienen enfrentadas: una concepción absoluta y una relativa. De acuerdo con la concepción absoluta, la garantía de la dignidad humana cuenta como una norma que goza de prioridad sobre todas las demás normas en todos los casos. Que goza de prioridad sobre todas las normas en todos los casos implica que la ponderación queda excluida. Esto significa a su vez que todas y cada una de las afectaciones de la dignidad humana son una vulneración de la dignidad humana. Por tanto, la afectación justificada de la dignidad humana resulta imposible. Por el contrario, el juicio de proporcionalidad está intrínsecamente vinculado a la distinción entre afectaciones justificadas e injustificadas. Una afectación proporcional está justificada y es, por tanto, constitucional. Lo contrario rige en caso de afectación desproporcionada. La concepción absoluta es incompatible con este marco conceptual. Por esta razón, es incompatible con el juicio de proporcionalidad. De acuerdo con la concepción relativa, sucede precisamente todo lo contrario. La concepción relativa dice que la cuestión de si la dignidad humana es vulnerada es una cuestión de proporcionalidad. Con ésta, la concepción relativa no solo es compatible con el juicio de proporcionalidad, sino que lo presupone.

II. Significación práctica

Cabría pensar que la cuestión sobre la corrección de la concepción absoluta o de la relativa no es sino una cuestión teórica de un elevado nivel de abstracción. Sin embargo, sucede precisamente todo lo contrario. Lo muestra un repaso a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, que se ha distinguido por gran número de inconsistencias. A veces el Tribunal se pronuncia en la dirección de la concepción absoluta y otras sigue la línea relativa. Un ejemplo de decisión con una fuerte impronta absoluta es la decisión de 1973 sobre el secreto de grabaciones magnetofónicas. El Tribunal subraya que la garantía de la dignidad humana exige un “núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada”¹ y establece la relación entre el concepto de protección absoluta y el concepto de ponderación del siguiente modo:

¹ BVerfGE 34, 238 (245).

“Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen; eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet nicht statt.”²

En su decisión sobre las escuchas domiciliarias adoptada más de 30 años después, el Tribunal confirmó esto.³ Con todo, esta opinión sigue siendo desconcertante.⁴ ¿Debe entenderse que la dignidad humana goza de prioridad incluso en aquellos casos en que, *desde la perspectiva del Derecho constitucional*, un principio concurrente tiene mayor peso? Esto daría lugar a una contradicción. Gozar de más peso *desde la perspectiva del Derecho constitucional* implica prioridad sea cual fuere el que tuviera menos peso desde el punto de vista del Derecho constitucional. Bajo esta interpretación, la opinión citada afirma que el principio en conflicto goza de prioridad y no goza de prioridad. Para evitar esta contradicción, la frase “intereses prioritarios de la colectividad” debe entenderse como referida a los intereses que son prioritarios desde alguna perspectiva distinta de la del Derecho constitucional, por ejemplo desde una perspectiva política. Pero entonces la tesis del núcleo absolutamente protegido se volvería superfluo. Las razones que carecen de rango constitucional⁵ no pueden imponerse a razones que gozan de rango constitucional.

En el nivel de la autocomprensión de su actividad la línea absoluta es dominante. Sin embargo, tan pronto como se desciende a los detalles, el cariz relativo emerge con creciente claridad. Es un ejemplo de ello la decisión de 1977 sobre la cadena perpetua. El Tribunal declara allí:

“Die Menschenwürde wird auch dann nicht verletzt, wenn der Vollzug der Strafe wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Gefangenen notwendig ist und sich aus diesem Grund eine Begnadigung verbietet. ... Daß bei der Bestimmung der Gefährlichkeit eines Straftäters der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden muß... , bedarf keiner näheren Begründung.”⁶

2 Ibid: “Ni siquiera los intereses prioritarios de la colectividad pueden justificar una vulneración del núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada; no cabe ninguna ponderación de acuerdo con el principio de proporcionalidad.”

3 BVerfGE 109, 279 (313).

4 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1985), trad. Carlos Bernal Pulido (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, 2ª ed.), 87, nota 64.

5 Ver *ibid.*, 111.

6 BVerfGE 45, 187 (242): “La dignidad humana no es por tanto vulnerada si el cumplimiento de la Sentencia es considerado necesario a causa del continuo peligro representado por el recluso y si sobre

Este es un caso claro de juicio de proporcionalidad. La dignidad humana es considerada como un principio que colisiona con el principio de seguridad pública. Esta colisión ha de resolverse dando el peso adecuado a ambos, es decir, ponderando. Esto ha sido corroborado en una decisión adoptada en 2004 concerniente a la detención preventiva.⁷

Cabría aducir muchos otros ejemplos⁸. Aquí sólo se tomará en consideración uno más, un caso que quizá sea la opinión judicial dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que más íntimamente vincula la dignidad humana con la proporcionalidad. El caso, resuelto en 1978, se refiere a la cuestión de si la dignidad humana es vulnerada cuando se obliga por la fuerza a un acusado, que se había dejado crecer el cabello y la barba desde su reclusión, a alterar su aspecto externo para adecuarlo al que tenía al tiempo de los hechos para hacer posible así su identificación por parte de los testigos. La Corte niega que hubiera vulneración de la dignidad humana con tres argumentos. El primero es que la afectación es de una “intensidad relativamente baja”⁹. Tal evaluación de la intensidad de la afectación es el primer paso del juicio de proporcionalidad. El segundo argumento afirma que “el esclarecimiento de los ilícitos penales así como la investigación de quienes los cometen es un “interés prioritario de la colectividad”¹⁰. Con ello, la dignidad humana es ponderada con el interés de la colectividad. El tercer argumento concluye la justificación de la afectación sosteniendo que su propósito nada tiene que ver con una “humillación”¹¹ y no estaba vinculado a ningún otro “objetivo que debiera ser reprobado por el Derecho”¹². Esto implica que la cuestión acerca de si la dignidad humana es vulnerada no sólo depende del acto de afectación realizado en sí, sino también de las razones que se hallan tras el acto. En otras circunstancias la afectación bien podría haber sido desproporcionada y habría supuesto por tanto una violación de la dignidad humana. Este juego recíproco entre razones y contra-razones es la esencia de la proporcionalidad.

esta base se excluye la puesta en libertad. [...] Cuando haya que determinar el peligro representado por el delincuente, no se requiere más justificación que la observancia del principio de proporcionalidad [...]”.

7 BVerfGE 109, 133 (151).

8 Ver sobre ellos Nils Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2011), 16-25; Manfred Baldus, “Menschenwürdegarantie und Absolutheitsthese. Zwischenbericht zu einer zukunftsweisenden Debatte”, en: *Archiv des öffentlichen Rechts* 136 (2011), 536-40.

9 BVerfGE 47, 239 (247).

10 BVerfGE 47, 239 (248).

11 BVerfGE 47, 239 (247).

12 BVerfGE 47, 239 (247-8).

Llegados a este punto, no se ha hecho otra cosa que introducir brevemente la distinción entre las concepciones o construcciones absoluta y relativa de la dignidad humana y demostrar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán es, con respecto a esta distinción, altamente insatisfactoria. La cuestión que surge es si sea correcta la concepción absoluta o bien la relativa. Mi tesis es que la construcción relativa es, ciertamente, la correcta pero que existen algunos rasgos de la dignidad humana que la orientan en la dirección del carácter absoluto. La base de mi argumento es la teoría de los principios. Por consiguiente, comenzaré con una presentación de algunos elementos básicos de la teoría de los principios.

III. Algunos elementos básicos de la teoría de los principios

1. Reglas y principios

La base de la teoría de los principios es la distinción en la teoría de la norma entre reglas y principios.¹³ Las reglas son normas que requieren algo de manera definitiva. Son *mandatos definitivos*. Su forma de aplicación es la subsunción. Por el contrario, los principios son *mandatos de optimización*. En cuanto tales, exigen “que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.¹⁴ Dejando a un lado las reglas, las posibilidades jurídicas están determinadas esencialmente por principios en conflicto. Por esta razón, los principios, aisladamente considerados, siempre contienen mandatos meramente *prima facie*. La determinación del grado adecuado de satisfacción de un principio en relación con las exigencias de otros principios se alcanza mediante ponderación. Por tanto, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios. Si la garantía de la dignidad humana fuera absoluta, debería ser considerada como un mandato definitivo, es decir, como una regla. En tanto garantía relativa, tiene el carácter de principio, esto es, el de una norma que requiere ponderación.

2. Proporcionalidad

La naturaleza de los principios en cuanto mandatos de optimización conduce inmediatamente a una conexión necesaria entre principios y proporcionalidad. El principio de proporcionalidad, que en las últimas décadas ha recibido un reconocimiento internacional creciente tanto en la práctica como en la teoría del control

¹³ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (supra n. 4), 67-8.

¹⁴ *Ibid.*, 67.

de constitucionalidad,¹⁵ consta de tres subprincipios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Todos estos subprincipios son expresión de la idea de optimización. Por esta razón, la naturaleza de los principios implica el principio de proporcionalidad y viceversa.

Los principios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización relativa a las posibilidades fácticas. La optimización relativa a las posibilidades fácticas consiste en evitar costes evitables.¹⁶ Sin embargo, los costes son inevitables cuando los principios entran en conflicto. Entonces la ponderación se hace necesaria. La ponderación es el objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio expresa lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntica a la regla que cabe denominar “ley de la ponderación”.¹⁷ Esta reza así:

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

3. La formula del peso

En la jurisprudencia constitucional la ley de la ponderación se encuentra casi por doquier en múltiples y variadas formulaciones. Expresa la esencia de la ponderación y es de gran importancia práctica. El análisis de complejos problemas jusfundamentales, como el de la dignidad humana, requiere, no obstante, una descripción más precisa y completa de la estructura de la ponderación. Para conseguir esto, la ley de la ponderación debe ser más elaborada. El resultado de tal elaboración ulterior es la formula del peso.¹⁸ Reza así:

$$G_j = \frac{I_i \cdot G_i \cdot C_i}{I_j \cdot G_j \cdot C_j}$$

¹⁵ Cfr., por ejemplo, David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004); Alec Stone Sweet y Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), 72-164; Aharon Barak, *Proportionality Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

¹⁶ Ver sobre este punto Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, *Chinese Yearbook of Constitutional Law* (2010), 222-4.

¹⁷ Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (n. 4 *supra*), 138.

¹⁸ Robert Alexy, “The Weight Formula”, en: Jerzy Stelmach, Bartos Brożek, y Wojciech Załuski (eds.), *Frontiers of the Economic Analysis of Law* (Cracovia: Jagiellonian University Press, 2007), 25.

G_{ij} representa el peso concreto del principio P_i en relación con el principio en conflicto P_j . La fórmula del peso define este peso concreto como el cociente de tres factores que permanecen, por así decir, a cada lado de la ponderación. I_i e I_j son de especial importancia. I_i representa la intensidad de la afectación de P_i . I_j representa la importancia de satisfacer el principio en conflicto P_j . I_j puede ser entendido asimismo como la intensidad de afectación, esto es, como la intensidad de la afectación de P_j mediante la no-afectación de P_i . G_i y G_j representan los pesos abstractos de los principios en conflicto P_i y P_j . Cuando los pesos abstractos son iguales, lo cual es el caso en muchas colisiones entre derechos constitucionales, se contrarrestan, esto es, no juegan ningún papel. Por el contrario, el peso abstracto de la dignidad humana juega un papel central, pues por lo general¹⁹ se considera mayor que el del principio en conflicto. Este es uno de los rasgos de la dignidad humana de la que arranca una cierta tendencia hacia su carácter absoluto.

I_i e I_j , y también G_i y G_j , se refieren a la dimensión sustancial de la ponderación. C_i y C_j tienen un carácter completamente diferente. Se refieren a la certeza de los presupuestos empíricos y normativos en relación con, en primer lugar y ante todo, la cuestión de cuán intensa sea la afectación de P_i y cuán intensa sería la afectación de P_j si se omitiera la afectación de P_i . Además y por encima de ello, la certeza de los presupuestos empíricos y normativos puede también referirse a la ordenación de los pesos abstractos en juego, esto es, a G_i y G_j . El punto decisivo es que la certeza es un factor que no se refiere a las cosas —en nuestro caso las intensidades de la afectación y los pesos abstractos. Es decir, no es un factor óntico. Más bien es un factor que se refiere al conocimiento que se tiene de las cosas. Es decir, es un factor epistémico. La inclusión de este factor epistémico en la fórmula del peso es requerida por una segunda ley de la ponderación, la ley epistémica de la ponderación que reza como sigue:

Cuanto más pese la afectación de un derecho fundamental, mayor debe ser la certeza de sus premisas subyacentes.²⁰

El concepto de premisa subyacente usado en esta formulación comprende tanto premisas normativas como empíricas. C_i y C_j deben por tanto ser entendidas como referidas tanto a premisas empíricas como a premisas normativas. Esto puede ser expresado mediante la siguiente ecuación:

$$C_i = C_i^e \cdot C_i^n$$

¹⁹ Si se asume que la dignidad humana es el principio supremo del Derecho, su peso abstracto es neutralizado solamente en colisiones en que la dignidad humana se sitúa a ambos lados.

²⁰ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (n. 4 *supra*), 552.

Esta ecuación podría denominarse “ecuación de la certeza”. En los casos en que tanto la certeza empírica como la normativa estén en cuestión, C_i y C_j han de ser sustituidas por los respectivos productos en el lado derecho de la ecuación de la certeza. Surge así una versión refinada de la fórmula del peso²¹:

$$G_{ij} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot C_i^e \cdot C_i^n}{I_j \cdot G_j \cdot C_j^e \cdot C_j^n}$$

Aquí es de interés simplemente un punto. En el debate acerca de la dignidad humana las colisiones extremas o trágicas juegan un papel importante. Son ejemplos de ello la tortura en el escenario de una bomba nuclear a punto de estallar o el derribo de un avión lleno de pasajeros que ha sido secuestrado por terroristas con el propósito de usarlo como un arma para matar al mayor número posible de personas. La tortura en el escenario de la bomba nuclear a punto de estallar atañe sin duda alguna a la dignidad humana. Aceptar la muerte de los pasajeros es, obvia y profundamente, una afectación de su derecho a la vida. Que sea una afectación de su derecho a la dignidad humana, tal como el Tribunal Constitucional Federal alemán presupone, puede aquí permanecer abierto. El punto decisivo está en que ambos casos la cuestión de si la afectación está justificada depende esencialmente de la certeza de numerosos presupuestos empíricos,²² esto es, de C_j^e . En palabras del Tribunal:

Die Unsicherheiten haben notwendig Folgen für die Prognose, wie lange Personen an Bord eines Flugzeugs, das in eine Angriffswaffe verwandelt wurde, noch zu leben haben, und ob es noch Chancen ihrer Rettung gibt. Aus diesem Grund ist es normalerweise nicht möglich, ein verlässliches Urteil zu fällen, das sagt, dass die Leben dieser Personen schon verloren sind.²³

Una fórmula como la del peso, que expresa el cociente entre dos productos, es sensata si y solo si todos los factores pueden ser representados mediante números.

21 Ver sobre ello Robert Alexy, “Formal principles: Some replies to critics”, en *International Journal for Constitutional Law* 12 (2014), en prensa.

22 Martin Borowski, “Abwehrrechte als grundrechtliche Prinzipien”, en: Jan-R. Sieckmann (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys* (Baden-Baden: Nomos, 2007), 101-4.

23 BVerfGE 115, 118 (158): “Las incertidumbres [...] tienen necesariamente efectos sobre el pronóstico de cuánto tiempo habrán de vivir aún las personas a bordo de un aeroplano que ha sido transformado en un arma de ataque y si hay todavía alguna probabilidad de salvarlos. Por esta razón, normalmente no será posible hacer un juicio fiable acerca de si las vidas de estas personas ya están perdidas.”

Este es el problema de la gradación. En otro lugar,²⁴ he propuesto una escala triádica discreta, es decir, no continua, en la cual se desarrollan secuencias geométricas. Esta escala asigna los valores “ligero” (l), “moderado” (m) y “serio” (s) a la intensidad de la afectación y a los pesos abstractos. Estos valores son expresados por los números 2^0 , 2^1 , y 2^2 , es decir, por 1, 2, y 4. En lo que atañe al aspecto epistémico, esto es, C_i y C_j , o, en la versión refinada de la fórmula del peso, C_i^e y C_i^n así como C_j^e y C_j^n , cabe trabajar con los estadios “cierto”(c), “plausible”(p), y “no evidentemente falso” (e), a los que hay que asignar los números 2^0 , 2^{-1} , y 2^{-2} , esto es, 1, 1/2 y 1/4.²⁵ Por medio de estas tríadas, cabe captar la mayoría de las decisiones de los Tribunales Constitucionales. Allí donde no sean suficientes, es decir, donde haya que introducir una gradación más fina, pueden ser ampliadas a unas escalas doble-triádicas.²⁶ Mucho más cabría decir acerca de la fórmula del peso. Sin embargo, para una discusión sobre la relación entre la dignidad humana y la proporcionalidad debería bastar con lo dicho.

IV. El concepto de dignidad humana

1. El elemento descriptivo y normativo

Si la garantía de la dignidad humana puede y debe tener la estructura de principio, entonces la construcción relativa es correcta. Los principios son mandatos de optimización. La respuesta a la cuestión de si la garantía de la dignidad humana puede tener la estructura de principio se condensa, por tanto, en la cuestión de si la dignidad humana es “algo” que “pueda ser realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.²⁷ De nuevo, esto depende de lo que la dignidad humana sea, es decir, depende del concepto de dignidad humana. El concepto de dignidad humana es un concepto altamente complejo que conecta elementos descriptivos o empíricos con otros evaluativos o normativos. El elemento descriptivo mencionado más a menudo es la autonomía, y la formulación más prominente proviene de Kant: “La autonomía es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”.²⁸ Desde el punto de vista de la teoría moral, Kant tiene razón. Desde

²⁴ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (n. 4 *supra*), 504-1, 419; id., “The Weight Formula” (n. 18 *supra*), 20-6.

²⁵ Id., “The Weight Formula” (n. 18 *supra*), 25.

²⁶ *Ibid.*, 22-3.

²⁷ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (*supra* n. 4), 67.

²⁸ Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, ed. Luis Martínez de Velas-

el punto de vista de la teoría del Derecho, sin embargo, una base empírica más amplia parece preferible, pues la protección jurídica de la dignidad humana no se restringe a la protección de la autonomía en el sentido de auto-legislación moral. Incluye asimismo, por ejemplo, el derecho a existir y el derecho a efectuar elecciones de cualquier clase.²⁹ Por esta razón, el concepto de dignidad humana ha de vincularse a una base descriptiva más amplia. Tal base descriptiva o empírica más amplia se la proporciona el concepto de persona que, en tanto comprende la autonomía, también juega un papel central en los escritos de Kant.³⁰

2. El concepto “doble-triádico” de persona

Mi principal tesis sobre el concepto de persona es que este concepto tiene una estructura doble-triádica.³¹ Para ser una persona, se deben satisfacer tres condiciones por dos veces. La primera condición de la primera tríada es la inteligencia, la segunda el sentimiento y la tercera la consciencia. La inteligencia por sí sola no basta, pues las computadoras tienen, en un cierto sentido, inteligencia, pero no son personas, al menos en el actual estadio de su desarrollo. La conexión de inteligencia y sentimiento tampoco es suficiente. Los animales pueden tener, al menos en cierto grado, inteligencia y sentimiento, pero no son personas. Por esta razón, la tercera condición de la primera tríada, consciencia o, más precisamente, auto-consciencia, es la condición decisiva. La auto-consciencia se define por la reflexividad. Para determinar lo que sea la reflexividad, deben distinguirse tres tipos de reflexividad: cognitiva, volitiva y normativa. Es decir, el tercer elemento del concepto de persona, la auto-consciencia, comprende a su vez tres elementos. Esta es la razón por la cual el concepto de persona aquí presentado puede ser denominado “doble-triádico”.

La reflexividad cognitiva consiste en hacerse uno a sí mismo objeto de conocimiento. Cabría también hablar de “auto-conocimiento”. La más elemental unidad de auto-conocimiento es el conocimiento del hecho de que hemos nacido y moriremos. Para ser una persona, la reflexividad cognitiva es necesaria, pero no

co (Madrid: Espasa Calpe, 1994, 10ª ed.), 110 (AA IV, 436).

²⁹ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (n. 4 *supra*), 429-30; id., “Ralf Dreiers Interpretation der Kantischen Rechtsdefinition”, en: Robert Alexy (ed.), *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, (Tubinga: Mohr Siebeck, 2005), 101-2, n. 37.

³⁰ Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (*supra* n. 28), 101 s. (AA IV, 428).

³¹ Robert Alexy, “Data y los derechos humanos. Mente positrónica y concepto dobletriádico de persona”, en: Robert Alexy y Alfonso García Figueroa, *Star Trek y los derechos humanos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), 94-100.

es suficiente. Hay que añadir la reflexividad volitiva y normativa. La reflexividad volitiva consiste en la capacidad para dirigir la propia conducta y, con ello, a uno mismo mediante actos de voluntad. En la medida en que se trate de actos individuales, es autodeterminación [*Selbstbestimmung*]. Con respecto a la totalidad de la vida cabría hablar de “auto-conformación” [*Selbstgestaltung*]. Es precisamente la capacidad de “auto-conformación” la que Pico della Mirandola considera como la razón decisiva para la dignidad de los seres humanos cuando caracteriza al hombre como su “propio [...] modelador y diseñador” (“*ipsius [...] plastes et factor*”).³²

El resultado de la “auto-conformación” puede ser bueno o malo. Pico habla tanto sobre las posibilidades de una degeneración brutal (“*bruta degenerare*”) como del desarrollo en una dimensión superior (“*in superiora*”).³³ Esto demuestra que la reflexividad volitiva no incluye de por sí la normatividad. La normatividad entra en juego con la tercera clase de reflexividad, la normativa. La reflexividad normativa atañe a la auto-evaluación bajo el aspecto de la corrección. Aquí procede la cuestión de si una acción pasada o futura sea correcta o incorrecta y si la vida presente o pasada sea una vida buena. Esta es la dimensión de la autonomía kantiana.

3. La dignidad humana como un concepto puente

Quien satisfaga las condiciones de, primero, inteligencia, segundo, sentimiento y, tercero, reflexividad en forma de reflexividad cognitiva, volitiva y normativa, es una persona. Esta es la vertiente descriptiva de la dignidad humana. El paso a su vertiente normativa comienza con una vinculación entre el concepto de persona y el concepto de dignidad humana. Esta vinculación puede expresarse como sigue: Todas las personas poseen dignidad humana. Si “*P*” representa aquí el predicado “persona” y “*D*” el predicado “poseer dignidad humana”, este enunciado puede adoptar la siguiente forma:

$$(1) \forall x(Px \rightarrow Dx).$$

Indudablemente, el enunciado de que todas las personas poseen dignidad humana necesita de justificación. Aquí asumiré que es justificable y, por tanto, verdadero. En este contexto lo relevante es que (1) no hace explícita la dimensión normativa de la dignidad humana. Esto puede hacerse ya sea vinculando el

³² Giovanni Pico della Mirandola, *Discurso sobre la dignidad humana*, trad. Pedro Quetglas, (Barcelona: PPU, 1988), 6 s.

³³ Ibid.

concepto de dignidad humana al concepto de valor, como hace Ronald Dworkin con su “principle of intrinsic value”,³⁴ o bien vinculando el concepto de dignidad humana a los conceptos de obligación y derechos. En Derecho esta última opción parece preferible. La vinculación de la dignidad humana con los derechos puede expresarse del siguiente modo: Todo individuo que posea dignidad humana tiene el derecho a ser tomado en serio como persona. Si “S” representa el predicado “tener derecho a ser tomado en serio como persona”, este enunciado puede adoptar la siguiente forma:

$$(2) \forall x(Dx \rightarrow Sx).$$

Parece una verdad analítica que ser tomado en serio como persona significa que se le deben atribuir derechos humanos. Por esta razón, un tercer enunciado, conteniendo “H” como “tener derechos humanos” es verdadero:

$$(3) \forall x(Sx \rightarrow Hx).$$

Entonces, (2) y (3) implican:

$$(4) \forall x(Dx \rightarrow Hx).$$

Esto es: Todos los individuos que posean dignidad humana (*D*) poseen derechos humanos (*H*). (4) es una simplificación, pues convierte el concepto representado por “S”, concretamente el concepto de tener el derecho a ser tomado en serio como persona, en superfluo. Una segunda simplificación es mucho más importante. (1) y (4) implican

$$(5) \forall x(Px \rightarrow Hx).$$

Esto es: Todas las personas tienen derechos humanos.

La posibilidad de vincular directamente *Px* con *Hx* arroja luz sobre una característica formal muy importante del concepto de dignidad humana, que bien podría explicar muchas de las dificultades en el análisis de la dignidad humana. La dignidad humana es lo que cabría llamar un “concepto puente”. Un concepto puente es un concepto que vincula un concepto empírico o descriptivo con otro

³⁴ Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate* (Princeton: Princeton University Press, 2006), 9.

normativo o evaluativo. En nuestro caso, el concepto descriptivo es el concepto de persona. Los conceptos normativos son, en (2), el derecho a ser tomado en serio en cuanto persona (S), y, en (3), la posesión de derechos humanos (H). Estas dos formulaciones expresan lo que cabría denominar “las normas operativas de la dignidad humana”.

V. La dignidad humana como principio y como regla

1. La dignidad humana como principio

Ahora ya estamos en condiciones de responder a la cuestión de si sea correcta la concepción o construcción absoluta de la dignidad humana o bien la relativa. Si el contenido de la garantía de la dignidad humana puede expresarse tanto mediante la norma de deber “todas las personas han de ser tomadas en serio en cuanto personas” como mediante la norma de derechos “todas las personas tienen el derecho de ser tomados en serio en cuanto personas”, entonces la dignidad humana puede participar en la ponderación. Por razones de simplicidad sólo las normas de derechos serán tomadas en consideración en lo que sigue. Una afectación del derecho a ser tomado en serio en cuanto persona, P_i , puede ser más o menos intensa. La cadena perpetua sin una regulación judicial atinente a la posibilidad de recuperar la propia libertad tras un cierto periodo de tiempo es una afectación más intensa que la cadena perpetua con tal regulación,³⁵ y en los casos de que el condenado represente un peligro continuado el principio de seguridad pública, P_j , tiene un peso mayor que en casos carentes de tal peligro. Por tanto, los valores para las variables relativas a la intensidad de afectación, I_i e I_j , pueden introducirse en la fórmula de peso. Lo mismo rige para los pesos en abstracto. El peso abstracto de la parte de la dignidad humana, G_i , recibe el mayor valor, que el del lado de la seguridad pública G_j , con un valor medio. En esta situación, los valores de las variables de certeza C_i y C_j son de la máxima importancia. Todo ello concuerda perfectamente con la fórmula del peso, y por lo tanto con la ponderación, y por tanto con la proporcionalidad, y por tanto con la construcción relativa. Cabría aducir muchos otros ejemplos. Pero esto bastará aquí.

35 Ver BVerfGE 45, 187 (242-52).

2. La dignidad humana como regla

En *Teoría de los derechos fundamentales*, he sostenido que existe junto a la norma de dignidad humana como principio, una norma de dignidad humana como regla. El artículo 1 (1) (1) de la Ley Fundamental alemana, al igual que el artículo 1 (1) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice: “La dignidad humana es inviolable”. Cabe entender esto como la expresión de una regla que es vulnerada si y sólo si el principio de la dignidad humana goza de prioridad sobre el principio en conflicto,³⁶ por ejemplo sobre la seguridad pública, como en el caso de la cadena perpetua. Esta construcción es posible debido a la textura semántica abierta del concepto de dignidad humana. Esta textura semántica abierta permite usar la ponderación como medio para interpretar este concepto.

Contra esta construcción dual, Niels Teifke ha objetado que la regla de la dignidad humana “no tiene significación independiente”.³⁷ Esto es cierto. El contenido en el nivel de la regla depende completamente del contenido en el nivel del principio. Cabría llamar a esto “teorema de la dominancia”. Pero el teorema de la dominancia es el punto central de la construcción dual³⁸. Demuestra que una construcción como regla de la norma de la dignidad humana es posible, pero vacía. La construcción como regla implica la concepción absoluta de la dignidad humana, mientras la construcción de principio implica la concepción relativa. El teorema de la dominancia demuestra que el rasgo esencial de la estructura normativa de la dignidad humana es su estatus de principio. Por esta razón sólo la concepción relativa puede ser correcta.

VI. ¿Devaluación de la dignidad humana?

Un crítico de la concepción relativa podría objetar que todo esto sólo demues-

³⁶ Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (n. 4 *supra*), 144.

³⁷ Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde* (*supra* n. 8), 119.

³⁸ Contra la construcción dual, Martin Borowski ha objetado que coloca “the definitive right at central stage”: Martin Borowski, “Absolute Rights and Proportionality”, en: *German Yearbook of International Law* 56 (2013), 422. El teorema de la dominancia expresa que este no es el caso. Es cierto, sin embargo, que la construcción dual puede ser empleada “to hide the fact that proportionality analysis takes place in the assessment of rights claims”; *ibid.* Pero ello sería abusar del modelo dual. Infringiría el teorema de la dominancia, que es constitutivo para la construcción dual, convirtiéndolo en su opuesto. La principal ventaja de no abandonar completamente la dimensión de regla es que la construcción dual se toma en serio, al mismo tiempo, el tenor de la Constitución y la verdad científica. Este es un elemento entre otros de la tendencia de la dignidad humana a lo absoluto.

tra que se *puede* concebir la norma de dignidad humana como un principio que ha de ser aplicado mediante ponderación. Sin embargo, ello no demuestra que *deba* hacerse así. Por el contrario, hay razones normativas para una concepción absoluta. Estas razones normativas se condensan en la tesis de que la construcción relativa conduce a la devaluación de la dignidad humana. Ya no existiría ninguna frontera fija, puesto que todo o casi todo devendría posible. La garantía de la dignidad humana dejaría de ser una auténtica garantía. Quedaría degradada a un mero elemento de juicio en la ponderación. Cabría llamar a esta objeción la “objeción de la devaluación”. Sin embargo, la objeción de la devaluación fracasa por cuatro razones.

1. Casos claros

La primera razón es que existe un número considerable de casos en que está completamente claro que la dignidad humana es vulnerada. Son ejemplos de ello la persecución por razones raciales o religiosas, las condiciones degradantes en prisión, el fracaso en la protección contra los abusos sexuales, la exclusión total del acceso a la educación y una vida por debajo del mínimo vital [*Existenzminimum*]. Estas son condiciones bajo las cuales existe un alto grado de certeza normativa de que la dignidad humana gozará de prioridad sobre los principios en conflicto.³⁹ Según la ley de la colisión,⁴⁰ esta precedencia implica que existen reglas concretas que tienen estas condiciones en sus *prótasis* y los requerimientos de la dignidad humana en sus *apodosis*. En los casos en que la subsunción de reglas concretas sea posible, la ponderación entrará en escena sólo en los casos límite. Esto demuestra que la construcción relativa no implica en modo alguno que todo o casi todo se convierta en posible.

2. La fórmula del objeto

El segundo argumento contra la objeción de la devaluación atañe a la fórmula del objeto [*Objektformel*]. La fórmula del objeto, que juega un papel considerable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, afirma

“dass es mit der Würde des Menschen nicht vereinbar ist, ihn zum bloßen Objekt der Staatsgewalt zu machen”.⁴¹

³⁹ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (n. 4 *supra*), 87.

⁴⁰ *Ibid.*, 76.

⁴¹ BVerfGE 109, 279 (312): “Que no es compatible con la dignidad del ser humano convertirlo en un mero objeto de la coerción estatal”.

Esto no imposibilita el tratamiento de los seres humanos como objetos hasta un cierto punto. Pero sí imposibilita que “die Subjektqualität des Betroffenen grundsätzlich in Frage gestellt wird”.⁴² Pues bien, la calidad de sujeto es fundamentalmente puesta en cuestión cuando la calidad de persona es fundamentalmente puesta en cuestión. En este caso el principio de dignidad humana goza de prioridad sobre los principios que colisionen con él.

La prioridad en los casos claros arriba mencionados cuenta como una prioridad concreta. Por el contrario, “convertir seres humanos en meros objetos” expresa un concepto abstracto y es, por tanto, una condición de prioridad abstracta.⁴³ Pues bien, la ley de la colisión de principios ciertamente no es compatible con relaciones de prioridad abstractas,⁴⁴ pero sí lo es con condiciones de prioridad abstractas. Tanto las condiciones de prioridad concretas como las abstractas tienen en común que ambas establecen una relación condicional y no incondicional de prioridad. Por esta razón, la ley de la colisión de principios es aplicable tanto en los casos de condiciones abstractas como en los casos de condiciones concretas. Esto implica que la fórmula del objeto es una regla abstracta resultante de ponderación, lo cual hace posible resolver un cierto número de casos por medio de subsunción. Ello contribuye una vez más a la estabilidad de la garantía de la dignidad humana. Sin embargo, tan pronto como deja de estar claro si alguien es tratado como un mero objeto, la ponderación resulta indispensable.

3. Peso abstracto y certeza epistémica

El tercer argumento se refiere al peso abstracto del principio de dignidad humana, P_i , y los valores de la certeza epistémica, es decir, de C_i o $C_i^e \cdot C_i^n$ del lado de la dignidad humana y de C_j o $C_j^e \cdot C_j^n$ del lado del principio en conflicto, la seguridad pública, por ejemplo. Arriba presenté la fórmula del peso en sus dos versiones, la versión no refinada y la refinada. Ya mencioné entonces el alto valor abstracto de la dignidad humana y la importancia de la certeza epistémica del lado del principio en conflicto. Aquí hay que añadir una consideración. La certeza epistémica del lado de la dignidad humana es, por lo general, bastante alta. En conflictos extremos o trágicos tales como los casos de tortura o el escenario de la bomba nuclear a punto de estallar o del derribo de un aeroplano secuestrado por terroristas que planean utilizarlo como un arma para matar el mayor número de

⁴² BVerfGE 109, 279 (313): “Que la calidad de sujeto del afectado [...] sea fundamentalmente puesta en cuestión”.

⁴³ Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde* (n. 8 *supra*), 31.

⁴⁴ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (n. 4 *supra*), 73.

personas posible, los valores de certeza tanto empírica como normativa del lado de la dignidad humana son ambos inusualmente altos. Si se asume que en tales casos trágicos todas las variables del lado de la dignidad humana tienen el valor más alto, entonces una afectación de la dignidad humana sólo estará permitida cuando todas las variables del lado de los principios opuestos tengan también el valor más alto. Este es el más extremo de las 6561 posibles constelaciones –esto es, de las 3^8 posibles constelaciones⁴⁵– tomando como base la fórmula del peso refinada. Este número resulta del hecho de que las 81 constelaciones –esto es, 3^4 constelaciones– son posibles de uno y otro lado y que cada una de las 81 constelaciones de cada lado pueden combinarse con las 81 constelaciones del otro, por ejemplo del lado de la seguridad pública. Esto implica que en los casos extremos o trágicos, en los cuales hay que asignar los valores más altos del lado de la dignidad humana, la afectación a la dignidad humana solamente es proporcional en una de entre 81 constelaciones proporcionales por el resto. En todas las demás constelaciones, es decir, las 80 restantes, la afectación de la dignidad humana es desproporcionada, y por tanto inconstitucional, y por tanto debe ser prohibida. No resulta sencillo describir esto como una “devaluación de la dignidad humana”.

4. Racionalidad

El cuarto argumento es que no existe alternativa alguna a la ponderación, en tanto la garantía de la dignidad humana deba aplicarse de la forma más racional posible. El candidato más prometedor para tal alternativa nos devuelve a los cánones clásicos de la interpretación. Sin embargo, se advierte con facilidad que son de poco valor si no incorporan ponderación. Aquí sólo se considerarán cuatro cánones de interpretación principales: el argumento semántico, el genético, el teleológico y el sistemático. El argumento semántico⁴⁶ es, debido a la textura semántica abierta del concepto de dignidad humana, de poca relevancia en los casos difíciles. El argumento genético,⁴⁷ que se refiere a la intención original del constituyente, puede a veces ser de ayuda. Pero la amplitud, la complejidad y el contenido moral de la dignidad humana excluyen la posibilidad de que un número significativo de casos difíciles en el campo de la dignidad humana puedan resolverse mediante una mera apelación a la intención original. El argumento

⁴⁵ Alexy, “Formal Principles” (*supra* n. 21), capítulo VII.

⁴⁶ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989), 226-7.

⁴⁷ *Ibid.*, 227-230.

teleológico⁴⁸ carece de toda relevancia en los casos de dignidad humana. La dignidad humana es, en cuanto valor supremo del sistema jurídico, su fin supremo. ¿Cuál debería ser acaso el fin del fin supremo, si no precisamente este fin? Desde el momento en que esta pregunta sea procedente, entonces cuando no esté claro qué exige el fin supremo, carecerá de sentido responder a la cuestión de qué exija con una mera indicación acerca de lo que exija. Ello incurriría en una petición de principio. El argumento sistemático⁴⁹ es de especial interés. Se refiere a la relación de la norma que debe ser interpretada con otras normas del sistema jurídico. Si la garantía de la dignidad humana fuera concebida como una regla y no como un principio, el argumento sistemático carecería de todo valor para la interpretación de esta garantía. Sin duda, la garantía de la dignidad humana como norma sustantiva suprema del sistema jurídico⁵⁰ puede jugar un papel considerable en la interpretación de normas de inferior nivel y esto es una forma de interpretación sistemática. Pero la cuestión es, en el caso de ser la norma del más alto rango vulnerada por otra de rango inferior, si la inferior puede ser aducida como argumento para una vulneración o falta de vulneración de la norma del más alto rango, siendo ambas, la del más alto rango y la de rango inferior, consideradas como reglas. El panorama cambia completamente cuando la garantía de la dignidad humana es considerada como un principio. Entonces la ponderación con otros principios deviene posible. Esto es, también, una forma de argumento sistemático.⁵¹ Pero tan pronto como los cánones de interpretación incluyen esta forma de argumento, que halla su expresión más precisa en la fórmula del peso, dejan de ser una alternativa a la ponderación.

Con esta conclusión, llegamos al final. Todo intento por presentar los cánones de interpretación clásicos como una alternativa a la ponderación en lo que atañe a la dignidad humana está condenado al fracaso. La ponderación, y este es un punto que no puedo elaborar aquí, es una forma de argumentación jurídica racional.⁵² Por el contrario, las alternativas no ponderativas quedan relegadas a algo así como un “intuicionismo de la dignidad humana” [*Menschenwürdeintuitionismus*].⁵³ La argumentación es una expresión de racionalidad, el intuicionismo es una confesión de irracionalidad. En última instancia esta es una razón que nos demuestra por qué la construcción relativa es la única que puede ser considerada correcta.

48 Ibid., 231-4.

49 Ibid., 231.

50 Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (supra n. 4) 311, 398.

51 Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs* (Frankfurt: Suhrkamp, 1995), 87.

52 Robert Alexy, “The Construction of Constitutional Rights”, en: *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010), 28-32.

53 Robert Alexy, “Grundrechtsnorm und Grundrecht”, en: *Rechtstheorie*, suplemento 13 (2000), 108.

ABSTRACT

This article aims to clarify the normative structure of human dignity and its compatibility with proportionality analysis. Two conceptions stand in opposition: an absolute and a relative conception. According to the absolute conception, the guarantee of human dignity counts as a norm that takes precedence over all other norms in all cases. In other words, balancing is precluded. According to the relative conception, the very question of whether human dignity is violated is a question of proportionality. With this, the relative conception not only is compatible with proportionality analysis. It does presuppose it. This work provides us with a refined weight formula to assess proportionality in cases involving human dignity issues.

KEY-WORDS

Human dignity, proportionality, principles, balancing, weight formula.

RESUMEN

Este artículo pretende esclarecer la estructura normativa de la dignidad humana y su compatibilidad con el juicio de proporcionalidad. Dos concepciones se confrontan aquí: la absoluta y la relativa. Según la absoluta, la garantía de la dignidad humana funciona como una regla que goza de prioridad sobre cualquier otra y esto excluye la posibilidad de aplicar la ponderación. De acuerdo con la concepción relativa, la propia cuestión de si la dignidad ha sido vulnerada, requiere (y no sólo admite) un juicio de proporcionalidad. Este trabajo nos proporciona una fórmula del peso refinada para evaluar la proporcionalidad cuando el caso involucre problemas relativos a la dignidad humana.

PALABRAS CLAVE

Dignidad humana, proporcionalidad, principios, ponderación, fórmula del peso.

EL PRINCIPIO DE LAICIDAD ESTATAL Y SUS IMPLICACIONES
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL:
UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO.

Víctor Eduardo Orozco Solano¹

Recibido: 15-4-2015
Aceptado: 16-6-2015

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *El principio de laicidad en el constitucionalismo francés.*
3. *El principio de laicidad en los Estados Unidos de América.*
4. *El principio de laicidad en el ordenamiento jurídico italiano.*
5. *El principio de laicidad en Alemania.*
6. *La ausencia de configuración del principio de laicidad estatal en el ordenamiento jurídico costarricense.*
7. *La distinción entre el laicismo y el principio de neutralidad o a-confesionalidad estatal.*
8. *La noción de laicidad positiva y sus implicaciones en un “estado neutro”.*
9. *A modo de conclusión: El principio de laicidad estatal como garantía del pluralismo religioso.*

¹ Doctor en Derecho. Letrado Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

1. Introducción.

En términos generales, el propósito de estas notas es examinar el principio de laicidad, y desarrollar brevemente el modo en que ha sido contextualizado por el constitucionalismo francés, el norteamericano, así como en Alemania e Italia, para luego valorar la manera en que ha sido implementado en el ordenamiento jurídico español, a partir de los alcances del artículo 16 de la Constitución Española de 1978.

En este sentido, en esta investigación se defiende que la expresión de laicidad implica asumir un punto de vista neutral con respecto al fenómeno religioso, en el cual el poder político es independiente de cualquier credo religioso y se abstiene de defender los valores que pueden ser vinculados a esa concepción. Se trata entonces de contener todas las tendencias que en el fondo pretenden una intromisión religiosa en la política². Únicamente bajo la observancia de estas condiciones es posible asegurar a los particulares el pluralismo religioso, así como la posibilidad de asumir y profesar determinadas creencias, sin sufrir algún grado de discriminación ante reacciones intolerantes por parte de quienes comparten determinadas convicciones. Lo anterior es particularmente relevante en el supuesto de las minorías³ religiosas, cuya libertad sólo puede ser asegurada bajo determinadas

2 Sobre el particular, se puede consultar Muhlmann G., et Zalc C., *La laïcité, de la IIIe à la Ve République*, Pouvoirs, 126, 2008, pág. 101.

3 Cabe mencionar que en esta investigación utilizamos el concepto de minorías que ha sido propuesto por el prof. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, de la siguiente forma: "sea o no territoriales, los grupos integrados por ciudadanos nacionales que tienen características comunes, raza y/o religión y/o lengua y/o tradiciones comunes y/o costumbres sociales que los diferencia de la mayoría dominante, que viven esas características comunes como parte integrante de su identidad, que se sienten solitarios en razón de ella y, explícita o implícitamente, están decididos a conservarlas y fomentarlas en condiciones de igualdad, de hecho y de derecho, sin separarse del resto de la población". Véase Llamazares Fernández, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia*, II, *Libertad de conciencia y laicidad*, III Edición, Thomson-Cívitas, 2007, págs. 616-617. Por su lado, la minoría religiosa puede ser definida, según CONTRERAS MAZARIO, de la siguiente manera: "la existencia de un grupo de personas residentes de un Estado que, siendo proporcionalmente inferior al resto de la población y estando en una posición no dominante, poseen, comparte y desean desarrollar características religiosas que les distinguen del resto de las creencias, convicciones o religión que profesa la mayoría de la población"; asimismo, el Consejo de Europa ha definido la minoría religiosa del siguiente modo: "quedaría circunscrita a la preexistencia de un grupo de ciudadanos (nacionales) del Estado que, manteniendo desde antiguo lazos firmes y duraderos con ese país y siendo suficientemente representativo a pesar de su número reducido en relación con el resto de la población del Estado o de una región del mismo, ostenta características religiosas distintivas que tienen interés en preservar y desarrollar conjuntamente con los demás miembros del grupo". Ver Contreras Mazario, J.,M., *La protección internacional de las minorías religiosas: algunas consideraciones en torno a la declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y al Convenio-Marco sobre la protección de las minorías*, en *Anuario de Derecho Internacional*, vo. XV, 1999, págs. 159-203. Citado por Rodríguez García J. A., *La protección jurídica de las minorías culturales en el*

condiciones de laicidad, en el cual los grupos mayoritarios no tienen la opción de intervenir o de participar activamente en la formación de la voluntad estatal, ni son (por su carácter de grupo mayoritario) destinatarios de ciertos beneficios. De este modo, en el derecho comparado pueden ser encontrados distintos grados de laicidad, como será visto a continuación.

2. El principio de laicidad en el constitucionalismo francés.

De acuerdo con Arnaud MARTIN, el principio de laicidad estatal ha sido proclamado por primera ocasión el 9 de diciembre de 1905, con el dictado de la conocida Ley de Separación de la Iglesia y el Estado, en cuyo artículo 1 se dispuso: «*La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public*»⁴. De ahí este autor ha considerado que el modelo francés constituye uno de los más exitosos en lo que atañe a la separación entre ambas instituciones. Sobre el particular, es preciso comentar que en *Francia* la concepción de laicidad más bien tiene como punto de partida una tensión existente entre un sentido liberal (o de indiferencia absoluta hacia el fenómeno religioso) y u otro de combate⁵

derecho comunitario, Revista Europea de Derechos Fundamentales, núm. 5/1 semestre, 2005, pág. 76. Tales definiciones sobre el concepto de minoría y, en concreto, sobre la noción de minoría religiosa son compartidas en esta investigación. En este marco, es claro que el principio de laicidad estatal, como contrapartida orgánica o garantía institucional de la libertad religiosa, es la única manera de asegurar a estas agrupaciones el pleno goce de sus derechos, en un escenario de tolerancia hacia cualquier manifestación del pluralismo religioso que actualmente compone la sociedad europea, sin más limitaciones que las provenientes del orden público previsto por ley y los derechos de terceros. A pesar de lo anterior, María J. ROCA FERNÁNDEZ se ha mostrado escéptica en cuanto a la posibilidad de brindar una definición precisa sobre las minorías y en concreto, acerca de las minorías religiosas, en criterio de la autora: "Una primera dificultad, ciertamente no pequeña, para poder hablar de derechos colectivos de las minorías culturales o religiosas estriba en que el propio concepto de minoría no tiene unos perfiles nítidos, aunque pueda hablarse de un consenso internacional en torno a la existencia de una minoría es una situación de hecho, cuya calificación escapa, en principio, al Estado territorial y que posee relevancia jurídica internacional. Pero toda vez que la pertenencia a la minoría incluye tanto elementos objetivos como subjetivos "esto es, en qué medida el propio sujeto perteneciente a una minoría se siente o no miembro de ella- se dificulta notablemente la regulación de cualquier relación jurídica". Ver Roca Fernández, M., J., Diversidad Cultural y Universalidad de los derechos: retos para la fundamentación del derecho, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 9, Madrid, pág. 363.

4 Véase Martín, A., Laïcité, sécularisation et migration en europe occidentale, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 8, 2004, pág. 335.

5 Sobre la noción del laicismo o combativa de laicidad Oliver ROY ha comentado: "la laicidad francesa es, históricamente, un asunto entre el Estado republicano y la Iglesia Católica: se funda en el anticlericalismo. Es, pues, una laicidad de combate, marcada por la violencia y anatema". Véase Roy, O., La laïcité face à l'Islam, Ed. Hachete, 2005, pág. 21. Citado por Gómez Martínez, C., Aconfesionalidad y Laicidad; dos nociones ¿Coincidentes, sucesivas o contrapuestas? en Estado aconfesional y Laicidad, Consejo General del

(más propio de corrientes laicistas), que aún hoy permean las políticas laicistas que han sido adoptadas durante la Quinta República⁶. En este orden de ideas, el principio de laicidad ha sido proclamado tanto en la Constitución de 1946 y en la de 1958 del siguiente modo: “*Francia es una República indivisible, laica, democrática y social*”. Sin embargo, en la Constitución de 1958 se añade, como bien lo apunta LLAMAZARES FERNÁNDEZ, la siguiente expresión: “*que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias*”⁷, con lo que al menos desde una perspectiva de derecho positivo, y de una interpretación literal del artículo 1 de la Constitución Francesa de 1958, se debe prescindir de la noción de laicidad que se establece en esa norma de cualquier expresión de laicismo, es decir, de cualquier valoración negativa con respecto a las creencias religiosas o a manifestaciones de la vertiente externa de la libertad de religión, que como se sabe se puede traducir en la utilización de simbología religiosa. A pesar de lo anterior, la tensión aludida entre la noción combativa de laicidad (laicismo) y otra liberal, todavía se plasma en los conflictos planteados con ocasión del empleo de la simbología religiosa, entre ella el uso del velo musulmán. Así, en el año 1989 el *Consejo de Estado Francés* se pronunció sobre la expulsión de tres alumnas de enseñanza secundaria del instituto parisino, justamente por acudir ataviadas con el velo. En su dictamen, de 27 de noviembre de 1989, el *Consejo de Estado* determinó que el uso de la indumentaria religiosa en las aulas no es necesariamente incompatible con el principio de laicidad del Estado, en cuanto constituye una manifestación de la vertiente externa de la libertad de religión. A pesar de lo anterior, en esa decisión se reconoció la posibilidad de limitar el uso de símbolos religiosos “*en casos de necesidad, en función de las circunstancias particulares del Centro Educativo, a través de su propia normativa, donde se definen los derechos y deberes de cada uno de los miembros de la comu-*

Poder Judicial, Madrid, 2009, pág. 21.

6 Un estudio especialmente relevante sobre el particular puede ser encontrado en Muhlmann G., et Zalc C., *La laïcité, de la IIIe à la Ve République*, op cit. Esta tensión histórica, que todavía persiste, entre las nociones liberal y combativa de laicidad ha sido explicada por Jean Morange de la siguiente forma: “para algunos laicos, no se trataba únicamente de luchar contra una influencia política de la Iglesia católica considerada excesiva, sino también de limitar la difusión del mensaje religioso, incluso de sustituir con un pensamiento materialista los dogmas religiosos. Ésa es una de las misiones que asignan a la escuela laica y a sus docentes. Esta concepción de la laicidad no ha desaparecido, pero sólo está presente en determinados círculos de pensamiento. En el ámbito político y jurídico, el término de laicidad ha ido tomando progresivamente otro sentido. Se ha convertido en sinónimo de neutralidad o imparcialidad, y así es como en 1949 lo expuso magistralmente un gran publicista francés, Jean Rivero, en una célebre crónica que apareció en *Recueil Dalloz* » Véase Morange J., *Las Relaciones entre el Estado y las Iglesias en Francia*, Revista catalana de dret públic, núm. 33, 2006, pág. 4.

7 Ver Llamazares Fernández, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia, I, Libertad de Conciencia y Laicidad*, III Edición, Thomson-Cívitas, 2007, pág. 263.

nidad escolar y se determinan las modalidades de su ejercicio”⁸.

Con posterioridad, el Ministerio de Educación intentó regular el uso de la simbología religiosa en los centros educativos a través de la Circular de 12 de diciembre de 1989, que pretendía ser una concreción del dictamen emitido por el Consejo de Estado. En esa circular, y con respecto a los docentes se estableció lo siguiente: “*que dentro del ejercicio de sus funciones, (...) en virtud del ejemplo que suponen, explícita o implícitamente, para sus alumnos, deben evitar imperativamente toda seña distintiva de naturaleza filosófica, religiosa o política que pueda afectar a la libertad de conciencia de los alumnos*”, sancionándose incluso con la suspensión a los que incumplieran esa normativa⁹. Es claro que en cada una de esas decisiones se plasma la aludida confrontación entre ambas acepciones de laicidad (liberal y combativa), en el sistema francés, en que la segunda ha sido proclamada en el ámbito del derecho positivo mediante la ley de 15 de marzo de 2004, en que expresamente se prohíbe el uso del velo islámico en las aulas.

3. El principio de laicidad en los Estados Unidos de América.

En el caso de *los Estados Unidos de América*, el principio de laicidad estatal o de neutralidad puede ser inferido de una interpretación conjunta de la Primera

⁸ Véase Cañamares Arribas, S., *Libertad religiosa, Simbología y Laicidad del Estado*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 74. De acuerdo con el autor, el texto del dictamen puede ser encontrado en "Revue française de droit administratif, VI-1 (1990), págs. 6-9". Asimismo, un comentario sobre el particular puede ser hallado Rivero, J., *Laïcité Scolaire et Signes d'Appartenance Religieuse*, en *Revue Française de Droit Administratif VI-1 (1990)*, así como en Beller, E. T., *The headscarf affair: The Conseil d'Etat on the role of religion and culture in French society*, en *Texas International Law Journal*, Summer 2004, págs. 609 y ss.

⁹ Ver Cañamares Arribas, S., *Libertad religiosa, Simbología y Laicidad del Estado*, op. cit., págs. 74-75. Al respecto, el mismo autor agrega que luego fue emitida la conocida Circular Bayrou de 20 de septiembre de 1994, la cual expresa una prohibición general de utilización de los denominados "signes ostentatoires", frente a los "signes discrets", al considerarse que eran necesarios para preservar el carácter neutro de la escuela pública francesa y conseguir la asimilación de los alumnos extranjeros. Es claro que el contenido de esta disposición, soslaya los alcances de la vertiente externa de la libertad de religión con respecto a las alumnas musulmanas, frente al principio de neutralidad de la escuela pública, según ha sido proclamada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los principios inspiradores de la Constitución Francesa. La regularidad de esta medida luego fue conocida por el Consejo de Estado, quien declaró la "ilegalidad de toda aquella normativa que prohibiera con carácter general la presencia de símbolos religiosos en los centros escolares, ya que desconoce la libertad de expresión reconocida a los alumnos en el marco del principio de neutralidad de la enseñanza pública" (véase sobre el particular la decisión del 10 de marzo de 1997, por la que se resolvió una queja incoada por el Ministerio de Educación contra una decisión del Tribunal Administrativo de Estrasburgo, que negaba la expulsión de una estudiante musulmana que por acudir a las aulas ataviada con el velo islámico, sería expulsada del centro educativo).

Enmienda Constitucional (en cuya razón, *“El Congreso no elaborará ninguna ley referente al establecimiento de una religión”*), así como de la cláusula de libre ejercicio, (en virtud del cual *“se prohíbe al Estado la aprobación de leyes que prohíban el libre ejercicio de la religión”*)¹⁰. En este marco, el principio de neutralidad *“tiene como objetivo garantizar la libertad de opción de la persona ante el pluralismo horizontal y, en primer lugar, la existencia misma de ese pluralismo. La separación garantiza la pluralidad vertical y, en última instancia, la autonomía individual”*¹¹. Lo anterior implica que el Estado se mantiene separado con respecto a las agrupaciones religiosas y les brinda un trato igualitario.

Además, han sido radicalmente excluidas las aportaciones económicas directas del Estado a las religiones y cualquier otra actividad que promueva o inhiba la religión¹². Sobre el particular en la sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el asunto *Everson v. Board of Education* (redactada por el

10 Véase Valero Heredia, A., *La libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad* (un estudio constitucional comparado). Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, pág. 24.

11 Ver Notes (Editorial). "Developments in de Law-Religion and State", *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 7, 1987. Citado por Llamazares Fernández, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia, I, Libertad de Conciencia y Laicidad*, op cit, pág. 278.

12 Véase Notes (Editorial). "Developments in de Law-Religion and State", *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 7, 1987. Citado por Llamazares Fernández, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia, I, Libertad de Conciencia y Laicidad*, op cit, pág. 278. Sobre los alcances del principio de neutralidad estatal en el sistema norteamericano, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el asunto *Walz v. Tax Commissioner*, 397 U.S. 664669 (1970), señaló: "el curso de la neutralidad constitucional en esta área no puede ser una línea absolutamente recta: la rigidez bien podría frustrar el propósito esencial de estas cláusulas, que es garantizar que no se patrocine o favorezca a ninguna religión, que no se imponga ni prohíba ninguna. El principio general que puede deducirse de la Primera Enmienda y todo lo que ha sido dicho por la Corte es esto: que no toleraremos la religión establecida oficialmente o la interferencia oficial con la religión. Salvo estos actos oficiales explícitamente proscritos, hay espacio en las articulaciones para producir una neutralidad benévola que permitirá la existencia del ejercicio religioso sin patrocinio y sin interferencia". En otra decisión, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América desarrolló los alcances de la doctrina del separatismo, de la siguiente forma: "ni los Estados ni el gobierno Federal pueden fomentar o promover por medio alguno la religión ni establecer una confesión como oficial; asimismo queda vedada la posibilidad de dispensar un trato más favorable a una determinada confesión religiosa y la adopción de leyes que supongan la financiación, patrocinio o subvención directa o indirecta de una religión concreta; se establece la interdicción de toda actuación que pudiese coaccionar o influir en una persona para que asista o para que permanezca apartada de una iglesia en contra de su voluntad, forzarle a que profese una religión o a que no profese ninguna; nadie puede ser desfavorecido por tener o profesar creencias religiosas o ateas, por la asistencia o no asistencia al culto; ningún impuesto, sea cual sea el importe, puede ser recaudado para la subvención de actividad o institución religiosa alguna; ningún Estado ni el Gobierno Federal pueden, de forma pública o encubierta, participar en los asuntos de ninguna organización o grupo religioso, ni viceversa" 330 U.S. 1 (1947). Un estudio particularmente relevante sobre el desarrollo jurisprudencial de la libertad de religión y del principio de laicidad estatal en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, puede ser encontrado en Valero Heredia, A., *La libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad* (un estudio constitucional comparado). op. cit., págs. 146-156.

Juez Black), se dispuso: “ningún impuesto, cualquiera que sea su cuantía puede ser exigido para sufragar actividades o instituciones religiosas, cualquiera que sea su denominación, o cualquiera que sea la forma que adopten para practicar o enseñar la religión. Ni un estado ni el Gobierno Federal pueden, públicamente o de manera reservada, participar en los asuntos de cualquier grupo u organización religiosa y viceversa. En palabras de Jefferson, la cláusula en contra del establecimiento legal de una religión tenía la intención de levantar “un muro de separación entre la iglesia y el Estado”¹³.

De este modo, al comparar el desarrollo del principio de laicidad entre el sistema francés y el norteamericano, vemos como la tensión entre las nociones combativa y liberal del principio en la primera están ausentes en el segundo, en el cual el principio de a-confesionalidad implica una indiferencia total con respecto al fenómeno religioso. Tales son pues los alcances del principio de laicidad estatal que son aceptados en esta investigación, los cuales resultan indispensables para asegurar no sólo el pluralismo religioso, sino también la posibilidad de los individuos de asumir determinadas creencias con respecto a la idea de un ser supremo, superior, la trascendencia del alma humana a la muerte, así como la posibilidad de profesar libremente esas creencias o convicciones, sin más limitaciones que las provenientes del orden público y de los derechos de terceros¹⁴.

En la actualidad dichas expresiones combativas de laicidad, o laicismo, pueden ser encontradas, por ejemplo, en las discusiones relativas a la prohibición de velo islámico, *del hiyab, la burca, el niqab, la shayla o el chador*, que han generado gran polémica en Bélgica y Francia, en las cuales sin duda se afecta la vertiente externa de la libertad religiosa, si quien decide emplear dicha vestimenta lo hace libremente y sin ningún tipo de coerción, y no es utilizada para conferir un trato cruel o degradante contraria a la dignidad de quien la use. En tales casos, nos pa-

13 Citada por Yllanes Suárez, J. P., Aconfesionalidad, Laicidad y Ética Pública: los jueces ante el fenómeno religioso, en Estado aconfesional y Laicidad, op. cit., págs. 338-339.

14 Sobre el particular Rafael PALOMINO LOZANO, al comentar las relaciones entre las Iglesias y los Estados en el derecho comparado, ha sostenido: "en Francia, por ejemplo, se produce un movimiento de matización y se habla de una laïcité du combat para designar la trasnochada e intolerante laicidad francesa, frente a una laïcité ouverte que se pretendería en la actualidad. Turquía, por su parte, representaría una laicidad de rompeolas frente al avance del fundamentalismo islámico. En Italia, ante la dificultad de aplicar una laicidad decimonónica de corte francés, en los ambientes académicos, universitarios se estima necesaria la labor de repensare la laïcità. O, sencillamente, ante su multivocidad rayana en la equivocidad política, se considera que la laicidad podría terminar siendo sencillamente un "concepto jurídico inútil". Véase Palomino Lozano, R., Aconfesionalidad, Laicidad y ética pública: los jueces ante el fenómeno religioso, en Estado aconfesional y Laicidad, op. cit., pág. 365-366.

rece que el principio de laicidad en su noción liberal no puede ser utilizado como bandera para reprimir de manera ilegítima dichas expresiones religiosas. En este sentido, sin duda constituye un deber de las autoridades públicas, en el marco de un estado laico, fomentar mediante una educación igualmente laica los niveles de tolerancia necesarios entre las distintas agrupaciones o confesiones religiosas, de modo que cada una de ellas pueda disfrutar libremente de su libertad de religión, sin más limitaciones que las expresamente contempladas en el ordenamiento jurídico. En este caso, es evidente que el principio de laicidad estatal constituye la otra cara de la moneda o la garantía institucional de la libertad religiosa, que justamente se caracteriza por una separación absoluta entre el Estado y las distintas confesiones, así como por una posición de indiferencia hacia el fenómeno religioso.

4. El principio de laicidad en el ordenamiento jurídico italiano.

Ahora bien, en *Italia*, la noción de laicidad ha sido despojada de cualquier manifestación hostil con respecto al fenómeno religioso (es decir laicismo) y no se infiere directamente de una disposición constitucional, sino que responde a una construcción realizada por la *Corte Costituzionale* que ha desarrollado un modelo de laicidad que ha sido calificada por la doctrina "*laicità di servizio*". Así, el primer caso en el cual la Corte se pronunció sobre los alcances del principio de laicidad fue la sentencia núm. 203/1989 de 12 de abril, en la cual, al referirse sobre el carácter facultativo de la libertad de enseñanza, señaló que posee "*un valor superior rispetto de otras normas o leyes de rango constitucional*"¹⁵. A partir de esta decisión, el principio de laicidad estatal ha sido concebido como un criterio de interpretación de

15 Véase Valero Heredia, A., La libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado). op. cit., págs. 134-135. Sobre los alcances del principio de laicidad estatal en el ordenamiento jurídico italiano en la decisión núm. 203/1989 de 12 de abril, la Corte Constitucional precisó: "I valori richiamati concorrono, con altri (artt. 7, 8 e 20 della Costituzione), a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica. Il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale. Il Protocollo addizionale alla legge n. 121 del 1985 di ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra la Repubblica italiana e la Santa Sede esordisce, in riferimento all'art. 1, prescrivendo che "Si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano", con chiara allusione all'art. 1 del Trattato del 1929 che stabiliva: "L'Italia riconosce e riafferma il principio consacrato nell'art. 1 dello Statuto del regno del 4 marzo 1848, pel quale la religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato". La scelta confessionale dello Statuto albertino, ribadita nel Trattato lateranense del 1929, viene così anche formalmente abbandonata nel Protocollo addizionale all'Accordo del 1985, riaffermandosi anche in un rapporto bilaterale la qualità di Stato laico della Repubblica italiana".

todo el ordenamiento jurídico, motivo por el cual también forma parte del parámetro de constitucionalidad.

Sin embargo, también es preciso reconocer que el principio de laicidad estatal ha tenido menor grado de desarrollo en el sistema *italiano*, que en otros sistemas como el *norteamericano* o el *francés*. Lo anterior por cuanto, y en lo que atañe al principio de igualdad, en ese sistema se brinda un tratamiento diferenciado tanto a la Iglesia Católica, a las confesiones que han firmado un acuerdo de cooperación con el Estado, y a las confesiones sin acuerdo, con régimen jurídico diferente¹⁶. Pero esta debilidad en el reconocimiento de los alcances del principio de laicidad en el sistema *italiano*, con respecto al *francés* o al *norteamericano* también se manifiesta en las decisiones de los poderes públicos, quienes sin excesivos disimulos toman en consideración factores religiosos. De ahí que la confesionalidad en el sistema italiano no es propia del ordenamiento, sino de la sociedad, y se traduce en concreto en el principio de bilateralidad, “*que abre la puerta a que las confesiones colegislen con el Estado en temas que les afecten*”¹⁷.

De acuerdo con la mayor parte de la doctrina italiana, el principio de laicidad en ese sistema comprende dos aspectos: uno garantista o negativo, otro promocional o positivo. Así, en el primer caso, el principio de laicidad se traduce en la obligación por parte del Estado de garantizar a los individuos una inmunidad de acción con respecto al fenómeno religioso; en el segundo, por su lado, se exige al Estado la adopción de medidas (legislativas o de cualquier otra índole) tendentes a promover las condiciones necesarias para el favorecimiento de una auténtica y libre participación de los ciudadanos y de los distintos grupos sociales en la producción de los valores culturales presentes en la sociedad¹⁸. De acuerdo con VALERO HEREDIA, esta vertiente garantista o negativa del principio de laicidad estatal, en el sistema *italiano*, con posterioridad ha sido desarrollado por la *Corte Costituzionale* en las siguientes decisiones 13/1991 de 14 de enero y 290/1992 de 22 de junio, relativas a la enseñanza de la religión en las escuelas¹⁹.

Cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico italiano se ha ponderado el

16 Ver Llamazares Fernández, D., Derecho de la Libertad de Conciencia, I, Libertad de Conciencia y Laicidad, op cit, págs. 250-251.

17 Véase Llamazares Fernández, D., Derecho de la Libertad de Conciencia, I, Libertad de Conciencia y Laicidad, op cit, págs. 254.

18 Sobre el particular, se puede consultar Cavana, P., Interpretazioni della laicità, Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto, Editorial A.V.E., Roma, 1998, pág. 256.

19 Véase Valero Heredia, A., La libertad de conciencia, neutralidad del Estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado). op. cit., págs. 137-138.

principio de laicidad estatal frente a la utilización de simbología religiosa, concretamente el tema de los crucifijos en las aulas. De esta forma, y con anterioridad a la reciente sentencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular (en el asunto *Lautsi c. Italia*), el Consejo de Estado Italiano había considerado que no es incompatible frente al principio de neutralidad estatal, teniendo en consideración que en un salón no destinado al culto, como lo es la escuela, el crucifijo tiene un valor simbólico altamente educativo, dentro de un contexto laico, distinto del religioso y al margen de la religión profesada por los alumnos. En palabras de María J. ROCA: “*para el Consejo de Estado el crucifijo expresa el origen religioso de valores como la tolerancia, el respeto mutuo, la valoración de la persona y sus derechos, de su libertad, la autonomía de la conciencia moral de la persona frente a la autoridad, la solidaridad humana y el rechazo de toda discriminación. Todos estos valores subyacen en las normas de la Constitución Italiana recogidas en los Principios fundamentales y la Parte I de la Carta Magna, y concretamente de los arts. mencionados como definidores de la laicidad del Estado italiano*”²⁰. Sobre el particular, nos parece evidente que la utilización de simbología religiosa en edificios públicos, como lo es el crucifijo en las aulas, claramente es incompatible frente a los alcances del principio de laicidad, al menos en su mayor grado de desarrollo. Es claro, asimismo, que en este razonamiento en el Consejo de Estado Italiano no hace sino disfrazar bajo el marco de laicidad, un régimen confesional en el cual se ha privilegiado el uso del crucifijo en las aulas, que a nuestro parecer no puede ser objeto de secularización; es decir, no puede ser despojado de su connotación religiosa, por más que así se pretenda en el razonamiento o en la argumentación de la autoridad estatal.

5. El principio de laicidad en Alemania.

Ahora bien, en lo que toca al sistema *alemán* es preciso comentar que el principio de laicidad estatal ha tenido un desarrollo distinto con respecto al *francés* o al *norteamericano* en cuanto a sus alcances, pero en algún grado similar al *italiano* en cuanto a sus debilidades. Lo anterior por cuanto, y siguiendo a LLAMAZARES FERNÁNDEZ, “*en Alemania e Italia se proclama formalmente la neutralidad religiosa, pero su grado de realización es un tanto deficiente si tenemos en cuenta que las distintas confesiones no gozan del mismo estatuto jurídico y que no siempre está razonablemente fundada esta diversidad de trato salvo que recurramos al dato*

²⁰ Véase sobre el particular Roca Fernández, M. J., *La Tolerancia en el Derecho*, Fundación Registral, Madrid, 2009, págs. 194-195.

histórico-sociológico, lo que haría sospechoso al ordenamiento de la correspondiente confesionalidad en un caso, pluriconfesionalidad en el otro, o de albergar reminiscencias de ellas"²¹.

De esta forma, en el sistema alemán el principio de laicidad estatal fue proclamado por primera ocasión en la Constitución de Weimar de 1919, tras el derrumbamiento del *Reich* alemán luego de la Primera Guerra Mundial y el ascenso del socialismo al poder. En ese entonces se puede comentar que la sociedad alemana no compartía en su gran mayoría una confesión determinada, sino que se dividía entre la católica y la luterana según el territorio que se trate²².

Con posterioridad y luego de la Segunda Guerra Mundial, en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana se proclamó el principio de laicidad estatal de manera similar a cómo se realizó en la Constitución de Weimar, al no encontrarse una forma mejor para describir las relaciones entre la Iglesia y el Estado, en la cual el Estado no tiene ninguna competencia en asuntos religiosos e ideológicos. De este modo, Stefan MUCKEL afirmó con respecto al Estado alemán, que *"no tiene ninguna competencia en asuntos religiosos e ideológicos. Su derecho soberano y regulador se limita a aspectos terrenales y seculares"*²³. De esta manera, la secularización de la sociedad alemana y el aludido modelo de relaciones entre las Iglesias y el Estado diseñado por la Ley Fundamental se manifiesta, con toda claridad, en la interpretación conjunta de los artículos 137 y 140, en cuya razón no existe una iglesia oficial y, por el contrario, se configura una separación institucional entre ambas instituciones²⁴. A pesar de lo anterior, también ha sido reconocido que el principio de laicidad estatal en el sistema alemán tiene una connotación positiva, que abarca la cooperación e incluso la promoción de las confesiones religiosas, siempre hasta el límite de la identificación. Ello justamente se explica por las buenas experiencias del Estado alemán con las confesiones religiosas²⁵.

21 Ver Llamazares Fernández, D., Derecho de la Libertad de Conciencia, I, Libertad de Conciencia y Laicidad, op cit, págs. 284.

22 Véase Gómez Martínez, C., Aconfesionalidad y Laicidad; dos nociones ¿Coincidentes, sucesivas o contrapuestas? en Estado aconfesional y Laicidad, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pág. 21.

23 Véase Muckel, S., El Estado y la Iglesia en Alemania, Revista Catalana de Dret Public, núm. 33, 2006, pág. 7.

24 Un estudio especialmente relevante sobre la libertad de religión en el sistema alemán, los alcances del principio de laicidad y la configuración de las confesiones religiosas como corporaciones de derecho público puede ser encontrado en Zabalza Bas, I., Las confesiones religiosas en el Derecho Eclesiástico Alemán, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1986.

25 Véase Cañamares Arribas, S., Libertad religiosa, Simbología y Laicidad del Estado, op. cit., pág. 74.

En esta investigación, por el contrario y como se verá más adelante al comentar la configuración del principio de laicidad estatal en el sistema español y los argumentos planteados por algún sector doctrinal acerca de la concepción de laicidad positiva, se considera que este tipo de manifestaciones del principio de laicidad, así como el reconocimiento de ciertos deberes de promoción del Estado hacia a las instituciones religiosas, más bien debilitan los niveles de indiferencia y tolerancia necesarios entre las agrupaciones religiosas, que deben existir en las relaciones entre ambos tipos de instituciones (Iglesia y Estado), para asegurar en el mayor grado posible el respeto del pluralismo religioso y, en fin, la posibilidad de todo individuo de disfrutar en forma plena de sus libertades fundamentales, entre ellas la de religión, de asumir una determinada creencia o convicción con respecto al fenómeno religioso y de profesarla libremente.

De ahí que las manifestaciones positivas del principio de laicidad estatal traducidas en un deber de promoción del Estado hacia los credos religiosos, en distintos grados, en el fondo implican un desconocimiento de los alcances del principio aludido, al verse favorecidos determinados grupos religiosos en la concreción de los deberes aludidos, a diferencia de otras agrupaciones cuyos individuos, en esos escenarios, disfrutaban de su libertad de religión de modo marginal, como si en el fondo se tratase de un estado confesional.

Se concluye entonces que las manifestaciones positivas del principio de laicidad son vestigios de un estado confesional anterior, en las relaciones entre las iglesias y el Estado, en la cual un sector religioso siempre se ve favorecido en razón de esta actividad de promoción, mientras que otros sectores son marginados por sus convicciones religiosas. De ahí que los alcances del principio de laicidad estatal, en su mayor grado de desarrollo, implican no sólo una separación formal en las relaciones Iglesia-Estado (como en el caso *norteamericano* o el *francés*, por ejemplo), sino también una política de completa indiferencia del segundo hacia al primero, asegurándose la imposibilidad de tener en consideración factores religiosos a la hora de implementar determinadas políticas públicas.

Pese a lo expuesto, el *Tribunal Constitucional Federal Alemán* ha dictado varias sentencias que claramente se encaminan hacia la vía de reconocer todos los alcances del principio de laicidad. Una de ellas es la sentencia 24, 236 de la Sala Primera de 16 de octubre de 1968, en la cual ese Órgano Jurisdiccional estableció que el derecho reconocido en el artículo 4º de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana cubre no sólo las actividades realizadas por las comunidades eclesíásticas, religiosas e ideológicas, sino también a las asociaciones que no tienen como finalidad la asistencia total, sino sólo parcial de la vida religiosa e ideológica

de sus miembros. Además, este derecho también garantiza la libertad de reunión con fines religiosos o eclesiásticos y es válido también para la actividad de apoyo existente en el marco de la vida religiosa común, como la publicidad desde el púlpito. Asimismo, y en concreto sobre el principio de laicidad, en esta decisión se pone de manifiesto el deber estatal de mantener una neutralidad religiosa, de tal modo que se debe interpretar los preceptos constitucionales desde un punto de vista precisamente neutral y válido para todos, no confesionales o ligados a una ideología.

De otro lado, en la polémica decisión 93, 1 I de la Sala Primera de 16 de mayo de 1995, el Tribunal consideró violatorio de la libertad de conciencia, creencia y culto, así como del principio de laicidad estatal, la colocación de una cruz o crucifijo en el aula de clase de una escuela estatal, que no tiene carácter confesional. En efecto, en este pronunciamiento se estimó que al Estado no le está permitido ni prescribir ni prohibir un credo o religión²⁶. En este sentido, de la libertad de conciencia se desprende el principio de neutralidad estatal respecto de las diferentes religiones y convicciones, de tal forma que el Estado debe ser partidario de la convivencia de diferentes y opuestas convicciones religiosas e ideológicas para garantizar la coexistencia pacífica, lo que efectivamente se produce si mantiene la neutralidad en cuestiones de credo. Asimismo, este principio designa la obligación estatal de conferir un trato igualitario a las diferentes comunidades ideológicas y religiosas,

26 Con anterioridad, sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el Auto de 16 de octubre de 1979, se pronunció sobre si la práctica de la oración en la escuela vulneraba o no la libertad religiosa, considerándose que no es inconstitucional, siempre que no sea obligatoria participar en ella, en un marco de respeto mutuo y de tolerancia. Véase sobre el particular Roca Fernández, M. J., *La Tolerancia en el Derecho*, op. cit., págs. 176-177. Sobre el particular, bien se puede comentar que en esa decisión el Tribunal Constitucional Federal Alemán desconoce todas las implicaciones del principio de laicidad, o de neutralidad estatal, en el cual se debe más bien potenciar la educación laica, de modo que la persona pueda libremente asumir determinadas creencias o convicciones con respecto al fenómeno religioso, sin más restricciones que las previstas en el ordenamiento jurídico. Una vez que en ese marco, el individuo ha asumido una creencia determinada, igualmente puede modificarla o abandonarla en el momento en que así lo estime conveniente y, con ello, utilizar la simbología religiosa o realizar el culto o el rito que resulte coherente con sus creencias, sin más restricciones que las previstas por el ordenamiento jurídico. Desde la perspectiva de un Estado laico, como sería el caso alemán, la oración en la escuela claramente contradice la noción de laicidad, en tanto que la enseñanza laica más bien debería ser potenciada a partir de la proclamación constitucional del principio aludido. Un criterio similar al anterior, sin embargo, sostuvo el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la sentencia 1BvR 1522/03 vom 2.10.2003, en que se consideró que la bendición de la mesa en los jardines de la infancia no es inconstitucional, ni contrario al principio de laicidad. En todo caso, es preciso también tener en consideración que el artículo 7 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana permite que existan escuelas públicas que no sean neutrales, al disponer, entre otras cosas, "la enseñanza religiosa es asignatura ordinaria del programa en las escuelas públicas, con excepción de las no confesionales"; pese a que lo ideal sería que la enseñanza sea laica, para potenciar en todos sus alcances la libertad de religión.

de modo que no puede identificarse con una comunidad religiosa determinada²⁷.

Al comentar estos alcances María J. ROCA FERNÁNDEZ ha sostenido que existe una disparidad entre la parte dispositiva de la sentencia y sus fundamentos pues, por un lado, se declara incompatible frente al principio de laicidad estatal la colocación de los crucifijos en las aulas y, por otro, se esbozan los postulados de una laicidad cooperativa (cuya definición por la mencionada autora será comentada más adelante, pero que se caracteriza por valorar de manera positiva el fenómeno religioso); en palabras de la autora: *"Igualmente, el Tribunal alemán, después de sus declaraciones acerca de la aportación de las Iglesias a la herencia cultural de Occidente y de afirmar que con la colocación de cruces en las aulas no se produce una identificación o una aproximación a determinadas formas de adoración y, menos aún, se sigue de ahí, que las clases de las materias profanas queden, por ello, impregnadas por el símbolo de la cruz, declara inconstitucional el reglamento que disponía la presencia de crucifijos en las aulas escolares bávaras"*²⁸. Sobre el particular, bien se puede comentar que en el fondo el Tribunal Constitucional Federal Alemán hizo prevalecer los alcances del principio de laicidad estatal al declarar inconstitucional la colocación del crucifijo en las aulas. Lo anterior, pese a que la cultura de laicidad alemán no ha tenido aún suficiente grado de desarrollo como en la francesa o la norteamericana, y más bien tiende a compartir las notas características de la laicidad italiana²⁹.

Otro comentario al contenido de esta sentencia del *Tribunal Constitucional Federal Alemán* ha sido esbozado por S. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, quien afirma que tiene una gran virtud y consiste, precisamente, en que *"el conflicto de derechos existente en las escuelas entre cristianos y no cristianos no se puede solucionar atendiendo al principio de la mayoría puesto que el derecho fundamental a la libertad de creencias protege de un modo especial a las minorías. En tanto en*

27 Este criterio, sin embargo, no fue unánime, sino que tuvo el voto salvado de los Magistrados Seidl y Söllner y de la Magistrada Hass, quienes consideraron: "No compartimos la interpretación de la mayoría de la Sala, que afirma que el §13 num.1 frase 3 del reglamento escolar para las escuelas pública de Baviera, de acuerdo con el cual en todas las aulas de clases se debe colocar una cruz, viola La Ley Fundamental ()"

28 Véase Roca Fernández, M. J., Neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia, Revista Española de Derecho Constitucional, año 16, núm. 48, Septiembre-diciembre 1996, pág 267.

29 Este criterio es compartido por María José ROCA FERNÁNDEZ, quien sostiene acerca de las decisiones tomadas por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte de Constitucionalidad Italiana que recogen: "una interpretación de la neutralidad en sentido positivo que podríamos llamar una neutralidad o laicidad cooperativa". Ver Roca Fernández, M.J., Neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia, op. cit., págs. 264.

*cuanto la escuela permite la práctica de una concreta religión, dicha práctica debe estar impregnada del principio de voluntariedad y dejar a los que tengan otras creencias una posibilidad de no participación. Esta doctrina es a nuestro juicio correcta, al ser expresión del sentido mismo del Derecho constitucional de la libertad religiosa, que es el de la protección de las minorías*³⁰. Pero esta atribución de defender a las minorías (y en concreto a las agrupaciones religiosas minoritarias) no es exclusiva de las distintas vertientes del derecho de la libertad de religión sino de todos los derechos fundamentales que han sido proclamados en la Constitución, que bien puede ser entendida, desde este punto de vista, como un instrumento de control de poder y protección de los intereses minoritarios (en el caso que nos ocupa de los individuos y las minorías religiosas), frente al ejercicio de los poderes públicos o las acciones de las mayorías parlamentarias. En una línea similar lo ha entendido don Ernesto GARZÓN VALDÉS, para quien los derechos humanos son un puente que vinculan la dignidad (inherente a cada ser humano viviente), frente a la democracia (que no es auto justificable y que por el contrario requiere límites externos (es decir los derechos fundamentales proclamados en las constituciones) para evitar la tiranía de las mayorías³¹.

Finalmente, y en lo que atañe al Tribunal Constitucional Federal Alemán, es preciso destacar el criterio sostenido en la decisión de 24 de septiembre de 2003, sobre la posibilidad de una educadora, funcionaria del Estado de Baden-Württemberg, de portar el velo islámico en las aulas. De acuerdo con María J. ROCA, en este fallo se obligó a los “*Länder a dictar leyes prohibitivas, si quieren prohibir la indumentaria religiosa de los funcionarios en las aulas. En ausencia de ley prohibitiva, prevalecen los derechos fundamentales de los candidatos a la función pública dentro de la enseñanza escolar*”³². Sobre el particular, bien se puede comentar que en razón del principio de laicidad todas las autoridades públicas, como los funcionarios administrativos (entre ellos, los educadores públicos) tienen la obligación mientras realizan

30 Véase González Varas-Ibañez, S., La polémica sentencia del crucifijo, resolución del Tribunal Constitucional Alemán de 16 de mayo de 1995, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16. núm. 47. mayo-agosto 1996, pág. 351.

31 En concreto, el autor ha sostenido: "Los derechos humanos - podría decirse finalmente - constituyen el puente conceptual que vincula dignidad con democracia: la dignidad humana en sociedad sólo puede estar asegurada en una democracia sujeta a restricciones verticales impuestas por el reconocimiento de los derechos humanos. La violación o la falta de vigencia de los derechos humanos afecta los dos pilares del puente: la dignidad se convierte en palabra hueca y la democracia degenera en la tiranía de los demagogos. En el primer caso se animaliza a la persona y en el segundo sucumbimos bajo la avalancha de la voluntad descontrolada de los más o del más fuerte. En ambos casos, la vida individual queda humillada y la vida social se vuelve indecente". Véase Garzón Valdés, E., Dignidad, Derechos Humanos y Democracia, página de Internet: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dignidad-derechos-humanos-y-democracia> (19/03/2010).

32 Véase Roca Fernández, M. J., La Tolerancia en el Derecho, op. cit., págs. 180-181.

sus funciones o prestan sus servicios de adoptar un comportamiento neutro con respecto al fenómeno religioso y abstenerse de utilizar cualquier tipo de simbología religiosa alusiva a sus creencias. Más allá de estos ámbitos, pueden disfrutar y hacer ejercicio de su libertad de culto, y de utilizar la simbología religiosa que prefieran sin más restricciones que las del orden público protegido en la ley.

De este modo, una vez comentados los alcances del principio de laicidad estatal en Francia, los Estados Unidos de América, Italia y Alemania, así como el distinto grado de desarrollo que ha tenido en cada uno de estos ordenamientos jurídicos (y desde luego su vinculación con las distintas vertientes de la libertad de religión) a continuación será examinada la distinción entre laicidad y laicismo, y se realizarán algunos comentarios sobre la concepción de laicidad positiva, con la cual el Tribunal Constitucional Español ha pretendido describir las relaciones entre el Reino de España y las Iglesias, bajo una óptica que a nuestro juicio no se ajusta al sentido literal del artículo 16 párrafo 3 de la Constitución Española de 1978. Se trata entonces de una construcción con la que el Tribunal Constitucional Español ha pretendido defender la regularidad constitucional de una normativa pre e infra-constitucional que claramente es incompatible frente al marco inicial de laicidad que se establece en la norma supra-mencionada, que exige, de igual manera, interpretar las relaciones de cooperación que se indican en esa disposición en un sentido muy restringido, que permita fomentar los niveles de tolerancia necesarios para asegurar a cada individuo o agrupación el pleno goce de su libertad religiosa.

6. La ausencia de configuración del principio de laicidad estatal en el ordenamiento jurídico costarricense

Finalmente, en lo que atañe al caso costarricense, la libertad religiosa ha sido proclamada en el artículo 75 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, así como el carácter confesional en virtud del cual la Religión Católica, Apostólica y Romana es la oficial. De modo que el principio de laicidad estatal es completamente ajeno y extraño al constitucionalismo costarricense. Acerca del particular, es preciso insistir sobre la necesidad de reformar la Constitución, para introducir el principio de laicidad como garantía institucional, o como parte del contenido esencial de la libertad religiosa.

Entre las razones que justifican modificar la Constitución para introducir el Estado Laico, la más importante es una de carácter sociológico y consiste en la transición de una sociedad abrumadoramente católica por otra de pluralismo religioso en los últimos años, que actualmente no encuentra en el diseño cons-

titucional su correlativo, ni las garantías necesarias para asegurar a las distintas agrupaciones religiosas el goce pleno de sus derechos y libertades fundamentales.

En todo caso, es preciso advertir, que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha matizado con claridad los alcances de la configuración constitucional del principio de confesionalidad estatal, en la sentencia No. 2023-2010 de 2 de febrero, en que se declaró inconstitucional el Art. 34 párrafo 2º del Reglamento a la Ley de la Carrera Docente (Decreto ejecutivo No. 2235-E-P), en que se exigía la autorización previa de la Conferencia Episcopal para la selección del personal docente dedicado a la educación religiosa.

En efecto, en esa decisión por mayoría la Sala consideró que el principio de confesionalidad del estado costarricense *“debe ser objeto de una interpretación y aplicación restrictiva, en cuanto, ineluctablemente, impacta la libertad religiosa en su más pura expresión”*. De este modo, en la sentencia se insiste en la separación del ámbito religioso del educativo en la Constitución Política vigente, para proclamar la existencia del principio de neutralidad religiosa en el ámbito educativo, de tal forma que se garantice *“el pleno ejercicio y goce de la libertad y la tolerancia religiosa como valor constitucional fundamental que asegura una coexistencia pacífica y armónica del conglomerado social, más aún cuando la realidad muestra una gran diversidad y heterogeneidad religiosa que se ha ido incrementando desde la promulgación de la Constitución de 1949”*.

Es claro que esta sentencia constituye un antecedente en el reconocimiento del principio de laicidad en el constitucionalismo costarricense, y un esfuerzo por adaptar el texto de la Norma Fundamental a los tiempos actuales. Y es que si se examina los casos de las Constituciones de Alemania, Italia, España, Francia y la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, es clara la tendencia a reconocer los alcances del principio de laicidad estatal, aunque con distintos grados de desarrollo, como se ha visto en esta pequeña investigación.

De ahí que, por ejemplo, la laicidad positiva que ha defendido el Tribunal Constitucional Español en su jurisprudencia no tiene el mismo grado de evolución que la laicidad francesa, o la laicidad de servicio que se ha proclamado en el Estado Italiano.

Tampoco se pretende al defender los alcances del principio de laicidad en las relaciones entre el Estado y las iglesias, perseguir todas las expresiones del fenómeno religioso, o hacer nugatorio el disfrute de las distintas manifestaciones de la vertiente externa de la libertad religiosa. Ello más bien ha sido concebido como

laicismo y es muy diferente a la laicidad por la que se ha abogado últimamente, en la cual lo que se pretende es potenciar el pluralismo religioso y los niveles de tolerancia necesarios para que todos los grupos religiosos puedan profesar su libertad religiosa, sin más restricciones que el orden público previsto en la ley.

No en vano, en la sentencia que comentamos se ha establecido la obligación de parte del Ministerio de Educación Pública de tomar una serie acciones positivas para rediseñar los contenidos curriculares de la enseñanza religiosa en escuelas y colegios del sistema público. Consecuentemente, deberá efectuar los estudios técnicos pertinentes para que a los educandos se les ofrezca, la educación religiosa en dos etapas. La primera, para que los estudiantes que profesan un credo religioso diverso al católico –debidamente reconocido y aceptado por el Estado–, puedan recibir lecciones de una persona que tenga idoneidad comprobada para impartirla y una posterior, conforme adquieren mayores capacidades y madurez relativa, de recibir enseñanza religiosa, según un enfoque ecuménico o ecléctico que fomente la tolerancia, respeto de los derechos humanos y fundamentales, de la dignidad humana, la diversidad religiosa, la no discriminación por razones religiosas, el entendimiento, la comprensión y la amistad entre los grupos religiosos.

Una vez comentada la sección anterior los incipientes alcances del principio de laicidad en el ordenamiento jurídico costarricense, a continuación es preciso comentar la distinción entre laicismo y el principio de neutralidad o a-confesionalidad estatal para, luego, desarrollar la concepción positiva del principio de laicidad y sus implicaciones en un estado neutro.

7. La distinción entre el laicismo y el principio de neutralidad o a-confesionalidad estatal.

Como se ha expuesto, en esta investigación son utilizadas como sinónimos las expresiones de laicidad, neutralidad y a-confesionalidad religiosa, para calificar aquellas relaciones entre las Iglesias y los Estados que se caracterizan, de un lado, por la separación absoluta entre ambas instituciones y, de otro, una indiferencia total del segundo con respecto a las convicciones religiosas. Lo anterior no tiene un fin distinto que asegurar el pluralismo religioso y a todos los individuos la posibilidad de disfrutar, en forma plena, de las distintas vertientes de la libertad de religión.

Sobre el particular, y desde una perspectiva distinta, María José ROCA FERNANDEZ entiende por laicidad el reconocimiento por parte del Estado de su incompetencia en cuestiones religiosas e ideológicas. De esta manera, para esta autora

la expresión de laicidad es positiva cuando “*la disposición del Estado en la garantía del derecho de libertad religiosa e ideológica se caracteriza por una actitud cooperativa*”, en tanto que la negativa se caracteriza por una postura de indiferencia o distancia sobre cualquier manifestación religiosa de los individuos o de las agrupaciones³³. Al respecto, ya hemos visto que la idea de laicidad que se defiende en esta investigación, justamente se caracteriza por la indiferencia y la separación absoluta entre la Iglesia y los Estados (de ahí que se aproxima a la categorización de laicidad negativa de la mencionada autora), lo cual asimismo se considera indispensable para asegurar a cada individuo el pleno goce de su libertad religiosa, en el marco de una sociedad pluralista, en la cual debe primar la tolerancia por sobre cualquier manifestación de orden religioso, siempre que se respete el orden público y los derechos de terceros, como lo hemos visto con anterioridad.

Pero tampoco es preciso confundir esta noción de laicidad (que nosotros preferimos llamar liberal, más que negativa como lo hace ROCA FERNÁNDEZ) con las expresiones laicistas o de combate hacia el fenómeno religioso. En efecto, desde ningún punto de vista puede ser utilizada la concepción de laicidad que se defiende en esta investigación para valorar negativamente las convicciones religiosas con expresiones de intolerancia, o implantar por parte del Estado políticas relativas a fomentar el ateísmo o el agnosticismo entre los individuos. Por el contrario, y desde una perspectiva laica, deben ser tratadas con el mismo grado de indiferencia tanto las valoraciones positivas con respecto al fenómeno religioso (y, en concreto, sobre las convicciones que se posean sobre la existencia de un ser supremo superior o la trascendencia del alma humana a la muerte), como aquellas en que se niega la existencia del ser supremo y lo demás, todas las cuales han sido cubiertas, como se ha visto, por el objeto de la libertad de religión, que en este sentido constituye una especie de otro derecho fundamental con contenido más amplio, es decir, la libertad ideológica, de pensamiento o de conciencia.

Expresiones de laicismo o de combate sobre el fenómeno religioso pueden ser encontradas en el sistema francés, y en algunas decisiones adoptadas por el Consejo de Estado³⁴ (con respecto a la posibilidad de utilizar simbología religiosa), en las cuales justamente se pone de manifiesto la tensión existente en este sistema entre las nociones liberal y combativa de laicidad, de las cuales las segundas son calificadas en este trabajo como laicismo.

33 Sobre lo expuesto véase Roca Fernández, M.J., Neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia, op. cit., pág. 253.

34 Sobre el particular, se pueden consultar las siguientes decisiones del Consejo de Estado Francés de 27 de noviembre de 1989, de 10 de marzo de 1995, de 10 de marzo de 1997 y de 3 de mayo de 2000.

En este sentido, en esta investigación se comparte plenamente las ideas desarrolladas sobre laicidad por Alfonso RUIZ MIGUEL, en el sentido que: *“advierdo que mi modelo ideal opta por una laicidad neta y rotunda del Estado, entendida como la más estricta neutralidad posible de los poderes públicos ante toda convicción relativa a la religión, incluidas las creencias no religiosas”*³⁵. Para el autor, un modelo ideal para establecer las relaciones entre el Estado y las Iglesias que evite, por un lado, favorecer mediante una actividad de promoción algunas convicciones religiosas por sobre otras que son discriminadas por esta situación y, por otro, el establecimiento de políticas hostiles ante cualquier manifestación de índole religiosa, sin duda lo constituye el estado laico, que en su modelo no sólo se caracteriza por la plena separación entre ambas instituciones, sino también por el mayor grado de indeferencia del Estado hacia el fenómeno religioso³⁶.

A mayor abundamiento, es preciso señalar que el término laicismo posee, de acuerdo con Alfonso RUIZ MIGUEL, una carga valorativa o comprometida que no tiene, ni por asomo, la expresión de laicidad, entendida como una indeferencia absoluta del Estado con respecto al fenómeno religioso. En palabras del autor, el laicismo debe ser entendido como la *“creencia privada en la falsedad de las religiones en el sentido estricto o tradicional de esa palabra –que en la cultura occidental suelen reducirse a las creencias en divinidades y en las supervivencia después de la muerte-, ante la que, insisto el Estado laico debe ser tan neutral como ante cualquier otra creencia en materia religiosa”*³⁷.

Desde una perspectiva distinta, Luis María CIFUENTES crítica la distinción entre laicidad y laicismo, pues considera que ambos términos en realidad no poseen ninguna carga valorativa sobre el fenómeno religioso. De esta manera, el autor entiende por laicismo: *“el movimiento social, político y cultural que promueve el ideal de laicidad y por lo tanto solamente exige la separación entre las iglesias y el Estado y el fin de todos los privilegios que todavía hoy mantiene la Iglesia católica*

35 Véase Ruiz Miguel, A., Para una interpretación Laica de la Constitución, en Laicismo y Constitución, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pág. 34.

36 En este orden de ideas, RUIZ MIGUEL menciona que: "A mí me parece meridiano que la alternativa aut-aut es en este caso claramente falsa y que hay una tercera posibilidad, y por cierto la única genuinamente aceptable: entre un Estado hostil o beligerante contra las religiones (un Estado en realidad no laico sino laicista) y un Estado que las valora y ayuda positivamente se encuentra el Estado neutral o laico, esto es, el que es imparcial ante y entre quienes profesan y practican esta o aquella religión y quienes no profesan ni practican ninguna, incluso si su creencia les lleva a criticar a las religiones como valiosas". Véase Ruiz Miguel, A., Para una interpretación laica de la Constitución, en Laicismo y Constitución, op. cit., pág. 62.

37 Ver Ruiz Miguel, A., Para una interpretación laica de la Constitución, en Laicismo y Constitución, op. cit., pág. 63.

*en España. Por lo tanto laicidad no es más que el proyecto filosófico, jurídico y político que propugna el movimiento laicista en España*³⁸.

No obstante lo anterior, en esta investigación se prefiere utilizar la distinción entre el laicismo y laicidad, como se ha indicado desde la introducción, pues lo que realmente caracteriza a la segunda estrictamente considerada es la indiferencia o la ausencia de cualquier tipo de valoración, positiva o negativa, con respecto al fenómeno religioso. Es precisamente, por este tipo de laicidad, neutralidad o aconfesionalidad, que se insiste en este trabajo para defender el pleno goce de la libertad de religión y el pluralismo religioso frente a quienes pretenden marginarlo al favorecer, de un modo u otro, a ciertos grupos religiosos, como claramente se produce en el modelo del estado confesional. A los mismos resultados de intolerancia con respecto al pluralismo religioso se llega, si se parte de posturas de combate o de no menosprecio de cualquier manifestación externa de la libertad de creencias, como se produce en el caso del laicismo.

8. La noción de laicidad positiva y sus implicaciones en un “estado neutro”.

Pues bien, una vez comentada la distinción entre el laicismo, caracterizado como se ha dicho por el menosprecio o una valoración rotundamente negativa de cualquier manifestación de orden religioso y, laicidad, que por el contrario no supone ninguna estimación sobre tales manifestaciones sino que tiene como punto de partida una indiferencia y una separación absoluta del Estado y las religiones, de seguido será comentada la noción de laicidad positiva y la manera en que influye en un estado que de previo se ha calificado como neutro.

De entrada, es preciso advertir que la concepción de laicidad positiva supone por parte del Estado el establecimiento de ciertas políticas o actividades de fomento que

³⁸ Sobre las razones por las cuales se ha distinguido entre laicismo y laicidad, el mismo autor señala: "Ha sido sobre todo en Francia donde se ha producido un mayor debate sobre el uso de ambos términos. Así los autores franceses evitan siempre hablar de "laicismo" porque algunos lo consideran sinónimo de "hostilidad hacia la religión", de "sectarismo laicista" y, en general, de "adoctrinamiento dogmático de la laicidad", frente al término "laicidad" (laïcité) que es aceptado por todos, tanto por los creyentes religiosos como por los laicistas, y además se habla en Francia de "laïcité ouverte" frente a la "laïcité fermée". En cualquier caso, en nuestro país, han sido los pensadores católicos quienes con cierta frecuencia han comenzado a desprestigiar el uso del término "laicismo", al vincularlo a la "intolerancia antirreligiosa"; y sin embargo esos mismos pensadores cultivan con entusiasmo el término de laicidad como sinónimo de "libertad de religión y de conciencia", asimilando la laicidad al respeto y a la tolerancia". Véase Cifuentes Pérez, L. M., ¿Qué es el laicismo?, Laberinto, 2005, pág. 33.

claramente son incompatibles con la pretensión o el anhelo de calificar ese Estado como laico. Se trata en el fondo de otra manera de disfrazar un estado confesional, a partir de una configuración inicial de laicidad que ha sido despojada de todo contenido, para fomentar un tratamiento privilegiado a ciertos grupos religiosos en función de sus convicciones religiosas, con menoscabo del principio de igualdad, según ha sido proclamado en diversas constituciones y en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Mucho se discute en el sistema español sobre los alcances del principio de laicidad positiva que ciertamente ha sido utilizado (en nuestro criterio de manera errónea) por el Tribunal Constitucional Español para calificar las relaciones entre la Iglesia y los Estados³⁹, a partir de lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 16 de la Constitución Española de 1978. Sobre el particular, es claro que al mencionar esa norma que ninguna confesión tiene carácter estatal, cualquier otra disposición que se relacione bajo ese precepto⁴⁰, debe ser interpretada en el marco inicial de laicidad con el cual se han configurado las relaciones entre las iglesias y los Estados. De ahí que el deber de cooperación y de promoción del Estado con la Iglesia Católica y las demás confesiones debe ser entendido en un sentido absolutamente restringido, para no soslayar los alcances de la proclamación anterior del Estado español como laico. En este orden de ideas, Alfonso RUÍZ MIGUEL ha sostenido que: *“por lo demás, el significado genuino de términos como “cooperación” o “colaboración” está bien lejano de un sistema predominantemente unidireccional de subvenciones por parte del Estado, que en buena parte de su cuantía se dirigen a actividades que son reclamadas con energía por la Iglesia Católica pero de*

39 Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia No. 154/2002 de 18 de junio, señaló que: "En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: por un lado, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesias. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero (RTC 2001, 46), F. 4, que «el art. 16.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre [RTC 1993, 340], y 177/1996, de 11 de noviembre [RTC 1996, 177]), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener “las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que “veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales” (STC 177/1996)». De acuerdo con RUIZ MIGUEL, las dos sentencias más representativas sobre la noción de laicidad son las siguientes: la 46/2001, sobre la Inscripción de la Iglesia de la Unificación en el Registro de Entidades Religiosas, y la 38/2007 sobre la inhabilitación eclesiástica y el consiguiente despido por parte del Estado de una profesora de religión católica en un colegio público por vivir en concubinato. Ver Ruiz Miguel, A., Para una interpretación laica de la Constitución, en Laicismo y Constitución, op. cit., págs. 52-53.

40 Como por ejemplo el enunciado posterior: "Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones".

limitado o nulo interés para un Estado laico"⁴¹.

De lo anterior también se infiere que esos deberes de cooperación siempre deben ser formulados y ejecutados bajo la separación inicial y absoluta de las instituciones Iglesia y Estado, procurándose el mayor grado de indiferencia posible con respecto al fenómeno religioso. Lo anterior no sólo por razones normativas (a partir de la configuración del principio de laicidad en la norma aludida) sino también por razones sociológicas, ante la diversidad de culturas y de grupos que ahora ocupan el territorio español, cuya libertad religiosa no será respetada si se desconocen los alcances del diseño constitucional laico del Estado español.

Sin embargo, desde una perspectiva distinta, Andrés OLLERO ha comentado con respecto al alcance del párrafo 3º del artículo 16 de la Constitución Española de 1978 (y luego de reconocer que esa disposición produce problemas interpretativos) que la mejor manera de calificar las relaciones entre las iglesias y los estados se debe producir a partir del concepto de "*laicidad por omisión*", en el sentido que: "*el Estado español es laico por el simple hecho de no haberse proclamado expresamente Estado confesional*"⁴².

Esta concepción de laicidad, que el autor también denomina *por defecto*, o *por atención*, se origina de la obligación constitucional de tener en cuenta las creencias religiosas de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos fundamentales, así como de cooperar con sus confesionales expresiones colectivas. En esta línea, Fernando REY MARTINEZ utiliza la expresión de *laicidad débil* para describir las relaciones entre la Iglesia y el Estado, en cuya razón de la Norma Fundamental se deriva una función estatal *promocional* con respecto al fenómeno religioso (idea conformada en gran medida por el desarrollo normativo vigente de los Acuerdos de la Santa Sede, así como de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional). De esta forma, la concepción de *laicidad fuerte* (es decir a la francesa, por la que se aboga en esta investigación pero desprovista de la combativa), es la única constitucionalmente posible de acuerdo con el autor a menos que se reforme o se modifique previamente la Constitución⁴³.

41 Ver Ruiz Miguel, A., Para una interpretación laica de la Constitución, en *Laicismo y Constitución*, op. cit., pág. 81. Sobre el particular, agrega el autor: "Cooperar o colaborar más bien alude a un tipo de acción conjunta entre dos partes en áreas de interés o valor común, como pueda ser la sanidad, la educación, la asistencia social, la prevención de la drogadicción, el ocio juvenil, el patrimonio cultural y artístico".

42 Véase Ollero, A., *Un Estado Laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Thomson Reuters, Aranzandi, primera edición, 2009, pág. 66.

43 Ver Rey Martínez, F., La decisión del constituyente en materia de conciencia y religión, en *La libertad religiosa en el Estado Social*, Barrero Ortega, A., y Terol Becerra, M., Coordinadores, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pág. 109. Sobre el particular, el mismo autor agrega: "España es, sin duda, un Estado laico, pero

Es claro que esta concepción de laicidad por omisión, defecto o por atención (o débil como lo entiende Fernando REY MARTINEZ) tiene como punto de partida una construcción que soslaya el sentido literal del párrafo 3º del artículo 16 de la Constitución Española de 1978, que inicia por declarar que ninguna confesión tiene carácter estatal (es decir, por proclamar el principio de laicidad), lo cual como se ha insistido a la largo de esta investigación no sólo se caracteriza por la separación absoluta entre ambas instituciones: iglesias y Estado, sino también por el mayor grado de indiferencia posible del segundo hacia a las primeras.

De lo anterior se deduce que las expresiones “*tendrán en cuenta*”, así como el “*mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación*”, deben ser interpretadas en un sentido absolutamente restringido, a partir de la declaración inicial del Estado español como laico. Y es que tales expresiones sin duda tienen mayor vinculación con las distintas facetas o vertientes de la libertad de religión (la interna y la externa), que con la configuración constitucional del Estado español como laico, con lo que más bien aluden a la obligación estatal de respetar o de auspiciar los niveles de tolerancia necesarios para asegurarle a cada individuo (y a los grupos religiosos) el pleno goce de sus libertades religiosas (es decir, de fomentar y de hacer valer y respetar las condiciones adecuadas para asegurar el pluralismo religioso), lo cual solamente es posible a partir de la declaración inicial de laicidad, que se traduce en la obligación estatal de indiferencia total hacia el fenómeno religioso.

Entre menos participación del Estado en el fenómeno religioso, mayores serán las posibilidades de los individuos y de los distintos grupos religiosos de disfrutar las libertades aludidas. De ahí que en el fondo la posición conservadora de Andrés OLLERO no sólo vuelve confesional un diseño al menos literal de laicidad en la

no un Estado laicista, como, por ejemplo, el francés. El constituyente de 1978 considera el hecho religioso como un factor social que debe ser tenido en cuenta por los poderes públicos, pues es el ejercicio de uno de los derechos fundamentales más directamente ligados con la dignidad humana y tiene una dimensión pública y colectiva también garantizada porque se reconoce la libertad religiosa también a las comunidades, de modo que todos los poderes públicos deben reconocerlo, garantizarlo y cooperar con la Iglesia y el resto de confesiones. La clave es cómo interpretar este deber: Una de las frases más inteligentes que se pronunció sobre el problema en el debate constituyente procede de Enrique Tierno Galván (). Tierno dijo, tras la aprobación del artículo y parafraseando la famosa frase de Azaña en las Cortes republicanas: "España ha dejado de ser confesional, pero dudo de que haya dejado de ser católica" ¿ Es esto verdad?"" Ver pág. 113. Pues bien, tras casi 32 años de haber sido aprobada la Constitución Española de 1978, y ante el escenario de pluralismo religioso que actualmente se vive en la sociedad española, casi en su totalidad secularizada y con fervientes expresiones religiosas por parte de grupos minoritarios, una respuesta positiva sin duda se impone en este caso. De ahí justamente la importancia de respetar los alcances del principio de laicidad estatal en el marco del pluralismo religioso, como presupuesto para hacer valer las distintas vertientes de la libertad religiosa. No es otro el propósito ni los fines que se persiguen en esta investigación, con respecto a la libertad religiosa e ideológica.

Constitución Española de 1978 (lo cual parece que el autor lo admite sin ningún inconveniente), sino que tiene profundas implicaciones sobre el pluralismo religioso, y en fin sobre las posibilidades de los grupos minoritarios de hacer valer sus derechos y de no ser marginados en la ejecución de las relaciones de cooperación que en la concepción del autor debería entablar el Estado con las religiones, al menos con la Iglesia Católica.

9. A modo de conclusión: El principio de laicidad estatal como garantía del pluralismo religioso.

Tras haber comentado la distinción entre el principio de laicidad estatal con las concepciones de laicismo y laicidad positiva, es preciso insistir en esta investigación sobre el carácter de garantía institucional y de contrapartida orgánica que con respecto a la libertad de religión ostenta el primero, sin el cual no es posible establecer las condiciones de tolerancia adecuadas para fomentar el pluralismo religioso, así como en una sociedad democrática, en la cual los individuos claramente participan en la adopción de las decisiones fundamentales.

Y no puede ser de otro modo, si se tiene en consideración la diversidad europea, compuesta por múltiples culturas, lenguas y nacionalidades, con múltiples convicciones religiosas, al menos en los países que han aceptado la Jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un ejemplo de lo anterior sin duda es el caso del Islam, el cual ha dejado de ser una religión profesada por personas del tercer mundo a las que había que convertir al cristianismo, sino una creencia religiosa que reclama una presencia en el escenario europeo⁴⁴, y quienes la profesan exigen no sólo la tutela de su libertad religiosa en la Constitución Española de 1978 (como es el caso que ahora nos ocupa), sino también en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/C 303/01).

En tales casos, el principio de laicidad estatal constituye el presupuesto necesario para garantizar a todos estos individuos, o grupos religiosos, el pleno goce de su libertad de religión, sin la posibilidad de sufrir por estas circunstancias algún tratamiento discriminatorio o indebido, contrario a la dignidad de esas

⁴⁴ Gómez Martínez, C., Aconfesionalidad y Laicidad; dos nociones ¿Coincidentes, sucesivas o contrapuestas? en Estado aconfesional y Laicidad, op. cit., pág. 31.

personas. Lo anterior se pone especialmente de relieve en el caso de los grupos minoritarios cuyas convicciones religiosas no tienen por qué sufrir menoscabo alguno, por quienes comparten la confesión mayoritaria, como lo había señalado recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la decisión adoptada contra Italia, en el sentido de declarar la violación del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, por la colocación del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas, al considerarse que vulneraba la libertad de religión y el derecho de los progenitores de transmitir sus convicciones religiosas a sus hijos.

Un ejemplo de intolerancia pura y dura hacia determinadas convicciones religiosas ha sido constitucionalmente proclamada en Suiza, ante la aprobación por la vía del referéndum de la prohibición de edificar minaretes en ese territorio. Se trata de una decisión sin duda sorprendente que cuestiona, a estas alturas, la pretensión de dotar de alcance universal a los derechos humanos, respecto de todos los individuos sin distinción de raza, credo o convicciones religiosas. En el fondo, esta decisión evidencia la necesidad de proclamar el principio de laicidad estatal como presupuesto de las distintas vertientes de la libertad de religión.

En Francia, por su lado, pese a que tiene una gran tradición de laicidad fuertemente influenciada por concepciones combativas u hostiles de ese término, llama la atención la manera en que, precisamente en aplicación del principio aludido, se ha prohibido a las estudiantes musulmanas asistir a lecciones con el velo islámico (como también en Turquía, como lo vimos en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto “*Leyla Şahin contra Turquía*”), pese a que el principio de laicidad estatal se traduce en obligaciones hacia las instituciones públicas (quienes prestan servicios públicos) o servidores de la misma índole, no así para los particulares, quienes pueden disfrutar en forma plena de la vertiente externa de la libertad de religión, con las restricciones razonables que provienen del orden público.

Pero también hemos visto la manera en que las diversas expresiones de laicidad positiva (en los ejemplos de Italia, Alemania, y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español) en el fondo desconocen las distintas implicaciones del Estado laico. De ello es particularmente relevante el caso español, donde se ha sobredimensionado el deber de cooperación que de acuerdo con el párrafo 3º del artículo 16 de la Constitución Española de 1978 debe tener el Estado hacia las convicciones religiosas, más allá de las fronteras de la configuración constitucional del Estado laico, por la que se ha optado en la primera parte de esta disposición.

Al respecto, Alfonso RUIZ MIGUEL llama la atención sobre el modo en que el Tribunal Constitucional Español se ha negado a compatibilizar la regulación preconstitucional sobre las relaciones entre el Estado y las religiones con la Norma Fundamental vigente, así como la pretensión de elevar a rango constitucional (como se deduce de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional) las normas legales que rigen esas relaciones, pese a que son claramente incompatibles con el diseño constitucional del principio de laicidad. En palabras del autor: *“en efecto, la anterior actitud de la jurisprudencia constitucional puede tender a reforzar lo que yo denominaría una “sobreconstitucionalización” de criterios meramente infraconstitucionales en materia religiosa”*⁴⁵.

Todo lo anterior se traduce, de acuerdo con el mismo autor, en la indebida incorporación a la interpretación constitucional de criterios que provienen de los acuerdos internacionales firmados con la Santa Sede o del mero desarrollo normativo de rango legal e incluso inferior, entre ellos los acuerdos del Gobierno con determinadas entidades representativas de algunas confesiones religiosas, como se expuso con anterioridad⁴⁶. Sobre el particular, Abraham BARRERO ORTEGA nos recuerda la manera en que han sido suscritos dichos acuerdos de cooperación con las principales confesiones, y como se ha justificado un tratamiento diverso con respecto a determinados grupos religiosos minoritarios del siguiente modo: *“En 1992, y tras haber el obtenido el reconocimiento del notorio arraigo exigido por la Ley de 1980, las tres grandes confesiones que, en principio, vinieron a desarrollar o, más exactamente a concretar las previsiones generales de la Ley en atención a las peculiaridades de cada uno de estos grupos confesionales. No se olvide que, desde 1979, la Iglesia católica ya tenía suscritos diversos acuerdos con el Estado español, de modo que la lógica del sistema constitucional y, en concreto, la del principio de igualdad obligó a dispensar también en un tratamiento jurídico singular a las denominadas confesiones minoritarias, aún de notorio arraigo”*⁴⁷.

Al respecto, únicamente se puede comentar que dichos acuerdos de coopera-

45 Véase Ruiz Miguel, A., Para una interpretación laica de la Constitución, en *Laicismo y Constitución*, op. cit., pág. 51.

46 Ver Ruiz Miguel, A., Para una interpretación laica de la Constitución, en *Laicismo y Constitución*, op. cit., pág. 52. En este sentido, los acuerdos entre El Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, económicos, enseñanza y asuntos culturales y asistencia religiosa de las Fuerzas Armadas y el servicio militar de clérigos y religiosos, fueron firmados el 3 de enero de 1979 y aprobados el 4 de diciembre de 1979.

47 Véase Barrero Ortega A., Libertad religiosa y deber de garantizar la vida del hijo. A propósito de la STC 154/2002 de 18 de julio, op. cit., pág. 326. Cabe mencionar, sin embargo, que el autor se inclina por considerar que dichos acuerdos de cooperación se adecuan al Derecho de la Constitución, dentro de la construcción realizada por el Tribunal Constitucional sobre el principio de laicidad positiva.

ción, así como la justificación de un tratamiento distinto entre las distintas confesiones según el número de sus integrantes, claramente contradice el marco inicial de laicidad que en el artículo 16 párrafo 3 de la Constitución Española de 1978 ha sido contemplado y, que se caracteriza (no puede ser de otro modo), por una separación absoluta y por la indiferencia en las relaciones entre la Iglesia y los Estados.

Se trata entonces de una mutación constitucional (es decir, de una reforma material del precepto constitucional auspiciada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español sobre la concepción de laicidad positiva), que sin duda desborda los límites fijados por el texto del párrafo 3 del artículo 16 de la Constitución Española de 1978 y, en ese sentido, siguiendo el razonamiento del reconocido autor alemán Konrad HESSE, *“todo lo que se sitúe más allá de estas posibilidades no será ya mutación constitucional sino quiebra constitucional o anulación de la Constitución”*⁴⁸, en la medida en que desborda los límites del diseño del Estado laico español.

Un ejemplo de lo anterior sin duda ha sido el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional Español en la sentencia No. 38/2007 de 15 de febrero, en que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4831-2002, promovida por la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en relación con la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (en cuanto al párrafo añadido por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), y de los artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, ratificado por el Instrumento de 4 de diciembre de 1979⁴⁹.

Así, en esta decisión el Tribunal se sirvió de la noción de laicidad positiva y del mencionado deber de cooperación de los poderes públicos hacia los credos religiosos, para defender con un criterio unánime la legitimidad constitucional de la enseñanza religiosa en la escuela pública, así como el hecho que sea impartida por personas designadas por una determinada religión, y que el comportamiento de esas personas efectivamente reflejen dichas creencias, más allá del ámbito

48 Véase Hesse, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 1992, págs. 99-103.

49 Un comentario relevante al contenido de esta sentencia puede ser hallado en Llamazares Fernández, D., *Contratación laboral de los profesores de religión católica por la administración pública*, Comentario a la STC 38/2007 de 15 de febrero, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, mayo-agosto, 2007, págs. 267-307.

estrictamente laboral⁵⁰.

Es claro que en esa decisión el Tribunal Constitucional Español ha desconocido el marco inicial de laicidad que en el artículo 16 párrafo 3 de la Constitución Española se establece al proclamar que ninguna confesión tendrá carácter oficial, con lo que la enseñanza igualmente debería ser laica, garantizándose asimismo (y desde luego) el derecho que le asiste a los padres para que los hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, de acuerdo con el artículo 27 párrafo 3 de la Constitución Española de 1978.

Una opinión distinta a la anterior, sin embargo, ha sido desarrollada por Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA, quien defiende la construcción de laicidad positiva utilizada por el Tribunal Constitucional Español en esta sentencia y en otras⁵¹, con la siguiente argumentación: *“me parece que no hace falta mucho deliberar para concluir en la incompatibilidad entre ese discurso y la interpretación del art. 16 CE que viene haciendo el Constitucional, en especial si el citado precepto constitucional se interpreta en los términos que imponen los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que somos parte, como impone por otra parte el art. 10.2 CE. En pocas palabras: es lógico que quienes defienden una escuela pública laica, un poco al modo francés, manifiesten disconformidad con el pronunciamiento del TC que*

50 En efecto, en esa sentencia el Tribunal Constitucional Español consideró: "La cuestión no es, por tanto, si resulta o no constitucionalmente aceptable la enseñanza de la religión católica en los centros escolares. Tampoco si la competencia para la definición del credo religioso objeto de enseñanza ha de corresponder a las Iglesias y confesiones o a la autoridad educativa estatal, pues es evidente que el principio de neutralidad del art. 16.3 CE, como se declaró en las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 340/1993, de 16 de noviembre, «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» en el desarrollo de las relaciones de cooperación del Estado con la Iglesia católica y las demás confesiones, antes bien sirve, precisamente, a la garantía de su separación, «introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva» (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4). El credo religioso objeto de enseñanza ha de ser, por tanto, el definido por cada Iglesia, comunidad o confesión, no cumpliéndole al Estado otro cometido que el que se corresponda con las obligaciones asumidas en el marco de las relaciones de cooperación a las que se refiere el art. 16.3 CE. Se sigue de lo anterior que también ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable".

51 Véase sobre el particular las siguientes decisiones del Tribunal Constitucional Español: 177/96, 46/01 o 154/02.

*comentamos, pero deben ser conscientes que ello se debe a que la “laicidad positiva” de que habla el Tribunal está bastante lejos de su versión de la laicidad, nada próxima al art. 16 CE, por cierto*⁵²”. Esta línea de pensamiento parte sin duda de una interpretación que desconoce el sentido literal del artículo 16 párrafo 3 de la Constitución Española, en cuya virtud las mencionadas relaciones de cooperación deben ser interpretadas bajo el marco o la declaración inicial de laicidad que se establece en esa norma, que justamente exige por parte del Estado un comportamiento neutro o de indiferencia hacia el fenómeno religioso. De lo que se trata entonces es de asegurar a cada individuo el disfrute pleno de su libertad de religión en el escenario de un pluralismo religioso, lo cual sólo es posible respetando los alcances del principio de laicidad en todos sus extremos, como garantía institucional o contrapartida orgánica de la libertad de religión.

En una línea similar y, con respecto a la misma sentencia, Dionisio LLAMAZARES FERNÁNDEZ considera incompatible frente al principio de laicidad estatal el hecho que las decisiones eclesiásticas tengan repercusiones desde el punto de vista jurídico-civiles, como es el caso en el cual las personas designadas para impartir la enseñanza religiosa sean escogidas por la confesión. En palabras del autor: *“no me alcanza que se pueda afirmar que una selección hecha por la Iglesia, que la Administración hace suya, con criterios tales como tener o no tener fe, o tener o no tener un comportamiento acorde con la moral católica, pueda decirse que no implica discriminación alguna y que no rechina con la lógica constitucional de la igualdad del art. 14 en relación con el 9.2, al atribuírsele efectos civiles. La “plena autonomía” se convertiría así en una especie de patente de corso para la violación impune de derechos fundamentales y constitucionales*⁵³”. Es claro que en el supuesto de la sentencia supra mencionada, el Tribunal Constitucional Español ha avalado una situación en la cual claramente ha desconocido los alcances del principio de laicidad estatal, bajo la construcción del principio de laicidad positiva, en los términos en que ha sido proclamado en el artículo 16 párrafo 3 constitucional, para defender la legitimidad de una normativa que francamente es incompatible frente al Texto Fundamental y avalar que la enseñanza religiosa sea impartida por profesores previamente escogidos por una confesión religiosa.

52 Véase Martínez Sospedra, M., Escuela Pública, Laicidad del Estado y Enseñanza de la Religión. Comentario a la STC 38/2007 de 15 de febrero. La contrarrevolución preventiva, Revista Europea de Derechos Fundamentales, núm 9/1, semestre 2007, pág. 175.

53 Véase Llamazares Fernández, D., Contratación laboral de los profesores de religión católica por la administración pública, Comentario a la STC 38/2007 de 15 de febrero, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 80, mayo-agosto, 2007, págs. 299.

A mayor abundamiento, en el dictamen emitido por el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya (No. 269 de 1 de septiembre de 2009, solicitado por el Parlamento de Cataluña, en relación con el Dictamen de la Comisión de Organización y Administración de la Generalidad y Gobierno Local, sobre la propuesta de Proposición de Ley orgánica por la que se establece el Estatuto de autonomía de Cataluña y se deroga la Ley orgánica 4/1979, del 18 de diciembre, del Estatuto de autonomía de Cataluña) se consideró: *“el laicismo (más bien laicidad) es aquella característica del pensamiento político y social que defiende la independencia del Estado de toda influencia religiosa. El concepto de laico se atribuye a aquella situación que prescinde de la formación religiosa y, de forma más específica, comporta la exclusión de la instrucción religiosa de las escuelas. En el contexto propio de la organización político-institucional de los Estados, la condición de laico es una cualidad recogida expresamente por algunas constituciones para definir los principios en los que se inspira la forma de gobierno que han decidido adoptar. Probablemente, el ejemplo más paradigmático en ese sentido, por su carácter explícito, es el que, sin duda ofrece el constitucionalismo francés y más concretamente el artículo 1 de la vigente Constitución de 1958”*. Lo anterior, teniendo en cuenta la mencionada tensión entre las concepciones liberales y combativas de laicidad (esta última mejor conocida como laicismo) en la tradición francesa, de ahí que en esta investigación consideramos que la mejor manera de asegurar el pluralismo religioso es la primera concepción, en cuanto permite fomentar los niveles de tolerancia adecuados para que las minorías religiosas puedan disfrutar, plenamente, de las libertades aludidas⁵⁴.

De lo expuesto se infiere, con toda claridad, que el principio de laicidad estatal, como presupuesto o contrapartida orgánica de la libertad de religión (aunque también podría ser denominada garantía institucional) no sólo es la única manera de asegurar el pluralismo religioso, sino también la posibilidad de los individuos y de los grupos (con independencia de si son mayoritarios o no en un determinado territorio) de gozar de las distintas vertientes de las libertades aludidas.

54 En esta línea, el prof. Marc CARRILLO ha considerado: "Todas éstas y otras manifestaciones constitucionales del laicismo se fundamentan en un principio básico: la separación entre el Estado y la religión, que comporta el impedimento a que en la escuela pública se imparta la formación religiosa, con una finalidad especial que pretende evitar que bajo el manto de la libertad de creencias la formación intelectual de la persona se vea impregnada de toda carga de elementos no racionales que conlleva la fe religiosa, hasta el punto de adulterar el pensamiento científico en todos los ámbitos del conocimiento y desnaturalizar la razón, como seña de identidad tangible del ser humano". Véase Carrillo López, M., La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos, en Ferreres Comella, V., Biglino Campos P., y Carrillo López, M., Derechos, Deberes y Principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pág. 77.

Es claro que la idea de laicidad que se propone en esta investigación (desde una perspectiva liberal, que se caracteriza como se ha insistido en la separación y en la indiferencia absoluta entre las Iglesias y los Estados), nos remite a una noción democrática de la sociedad (una sociedad política óptima para las minorías religiosas), es decir: una sociedad abierta, plural, sustentada en la tolerancia y en el reconocimiento de la diversidad y la identidad como valores que contribuyen a redescubrir la idea de bien común⁵⁵.

De ahí que constituye sin duda una obligación de los sistemas democráticos, y en particular del Estado, una vez que en la respectiva Constitución se han configurado las relaciones entre las Iglesias y los Estados bajo el marco de laicidad, de fomentar los niveles de tolerancia adecuados entre los individuos para facilitar la armonía y el pluralismo religioso. En este orden de ideas, el deber de cooperación también es proclamado en el artículo 16 párrafo 3 constitucional del Estado hacia las confesiones religiosas únicamente se refiere al deber estatal de auspiciar la participación y la posibilidad de todos los individuos y las agrupaciones minoritarias de hacer ejercicio de su libertad de religión, sin más limitaciones que las provenientes de los derechos de terceros. Este deber de colaboración existe para el Estado aunque no se encuentre expresamente previsto en la Constitución, en la medida en que está vinculado con el pleno disfrute de la libertad de religión y sus distintas vertientes.

Una de las maneras en que el Estado puede satisfacer dichas exigencias de colaboración consiste sin duda alguna en la implementación de programas y planes educativos donde predominen determinados valores como la igualdad, la inclusión, la integración, la tolerancia y el respeto de la dignidad de cada ser humano viviente, en el marco de una enseñanza laica. De esta manera y, en palabras de ROJAS BUENDÍA, *“el papel de una educación laica consiste, precisamente, en incorporar un nuevo concepto de ciudadanía, emancipada e incluida, en la propia sociedad plural o sociedad abierta, en la cual, sencillamente, es donde la ciudadanía y la convivencia se convierten en fundamentos de una educación que está al servicio de la autonomía y de la libertad de todos sus ciudadanos. Desde este punto de vista se entiende que la educación pueda interpretarse no sólo desde una perspectiva académica sino también formativa en unos valores éticos que contribuyen a la formación integral de cada individuo. Ya que la educación y la integración son valores directamente relacionados con los principios de laicidad y de igualdad. Por ello, la educación para la ciudadanía es un proyecto inmediato, en cuanto consecuencia*

⁵⁵ Véase sobre el particular Rojas Buendía, M., La laicidad como principio fundamental de participación de las minorías religiosas en la sociedad intercultural, Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, n° 6, julio, 2007, pág. 81.

de la integración del principio de laicidad-derechos humanos"⁵⁶.

Desde esta perspectiva, a todas luces es evidente que la asunción de los valores que supone la proclamación constitucional del principio de laicidad no puede ser efectiva, sino es implementada en la sociedad mediante políticas que tiendan a fomentar la tolerancia de los individuos y el respeto del pluralismo religioso, lo cual asimismo es indispensable para asegurarle a toda persona el pleno goce de la libertad religiosa.

Lo anterior, admitiéndose desde luego el alcance universal de los derechos fundamentales, así como su condición de inherentes a todo ser humano viviente, a partir de la adscripción de la dignidad humana. En este sentido, si bien en defensa del principio de laicidad estatal se ha llegado a la emisión de normativa distinta con respecto al uso del velo islámico y de simbología religiosa en Francia y en Turquía, por mencionar algunos ejemplos⁵⁷, de ningún modo es posible soslayar que las vertientes de la libertad de religión tienen un contenido unívoco (el mismo), aunque sean desarrolladas por el Legislador de manera distinta en su caso, o bien los Tribunales Constitucionales, al efectuar el juicio de ponderación como herramienta de aplicación de este derecho frente a otras libertades y principios fundamentales (como lo es el de laicidad) arribe a conclusiones distintas.

En este sentido, si negamos el carácter universal de los derechos, como ciertamente lo ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al utilizar el criterio del margen de apreciación para relativizar el alcance de estas libertades, en el fondo admitimos que la persona afectada sea despojada de su dignidad personal (al quedar impune la vulneración de sus derechos fundamentales), y que sean utilizadas como *meros instrumentos* para la consecución de determinados

56 Véase Rojas Buendía, M., La laicidad como principio fundamental de participación de las minorías religiosas en la sociedad intercultural, op. cit., págs. 85-86.

57 Sobre el particular, Carlos GÓMEZ MARTÍNEZ nos ha explicado que: "resulta significativo el caso del uso del pañuelo islámico (hijab), que ha dado lugar a sendas leyes en sentidos contrapuestos en estados laicos, como son Francia y Turquía. En efecto, la Ley n 2004-228 de 15 de marzo de 2004 estableció en Francia la prohibición de llevar símbolos religiosos en las escuelas públicas francesas. En la norma se reconocen las conclusiones de la Comisión Stasi que habían suscitado las críticas tanto de la Iglesia Católica, contraria a una ley que regulase la materia, como de los musulmanes que se sentían estigmatizados. El 9 de febrero de 2008, el Parlamento Turco votó la reforma constitucional que supondrá añadir a los arts. 10 y 42 de la Carta Magna dos incisos del siguiente tenor: "El Estado actuará de acuerdo con el principio de igualdad en el ofrecimiento de servicios públicos", y "Nadie puede ser privado del derecho a la educación bajo ninguna razón (). En cualquier caso, lo que aquí interesa destacar es cómo, a partir de un régimen de laicidad, se pueden llegar a soluciones opuestas" Véase Gómez Martínez, C., Aconfesionalidad y Laicidad; dos nociones ¿Coincidentes, sucesivas o contrapuestas? en Estado aconfesional y Laicidad, op. cit., pág. 20.

finés, como lo hemos adelantado al inicio de esta investigación.

De ahí justamente que la protección de la libertad religiosa continúe siendo la herida abierta en la tutela de los derechos fundamentales en el escenario europeo, lo cual no parece tener remedio todavía (al menos en el corto plazo) sobre todo si se examina con detenimiento los conflictos que se han producido recientemente en Francia, con motivo de la utilización de simbología religiosa próxima al Islam, como es el caso de la *burka* o *burqa* (del árabe, عرقب), o del velo, sobre lo cual ya nos hemos referido.

Cabe preguntarse sobre el particular si el uso por parte de una mujer de esta vestimenta alusiva al Islam significa conferirle con respecto al varón un trato discriminatorio contrario a su dignidad personal, o si se debería permitir que, en el goce y disfrute de su vertiente externa de la libertad religiosa, pueda utilizar dicha prenda. En todo caso, lo que nos parece universalmente malo, o equivocado, es que dicha prenda sea impuesta en contra de la voluntad de la mujer para evidenciar, desde esa perspectiva, un carácter de inferioridad con respecto al hombre. Son distintos, desde todo punto de vista, los casos en los cuales la mujer de manera consciente y voluntaria decida, en el marco de su libertad de culto, vestir dicha prenda. En este escenario, y en el seno de una sociedad que se ha proclamado laica, nos parece indispensable una educación que asuma o parta de ese carácter (de laicidad) para que las mujeres puedan decidir, en cualquier parte del mundo o de manera universal, si utilizar o no dicha prenda alusiva al Islam.

Es claro que únicamente en este escenario no sólo se ha respetado la dignidad de la persona humana viviente (que, como hemos expuesto, ha servido de base al goce de la libertad religiosa), sino también se ha propiciado o facilitado los niveles de tolerancia necesarios para asegurarle a cada persona o agrupación el pleno goce de sus libertades, en el diseño de una sociedad de pluralismo religioso.

En este sentido se debería entonces interpretar lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 16 de la Constitución Española de 1978, es decir, en uno absolutamente restringido, a partir de la proclamación inicial de laicidad que se ha hecho en esa norma. Más allá de este marco, es preciso insistir, en el fondo lo que se hace es desconocer el sentido literal de esta disposición, como ciertamente lo ha hecho ya el Tribunal Constitucional Español con el artificio de la laicidad positiva.

RESUMEN

En el presente artículo se desarrollan los alcances del principio de laicidad desde una perspectiva de derecho comparado, teniendo en cuenta los aportes del constitucionalismo francés, estadounidense, alemán e italiano, para luego exponer sus implicaciones sobre el ordenamiento jurídico español.

ABSTRACT

In this article the scope of the principle of secularism are developed from the perspective of comparative law, taking into account the contributions of French, American, German and Italian constitutionalism, and then present their implications for the Spanish legal system.

PALABRAS CLAVE

Constitución, laicidad, derecho comparado.

KEYWORDS

Constitution, secularism, comparative law.

EL CONSEJO DE ESTADO EN EL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL

Orlando Triguero Ortiz

*Doctor en Derecho, Profesor Contratado Doctor de Derecho
Constitucional de la Universidad y Coordinador
de Relaciones Internacionales de la misma*

Recibido: 20-5-2015
Aceptado: 16-6-2015

ÍNDICE

Introducción.

El Consejo de Estado en el constitucionalismo histórico español.

I. El Consejo de Estado en el primer periodo constitucional (1808-1833)

II. El Consejo de Estado en las Constituciones de 1837, 1845 y 1869.

III. El Consejo de Estado en la Restauración (1874-1931).

IV. El Consejo de Estado en la Segunda República (1931-1939).

V. El Consejo de Estado durante la Dictadura del General Franco (1939-1975).

Introducción.

El presente trabajo, en coherencia con su título, pretende ser una exposición sistemática y básica del Consejo de Estado, durante el periodo constitucional español. Por ello sigue un esquema descriptivo de lo que ha sido esta Institución a lo largo de cada uno de los periodos de nuestra historia constitucional.

El Consejo de Estado ha formado parte del entramado institucional del sistema político español desde el Antiguo Régimen hasta nuestros días si bien históricamente ha sufrido avatares diversos; durante el periodo liberal tan solo dos ordenamientos constitucionales (la Constitución de 1812 y la Constitución “non nata” de 1856) recogen el Consejo de Estado como institución del sistema político.

Esta institución se encamina a procurar las ventajas de la deliberación sin los inconvenientes de la división de poderes, ofreciendo una multiplicidad de soluciones, disposición de personal flotante y funcionamiento mediante formaciones múltiples y plásticas, que termina por ser, finalmente, un consejo consultivo del Poder central, de competencia universal¹.

Y así ocurre en España, país en el que Consejo de Estado es una institución conocida en todas las formas de la Monarquía y en todos los tipos de República, aunque en este último caso se ha mirado a la institución con recelo, y, o bien ha suprimida (Decreto de 1 de junio de 1874), o bien, han mermado sus atribuciones, como así se recogió en el Decreto de 22 de abril de 1931, durante la II República, negando su mención expresa. No obstante, su generación alcanza a todos los continentes, porque, tal y como señaló Henry Puget², es una institución dúctil, que ha podido evolucionar a través de los siglos tanto como órgano de tradición como de progreso, si bien durante los dos últimos siglos ha sido una institución que ha coexistido con regímenes políticos de muy diverso signo, lo que permite encontrar en ella connotaciones muy diferentes³.

Y es así que el Consejo de Estado refleja las diversas manifestaciones e interpretaciones del principio de separación de poderes en nuestro Estado constitu-

1 HAURIUO, M. *Précis de Droit Administratif Publique*, París, Sirey, 1892.

2 PUGET, H. *Tradition et progrès au sein du Conseil d'État*, París, Livre Jubilaire du Conseil d'État, 1954, pág. 109.

3 HERRERO y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 5 de junio de 1978, pág. 2967, y GARRIDO FALLA, F. “Artículo 107” en *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 2001, pág. 1476.

cional, por eso su configuración específica en cada momento histórico resulta un mirador privilegiado desde el que observar las distintas variaciones políticas de nuestra reciente historia constitucional⁴.

El proceso de evolución del constitucionalismo incide en el concepto propio de función consultiva, de forma que dicha evolución va desvinculando la clásica concepción de dicha función como instrumento al servicio del poder del monarca para integrarlo, paulatinamente, al conjunto de valores y principios democráticos. En este sentido, nos encontramos con una institución vinculada a las concepciones políticas sobre las que se construyeron los textos constitucionales o impidieron su existencia⁵

La existencia del Consejo de Estado con funciones predominante consultivas es una de las notas características constantes de nuestro período constitucional, aunque su concreta configuración y la naturaleza de su competencia habrían de variar en función de los numerosos e importantes vaivenes políticos que se sucedieron; y es que, el Consejo de Estado, reflejaba como pocas instituciones la realidad de la vida política de cada momento, sufriendo con gran intensidad los cambios producidos en el más alto nivel de la organización pública del Estado constitucional.

El Consejo de Estado en el constitucionalismo histórico español.

I. El Consejo de Estado en el primer periodo constitucional (1808-1833).

El 6 de julio de 1808 se promulgaba un texto, tutelado desde su nacimiento por el emperador Napoleón Bonaparte, que coexistió hasta principios de 1814 con el régimen jurídico-político existente, pasando a la historia como el Estatuto de Bayona⁶, influenciado en exceso por el constitucionalismo napoleónico y

4 VALERO TORRIJOS, J. *Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen administrativo vigente*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

5 TRIGUERO ORTIZ, O. *El Consejo de Estado y los Órganos Consultivos Autonómicos*, Madrid, Dykinson, 2014, pág. 17.

6 Sobre el proceso de formación del mismo son obras de referencia las de SAN CID, C. *La Constitución de Bayona*, Madrid, Reus, 1922, CONARD, P. *La Constitution de Bayone (1808)*, París, Édouard Cornély et Cia, 1910, FERNÁNDEZ SARASOLA, I. *La Constitución de Bayona (1808)*, Madrid, Iustel, 2008. La reproducción de los diversos proyectos de la Constitución de Bayona pueden consultarse en FERNÁNDEZ SARASOLA, I. *Proyectos Constitucionales en España (1786-1824)*, Madrid, CEPC, 2004.

poco considerado con las entonces circunstancias de los españoles, si bien su relevancia en la posterior historia constitucional es indiscutible⁷.

El mencionado texto nos sitúa, junto con la Constitución de Cádiz de 1812, en el punto de partida de cualquier reflexión sobre el origen y sentido del Consejo de Estado en la historia del constitucionalismo español, tal y como señala De la Cuadra Salcedo⁸, gracias a los principios y presupuestos de dicho movimiento, que obliga a reinterpretar los precedentes históricos en clave constitucional. Dicho texto, trae causa de la Constitución del año VIII⁹, la cual atribuye el mérito del establecimiento del Consejo de Estado a Napoleón, a partir de las ideas de Sieyès, y cuya regulación influyó decisivamente en la posterior de Bayona, al establecer que “bajo la dirección de los cónsules un Consejo de Estado se encarga de redactar los proyectos de ley y los reglamentos de la administración pública y de resolver las dificultades que se eleven en materia administrativa”¹⁰.

7 Comparto, en este sentido, el razonamiento de VERA SANTOS, J.M. *Las Constituciones de España*, Navarra, Thomson-Civitas, 2008, pág. 44, en cuanto dicho texto constituye el origen del constitucionalismo patrio, dado su carácter escrito y su germen reformante, configurándose como un hito relevante para el liberalismo gaditano, marcado por su carácter protoliberal, estableciendo una primera limitación orgánica e institucional a una monarquía absoluta que sirvió de referencia a los posteriores padres constituyentes. Vid también, del mismo autor *Con perdón: algunos argumentos políticamente incorrectos que explican la bondad del estudio del primer texto constitucional de España* (o de la naturaleza jurídica, contenido e influencia napoleónica en el Estatuto de Bayona) en *ÁLVAREZ CONDE, E. y VERA SANTOS, J.M. Estudios sobre la Constitución de Bayona*, Madrid, La Ley, 2008, págs. 393-419. Igualmente, para SOLÉ TURA, J. y AJA E. el texto de Bayona tuvo un importante valor histórico en nuestro constitucionalismo, pues su carácter escrito y relativamente liberal “provocó” la elaboración de una constitución alternativa por quienes se enfrentaban a la invasión napoleónica. *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Madrid, Siglo XXI, 1977, pág. 12.

8 DE LA CUADRA SALCEDO, T., “El Consejo de Estado en las Constituciones de Cádiz y Bayona”, *Documentación Administrativa*, nº 244-245, 1996, págs. 39 a 45. El autor señala que eso no significa que no tenga precedentes más remotos en nuestra historia, como los consejos regios medievales o el Consejo creado por Carlos V pero los mismos sólo con mucha benevolencia pueden admitirse como el origen de modernas instituciones surgidas con el constitucionalismo.

9 Napoleón concibió la idea de configurar un órgano vinculado a su persona, que al propio tiempo fuese “su consejo”, “su casa” y “su familia”, y que tuviera capacidad técnica para atender junto al Emperador a los grandes asuntos de Estado, a la elaboración de proyectos de ley y reglamentos y que conociera jurisdiccionalmente de las contiendas jurídicas en las que fuera parte la Administración, a fin de evitar la intromisión de los Tribunales de Justicia.

10 Si bien, en la práctica dicho Consejo de Estado será un órgano auxiliar del primer cónsul o Emperador que es quien nombraba y revocaba a voluntad al resto de miembros y el que ejercía la iniciativa legislativa y potestad reglamentaria, tanto de leyes como de reglamentos, pues el gobierno estaba formado por tres cónsules pero el segundo y el tercero actuaban con voto consultivo del primero. Por lo demás, el Consejo de Estado en la Constitución del año VIII supone la respuesta al problema de la articulación de poderes, donde se reserva en exclusiva al primer cónsul o Emperador la iniciativa legislativa y potestad reglamentaria pero con la necesaria colaboración del Consejo de Estado, que habrá de dar explicaciones ante los ataques del

Dicho Estatuto configuró el Consejo de Estado como un auténtico Consejo del Rey, como órgano prelegislativo, consultivo y prejurisdiccional¹¹, presidido por el monarca, cuya composición oscilaba entre 30 y 60 miembros, según su artículo 50, siendo miembros natos los ministros y el presidente del Consejo Real, todos ellos de designación real, pudiendo asistir a sus sesiones el Príncipe heredero una vez cumplidos los quince años, conforme los artículos 53 y 54 del texto que nos ocupa. El resto de miembros, y aunque nada se dice en el texto constitucional, habrían de ser nombrados por el Rey, pues a ningún otro órgano se le encargaba dicha potestad¹².

Igualmente, se encontraba dividido en seis secciones, tales como Justicia, Interior, Hacienda, Guerra, Marina e Indias, cada una de ellas con un Presidente y cuatro miembros al menos, conforme el artículo 52 del Estatuto de Bayona¹³.

Entre sus competencias destacaban las de recibir el juramento del Monarca al subir al Trono o al llegar a la mayoría de edad, junto con el Senado, las Cortes y el Consejo Real, conforme el artículo 5 del Estatuto, las que afectaban al poder legislativo, como la de examinar y extender los proyectos de leyes civiles y criminales además de los reglamentos generales de la Administración, lo que suponía la eliminación de la facultad de iniciativa legislativa en materias civiles, criminales y tributarias a favor de las Cortes, competencia en materia de autorización al Rey para aprobar leyes en asuntos reservados a las Cortes con anterioridad a su constitución, y conocimiento de controversias en materia de competencias de jurisdicción entre cuerpos administrativos y judiciales, asuntos contenciosos, así como la citación a juicio de los agentes de la Administración pública¹⁴.

Tribunado frente a un poder legislativo incapaz de contradecir al gobierno. DE LA CUADRA SALCEDO, T., *o. c.*, pág. 45. Así lo considera, igualmente, VERA SANTOS, J.M., en “*Con perdón...*”, *o.c.*, pág. 412, y también en “*La influencia del constitucionalismo francés de iniciación constitucional española (1808-1834)*”. Revista de Derecho Político, UNED, nº 66, 2006, págs. 121-179 (pág.140).

11 Para VALERO TORRIJOS, J. ya desde el comienzo del período constitucional, los primeros textos constituyentes asumieron implícitamente la superación del régimen de Consejos a la vez que concedían al Consejo de Estado una posición relevante en la cúspide de la organización estatal diseñada. En “*Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente*”, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pág. 224.

12 DE LA CUADRA SALCEDO, T., *o. c.*, pág. 24. Decreto de 2 de mayo de 1809, en que se prescribe el reglamento para el Consejo de Estado, publicado en *Prontuario de las leyes y decretos del Rey nuestro señor, don José Napoleón I desde el año 1808*, Madrid, Imprenta Real, 1810, págs. 171-177.

13 Sus miembros eran, además, senadores conforme los artículos 32 y 35 del Estatuto de referencia.

14 Dentro del Título VIII, eran los artículos 52 a 60 del Estatuto de Bayona de 6 de julio de 1808, los preceptos que se encargaban de regular la institución consultiva. Por su interés en el estudio que nos

Pero, además de las competencias atribuidas al Consejo de Estado como institución, éste también intervenía en asuntos de suma importancia a través de la presencia de varios de sus miembros en comités o representaciones de gran relevancia. Tal era el caso del supuesto recogido en el artículo 85 del texto de Bayona, de forma que las quejas graves sobre la conducta de los ministros se tramitaba a través de una representación al Trono que era examinada por una comisión compuesta por seis consejeros de Estado y seis miembros del Consejo Real¹⁵, lo cual permitía al Rey ejercer el arbitraje entre ejecutivo y legislativo con audiencia de dicha representación¹⁶.

ocupa, transcribimos a continuación su contenido:

“Artículo 52. Habrá un Consejo de Estado presidido por el Rey, que se compondrá de treinta individuos a lo menos, y de sesenta cuando más, y se dividirá en seis secciones a saber:

Sección de Justicia y de Negocios Eclesiásticos. Sección de lo Interior y Policía General. Sección de Hacienda. Sección de Guerra. Sección de Marina. Sección de Indias.

Cada Sección tendrá un presidente y cuatro individuos a lo menos.

Artículo 53. El Príncipe heredero podrá asistir a las sesiones del Consejo de Estado luego que llegue a la edad de quince años.

Artículo 54. Serán individuos natos del Consejo de Estado, los ministros y el presidente del Consejo Real; asistirán a sus sesiones cuando lo tengan por conveniente; no harán parte de ninguna sección, ni entrarán en cuenta para el número fijado en el artículo antecedente.

Artículo 55. Habrá seis diputados de Indias adjuntos a la Sección de Indias, con voz consultiva conforme a los que se establece más adelante, art. 95, título X.

Artículo 56. El Consejo de Estado tendrá consultores, asistentes y abogados del Consejo.

Artículo 57. Los proyectos de leyes civiles y criminales y los reglamentos generales de administración pública serán examinados y extendidos por el Consejo de Estado.

Artículo 58. Conocerá de las competencias de jurisdicción entre los cuerpos administrativos y judiciales, de la parte contenciosa, de la administración y de la citación a juicio de los agentes o empleados de la administración pública.

Artículo 59. El Consejo de Estado, en los negocios de su dotación, no tendrá sino voto consultivo.

Artículo 60. Los decretos del Rey sobre objetos correspondientes a la decisión de las Cortes, tendrán fuerza de ley hasta las primeras que se celebren, siempre que sean ventilados en el Consejo de Estado.”

15 Función esta, control por el Rey, con la intervención del Consejo de Estado, de las conductas graves de los ministros, a requerimiento de las Cortes, que habría de diferenciarse del control por el Consejo de Estado de la Administración sin intervención alguna de las Cortes. Un cuadro sinóptico muy ilustrativo sobre este texto constitucional puede verse en VERA SANTOS, J.M. *Las Constituciones de España*, Navarra, Thomson-Civitas, 2008, pág. 72.

16 Otros preceptos del texto constitucional de Bayona que aludían al Consejo de Estado eran el artículo 82, que establecía la competencia del Consejo de Estado en la presentación a la deliberación y aprobación de las Cortes de la ley reguladora de las rentas y gastos anuales del Estado. Igualmente, el artículo 83 recogía la comunicación por las Secciones del Consejo de Estado a las secciones de las Cortes de los proyectos de ley. De otro lado, los artículos 108 y 110 regulaban la Alta Corte Real, para conocer de los delitos personales cometidos por los Consejeros de Estado. Además, el artículo 112 preveía el derecho de perdón por el Monarca, reunido con un Consejo privado formado por dos consejeros de Estado, ministros, dos senadores, y dos individuos del Consejo Real, y el artículo 125, que determinaba la necesidad de audiencia del Consejo de Estado por el Monarca en relación al derecho de naturalización.

El Consejo de Estado era una institución muy ligada al monarca, de tal forma que allí donde se desplazaba José I iba dicho Consejo en pleno o en número importante de sus miembros, incluso en los últimos días, cuando la monarquía bonapartista se retiraba derrotada, lo que pone de relieve la importante competencia de dicho Consejo en la etapa de referencia, pues el Rey no se encontraba obligado a reunir a las Cortes más de una vez cada tres años, conforme el artículo 76 del Estatuto de Bayona.

Para autores como Parada, este Consejo de Estado nada tiene que ver con los Consejos del Antiguo Régimen en España¹⁷; por el contrario, para Espadas Burgos, este Consejo es sucesor, en gran medida, del Consejo Real en tiempo borbónico. Una postura intermedia es la de Jordana de Pozas¹⁸ que sostiene que el Estatuto de Bayona tuvo empeño en entroncar este Consejo con su predecesor en el antiguo régimen del que fue continuador en el aspecto formal, aunque en el fondo tuviera como modelo al regulado en la Constitución francesa de 1799¹⁹.

Sea como fuere, y siguiendo a los profesores Barrios y De la Cuadra Salcedo, la redefinición de las competencias del Consejo de Estado por el texto de Bayona así como las modificaciones en cuanto a su composición, situarían al nuevo Consejo en una posición novedosa, convirtiéndolo en una pieza esencial en las relaciones entre legislativo y ejecutivo, donde dicho órgano se configuraba con un doble sentido, de un lado, como medio para atribuir la potestad legislativa, al menos en su iniciativa, al Rey, quien aparenta ser moderado por un Consejo de Estado de su elección e influencia y, al mismo tiempo, como medio de reservar al ejecutivo la potestad reglamentaria.

Pero el Consejo de Estado no era la única institución consultiva del momento. Junto a dicho Consejo existía, al mismo tiempo, el Consejo Real como Tribunal de reposición y un Consejo privado del Rey para su auxilio en el ejercicio del derecho de gracia. A ellos se unió, poco después, mediante Real Decreto de Fernando VII, de 25 de junio de 1809, el Consejo y Tribunal Supremo de España

17 “El Consejo de Estado”, en *Documentación Administrativa*, núm. 226 (1991), págs. 113-114.

18 “El Consejo de Estado en la Constitución”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (1979), págs. 205 y ss, esp. pág. 214.

19 Para RODRÍGUEZ-ZAPATA, España, como Francia, debe a Napoleón gran parte del ser del Consejo de Estado actual, si bien, la influencia francesa no es tan grande como en otros países, siendo el caso, por ejemplo, de Italia, opinión esta compartida con Jordana de Pozas, si bien puntualiza, al mismo tiempo, que la pérdida de competencias jurisdiccionales ha hecho que el Consejo de Estado español depure al máximo la función esencial de la institución, que no es otra que la consultiva. En RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Ley Orgánica del Consejo de Estado*, Madrid, Instituto Nacional de Prospectiva, 1980, pág. 9.

e Indias, reuniendo las funciones de todos los antiguos Consejos, excepto el de Estado²⁰.

Con anterioridad al nuevo régimen político que imperó en España a partir de la Constitución liberal de 1812, el Consejo de Estado fue objeto de una discreta regulación limitada, más bien, a facilitar su ordinario funcionamiento²¹.

Fue el 21 de enero de 1812²², cuando las Cortes españolas, reunidas en sesión extraordinaria, acordaron la creación de un nuevo Consejo, que más bien fue la reorganización del existente, aprobándose al efecto, y con inmediata posterioridad, la normativa correspondiente²³.

20 Dicho Real Decreto venía a refundir todos los Consejos en uno de España e Indias, exceptuando el Consejo de Estado pues no se mencionaba en el mismo.

21 Destacan el Decreto de 24 de febrero de 1809, cuyo artículo primero establecía la asistencia al Consejo, en tanto que se formaba el Senado, de determinados miembros del antiguo Consejo de Estado, al tiempo que permitía que continuaran disfrutando de las prerrogativas y emolumentos que venían disfrutando hasta el momento; Decreto de 2 de mayo de 1809, por el que se aprobaba el reglamento de funcionamiento del Consejo de Estado, con 22 artículos repartidos en dos títulos, sobre organización y despacho de los negocios remitidos al Consejo de Estado; Decreto de 18 de agosto de 1809, por el que se suprimen los Consejos de Guerra e Indias, Órdenes, Hacienda y las Juntas de Comercio y Moneda, y la suprema de Correos; Decreto de 13 de octubre de 1809, por el que se crean asistencias en el Consejo de Estado; el de 25 de octubre de 1809, para la creación de una comisión en el Consejo de Estado para examinar los títulos de nobleza; de 16 de diciembre de 1809, por el que se obliga a los acreedores del Estado posteriores al 6 de julio de 1808 a presentar una certificación de haber prestado juramento de fidelidad, y señala las formalidades que han de observar para admitir sus pretensiones los ministros y las secciones de Hacienda y Justicia del Consejo de Estado; Real Decreto de 24 de mayo de 1810, que regula la creación en el Consejo de Estado de una Comisión de Incautaciones, que vino a entender de las indemnizaciones y confiscaciones y Real Decreto de 18 de mayo de 1810, sobre uniformes.

22 Mediante Decreto de Cortes, de la mencionada fecha, cuyo apartado V establecía: *“Las Cortes generales y extraordinarias han resuelto crear el consejo de estado conforme, en cuanto las circunstancias lo permiten, á la constitución que se está acabando de sancionar, e igualmente elegir por sí mismas por esta vez 20 individuos para el citado consejo de estado, de los cuales 6 a lo menos serán naturales de las provincias de ultramar; y de todo el número, 2 eclesiásticos, y no más, uno de ellos obispo, y el otro constituido en dignidad; dos grandes de España y no más; y los restantes serán elegidos de los sujetos que sirvan o hayan servido en las carreras diplomática, militar, económica, y de magistratura, y que se hayan distinguido por su talento, instrucción y servicios. En su consecuencia, han resuelto también las Cortes verificar esta elección, luego que estén nombradas las personas que han de componer la Regencia que habrá de gobernar el reino con arreglo á la constitución de la monarquía.-Lo tendrá entendido el Consejo de Regencia, y dispondrá se imprima, publique y circule.-”*

23 Mediante Decretos de 22 de enero y 26 de enero de 1812, de un lado, Reglamentos de 26 de enero de 1812 y 8 de abril de 1813, de otro, y Decreto de 20 de febrero de 1812, finalmente. Respecto al primer grupo de Decretos, el primero de ellos, en este sentido, venía a establecer que el Consejo interino de regencia, formado por D. Joaquín Blake, D. Pedro de Agar y D. Gabriel de Ciscar, se disolviese y sus miembros pasasen a integrar el Consejo de Estado. El segundo, por su parte, acordaba la supresión del anterior Consejo de Estado y la forma en que habrían de disfrutar los sueldos sus individuos jubilados,

La Constitución de la Monarquía Española de 1812 vino a regular el Consejo de Estado bajo un modelo que resultó ser el modelo opuesto al del Estatuto de Bayona de 1808, pues en dicha Constitución se configura como instrumento de limitación o moderación del poder real tanto en su participación en la potestad legislativa como en el ejercicio de la ejecutiva mientras que en el texto de 1808 nace como medio para moderar y limitar las Cortes²⁴.

Dicho Consejo, regulado ahora en el último Capítulo del Título IV, pasa de ser un órgano expresivo de los excesos del ejecutivo a una institución de sometimiento de éste a la voluntad nacional, configurándose como órgano consultivo del Rey, con representación de la Iglesia, la nobleza y los intereses ultramarinos, siendo sus miembros nombrados por el Rey a propuesta en terna de las Cortes a fin de dar a la institución carácter nacional²⁵.

Al decantarse la Constitución de 1812 por un modelo exclusivamente judicial, según Valero Torrijos, en orden al control del ejecutivo, el sistema polisindial resultaba contrario a los principios políticos en que aquélla se fundamentaba, de ahí que el Consejo de Estado debía reconvertirse para asumir exclusivamente funciones de naturaleza consultiva, aunque poco después Fernando VII cambiara la situación.

con todos sus honores y sueldo, salvo que tuvieran otro puesto, en cuyo caso habrían de optar por una de las dos remuneraciones. De otro lado, en cuanto a los Reglamentos de 26 de enero de 1812 y 8 de abril de 1813, el artículo 8 de los mismos regulaba el modo en que la Regencia del Reino habría de acordar sus providencias con el Consejo de Estado y con el Secretario del Despacho. Finalmente, el Decreto de 20 de febrero de 1812, determinó el tratamiento y sueldos de los nuevos miembros del Consejo de Estado y la incompatibilidad de todos ellos para ser Secretario del Despacho o empleado en comisiones. A ello se añade, para completar el correspondiente recorrido, Decreto de 17 de abril de 1812, por el que se manda proceder al nombramiento de los ministros del supremo tribunal, a cuyo efecto habría de reunirse el Consejo de Estado, y finalmente, la regulación del Reglamento del Consejo de Estado, que se aprueba mediante Decreto de 8 de junio de 1812, con seis capítulos y 47 disposiciones.

24 En DE LA CUADRA SALCEDO, T. *o.p.*, pág. 16. En este sentido, el apartado XXX de la mencionada Constitución de 1812 establecía: *“Para dar al gobierno el carácter de estabilidad, prudencia y sistema que requiere; para hacer que los negocios se dirijan por principios fijos y conocidos, y para proporcionar que el Estado pueda en adelante ser conducido, por decirlo así, por máximas y no por ideas aisladas de cada uno de los secretarios de despacho, que además de poder ser equivocadas necesariamente son variables a causa de la movilidad a que están sujetos los ministros, se ha planteado un Consejo de Estado, compuesto de proporcionado número de individuos...”*.

25 Al respecto, TOMÁS Y VALIENTE, F. *“El Consejo de Estado en la Constitución de 1812”*. Texto de una de las lecciones del Seminario sobre la Constitución de 1812 dirigido por el Centro de Estudios Constitucionales en la primavera de 1995 publicado de manera póstuma en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 21, mayo-agosto 1995, págs. 9-22.

En este sentido el Consejo de Estado sería definido en el artículo 236 como “el único Consejo del Rey, que oirá su dictamen en los asuntos graves gubernativos, y señaladamente para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra y hacer los tratados”²⁶, de donde se deduce, de un lado, la redacción de la institución en un clima de gran desconfianza al Rey, al ser el único Consejo del mismo y no permitir al Monarca el libre nombramiento de sus miembros más que a partir de la propuesta en terna por las Cortes²⁷, y, al mismo tiempo, también resulta evidenciado que el Consejo de Estado intervenía en funciones legislativas propiamente dichas²⁸, como la sanción real a las leyes y, porqué no, aunque no

26 La Constitución de Cádiz, de 19 de marzo de 1812, regulaba en su Título IV, “Del Rey”, la institución del Consejo de Estado, y más concretamente en los artículos 231 a 241. Reproducimos, a continuación, el contenido de tales artículos, habida cuenta de su importancia para nuestro estudio:

“Artículo 231. Habrá un Consejo de Estado compuesto de cuarenta individuos que sean ciudadanos en el ejercicio de sus derechos, quedando excluidos los extranjeros, aunque tengan carta de ciudadanos.

Artículo 232. Éstos serán precisamente en la forma siguiente, a saber: cuatro eclesiásticos, y no más, de conocida y probada ilustración y merecimiento, de los cuales dos serán obispos; cuatro Grandes de España, y no más, adornados de las virtudes, talento y conocimientos necesarios; y los restantes serán elegidos de entre los sujetos que más se hayan distinguido por su ilustración y conocimientos, o por sus señalados servicios en alguno de los principales ramos de la administración y gobierno del Estado. Las Cortes no podrán proponer para estas plazas a ningún individuo que sea diputado de Cortes al tiempo de hacerse la elección. De los individuos del Consejo de Estado, doce a lo menos serán nacidos en las provincias de Ultramar.

Artículo 233. Todos los consejeros de Estado serán nombrados por el Rey a propuesta de las Cortes.

Artículo 234. Para la formación de este Consejo se dispondrá en las Cortes una lista triple de todas las clases referidas en la proporción indicada, de la cual el Rey elegirá los cuarenta individuos que han de componer el Consejo de Estado, tomando los eclesiásticos de la lista de su clase, los Grandes de la suya, y así los demás.

Artículo 235. Cuando ocurriere alguna vacante en el Consejo de Estado, las Cortes primeras que se celebren presentarán al Rey tres personas de la clase en que se hubiere verificado, para que elija la que le pareciere.

Artículo 236. El Consejo de Estado es el único Consejo del Rey, que oirá su dictamen en los asuntos graves gubernativos, y señaladamente para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra, y hacer los tratados.

Artículo 237. Pertenecerá a este Consejo hacer al Rey la propuesta por ternas para la presentación de todos los beneficios eclesiásticos, y para la provisión de las plazas de judicatura.

Artículo 238. El Rey formará un reglamento para el gobierno del Consejo de Estado, oyendo previamente al mismo; y se presentará a las Cortes para su aprobación.

Artículo 239. Los consejeros de Estado no podrán ser removidos sin causa justificada ante el tribunal supremo de Justicia.

Artículo 240. Las Cortes señalarán el sueldo que deben gozar los consejeros de Estado.

Artículo 241. Los consejeros de Estado, al tomar posesión de sus plazas, harán en manos del Rey juramento del guardar la Constitución, ser fieles al Rey, y aconsejarle lo que entendieren ser conducente al bien de la Nación, sin mira particular ni interés privado.”

27 Apartado XXX de la Constitución de 1812.

28 Dentro de las prerrogativas del monarca, se incluían la de nombrar magistrados a propuesta del Consejo de Estado, presentar a los Obispos y para todas las dignidades y beneficios eclesiásticos del

se indicaba expresamente, en propuestas de ley, por la vía de “asuntos graves gubernativos”, lo que sitúa al mencionado Consejo en una concepción de la división de poderes y su colaboración, ámbito donde cobra sentido la dimensión senatorial del Consejo²⁹.

Frente a dicha opinión se sitúa Ruiz Miguel, quien señala que a diferencia de los antiguos Consejos, el Consejo de Estado gaditano aparece como órgano independiente de los tres poderes clásicos, pues no interviene en la elaboración de la Ley (salvo el asesoramiento al Rey en la sanción de las leyes), ni juzga ni pertenece al poder ejecutivo ni a la administración, ya que sus miembros son inamovibles e independientes, así garantizado constitucionalmente con la prohibición de remoción de sus miembros salvo por causa justificada y ante el Tribunal Supremo³⁰.

Para Ruiz Miguel³¹, la figura del Consejo de Estado gaditano es bastante singular, ya que no responde a la tradición absolutista española del Consejo con atribuciones judiciales, de gobierno y de administración, y tampoco al esquema de administración consultiva napoleónica del Consejo de Estado institucionalizado por el emperador.

El Consejo de Estado, diseñado por las Cortes de Cádiz de 1812, se constituye según Tomás y Valiente como una pieza política en el equilibrio entre poderes. Una pieza original, a mitad de camino entre Senado, Diputación de las Cortes, Consejo de Gobierno o mecanismo de vigilancia del Rey. Es por ello, por su vinculación con los fines y las instituciones mencionadas por lo que se anticipó su

Real Patronato, a propuesta del Consejo de Estado, conceder el pase o retener los decretos consiliares y bulas oyendo al Consejo de Estado y formar parte de una Regencia provisional, con dos de sus consejeros, el decano y el que le siga en antigüedad, y, si además, no vivía la Reina Madre, entraría en la Regencia el consejero de Estado tercero en antigüedad. Todo ello recogido en los artículos 171, apartados cuarto, sexto y decimoquinto, y 189, respectivamente.

29 Para DE LA CUADRA SALCEDO, en la Constitución de Cádiz “el Consejo de Estado respondía, en primer lugar y sobre todo, a una determinada concepción del equilibrio de poderes que venía determinado, fundamentalmente, por la flexibilización de la doctrina liberal de la separación de poderes al admitir que en la potestad legislativa había de tener participación el monarca a través de la sanción real. El Consejo de Estado, constituiría, en primer término, una cierta limitación a tal potestad de sanción mediante la interposición de un órgano que, aunque designado en última instancia por el Rey, lo es con la previa sujeción a una terna elaborada por las Cortes y dotada de inamovilidad para proteger a los Consejeros de las iras o descontentos del asesorado”. En “El Consejo de Estado...” *o.c.*, pág. 53.

30 Artículos 239 y 161. Tercero, respectivamente.

31 RUIZ MIGUEL, C, *o.c.*, pág. 32. Dicha apreciación es, a su vez, extraída por el autor MARTÍNEZ MARÍN, A. *Derecho Administrativo. La organización administrativa*, Madrid, Tecnos, 1986, pág. 420.

nacimiento que coincide con el de la nueva Regencia y la supresión del anterior Consejo de Regencia³².

El Consejo de Estado en Cádiz aparece regulado con anterioridad a las Cortes o a la Junta de la Nación, evidenciando la importancia que se pretendía dar al mismo, con independencia de las competencias que se le atribuían. Dicha institución se configuraba, además, como fiscalizadora de ciertas facultades gubernamentales, que, igualmente, sería oída por la Regencia en propuestas de leyes o reformas a las Cortes por dicha institución³³, en los asuntos graves, expedición de reglamentos, decretos o instrucciones³⁴, tratados de paz, alianza, subsidios y otros, declaración de guerra, expedientes a los magistrados, presentación para obispados, dignidades o beneficios, y pase o retención de decretos conciliares o bulas. Al mismo tiempo, tenía un importante papel en el nombramiento de autoridades judiciales al reconocerse en su favor, por el artículo 237 de la Constitución de referencia, la facultad de proponer al Monarca la terna de candidatos a las plazas de judicatura³⁵.

Los miembros del Consejo de Estado gaditano, en número de cuarenta, además

32 TOMÁS y VALIENTE, F. “*El Consejo de Estado en la Constitución de 1812*”, pág. 21.

33 De ahí su importancia, una vez más, en el ejercicio de facultades legislativas, en cuanto a limitación del poder del Rey en la potestad legislativa, con la sanción o negativa, que debe ser informada por el Consejo de Estado, o con la iniciativa legislativa, si bien, y debido a la ausencia de habilitación a la Regencia para ejercer la sanción real y a la posterior presencia de un Rey absolutista desconfiado de las Cortes y del Consejo de Estado, dichas competencias quedaron vacías de contenido.

34 De hecho, el fundamento de la necesidad del Consejo de Estado, según informe aportado en el debate previo a la Constitución de 1812, era la represión del poder ministerial, o si se quiere, una cierta forma de control del Gobierno, que podría enlazar, aunque no sólo, con la función de revisión de los actos de la Administración Pública que con el tiempo tendría el Consejo y que sería preciso verificar si estaba presente en la intención de los constituyentes gaditanos, en DE LA CUADRA SALCEDO, T. El Consejo de Estado. ..., o.c., págs. 65 y 66.

35 Las importantes funciones del Consejo de Estado gaditano sólo se comprenden en su vinculación con las Cortes, de forma que según MENÉNDEZ REXARCH, los Secretarios de Estado y de Despacho “*quedan relegados a la simple ejecución de lo que el rey acuerde, por sí solo o previo dictamen del Consejo de Estado, de manera que se institucionaliza así a nivel orgánico el dualismo funcional entre deliberación y ejecución, al que en las Cortes de Cádiz se atribuyó gran garantía frente a la arbitrariedad*” frente a la oposición que pretendía la creación de una Junta de ministros y su vinculación a un control ejercido por las Cortes. En *Jefatura de Estado en el Derecho Público Español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979, pág. 239. Para VALERO TORRIJOS, esta afirmación habrá de suavizarse por cuanto la intervención del Consejo de Estado se limitaba al ejercicio de funciones estrictamente consultivas, a partir de la asunción personal de responsabilidad de las decisiones adoptadas por los Secretarios de Estado y del Despacho ante las Cortes a tenor de los artículos 225 y 226 de la Constitución de Cádiz, en *Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en el organización pública española y régimen administrativo vigente*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública – Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2002, pág. 227.

de ser inamovibles tenían sueldo fijado por las Cortes, conforme los artículos 239 y 240, respectivamente. Su composición era la siguiente: cuatro eclesiásticos, cuatro Grandes de España, treinta y dos miembros de otras categorías, de acreditados conocimientos³⁶, y de todos ellos doce, al menos, debían ser nacidos en las provincias de Ultramar. Igualmente, y de acuerdo con el artículo 231 del texto constitucional que nos ocupa, todos los Consejeros debían ser españoles, excluyendo a los extranjeros, aún cuando tuviesen carta de ciudadanos.

De otro lado, también hacía las presentaciones para beneficios eclesiásticos y de plazas de judicatura, siendo consultado, también, sobre el regio pase. El Rey, en todo caso, podía reservar cualquier asunto para la sesión a la que asistiese o enviar a sus Secretarios de Despacho.

El Consejo de Estado se configuraría de este modo como un órgano de alto contenido político³⁷, siendo una de sus características fundamentales su desvinculación de la Administración activa, ya que los ministros no formaban parte del Consejo al tiempo que tampoco se le dota de funcionarios para servir de enlace con la Administración o colaborar con la misma.

Para autores como Cordero Torres, Pellisé, Navarro Caballero y De La Cuadra Salcedo, este Consejo es el antecesor de nuestro actual Consejo de Estado³⁸, si bien para otros, como Ruiz Miguel o López Menudo, el antecedente del Consejo de Estado de la Constitución española de 1978 está en el de 1521 y en el Consejo Real, ya que según estos autores, el actual Consejo de Estado deriva de las instituciones preconstitucionales que a lo largo de su evolución fueron acaparando otras funciones distintas a la consultiva³⁹.

36 Entre ellos se incluían a los Ministros-Secretarios de Despacho, cuya presencia se justificó por “*la finalidad de dar al Gobierno el carácter de estabilidad, prudencia y sistema que se requiere; para hacer que los negocios se dirijan por principios fijos y conocidos, y para proporcionar que el Estado pueda en adelante ser conducido, por decirlo así, por máximas, y no por ideas aisladas de cada uno de los Secretarios de Estado y del Despacho que, además de poder ser equivocadas, necesariamente son variables a causa de la amovilidad a que están sujetos los ministros*”. En ARGÜELLLES A. *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, págs.93 y 94.

37 PARADA VÁZQUEZ, o. c., pág. 298.

38 CORDERO TORRES, J.M. o.c., págs. 20 a 21, 79 y ss. DE LA CUADRA SALCEDO apunta que tanto la Constitución de Bayona como la de Cádiz, son el acta de nacimiento del Consejo de Estado en el constitucionalismo si bien ello no quiere decir que el Consejo de Estado que establecen sea el mismo. En DE LA CUADRA SALCEDO, T., o.c., pág. 16, como ya adelantamos páginas atrás de la presente obra al estudiar la configuración del Consejo de Estado bajo el régimen polisinodial español.

39 RUIZ MIGUEL, C. o. c, pág. 35 Muestra evidente de la inexistencia de acuerdo en el origen del Consejo de Estado español y que ya ha sido evidenciada en esta obra a propósito del nacimiento del

Sea como fuere, el Consejo de Estado previsto en Cádiz y Bayona, con sus diferencias entre ambos modelos⁴⁰, proyectó su influencia a lo largo del XIX, ya fuera para provocar su existencia misma, ya con la función de dotarle con competencias de relevancia constitucional, a pesar de no llegar a convertirse en la alta institución pretendida⁴¹.

En cuanto al Consejo de Castilla, cesó en 1812, si bien fue restablecido con la reacción fernandina aunque con el tiempo terminó definitivamente por desaparecer como institución ya que sus funciones fueron convenientemente distribuidas⁴².

La llegada de Fernando VII (1808-1833) supuso la anulación de la Constitución de 1812 y la desaparición del Consejo. El Rey restableció el Consejo Real

Consejo de Estado en la época de los Austrias.

40 Para RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. La influencia francesa se ejercita a través de la doctrina de la división de poderes, pero no por mera imitación del modelo napoleónico de su fiel réplica de Bayona. *Ley Orgánica del Consejo de Estado, o. c.*, págs. 16-17.

41 Según DE LA CUADRA SALCEDO, el Consejo de Estado gaditano estaba avocado a agotarse en sus contradicciones tanto desde un ejecutivo democrático, que lo acabaría viendo como una intromisión del legislativo en sus tareas de control del ejecutivo, como absolutista, no dispuesto a tolerar que las Cortes nombraran los consejeros o, si estos eran nombrados por el Rey, se transformarían en irresponsables, equivaliendo a un Consejo de ministros, lo que terminó en su escasa influencia, como tal modelo gaditano, en la historia constitucional del XIX, aunque su poder simbólico y evocador se prolongue hasta nuestros días. En cualquier caso, la limitación por las Cortes del ejecutivo impedirá la asunción por el Consejo de Estado de la jurisdicción contencioso-administrativa, que sólo es posible desde un ejecutivo que confía en un control sólo jurídico, y no también político, como ocurría en Cádiz. En EL CONSEJO DE ESTADO, *o. c.*, pág. 84.

42 De hecho, dicho Consejo de Castilla fue refundido con otros Consejos por la Junta Suprema de 1809, bajo el nombre de “Consejo de España e Indias”, y al que sobrevivió el Consejo de Estado, desapareciendo, como ya indicamos en 1812, aunque fue restablecido por la reacción fernandina posteriormente y acabó por desaparecer, definitivamente, el 26 de marzo de 1834. Sus atribuciones ejecutivas pasaron a los Ministerios, las legislativas a las Cortes o el Rey, las consultivas al Consejo Real-luego de Estado-, y las judiciales al Tribunal Supremo. No obstante, la importancia de dicho Consejo en nuestra historia consultiva es indudable, no olvidemos que sus funciones más destacadas en el ámbito legislativo eran la aprobación o derogación de preceptos legales, llamados “consultas”, aprobación de “autos” y “autos acordados”, y, como jurisprudencia, interpretaba leyes, las adaptaba o modificaba. Igualmente, examinaba resoluciones reales y las promulgaba a través de su presidente. Fiscalizaba a la Iglesia, conocía de los “recursos de fuerza” contra los Tribunales eclesiásticos, quejas contra magistrados, recursos de injusticia notoria contra las Audiencias, y revisaba y fallaba las “residencias” de los funcionarios cesantes o regularmente. Conocía como Tribunal Supremo de los delitos de traición y lesa majestad. Y así, su presidente se consideraba como la persona más importante del reino después del Rey, siguiendo a Guzmán y Desdevi- zes, siendo inamovible, aunque a partir de Carlos III fue reemplazado por un “gobernador” del Consejo.

conforme se configuró en 1808⁴³ y hasta 1815⁴⁴ no existe mención alguna al mismo, cuando es convocado por Real Decreto de 21 de marzo de ese año⁴⁵, pasando a ocuparse de las preeminencias e informes de los Consejeros, como órgano consultivo del Rey y ejecutor en casos concretos, incluyendo entre sus miembros a los ministros del Monarca⁴⁶.

43 Mediante Real Decreto de 27 de marzo de 1814, en el que el Rey Fernando VII señala que, tras haber meditado su restablecimiento y haber escuchado consejo de personal de su máxima confianza, decide ponerlo de nuevo en funcionamiento, y añade: “...*He venido en restablecer el Consejo Real y en el pie en que estaba en el año de 1808... El Consejo... me propondrá con la mayor brevedad posible qué negocios convenga separar de su conocimiento y qué distribución sería conveniente hacer de los atribuidos a cada Sala... Es mi voluntad que el Consejo me proponga todo lo que convenga al bien y felicidad de mi Reino.*”

44 Entre 1812 y 27 de marzo de 1814, y tras la Constitución de 19 de marzo de 1812, el Consejo de Estado fue objeto, fundamentalmente, de las siguientes disposiciones: Decreto de 17 de abril de 1812, ya mencionado, sobre nombramiento de ministros y reunión del Consejo de Estado para su propuesta; sendos Decretos de 8 de junio de 1812, relativos a la aprobación de su Reglamento, anteriormente mencionado, y al tratamiento y honores de los secretarios de estado y de despacho, en cuanto su equiparación al tratamiento y honores de los Consejeros de Estado, respectivamente, Orden de 28 de julio de 1812, en relación a los sueldos de los miembros de las secretarías del Consejo de Estado, Orden de 25 de septiembre de 1812, sobre la incompatibilidad de ocupar al mismo tiempo el puesto de miembro del Consejo de Estado y del de la Regencia; Orden de 25 de septiembre de 1812, sobre la competencia del Consejo para la expedición de títulos de notaría, escribanías, y otros de esta clase; Orden de 26 de septiembre de 1812, sobre competencia del Consejo de Estado para la propuesta de nombramiento de jueces y magistrados en provincias sin esperar informes; Decreto de Cortes de 22 de marzo de 1813, sobre vacantes, en cuanto el nombramiento de miembros del Consejo de Regencia no causaba vacante en la plaza que tuvieran en el Consejo de Estado; Decreto de 8 de marzo de 1813, que dispuso el cese de los miembros de la Regencia del Reino y que pasasen a ocupar su puesto los tres Consejeros de Estado más antiguos; y Decreto de 26 de octubre de 1813, en cuanto a la remuneración de los Consejeros de Estado.

45 Titulado “Reunión del Consejo”, convocando para el día siguiente en la Posada del gobernador decano y conforme al Reglamento de 1792. Disposiciones posteriores de interés son las relativas a la nulidad de honores de Consejero, mediante Decreto de 3 de junio de 1814; regulación de Derechos Pasivos en el Consejo de Estado, de viudas y huérfanos de Consejeros, a los que sólo les correspondería por los empleos primitivos que antes habrían obtenido; Real Decreto de 20 de agosto de 1815, en cuanto preeminencias de los Consejeros de Estado; Real Decreto de 7 de diciembre de 1815, por el que se determinó la incompatibilidad de Consejero de Estado con cualquier otra plaza que pudiera conferirse; Real Decreto de 13 de diciembre de 1815, que regulaba los uniformes de los miembros del Consejo de Estado; Real Decreto de 2 de noviembre de 1815, por el que se creó la Junta Suprema del Estado, compuesta por los Secretarios del Despacho del Monarca encargando al secretario del Consejo de Estado la redacción de las actas; Real Decreto de 3 de marzo de 1820, por el que se divide en siete las Secciones auxiliares de los Ministerios para mejor funcionamiento del Consejo de Estado; Orden de 19 de octubre de 1820, en cuanto se dispone la propiedad de los cargos de los Consejeros de Estado; Orden de 26 de marzo de 1821, estableciendo la prohibición de nombramiento de Secretarios del Despacho de los Consejeros de Estado; Decreto de 13 de marzo de 1822, por el que se suspendía la provisión de plazas vacantes; Orden de 27 de enero de 1823, disponiendo comisiones por parte del Gobierno para empleo de Consejeros de Estado; y Real Decreto de 27 de mayo de 1823, por el que el Monarca exhorta a los ministros que forman parte del Consejo de Estado a continuar en el ejercicio de sus funciones y con entera adhesión a su persona.

46 Para este reinado véase, fundamentalmente, SUÁREZ VERDAGUER, F. *Documentos del reinado*

Durante el trienio liberal, en 1820-1823, se restauró el sistema de la Constitución de 1812, mediante Real Decreto de 7 de marzo de ese año, por el que se ampliaba el número de instituciones que podían dirigir su consulta al Consejo de Estado⁴⁷. Un nuevo Real Decreto, de 3 de diciembre de 1823, volvió a restablecer el Consejo de Estado tal y como estaba con anterioridad a 1820, de forma que tras la creación en 1825 de la Real Junta Consultiva de Gobierno, el Consejo de Estado fue repuesto bajo sus antiguas bases⁴⁸, encomendándosele las cuestiones de política interna y de gobierno interior del reino, en las que, hasta entonces, tenía el monopolio de la competencia el Consejo Real el cual continuó siendo el Tribunal Supremo de Justicia en última instancia⁴⁹.

En los últimos años del reinado de Fernando VII, según Cordero Torres el Consejo de Estado languideció, desapareciendo en 1834 al preverse por el monarca la creación de un Consejo de Gobierno o Regencia que auxiliara a su hija durante los comienzos del reinado de la misma y como resultado de una reorganización administrativa y territorial iniciada un año antes que comenzó con la supresión de los tradicionales consejos.

II. El Consejo de Estado en las Constituciones de 1837, 1845 y 1869

El paso con carácter oficial del antiguo régimen consultivo al moderno se produciría el 24 de marzo de 1834 a través de seis Reales Decretos, extinguiéndose

de Fernando VII. El Consejo de Estado, 1792-1834, Pamplona, Universidad de Navarra, 1971.

47 Véase CABRERA BOSCH, M. I. “*Consejo Real de Castilla, legislación y revolución liberal. 1808-1834*”, *Revista de Cortes Generales*, núm. 11, 1987, págs. 125-139.

48 Mediante Real Decreto de 28 de diciembre de 1825, que vino a establecer que la institución consultiva se ocupara de arreglar la administración total de todos los diversos ramos del reino, al tiempo que los secretarios de despacho serían consejeros natos mientras desempeñasen sus altas funciones cerca del Rey.

49 Es especialmente significativo, en palabras de VALERO TORRIJOS, J. la progresiva disminución del protagonismo político del Consejo de Estado frente al afianzamiento de los Secretarios de Despacho-Ministros, en torno al Consejo de Ministros y su consolidación como órgano principal del aparato político-administrativo. En este sentido, según dicho autor, destaca en este sentido el intento de Fernando VII a finales de 1825, de impulsar al Consejo de Estado como medio para oscurecer la importancia del Consejo de Ministros ante el temor de la mayor fortaleza que ofrecía el gobierno colegiado, llegando incluso a la situación extrema de cesar las reuniones de este último en enero de 1826. Esta voluntad, continúa dicho profesor, se evidenciaba en el protagonismo que el Real Decreto, de 28 de diciembre de 1825, concedía al Consejo de Estado cuando le encomendaba “bajo las atribuciones que le designaré, se ocupe en arreglar la administración total de los diversos ramos de mis Reinos”, finalidad con la que se estableció la consulta al Consejo en todos los negocios graves. En definitiva, según dicho autor, se estaba consagrando un evidente retroceso al modo de operar propio de épocas anteriores con total preterición del Consejo de Ministros. En “*Los órganos colegiados...*”, *o.c.*, pág. 227.

los viejos Consejos de Castilla e Indias, y Guerra y Hacienda. Al mismo tiempo, se reformó el Consejo de Órdenes, se suspendió el Consejo de Estado, y se creó el Consejo Real de España e Indias⁵⁰. El objetivo era separar con claridad la función judicial y la consultiva, aunque el Consejo Real estaría sometido a la superioridad de los Secretarios del Despacho, predominando casi exclusivamente en su ejercicio la función consultiva⁵¹, configurándose en la práctica como una agrupación de departamentos consultivos especiales dirigidos al asesoramiento de Ministerios, incluyendo las secciones de Estado, Gracia y Justicia, Guerra, Marina, Hacienda, Fomento e Indias⁵².

Sin embargo, la regulación constitucional de esta etapa es parca en cuanto a la institución que nos ocupa. En este sentido, el Estatuto Real únicamente se refiere a dicha institución en cuanto a la condición de Consejero de Estado como uno de los cargos que habilitan para formar parte del Estamento de Próceres del reino⁵³.

Con el motín de La Granja, en 1836, y la nueva entrada en vigor de la Constitución de 1812, se abolió el Consejo Real de España e Indias por estimarlo

50 Mediante los siguientes Reales Decretos: Real Decreto de 24 de marzo de 1834 de supresión de Consejos y otros dos de la misma fecha por los que se suspende el Consejo de Estado durante la minoría de edad de la Reina Doña Isabel II, si bien sus miembros conservarían sus honores y prerrogativas así como su sueldo, y se regula el Consejo Real, respectivamente, que venía a prever la división del mencionado Consejo en siete Secciones y su dependencia del Secretario del Despacho de Estado en su calidad de presidente del Consejo de Ministros. A dicha regulación del Consejo Real podemos añadir la siguiente regulación: Real Decreto de 14 de abril de 1834, de prohibición de comisiones de los miembros del Consejo Real, Real Decreto de 9 de mayo de 1834, que aprueba el Reglamento interior del mencionado Consejo, Real Decreto de 29 de mayo de 1834, que regulaba la Sección de Gracia y Justicia del Consejo Real y Real Decreto de 31 de julio de 1835, que regulaba la Sección de Guerra del Consejo Real de España e Indias.

51 CORDERO TORRES, J.M. *o. c.*, pág. 85.

52 Del abundante número de Consejos que integraron el sistema polisindical, únicamente el Consejo de Estado lograría sobrevivir relativamente indemne a las importantísimas transformaciones de la organización estatal operada en 1834, aunque el Decreto VI de 24 de marzo de 1834 reconocía expresamente el mantenimiento del Consejo Real de las Órdenes, si bien por su escaso protagonismo en el período analizado reafirma la institución objeto del presente estudio. *Los órganos colegiados...*, *o.c.*, pág. 227.

53 El artículo 3.4 del Estatuto Real de 10 de abril de 1834, bajo el Título II, denominado “El Estamento de Próceres del reino”, establecía:

“Artículo 3. El Estamento de Próceres del reino se compondrá:

[...]

4. De un número indeterminado de españoles, elevados en dignidad e ilustres por sus servicios en las varias carreras, y que sean o hayan sido secretarios del despacho, procuradores del reino, consejeros de Estado, embajadores o ministros plenipotenciarios, generales de mar o de tierra, o ministros de los tribunales supremos.[...].”

incompatible con el artículo 236 de la Constitución de Cádiz de 1812⁵⁴, junto con los demás consejos, declarando dicho texto constitucional al Consejo de Estado como único Consejo del Rey, si bien no se restituyó el Consejo de Estado pues no existía ningún Consejo con ese nombre antes de la sublevación y tampoco se instauró el Consejo de Estado previsto en la Constitución de 1812⁵⁵, siendo así que, además, la institución consultiva se consideraba innecesaria y nociva para el Senado por incompatible con el gobierno representativo⁵⁶.

Por ello, los asuntos que tenía asignados el mencionado Consejo Real de España e Indias pasaron a las respectivas Secretarías del Despacho⁵⁷ al tiempo que las funciones políticas se desempeñaron por un Consejo de Gobierno encargado de auxiliar al monarca en todos los asuntos que le consultase que, no obstante, terminó por desaparecer en poco tiempo⁵⁸.

En consecuencia, la Constitución de 1837 no mencionaría ni al Consejo de Estado ni al Consejo Real, de forma que, tras tres intentos fallidos de regulación del Consejo de Estado, mediante Real Decreto de 11 de febrero de 1843⁵⁹ se creó

54 Mediante Real Decreto de 28 de septiembre de 1836, cuyo artículo primero establecía: “*Queda suprimido desde luego el mencionado Consejo Real de España e Indias, con todas sus oficinas y dependencias, y declaro cesantes con el sueldo que les corresponde por clasificación a los ministros y demás empleados que se hallan sirviendo en él.*”

55 Las negativas consecuencias de esta situación fueron denunciadas ya en 1843 por A. OLIVÁN, según relata VALERO TORRIJOS, J. señalando que el mismo ya afirmó que como consecuencia de la desaparición de dicho cuerpo consultivo “se ha cometido la enorme irregularidad de exigir informes y consultas en lo administrativo y político a los tribunales, cuyo oficio es únicamente pronunciar sentencias” (*De la Administración Pública con relación a España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pág. 135). Igualmente, añade dicho autor, en la misma época POSADA HERRERA, reclamaba la existencia del Consejo de Estado “no sólo para aconsejar al gobierno en los casos graves y arduos, no solo para conservar ciertas tradiciones administrativas que es necesario que se perpetúen, sino también para poner a cubierto el interés individual y darle una garantía contra la precipitación con que la administración suele proceder” (*Lecciones de Administración*, Madrid, 1843, pág.311), en *Los órganos colegiados..., o.c.*, pág. 226.

56 ROYO-VILLANOVA, S. *Elementos de Derecho Administrativo*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1955, págs. 233-236.

57 El artículo 2 del Real Decreto de 28 de septiembre de 1836 establecía: “*Todos los negocios que ahora están pendientes en dicho Consejo Real pasarán a las respectivas Secretarías del Despacho; y los que se encuentren archivados en sus Secciones se reunirán en el Archivo general, cuya custodia continuará a cargo del archivero hasta nueva orden.*”

58 *Los órganos colegiados..., o.c.*, pág.228. Su regulación se llevó a cabo mediante Real Decreto de 11 de febrero de 1843, el cual preveía, en su artículo primero, que las funciones de dicho Consejo serían las de auxiliar al Monarca con todas sus luces en los asuntos sobre los que tuviere a bien consultarle.

59 Cuyo artículo segundo establecía que se compondría de un número indeterminado de individuos con un presidente y dos vicepresidentes y que lo presidiría, siempre que asistiese, el que lo sea del Consejo de Ministros.

un órgano consultivo que asumiría el nombre de Consejo de Gobierno, según hemos mencionado anteriormente, tal y como lo había previsto Fernando VII en su testamento, con las funciones de auxiliar al gobierno en los asuntos que tuviera que consultarle.

Por Ley de 1 de enero de 1845⁶⁰, sin ningún apoyo constitucional, se instaura con el nombre de Consejo Real el modelo francés de Consejo de Estado, asumiendo competencias establecidas en el artículo 11 de la Ley de 6 de julio de 1845, reguladora del Consejo Real⁶¹, sobre consulta de instrucciones generales para cualquier ramo de la Administración Pública, sobre el pase y retención de bulas, breves y rescriptos pontificios y preces para obtenerlos, asuntos de Real Patronato y recursos de protección del Concilio de Trento, sobre la validez de presas marítimas, asuntos contencioso-administrativos, conflictos de atribuciones entre administraciones y entre la jurisdicción y la Administración y sobre todos los demás asuntos que las leyes especiales, reales decretos y reglamentos sometieran a su examen.

La mencionada Ley 6 de julio de 1845 sería complementada por un Real Decreto de 22 de septiembre de 1845, denominado “Complementario del Régimen del Consejo Real”, cuyo artículo 9 encomendaba al mencionado Consejo en Pleno los proyectos de ley, reglamentos e instrucciones, tratados y concordatos, pase regio, Real Patronato, presas, competencias, resolución final de los asuntos contenciosos y los que le atribuyera el Gobierno.

Igualmente, su artículo 10 dividía las Secciones del Consejo Real para los asuntos administrativos en Estado, Marina y Comercio, Gracia y Justicia, Guerra, Gobernación, Hacienda, Ultramar y de lo Contencioso, conforme el artículo 17 de la mencionada norma, la cual constituía un verdadero Tribunal con audiencia pública de las partes en materia de contratos del Gobierno y Direcciones Generales, demandas contenciosas contra resoluciones ministeriales, recursos de reposición, aclaración y revisión contra sus resoluciones. Su composición era por

60 Cuyo artículo único disponía: “*Se autoriza al Gobierno para plantear las bases de las siguientes leyes: De organización y atribuciones de un Cuerpo o Consejo Supremo Consultivo de la Administración; ejecutando las providencias que adoptare y dando cuenta a las Cortes*”. No obstante, dicha Ley fue precedida de un Real Decreto, de 24 de diciembre de 1843, sobre bases y reglamento de un Consejo de Estado.

61 Cuyo artículo uno establecía que para la mejor administración del Estado se establecía un Cuerpo Supremo Consultivo con el nombre de Consejo Real. Asimismo, el artículo segundo de dicha norma disponía que dicho Consejo se compondría de los Ministros Secretarios de Estado y del Despacho, de 30 Consejeros ordinarios, de los Consejeros extraordinarios que Rey autorizase para tomar en las deliberaciones del Consejo, del número de auxiliares que fueran necesarios, de un secretario general y de los empleados y dependientes que los reglamentos determinasen.

categorías, con representación del ejército y la marina, directores generales, altos funcionarios y la magistratura.

La detallada regulación de la Ley de 6 de julio de 1845, trajo como consecuencia que la Constitución de la Monarquía Española de 23 de mayo de 1845 sólo se refiriera al Consejo de Estado en su artículo 15, a los efectos de la adquisición de la condición de senador⁶².

El nuevo Consejo Real ejercería las funciones consultiva y contencioso-administrativa⁶³ hasta que su denominación fue sustituida por la de Consejo de Estado mediante Real Decreto de 14 de julio de 1858⁶⁴, cuyo artículo primero establecía literalmente que “el Consejo Real se denominará en adelante Consejo de

62 Más concretamente, el artículo 15 de la Constitución de 1845, bajo el Título III, “Del Senado”, establecía que “sólo podrán ser nombrados senadores los españoles que, además de tener treinta años cumplidos, pertenezcan a las clases siguientes: [...] Consejeros de Estado [...].”

63 Al amparo de numerosa normativa, entre la que podemos destacar: Real Decreto de 13 de junio de 1846, sobre precedencias; Real Decreto de 30 de diciembre de 1846, por el que se aprueba el Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo en los negocios contenciosos de la Administración; Reales Ordenes de 13 de febrero y 4 de abril de 1847, de comunicación de resoluciones al Consejo; Real Decreto de 4 de junio de 1847, sobre competencias del Consejo Real; Real Orden de 9 de junio de 1847, sobre uniformes; Reales Decretos de 29 de septiembre de 1847 y 7 de febrero de 1848, de reducción de plazas del Consejo Real; Real Decreto de 20 de octubre de 1847, por el que se establece que correspondían al ministro de la Gobernación las relaciones con el Consejo Real; Real Decreto de 27 de diciembre de 1848, sobre provisión de plazas vacantes; Real Decreto de 24 de junio de 1849, sobre restablecimiento de plazas en el Consejo Real; Real Decreto de 17 de julio de 1849, por el que se regula la atribución al Consejo Real de asuntos contenciosos sobre cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los remates y contratos celebrados directamente por el Gobierno o por las Direcciones Generales de los diferentes ramos de la Administración; Reales Decretos de 27 de marzo de 1850 y 29 de abril de 1857, sobre autorizaciones para proceder contra funcionarios en el ejercicio de sus funciones; Real Decreto de 30 de septiembre de 1851, por el que se suprime la sección de Ultramar, pasando a despachar sus asuntos provisionalmente la Dirección General de Ultramar; Real Decreto de 21 de mayo de 1853, sobre procedencia de la vía contenciosa en asuntos de Hacienda; Real Decreto de 7 de agosto de 1854, de creación del Tribunal contencioso y supresión del Consejo Real que fue restablecido mediante Real Decreto de 16 de octubre de 1856; y, finalmente, Real Decreto de 23 de mayo de 1858, por el que se aprobaba el Reglamento para el régimen interior del Consejo Real, que, de manera muy detallada regulaba su régimen jurídico, a través de 118 artículos y una Disposición Transitoria, cuyo artículo 47, sobre cobertura de plazas durante las vacaciones de los miembros del Consejo Real, fue modificado mediante Real Decreto de 17 de junio de 1858.

64 Y es que los proyectos de establecimiento de un Consejo de Estado tras la muerte de Fernando VII fueron fuertemente criticados por la oposición a Bravo Murillo y a aquellos que dirigieron la obra de reconstrucción nacional, según relata Rodríguez-Zapata, lo cual unido a la inestabilidad política reinante motivan, para Jordana de Pozas, que se abandone el proyecto de creación de un Consejo de Estado, “empresa que fue sustituida por un Consejo Real, creado por Ley de 6 de julio de 1845, si bien la diferencia era puramente nominal, por cuanto que trece años después se cambió la denominación de Consejo Real por la de Estado sin que el cambio aparejase diferencias importantes en la estructura y funciones del Alto Cuerpo”, RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. o. c., pág. 17.

Estado”, manteniendo, al tiempo, la tradición y el prestigio de tal denominación.

Con el pronunciamiento de Vicálvaro, que inaugura el bienio progresista, el Consejo de Estado fue suprimido por la “Junta de Salvación, Armamento y Defensa de Madrid”, el 17 de julio de 1854, ratificado por un Real Decreto de 7 de agosto siguiente que creó un Tribunal Contencioso-Administrativo. En su composición, de carácter mixto, entre libre y por categorías, estaba representada la iglesia, el ejército y la marina, la magistratura, el fisco y la banca. Con el restablecimiento de la Constitución de 1845, modificada por un Acta adicional de 15 de septiembre de 1856, tras el fin del bienio progresista, se recoge la figura del Consejo de Estado⁶⁵, aunque poco después se derogó dicha Acta adicional y se dictó un Real Decreto, de 16 de octubre de 1856, restableciendo el Consejo Real como limitador de los poderes del Monarca⁶⁶.

Poco después dicho Consejo Real cambió definitivamente su denominación, mediante Real Decreto de 14 de julio de 1858⁶⁷, que vino a establecer en su Preámbulo que dicho Consejo pasara en adelante a denominarse Consejo de Estado “por la mayor autoridad que con la tradición lleva consigo aquel título” y a fin de evitar las frecuentes confusiones con otros consejos, manteniendo, al tiempo, la tradición y el prestigio de tal denominación.

La importancia del Consejo Real, y después del Consejo de Estado, en la evolución que venimos realizando, ha sido resaltada por Cordero Torres, quien en esta línea apunta que al mencionado Consejo se debe la moderna técnica administrativa y la noción de lo contencioso, al igual que su actuación como Tribunal de Competencias⁶⁸. Igualmente, García-Trevijano le atribuye haber sentado las bases del incipiente régimen administrativo, considerándolo el

65 Si bien su artículo 11 se limita simplemente a prever su existencia, estableciendo: “*Habrà un Consejo de Estado, al cual oirá el Rey en los casos que determinen las leyes*”. Igualmente, la Constitución non nata de 14 de diciembre de 1855, en sus artículos 54 y 92.3, hacían referencia al Consejo de Estado en cuanto su existencia y la especial protección de las bases de la ley orgánica que regulara su régimen jurídico a los efectos de reforma.

66 Resulta, pues, que la Constitución non nata de 1856 no incluía ninguna alusión al Consejo de Estado en su articulado.

67 Entre el Real Decreto de 16 de octubre de 1856 y el de 14 de julio de 1858, se sucede la Ley de 17 de julio de 1857, que vino a reformar la Constitución de 1845, cuyo artículo 15 establecía: “*Sólo podrán ser nombrados senadores[...] vicepresidentes del Consejo Real; ministros y fiscales de los Tribunales Supremos y consejeros reales, después de dos años de ejercicio*”.

68 “Al Consejo Real se debe la moderna técnica administrativa y la noción de lo contencioso, que no ha sido sustancialmente variada cien años después. Igual sucede con su actuación como Tribunal de competencias”, en CORDERO TORRES, J.M. *o. c.*, pág. 92.

forjador de nuestras principales Leyes administrativas de la época⁶⁹.

El Real Decreto de 14 de julio de 1858, además, en su artículo segundo, reconocía al Consejo de Estado el máximo rango tras el Consejo de Ministros, siendo definido este, por Ley de 17 de agosto de 1860⁷⁰ como “Cuerpo Consultivo Supremo del Gobierno en los asuntos de Gobernación y Administración y en los contencioso- administrativos de la Península y Ultramar”, definición que luego se mantuvo en la Ley de 1904.

La mencionada Ley de 1860 configuraba un doble organismo, consultivo y jurisdiccional, al tiempo que dentro de lo consultivo tenía doble carácter, político y administrativo. Las competencias del Consejo de Estado eran similares a las ostendadas por el Consejo Real en 1845. En este sentido, debe destacarse que las consultas emitidas por el Consejo de Estado no tenían valor de sentencias si no eran aprobadas por el Gobierno mediante Real Decreto, en cuyo caso se denominaban Reales Decretos Sentencias. Si el Gobierno no estaba de acuerdo con la consulta del Consejo podía dictar la que fuese justa siempre que fuese acordada en Consejo de Ministros, motivada y publicada junto al dictamen contrario del Consejo de Estado⁷¹. A dicho sistema, donde la competencia final reside en el Gobierno, se le denominó en Francia, justicia “retenida”, por contraposición a la justicia “delegada” por el Soberano.

Como conjunto, el Consejo de Estado actuaba en Pleno, a veces con competencia propia consultiva, y otras como Tribunal de lo Contencioso⁷². En única instancia

69 “Empieza en este momento una época crucial para el Consejo. Desde sus comienzos va a sentar las bases del incipiente régimen administrativo. Las consultas de la época le colocan a la altura de otros órganos similares extranjeros y bien puede decirse que fue el forjador de nuestras principales Leyes administrativas de la época”, en GARCÍA-TREVIJANO FOS, E. *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1971, t. II, vol. 2, pág. 653.

70 Denominada Ley Orgánica del Consejo de Estado, que venía a regular su organización, atribuciones y modo de proceder en los asuntos contenciosos y gubernativos, con 71 artículos y dos Disposiciones Transitorias, publicado en la Gaceta de Madrid de 1 de septiembre de 1860. Dicha Ley fue acompañada de un Real Decreto de 30 de junio de 1861, con 115 artículos, por el que se aprobaba el Reglamento interior del Consejo de Estado.

71 Artículos 62, 63, 64 y 65 de la Ley de 17 de agosto de 1860.

72 Como bien apreció MARTÍNEZ ALCUBILLA “El Consejo de Estado no es calificado como Tribunal, ni por ley de su organización ni por el Reglamento de 30 de diciembre de 1845 que determina el modo de conocer en los negocios contenciosos de su competencia; y es sin duda porque, considerado en todo como Cuerpo consultivo, su jurisdicción es limitada y no se da fuerza de sentencia a sus consultas en lo contencioso, mientras no son aprobadas por Real Decreto, según lo dispuesto en los artículos 62 y 63 de la Ley de 17 de agosto de 1860 y el 223 del reglamento. Aparte de esta observación, es lo cierto que el Consejo de Estado conoce en lo contencioso-administrativo con sujeción a formas jurídicas, o como

para fallar los asuntos de la Administración central, especialmente en materia de contratación pública, resoluciones de ministros, recursos de reposición, y aclaración o revisión de sus providencias o resoluciones. En última instancia, conocía del resto de negocios contenciosos, recursos de apelación, nulidad y queja contra el Gobierno en materia de Clases Pasivas, contra fallos de Consejos Provinciales y Tribunales de Cuentas del Reino y Ultramar por vía de casación⁷³.

En materia consultiva, informaba reglamentos e instrucciones generales para la aplicación de leyes y alteraciones, pase o retención de bulas, breves y rescriptos pontificios y preces para obtenerlos, todos los asuntos concernientes al Real Patronato de España e Indias, y recursos de protección y fuerza salvo los consignados en la Ley de Enjuiciamiento Civil como propio de los Tribunales, inteligencia y cumplimiento de Concordatos, mercedes, grandezas, títulos, ratificación de tratados de comercio y navegación, indultos, validez de presas marítimas, competencias, atribuciones y conflictos, recursos de abuso de poder o incompetencia, autorización para enjuiciar a autoridades y altos funcionarios, suplementos de créditos, créditos extraordinarios o transferencias de créditos no estando reunidas las Cortes, provisión de plazas de magistrados y jueces y presentación de beneficios eclesiásticos del Patronato Real, y modificaciones legislativas, fundamentalmente⁷⁴.

A todo ello se unía las competencias del Consejo de Estado previstas en los artículos 49 y 50 de la Ley de 17 de agosto de 1860, en cuanto competencias residuales y órgano consultivo del Gobierno en los asuntos que éste estimara conveniente⁷⁵.

El Consejo de Estado quedaría formado por seis secciones, de las que Estado, Gracia y Justicia, de un lado, y Ultramar, de otro, destacaban, pues la primera

Tribunal de primera y única instancia, o como Tribunal de apelación”, en MARTINÉZ ALCUBILLA, *Diccionario de Administración Pública*, Madrid, 1887, VI, pág.711.

73 Artículos 46 a 48 de la Ley de referencia.

74 Artículo 45 de la Ley de 1860.

75 En este sentido, el artículo 49 de la Ley de 1860 tenía la siguiente redacción: “*Será también oído el Consejo en pleno, en Sala de lo contencioso o en Secciones, sobre todos los demás asuntos que prescriban las leyes o disposiciones generales o que estuvieren atribuidos anteriormente al Consejo Real o al Tribunal contencioso-administrativo*”. Asimismo, el artículo 50 de la mencionada Ley disponía: “*El Consejo podrá ser oído en pleno o en Secciones cuando el Gobierno lo estime conveniente: 1º Sobre los proyectos de ley que hayan de presentarse a las Cortes. 2º Sobre los tratados con las Potencias extranjeras. 3º Sobre los Concordatos que hayan de celebrarse con la Santa Sede. 4º Sobre cualquiera punto grave que ocurra en el Gobierno y administración del Estado.*”

era un verdadero tribunal de conflictos y de control jurídico administrativo, y la segunda un verdadero Consejo Colonial⁷⁶.

Con la nueva regulación, desaparecen los Consejeros extraordinarios de 1845, se consolida la figura del Presidente, se encomienda la presidencia de cada Sección a un Consejero, de acuerdo con el Real Decreto de nombramiento y se introduce el sistema de *categorías* para el nombramiento de Consejero de Estado en detrimento del sistema de *capacidades*⁷⁷. La composición era de veinticuatro miembros por categorías y ocho por capacidades, nombrados y separados por el Rey a propuesta del Consejo de Ministros⁷⁸.

El decenio 1858-1868 fue la edad de oro del Consejo de Estado, según Cordero Torres, pues quizá nunca fue mayor su influencia en la vida oficial, salvo con Carlos I, donde el gobierno le sometió problemas de mayor gravedad, creando una doctrina y una regla de Derecho allí donde no existía precepto escrito especial.

En el terreno fiscal el Consejo de Estado fue un eficaz desarrollador de las ideas de la Ley de Mon para la reforma tributaria en España, un constante freno

76 El artículo 15 de la Ley de 17 de agosto de 1860 determinaba: *“Las Secciones serán seis, correspondiendo a cada una de ellas el número de letrados que sigue: A la de Estado y Gracia y Justicia, tres. A la de Guerra y Marina, uno. A la de Hacienda uno. A la de Gobernación y Fomento, dos. A la de Ultramar, uno. En la de lo contencioso todos serán letrados. En la Sección de Ultramar habrá siempre dos Consejeros que hayan servido en aquellas posesiones”*.

77 Artículo 16 en relación a los artículos 9, 2, 3 y 4 a 7, respectivamente, de la Ley de 17 de agosto de 1860.

78 Parece, pues, que frente al Consejo de Estado gaditano donde la remoción de sus miembros requería causa justificada ante el Tribunal Supremo, en la Ley de 17 de agosto de 1860 cabía remoción por el Rey a propuesta del Consejo de Ministros. En este sentido, el artículo 2 de la Ley de 1860 establecía que el Consejo de Estado se compondría de los Ministros de la Corona, de un Presidente y 31 Consejeros. Igualmente, su artículo 5, determinaba: *“Veinticuatro nombramientos de Consejeros habrán de recaer en personas que estén o hayan estado comprendidas en una de las siguientes clases: Presidente de alguno de los Cuerpos Colegisladores, Ministro de la Corona, Arzobispo u Obispo, Capitán General de Ejército o Armada, Vice-presidente del Consejo Real, Embajador, Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, del de Guerra y Marina o del de Cuentas.”* Igualmente, el artículo 6 de la mencionada Ley añadía: *“También podrán ser nombrados Consejeros, en las veinticuatro plazas a que se refiere el artículo anterior; los que hayan ejercido durante dos años en propiedad alguno de los empleos o cargos siguientes: Teniente General del Ejército o Armada, Consejero Real ordinario o de Estado, Ministro o Fiscal de alguno de los Tribunales expresados en el artículo anterior; Ministro plenipotenciario con misión a una corte extranjera, Fiscal del Consejo de Estado o del antiguo Real, Auditor de número o Fiscal del Tribunal de la Rota, Decano, Ministro o Fiscal del Tribunal de las Órdenes militares, Regente de la Audiencia de la Habana, Ministro o Fiscal del Tribunal Supremo contencioso-administrativo.* Finalmente el artículo 7 de la norma que nos ocupa establecía: *“Ocho plazas de Consejeros de Estado podrán proveerse en personas que, aun cuando no se hallen comprendidas en las clases de empleos o cargos enumerados en los artículos anteriores, se hayan distinguido notablemente por su capacidad y servicios”*.

contra la arbitrariedad, desbarajuste o codicia frente al Patrimonio y presupuesto nacional, frenando las consecuencias de la desamortización de 1855, y la tendencia a conceder gubernativamente créditos ilimitados, comprometiendo el equilibrio presupuestario.

Con la Revolución de 1868, por Decreto de 13 de octubre de 1868, se completó la “unificación de fueros”, suprimiéndose, mediante el mencionado Decreto, las facultades contencioso-administrativas que ejercían el Consejo de Estado y los Consejos provinciales⁷⁹, que fue trasladada al Tribunal Supremo y a las Audiencias (éstas últimas respecto de asuntos pendientes en los Consejos provinciales, los cuales también se suprimían), aunque manteniendo la casi totalidad de las normas procesales del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado sería recogido por la Constitución española promulgada el 6 de julio de 1869⁸⁰ que establecía la referencia de la presidencia del mencionado Consejo como uno de los requisitos que daban acceso a la condición de senador⁸¹, al tiempo que le otorgó competencias importantes en materia judicial, como la propuesta de nombramiento al Rey de jueces y magistrados⁸², consulta para el nombramiento de magistrados del cuarto turno, deposición y traslado de jueces⁸³ y ascensos⁸⁴. Su composición era mixta, entre libre y por categorías, con representación de la iglesia, el ejército y la marina, la diplomacia, la magistratura, el fisco, la cultura oficial y

79 Que habían sido establecidas mediante Ley de 19 de octubre de 1860, regulando la organización y procedimientos de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado.

80 La normativa relativa al Consejo de Estado tras la Ley de 19 de octubre de 1860 no resulta especialmente relevante, sobresaliendo, únicamente, el Reglamento Interior del Consejo de Estado, de 4 de febrero de 1865, en cuanto organización y funcionamiento.

81 El artículo 62 de la Constitución de la Monarquía Española de 1 de junio de 1869 venía a establecer: *“Para ser elegido senador se necesita: [...]4. Reunir alguna de las siguientes condiciones: [...] 8. Consejero de Estado.”*

82 El artículo 94 de la Constitución de 1869 establecía: *“El Rey nombra a los magistrados y jueces a propuesta de Consejo de Estado y con arreglo a la ley orgánica de Tribunales. El ingreso en la carrera judicial será por oposición. Sin embargo, el rey podrá nombrar hasta la cuarta parte de magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior, ni a las reglas generales de la ley orgánica de los tribunales; pero siempre con audiencia del Consejo de Estado y dentro de las categorías que para estos establezca la referida ley.”*

83 El artículo 95 de la Constitución de referencia señalaba: *“Los magistrados y jueces no podrán ser depuestos sino por sentencia ejecutoria o por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa consulta del Consejo de Estado, y a tenor de lo que se disponga en la mencionada ley orgánica. Tampoco podrán ser trasladados sino por Real Decreto expedido con los mismos trámites; pero podrán ser suspendidos por auto de Tribunal competente.”*

84 El artículo 97 de la Constitución de 1869 establecía: *“Los ascensos en la carrera judicial se harán a consulta del Consejo de Estado.”*

académica, los intereses ultramarinos y los elementos del Consejo⁸⁵.

El proyecto de Constitución federal de la República Española de 17 de julio 1873 no recoge alusión alguna al Consejo de Estado, si bien este es reorganizado por Decreto de 26 de noviembre de 1873⁸⁶, al que le siguió un Decreto de 31 de enero de 1874 por el que se le atribuían las funciones reconocidas a favor del Tribunal Supremo por el artículo 2 del Decreto de 27 de agosto de 1873, relativas al nombramiento de personal judicial en Ultramar.

III. El Consejo de Estado en la Restauración (1874-1931)

El Consejo de Estado sería disuelto por Decreto de 1 de junio de 1874, tras el golpe del general Pavía, y reorganizado sobre las pautas de la Ley de 1860 y el Decreto de 13 de octubre de 1868, de forma que la justicia administrativa volvía a permanecer en la jurisdicción ordinaria.

Con la Restauración, el Consejo de Estado ganó estabilidad administrativa aunque perdió los últimos restos de su papel gubernativo, reduciéndose el tono de sus consultas hasta llegar a comienzos del siglo XX a transformarse en un negociado de ciertos expedientes. En 1875 se restableció la Sección de lo Contencioso⁸⁷, si bien mediante la Ley de Santamaría de Paredes, de 13 de septiembre de 1888⁸⁸, se separó definitivamente dicha Sección del Consejo, creándose un Tribunal

85 Véase BALBÍN DE UNQUERA, A., *El Consejo de Estado y la República*, Madrid, 1873.

86 Poca relevancia tiene la normativa previa a la reorganización del Consejo en 1873, destacando el Real Decreto de 12 de octubre de 1870, por el que se suprime la única sección de Ultramar, que pasaría a integrarse con la Hacienda, resultando una reorganización de cuatro nuevas secciones del Consejo: de Estado y Gracia y Justicia, de Guerra y Marina, de Hacienda y Ultramar, y de Gobernación y Fomento.

87 Mediante Decreto de 20 de enero de 1875.

88 Su artículo 8 establecía: “*La jurisdicción contencioso-administrativa será ejercida en nombre del Rey, y por delegación suya, por el Tribunal de lo Contencioso-administrativo, que formará parte del Consejo de Estado, y por Tribunales provinciales*”, al mismo tiempo, la mencionada Ley regulaba el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y sus auxiliares así como el régimen jurídico del Ministerio Fiscal. Dicha Ley fue desarrollada, después, por Real Decreto de 25 de diciembre de 1890. Para GARCIA DE ENTE-RRÍA, E. Dicha Ley supone el comienzo de la etapa actual de lo contencioso-administrativo. Para RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. “Su importancia histórica consiste en haber procurado la armonía entre los criterios hasta entonces antagónicos e irreductibles de los partidarios de los sistemas de jurisdicción retenida y los de la delegada, de los defensores del sistema administrativo y los del sistema judicialista”, en *Ley Orgánica del Consejo de Estado*, o.c., pág. 23. Para VALERO TORRIJOS, dicha Ley constituye un hito de gran trascendencia pues atribuye funciones judiciales a un tribunal específicamente constituido al efecto en el seno del Consejo de Estado, requiriendo una cierta especialización profesional al exigir que todos los integrantes del mismo tengan la condición de letrado. En *Los órganos colegiados...*, o.c., pág. 234.

especial, que pertenecía a dicho Consejo. A partir de entonces, el Consejo se redujo a lo meramente consultivo. A través del sistema mixto instaurado por dicha Ley, los tribunales contenciosos se componían de personal procedente de la Administración y de la jurisdicción. Por lo demás, la composición del Consejo de Estado en el período que nos ocupa era por categorías, con representación de directores generales y altos funcionarios. Sus Secciones terminaron por reducirse a cuatro, sin contar la Contencioso-Administrativa⁸⁹.

La Constitución de la Monarquía Española de 30 de junio de 1876 sólo recoge superficialmente la Institución del Consejo de Estado, aludiendo a la condición de senador por derecho propio de su presidente y nombramiento real o elección popular para ser senador en caso de Consejeros de Estado⁹⁰.

Aún a finales del siglo XIX, se aprobó un nuevo reglamento de régimen interior del Consejo de Estado⁹¹, aunque para entonces dicha institución era considerada, con carácter general, inútil y nociva, proponiéndose una reforma que, aunque aprobada por Ley de Presupuestos de 1893, tardó en acometerse, quedando reducido a una triple actividad, en cuanto a las sesiones plenarias de sus consejeros con los ministros del Tribunal, las sesiones de la comisión de Residencia, Guerra y Marina y las sesiones de un pleno restringido, sin ministros del Tribunal⁹².

Además, en 1899 se suprime la plaza de los Consejeros de las Secciones de Estado y Gracia y Justicia, Hacienda y Ultramar, y Gobernación y Fomento, reduciéndose la composición a su Presidente y los Presidentes de las tres secciones mencionadas. La adscripción del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo al

89 Mediante Real Decreto de 13 de septiembre de 1888, diferenciando Estado y Gracia y Justicia, Guerra y Marina, Hacienda y Ultramar, y Gobernación y Fomento.

90 El artículo 21 de la Constitución de referencia establecía: *“son senadores por derecho propio: ... El presidente del Consejo de Estado, después de dos años de servicio”*, igualmente su artículo 22.8 venía a prescribir que *“Sólo podrán ser senadores por nombramiento del Rey o por elección de las corporaciones del Estado y mayores contribuyentes, los españoles que pertenezcan o hayan pertenecido a una de las siguientes clases: [...] 8. Consejeros de Estado, Fiscal del mismo Cuerpo y ministros y fiscales del Tribunal Supremo y del de Cuentas del reino, consejeros del Supremo de la Guerra y de la Armada, y Decano del Tribunal de las órdenes militares, después de dos años de ejercicio.”*

91 Mediante Real Decreto de 28 de junio de 1891.

92 En realidad, la reforma comenzó con la Ley de 30 de junio de 1892, de reorganización de servicios, a la que le siguieron el Real Decreto de 28 de julio de 1892, de reorganización del Consejo; el Real Decreto de 28 de julio de 1892, de supresión de personal de lo Contencioso; la Ley de Presupuestos de 30 de junio de 1893; la Ley de 30 de junio de 1895, de reorganización de las plantillas de oficiales; y el Real Decreto de 3 de agosto de 1895, que regulaba la plantilla del cuerpo de oficiales.

Consejo de Estado se mantuvo⁹³.

Pero la auténtica novedad en la organización del Consejo de Estado se llevó a cabo poco después, mediante Ley de 5 abril de 1904, de nueva organización del Consejo de Estado, cuyo artículo primero define la institución consultiva como “Cuerpo supremo consultivo del Gobierno en los asuntos de Gobernación y Administración”⁹⁴, reduciendo su volumen, según su artículo 2, mediante una composición por categorías, con todos los ministros de la Corona en ejercicio, un presidente, ocho consejeros ex ministros de la Corona y cuatro consejeros permanentes⁹⁵, nombrados todos por el Rey.

Para Jordana de Pozas, la Comisión Permanente se caracterizaba por una composición fundamentalmente técnica frente a la mayoritariamente política del Pleno⁹⁶. Al mismo tiempo, se preveía la inamovilidad de los Consejeros⁹⁷, que había sido abandonada anteriormente, se establecen las incompatibilidades, con todo empleo público o particular y con el ejercicio de toda profesión, siendo, sin

93 RUIZ MIGUEL, C., *o.c.*, pág. 43.

94 Al mismo tiempo, dicho artículo añadía “*Precede a todos los demás Cuerpos del Estado, después del Consejo de Ministros, y es impersonal su tratamiento*”. La mencionada Ley se componía de 30 artículos y 10 más adicionales sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, y fue acompañada de un Real Decreto de 8 de mayo de 1904, que aprobaba un Reglamento provisional de Régimen Interior del Consejo de Estado, con 148 artículos y dos Disposiciones Transitorias, y que fue, además, reproducido, posteriormente, mediante Real Decreto de 10 de enero de 1906, este ya con carácter definitivo, sobre Reglamento para el Régimen Interior del Consejo de Estado.

95 Denominados consejeros permanentes, cuya condición venía recogida en el artículo 6 de la Ley de 1904, que establecía: “*Los cuatro consejeros permanentes serán siempre personas que estén o hayan estado comprendidas en las categorías siguientes: 1. Haber desempeñado alguno de los cargos expresados en el Artículo 4º precedente (categorías para la designación de Presidente, casi idénticas, salvo el supuesto de arzobispos u obispos, a la más arriba transcritas de los artículos 5 y 6 de la Ley de 1860). 2. Haber desempeñado o ejercicio en propiedad, durante dos años por lo menos, los empleos o cargos siguientes: 1. Consejero de Estado o fiscal del mismo Alto Cuerpo. 2. Magistrado o Fiscal del Tribunal Supremo. 3. Consejero o fiscal del Consejo Supremo de Guerra y Marina. 4. Ministro o fiscal del Tribunal de Cuentas. 5. Ministro o fiscal del Tribunal contencioso-administrativo. 6. Presidente de la Audiencia territorial de Madrid. También podrán ser nombrados los que hayan servido de secretario general del Consejo de Estado y los jefes superiores de Administración, siempre que hayan desempeñado tales empleos durante cuatro años, o dos con veinte años además de servicios reconocidos en la Administración del estado. Igualmente podrán serlo los oficiales letrados del Consejo de Estado que tengan la categoría de jefes de Administración de primera clase y cuenten con veinticinco años de servicios efectivos como tales oficiales letrados. Tres, por lo menos, de los consejeros permanentes tendrán que ser letrados*”.

96 RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. *Ley Orgánica del Consejo de Estado...*, *o.c.*, pág.26.

97 En el artículo 7 de la Ley de 1904, se venía a disponer: “*Los Consejeros de la Comisión permanente sólo podrán ser separados de sus cargos por causa grave justificada, oyendo al interesado y al Consejo de Estado en pleno, y por acuerdo del Consejo de Ministros. El real decreto de suspensión será refrendado por el presidente jefe del Gobierno.*”

embargo, compatibles con los de senador del Reino o diputado a Cortes, así como el *dictamen de idoneidad* que suspendía la toma de posesión del nombrado.⁹⁸

De otro lado, se disminuye y selecciona rigurosamente los asuntos de su competencia, simplificando su procedimiento, reduciendo las relaciones Consejo-Administración a la facultad ministerial de asistir a plenos. Igualmente, se trasladó la jurisdicción del antiguo Tribunal de lo Contencioso-Administrativo a una Sala especial del Tribunal Supremo, acabando con el sistema de justicia administrativa delegada anteriormente vigente⁹⁹, momento a partir del cual algunos autores han destacado el inicio de la decadencia del Consejo de Estado español¹⁰⁰.

Funcionaba en Pleno, encargado de inteligencia y cumplimiento de tratados y concordatos, ratificación de los tratados de Comercio, navegación y presas, conflictos internacionales, suspensión de la ley del Jurado y de aquellas que entendiera el Gobierno necesario adoptar, y en Comisión Permanente, que era oída sobre disposiciones generales en materia de autorización legislativa y reglamentaciones generales de leyes, salvo en caso de urgencia que permitiera la publicación provisional y disposiciones fiscales o cumplimiento de presupuestos. Igualmente, en materia de créditos extraordinarios, suplementos y anticipaciones de fondos¹⁰¹.

98 El artículo 8 de la Ley de 1904 establecía: *“El cargo de consejero permanente será incompatible con todo empleo público o particular, y con el ejercicio de toda profesión; únicamente será compatible con los de senador del Reino o diputado a Cortes. Su nombramiento se hará por real decreto acordado en Consejo de ministros y refrendado por su presidente. En él se expresarán necesariamente las condiciones que den capacidad al elegido para ser consejero. El Consejo, antes de dar posesión al nombrado, examinará si su nombramiento se halla conforme con las disposiciones de esta ley, y si esto ofreciese alguna duda, la elevará a la Presidencia del Consejo de ministros, suspendiendo la posesión hasta que se resuelva en Consejo de ministros, por decisión que se publicará en la Gaceta de Madrid”*.

99 Con ello, el Consejo de Estado español se aleja del sistema francés para aproximarse al modelo alemán de administración consultiva, tal y como ha sido expuesto por PAREJO ALFONSO, L. *“La Función Consultiva en Europa: los Consejos de Estado francés e italiano”*, *Documentos Administrativos*, núm. 226 (1991), pág. 34. Además, la presencia de ministros en su seno, ya es casi simbólica, únicamente en las sesiones.

100 PARADA VÁZQUEZ, o.c, pág. 119.

101 Las secciones pasaron a configurarse con carácter interno como órganos de preparación y estudio de los dictámenes pero sin formar la voluntad del Consejo. El Reglamento de régimen interior del Consejo, aprobado mediante Real Orden de 10 de enero de 1906, precedido de un Reglamento provisional de 8 de mayo de 1904 e inspirado en los anteriores, es más completo que éstos, con 145 artículos y dos Disposiciones Transitorias, y una Adicional, que para RODRÍGUEZ ZAPATA, J. supone una exposición coherente del Derecho interno del Alto Cuerpo que ha inspirado los Reglamentos posteriores. En *Ley Orgánica del Consejo de Estado... o.c.*, pág.28.

Con la nueva organización del Consejo de Estado, hubo de aprobarse el Real Decreto de creación de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que con carácter definitivo asumió el conocimiento de los litigios en materia contencioso-administrativa¹⁰².

Fue la Ley de 1922¹⁰³, la que vino a ampliar las competencias del Consejo de Estado al exigir dictamen del mencionado Consejo para la creación o modificación de servicios (aunque no se respetó), asuntos del Real Patronato y regio pase, competencias, conflictos de jurisdicción y atribuciones y abuso de poder, mercedes, grandezas y honores, indultos, interpretación y rescisión de contratos, luego ampliado a concesiones, y revisión de precios por fuerza mayor, fundamentalmente. En 1924, se acuerda su composición por categorías, con representación de la iglesia, el ejército y la marina, ex ministros, diplomacia, magistratura, nobleza, fisco, la cultura oficial y académica y los propios miembros del Consejo¹⁰⁴.

Durante la Dictadura de Primo de Rivera, el Consejo de Estado viró a un modelo de órgano consultivo de carácter representativo, en el que mantuvo sus funciones de la Ley de 1904, y si bien se amplió la composición del Consejo, se pensó en crear otras instituciones, como la Asamblea Nacional Consultiva, en

102 Mediante Real Decreto de 8 de mayo de 1904, cuyo artículo 1 estableció: *“A los veinte días de promulgada la ley sobre organización del Consejo de Estado, con la denominación de Sala de lo Contencioso-administrativo, que ejercerá la jurisdicción de este orden en las dos instancias que atribuyó al Tribunal de lo Contencioso la ley de 13 de septiembre de 1888, reformada en 22 de junio de 1894, previo el nombramiento y posesión del presidente de Sala y magistrado del Tribunal Supremo que deban formarla”*.

103 Ley de 1 abril de 1922. De otro lado, la normativa comprendida entre 1906 y 1922 carece de interés científico para el estudio que nos proponemos, pues únicamente se refiere a la regulación de retribuciones, dietas y cesantías de los miembros del Consejo, así como a alguna modificación menor del Reglamento de funcionamiento del Consejo de Estado, como el Real Decreto de 8 de agosto de 1916, en cuanto modifica el artículo 38 de dicho Reglamento relativo a la composición de los Tribunales de oposiciones a la institución consultiva.

104 Mediante Ley Orgánica del Consejo de Estado, Texto Refundido de 24 de octubre de 1924, cuyo artículo segundo estableció: *“El Consejo de Estado se compondrá: de los miembros del Gobierno, un presidente, ocho ex ministros, designados con arreglo al artículo 5º de esta ley; el jefe del Estado Mayor Central del Ejército, el jefe del Estado Mayor de la Armada, el patriarca de las Indias, un individuo de la Diputación de la Grandeza que ella designe, un consejero de cada uno de los Consejos de Instrucción Pública, Sanidad, Superior de Fomento y dos del Trabajo, correspondientes al elemento patronal y al obrero, que sus respectivos presidentes designen; un miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, del mismo modo propuesto; el presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, y cuatro consejeros nombrados por el Rey, con sujeción a las prescripciones de la ley”*.

cuyo seno se ideó el “Consejo del Reino” que en la práctica reducía al Consejo de Estado a una asesoría más¹⁰⁵.

En la última etapa de la Dictadura de Primo de Rivera se presentó ante la Asamblea Nacional por su Sección Primera, el Proyecto de Constitución de la Monarquía Española de 1929, que fue publicado el 6 de julio de 1929, cuyo artículo 44.4 hacía referencia a la condición de miembro del Consejo del Reino, por derecho propio, por parte del Presidente del Consejo de Estado¹⁰⁶.

En los últimos retazos de esta etapa se aprueba un texto refundido de la Ley Orgánica del Consejo de Estado¹⁰⁷ y su Reglamento, de 21 de junio de 1929¹⁰⁸, que vinieron a recopilar la dispersa normativa que regía hasta el momento.

IV. El Consejo de Estado en la Segunda República (1931-1939)

El Consejo de Estado sería considerado por la II República como la encarnación administrativa de las llamadas “fuerzas tradicionales” del Estado monárquico, esto es, el ejército, la iglesia, ex ministros de la Corona o altos cargos de confianza Real, entre otros, de forma que, inmediatamente después de su proclamación mediante Decreto de 22 de abril de 1931, se acordó la disolución del Consejo de Estado, si bien ello no significó su desaparición. El Pleno quedaría suprimido y la Comisión Permanente se reorganizaba para servir de freno y dictamen del gobierno provisional, buscador de las “máximas garantías de fiscalización y acierto en su gestión administrativa” conforme el Preámbulo del citado Decreto¹⁰⁹.

105 Véase SANTAMARÍA PAREDES, V. *Curso de Derecho Administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, Madrid, Imprenta Española, 1914, págs. 151 y ss.

106 El mencionado Proyecto regulaba, en este sentido, un “Consejo del Reino”, con importantísimas funciones, para el asesoramiento del Poder moderador en el ejercicio de sus prerrogativas, con facultades gubernativas, consultivas, de intervención legislativa, y de decisión en justicia constitucional y con jurisdicción delegada por el Rey.

107 Mediante Real Decreto de 21 de junio de 1929 que venía a regular la composición de dicho Consejo, en cuanto a sus miembros y retribuciones, así como su constitución, para el despacho de los asuntos que le encomendaba las normas, en Pleno, Secciones del Pleno y en Comisión Permanente. Con un total de 29 artículos y un artículo adicional derogatorio.

108 Dicho Reglamento, aprobado mediante Real Decreto de 21 de junio de 1929, denominado “Reglamento para el Régimen Interior del Consejo de Estado”, se componía de 146 artículos que regulaban detalladamente el estatuto de cada uno de sus miembros (presidente, consejeros del pleno, consejeros permanentes, secretario general, oficiales letrados del Consejo, correcciones disciplinarias, funcionamiento del Consejo y consultas al mismo, reproduciendo en cuanto a la asistencia a sus miembros, ámbito disciplinario, composición de la Comisión Permanente y Secciones, deliberación y vacaciones, las disposiciones del Reglamento de dicho Consejo de 24 de octubre de 1924.

109 El mencionado Preámbulo, correspondiente al Decreto del Gobierno Provisional de la República,

La Constitución republicana de 1931 silenció cualquier alusión directa, en cuanto a su denominación, respecto del Consejo de Estado¹¹⁰, por considerar dicha institución “incompatible con el espíritu democrático” si bien recogió en su texto la existencia de un “Cuerpo consultor supremo de la República en asuntos de gobierno y administración”, remitiendo su regulación a una ley especial que nunca llegó a aprobarse¹¹¹.

de 22 de abril de 1931, sobre Reorganización del Consejo de Estado, justificaba la desaparición del Pleno del mencionado Consejo de la siguiente forma: “*La legislación orgánica del Consejo de Estado define este Alto Cuerpo Consultivo como encargado de asesorar al Poder público en los asuntos de Gobierno y Administración. A esta diferenciación clara y fundamental de cometido venía a corresponder, aunque no siempre exactamente, el lindero de facultades o casos de intervención y consulta entre el Consejo pleno y la Comisión Permanente, representando el primero un reflejo del criterio político frecuentemente renovado, y la segunda, una tradición de estudio, experiencia y continuidad de criterio, cuyo asiento venía siendo el cuerpo de Oficiales letrados del Consejo. Aún dentro de las excepcionales circunstancias presentes, y quizá con más razón para ella, la diferencia de cometido y organización extiende sus consecuencias y determina el criterio inspirador del presente decreto. La República necesita una acción de Gobierno expedita, rápida, libre, dictada por el sentido democrático que la alienta, y por ello la estorbaría en la eficacia de su acción la rémora de un Consejo pleno, supervivencia inevitable del régimen caído. En cambio, el Gobierno provisional, que busca las máximas garantías de fiscalización y acierto para la gestión administrativa, no debe ni quiere prescindir del freno y dictamen que representa la Comisión Permanente pero esta, a su vez, para garantizar la libertad de juicio e inspirar seguridad de acierto al régimen establecido y a la opinión que lo sostiene, no podrá ser en modo alguno la establecida por la Dictadura, creación de ella e indudablemente identificada con las normas que vinieron dictándose y ya comprendidas sobre la legalidad de los preceptos arbitrarios que han de derogarse o anularse y participe de responsabilidades consultivas en la gestión que habrán de revisar los distintos Departamentos ministeriales.*” En consecuencia con ello, el artículo 1 del Decreto que nos ocupa, establecía: “*Queda disuelto el actual Consejo de Estado, tanto en el Pleno como en su Comisión Permanente, con supresión del primero y reorganización de la segunda. Ésta podrá ser consultada en los asuntos que la ley orgánica del Consejo encomendaba al Pleno.*”

110 El artículo 93 de la Constitución de la República Española, de 9 de diciembre de 1931, establecía que “*Una ley especial regulará la creación y el funcionamiento de los órganos asesores y de ordenación económica de la Administración, del Gobierno y de las Cortes. Entre estos organismos figurará un Cuerpo consultor supremo de la República en asuntos de Gobierno y Administración, cuya composición, atribuciones y funcionamiento serán regulados por dicha ley*”. Para CORDERO TORRES, en palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA, es evidente que el Cuerpo Supremo consultivo de la República al que se refiere el artículo transcrito era el Consejo de Estado aunque no se nombrara directamente por la “enconada” oposición de los radical-socialistas, reforzados por Albornoz. Sin embargo, para VALERO TORRIJOS, J. no es posible dicha identificación a la vista de la previsión contenida en la Disposición Transitoria Primera de la Ley de 14 de junio de 1933, del Tribunal de Garantías Constitucionales que, al referirse a su composición, incluye entre sus miembros al presidente del Consejo de Estado con carácter transitorio en tanto no se constituya el organismo previsto en el artículo 93 de la Constitución, de forma que la mencionada Constitución sí que aludía expresamente al Consejo de Estado. A ello dicho autor añade que el proceso de elaboración del mencionado artículo resultó bastante discutido, ya que concitaron posturas contradictorias en torno a la función de los Consejos en el contexto del modelo de Estado previsto, pues en un primer momento se preveía la existencia de Consejos, a regular por ley, que finalmente se plasmó en una regulación general ante los temores de formación de núcleos permanentes de influencia centrados en el saber especializado pero carentes de legitimación democrática. En *Los órganos colegiados...o.c.*, pág. 230.

111 De los tres proyectos de artículos constitucionales elaborados por Castrillo, Ruíz Funes-Ríos y

El texto que fue presentado para su aprobación, en desarrollo del artículo 93.2 de la Constitución republicana de 1931¹¹², contenía las funciones que habría de desempeñar la institución consultiva que nos ocupa y que, por los acontecimientos posteriores a la proclamación del gobierno republicano, por todos conocidos, nunca llegaron a aprobarse¹¹³.

Durante la Segunda República española, la composición de la Comisión Permanente del Consejo de Estado era libre¹¹⁴. La consulta, por lo demás, pasó a ser potestativa en los asuntos antes atribuidos al Pleno y su competencia fue mermando

Blanco, para la Constitución de referencia, ninguno se llegó a plasmar en su integridad, el resultado, más bien, fue la mínima regulación posible, en remisión a una normativa que nunca llegó a aprobarse. En este sentido, fue el artículo 93.2 de la Constitución de la República Española, de 9 de diciembre de 1931, el que regulaba bajo el Título VI “Del Gobierno”, una institución consultiva como la de nuestros días, según hemos visto. Igualmente, el mencionado texto constitucional se refería a dicho alto Cuerpo Consultivo en el artículo 122.2, por cuanto su presidente componía el Tribunal de Garantías Constitucionales. El mencionado artículo disponía “*Compondrán este Tribunal: [...] 2. El presidente del alto Cuerpo Consultivo de la República a que se refiere el artículo 93.*”

112 A partir de las discusiones constitucionales, Abad Conde redactó un Anteproyecto de Ley bajo la denominación de “Consejo Supremo de la República” porque se permitió en tales debates que conservase el nombre en la normativa de desarrollo, y no en la Constitución. Dicho Consejo asumía el control jurídico de la Administración, su fiscalización política y la coordinación del Derecho, garantizándose su independencia frente al gobierno y a cualquiera de los órganos supremos de la Administración. En este sentido, afirma RODRÍGUEZ-ZAPATA, siguiendo a Alcalá-Zamora, que de no haber imperado la pasión sobre la serenidad justiciera, nuestra segunda república hubiera ofrecido, con dicha regulación, un modelo para otros ordenamientos europeos, similar a su Tribunal de Garantías Constitucionales, a la introducción del Estado integral o adopción del Derecho Internacional por el Derecho interno. En RODRÍGUEZ-ZAPATA, *o.c.*, pág. 32.

113 Tales funciones se clasificaban en consultivas constitucionales (interpretación de la Constitución, inconstitucionalidad del artículo 31.5 de la Ley del Tribunal de Garantías constitucionales, promulgación de decretos-leyes y resoluciones graves gubernamentales, salvo suspensión de garantías, ratificación e interpretación de tratados, conflictos internacionales), consultivas de fiscalización administrativa (conflictos de jurisdicción, contratos administrativos superiores a 500.000 pesetas, nulidad de contratos administrativos, concesiones con monopolio, créditos extraordinarios o suplementarios o compromisos de créditos, reformas de plantillas, devengos, pagas y modificación de funcionarios o traslados forzosos, responsabilidad del Estado, creación, modificación o supresión de servicios), consultivas potestativas (petición del Gobierno en asuntos de alto interés o conveniencia en cuanto a resoluciones a adoptar entre el Estado y regiones autónomas y provincias concertadas, honores, recompensas, amnistía), preparación legislativa (anteproyectos o proposiciones de ley, códigos, estatutos y leyes generales u orgánicas), iniciativas (en materia de disposiciones y leyes, en forma de moción o anteproyecto, a las Cortes, Jefe de Estado o al Gobierno), Fiscalización administrativa (función fiscalizadora, control del cumplimiento de la legalidad, con facultad de elevar propuestas de sanción, debiendo dirigirse al gobierno y en caso de silencio en un mes a las Cortes), así como el retorno de la competencia en el ámbito de lo contencioso.

114 La Orden del Gobierno provisional de la República, de 27 de abril de 1931, vino a eliminar el dictamen de aptitud de la Comisión Permanente, exigido hasta entonces para ser miembro del Consejo de Estado, sustituyendo, igualmente, y entre otras cosas, la promesa por el juramento que se venía exigiendo en la toma de posesión de sus miembros.

hasta la supresión de títulos nobiliarios, tribunales de honor y en materia de indultos, si bien paulatinamente fue recuperando su prestigio a medida que la seriedad de sus dictámenes le hacían acreedor de la consideración ganada muchos años atrás.

Durante la Guerra Civil el funcionamiento del Consejo se paralizó, si bien en la zona republicana siguió existiendo, aunque sólo formalmente¹¹⁵.

V. El Consejo de Estado durante la Dictadura del General Franco (1939-1975)

Terminada la Guerra Civil, mediante Ley de 10 de febrero de 1940¹¹⁶ se restablece el Consejo de Estado, que eliminaba de su definición su carácter supremo, reduciéndose a una especie de Comisión Permanente, en Consejo único, con un presidente, seis consejeros y el secretario general, pudiendo dirigir consulta facultativa los ministros y, de manera ampliada respecto a la anterior regulación, el Jefe del Estado¹¹⁷.

En cuanto a sus competencias, se moderaron, destacando la competencia del Pleno en conflictos internacionales, ratificación de convenios, interpretación y cumplimiento de tratados y concordatos, y la competencia de la Comisión Permanente en disposiciones de interés general, concesión de créditos extraordinarios o suplementarios, relaciones con la iglesia, cuestiones de competencia, conflictos de jurisdicción, atribuciones, interpretación y rescisión

115 De las pocas referencias que existen respecto de la legislación aprobada en relación al Consejo de Estado, durante tan lamentable período de nuestra reciente historia, podemos destacar, únicamente, la Orden de 20 de septiembre de 1937, que permitía el nombramiento de opositores propuestos, con anterioridad a 18 de julio de 1936, por el correspondiente Tribunal de oposiciones, para ocupar plaza de letrado del Consejo de Estado, siempre que acreditaran antes de tomar posesión de sus cargos su adhesión al Alzamiento nacional.

116 Poco antes, mediante Decreto de 7 de septiembre de 1939, se constituía el Consejo Nacional respecto al cual se establecía la condición de miembro del mismo, por derecho propio, del Presidente del Consejo de Estado.

117 Tal vez, señala PÉREZ-TENESSA, para adaptarse a la entonces nueva configuración de la Jefatura de Estado como órgano de gobierno y no como mero poder moderador. En "*Perspectivas del Consejo de Estado*", *Revista Española de Documentación Administrativa*, núm. 22, (1979), pág. 339. Por lo demás, el artículo 1 de la Ley de 10 de febrero de 1940, establecía: "*Se restablece el funcionamiento del Consejo de Estado como Cuerpo Consultivo del Gobierno en los asuntos del Gobierno y Administración.*" Igualmente, el artículo 3 de la mencionada Ley venía a señalar: "*El presidente, con los consejeros y el secretario general, constituirán el Consejo de Estado, con la misión de emitir dictamen en los asuntos que el Gobierno acuerde someter a su consulta. Ínterin no se lleve a efecto la nueva ordenación de las leyes básicas del Estado será discrecional, en todo caso, para el Gobierno la audiencia del Consejo de Estado. Podrán acordar la consulta al Consejo el Jefe del Estado y los ministros titulares de todos los Departamentos.*"

de contratos, mercedes, gracias, honores, privilegios, recursos contra acuerdos del Consejo de ministros con audiencia del interesado o indultos colectivos.

Fue la Ley Orgánica de 25 de noviembre de 1944¹¹⁸ la que vino a devolver al Consejo de Estado su carácter de supremo, al definirlo como el supremo cuerpo consultivo en asuntos de gobierno y administración, añadiendo que dicho órgano precedía a todos los demás cuerpos del Estado, después del Gobierno, y que su tratamiento era impersonal¹¹⁹. No obstante, dicha institución perdió poco después, en la práctica, el carácter de supremo con la creación del Consejo del Reino¹²⁰,

118 Dos años antes, mediante Ley de 17 de julio de 1942, se constituían las Cortes franquistas, cuyo artículo segundo determinaba la condición de procurador nato del Presidente del Consejo de Estado. Igualmente, el artículo 12 de la Ley Orgánica de 25 de noviembre de 1944, establecía que “*son competencia de las Cortes las demás disposiciones... porque así se dictaren por una Comisión compuesta por... el presidente del Consejo de Estado.*” De otro lado, la Ley Orgánica de 25 de noviembre de 1944 fue desarrollada por Reglamento orgánico de 13 de abril de 1945.

119 El artículo 1 de la Ley de 25 de noviembre de 1944 así lo establecía literalmente.

120 Al constituirse España como Reino, por Ley de 26 de julio de 1947, se creó un Consejo del Reino, configurado como el Cuerpo Consultivo de la Jefatura del Estado para asistir a ésta en todos aquellos asuntos y resoluciones trascendentales de su exclusiva competencia, con lo que el Consejo de Estado, sin merma alguna de sus atribuciones, quedó reducido de hecho a un órgano consultivo del Gobierno, al igual que se configuró en la Ley de 1904, perdiendo un puesto en el orden de precedencia. No obstante, el propio presidente del Consejo de Estado era miembro del Consejo del Reino. La naturaleza de dicho Consejo era inter-orgánica pues en él confluían las relaciones entre Rey, Gobierno y Cortes, reflejando la transitoriedad del sistema franquista al tiempo que parecía el órgano llamado a propiciar la articulación del equilibrio entre Rey y Cortes. Para Fernández-Carvajal y Medina Muñoz, según refiere DE ESTEBAN J. y otros en la obra *Desarrollo político y Constitución Española*, Madrid, Ariel, 1973, págs. 107-109, era un órgano representante de las Cortes, a lo que se unía, desde el punto de vista formal, el elevado grado de independencia de dicho Consejo frente a la Jefatura del Estado y el Gobierno. Con el Consejo del Reino, comenzó el proceso de “desnutrición”, en palabras de Miguel Herrero, o adelgazamiento de competencias, de la Jefatura del Estado, propio de la última etapa de régimen franquista, cuyas atribuciones se extendieron también a las Cortes, al Gobierno y a la propia Justicia. Tales competencias, recogidas en los artículos 17 a 20 de la Ley Orgánica del Consejo del Reino, exigían la emisión de dictamen, o acuerdo favorable, según los casos, en ámbitos tales como la asistencia preceptiva al Jefe del Estado en materias relativas a la emisión de dictamen con anterioridad a la adopción de medidas excepcionales, solicitud de autorización a las Cortes para declarar la guerra o acordar la paz, o relevo de cargos del Presidente del Gobierno, de las Cortes, del Tribunal Supremo de Justicia, del Consejo de Estado, del Tribunal de Cuentas del Reino y del Consejo de Economía Nacional, entre otras, igualmente, se preveía su asistencia en asuntos y resoluciones trascendentales de la exclusiva competencia del Jefe del Estado, cuando fuera solicitado por éste, o, también, la propuesta de nombramientos, por terna o no, de, por ejemplo, el presidente del Gobierno así como su incapacidad, y de otros altos cargos de la nación como el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia o del Consejo de Estado. Finalmente, tenía encomendadas otras atribuciones en situación de necesidad, como la estimación de la posible incapacidad del Jefe del Estado, la propuesta de tutela del sucesor menor de edad o del Rey incapacitado así como la reunión con las Cortes para recibir juramento al Rey y al sucesor, después de cumplir éste 30 años y proceder a su proclamación. A ello se sumaba, igualmente, el deber de refrendo del Presidente del Consejo del Reino, junto con el Presidente del Gobierno o Ministro a quien correspondiese y el Presidente de las Cortes, de todo lo que el Jefe del Estado dispusiera en el ejercicio de su autoridad, conforme el artículo

al cual se le reconoció precedencia sobre los cuerpos consultivos de la nación, al tiempo que sus funciones se redujeron al ámbito de la Administración, pues las funciones consultivas en materia de gobierno se asumieron, fundamentalmente, por el Consejo Nacional y el Consejo del Reino, aunque para Cordero Torres el Consejo de Estado mantuvo algunas de tales funciones.

Bajo la Ley Orgánica de 1944, el Consejo de Estado, concebido como organismo permanente y “cúpula del edificio administrativo¹²¹”, funcionaba en Pleno y en Comisión Permanente, configurándose las secciones, en número de ocho, conforme los Departamentos ministeriales de la época, como órganos internos creados para el estudio y preparación de los dictámenes que debían entender tanto el Pleno como la Comisión Permanente, y cuya composición incluía un presidente, que era un Consejero Permanente, y varios letrados, uno de los cuales ostentaba la categoría de mayor¹²².

Su composición, como órgano colegiado, era de un presidente¹²³, ocho consejeros permanentes¹²⁴, otros tantos consejeros *ex officio*¹²⁵, siete libremente elegidos por

8, II, de la Ley Orgánica del Consejo del Reino, cuya competencia se delimitaba en la práctica según los órganos que intervenían en la realización del acto en cuestión.

121 Se mantenía, así, la configuración que de la institución objeto de estudio llevó a cabo el Real Decreto de 24 de diciembre de 1843 como supremo cuerpo de la administración consultiva.

122 Artículos 2 y 7 de la Ley de 1944, respectivamente.

123 Según el artículo 5 de la Ley de 25 de noviembre de 1944, el Presidente era nombrado por el Jefe del Estado entre personas que estuvieran o hubieran estado comprendidas en alguna de las siguientes categorías: presidencia de las Cortes, Ministro, Presidente del Consejo de Estado, Presidente del Tribunal Supremo, Capitán General del Ejército o de la Armada, Presidente del Consejo Supremo de Guerra y Marina, del Alto Tribunal de Justicia Militar, Alto Comisario de España en Marruecos y Consejero Permanente de Estado, con cinco años de cargo. El mencionado artículo también establecía la condición de miembro del Consejo del Reino del presidente del Consejo de Estado.

124 Que eran nombrados por el Jefe del Estado entre personas que, de acuerdo al artículo 6 de la Ley de 1944, estuvieran o hubieran estado en alguna de las siguientes categorías: Ministro, Consejero Nacional, Consejero de Estado, Letrado Mayor del Consejo, con dos años de servicios activos en la categoría, Catedrático de una Facultad universitaria de Derecho o Ciencias Políticas y Económicas, con cinco años de servicios activos, Funcionario del Estado con categorías de Jefe Superior de Administración Civil, o con la equivalente o máxima categoría, de Cuerpos técnicos, facultativos o especiales de la Administración pública, y que cuenten con dos años de servicios efectivos en dicha categoría, Académico de Ciencias Morales y Políticas. Además, dos de los Consejeros permanentes habrían de proceder del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado.

125 O consejeros natos, que conforme el artículo 3.2 de la Ley de referencia eran los siguientes: el Primado de las Españas, el Vicesecretario General del Movimiento, el Jefe del Alto Estado Mayor, el Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, el Rector de la Universidad Central, el Director del Instituto de Estudios Políticos, el Delegado Nacional de Sindicatos y el Director General de lo Contencioso del Estado, y ello porque al configurarse el Consejo de Estado con competencias en asuntos de gobierno, la

el Jefe del Estado entre personas pertenecientes a categorías determinadas por la Ley¹²⁶ y un secretario general, que era nombrado entre los letrados mayores del Consejo a propuesta del presidente oída la Comisión Permanente¹²⁷. En conjunto, bien podría decirse que los hombres de gobierno se localizaban en el Pleno y los de carácter técnico en la Comisión Permanente¹²⁸. Rodríguez-Zapata señalaría que el secreto del buen funcionamiento del Consejo de Estado radicaría en sus hombres y que el prestigio y la utilidad del Consejo de Estado se debería a ellos, de ahí, concluía el mencionado autor, la dificultad de conseguir buenos consejeros¹²⁹.

En cuanto a las competencias asignadas, conforme el artículo 20 de la mencionada Ley Orgánica, se configuraban, fundamentalmente, en asuntos de Gobierno y Administración que, sin ser de obligatoria consulta, el Jefe del Estado, el Gobierno o cualquier Ministro, lo estimaran conveniente, dando lugar, dichas consultas a dictámenes no preceptivos para el consultante o voluntarios, si bien dichas consultas aparecían mermadas por las atribuidas al Consejo del Reino en asuntos de carácter político.

La normativa invocada preveía la posibilidad de dictámenes preceptivos, en los asuntos de obligatoria consulta y de carácter vinculante, así enumerados en los artículos 16 y 17 de la mencionada Ley Orgánica, junto con el resto de preceptos del ordenamiento jurídico que, al mismo tiempo, exigían dichos dictámenes, cuya relación, y conforme el artículo 5.2 de su Reglamento, debía ser objeto de publicación en el BOE, y así se mantiene hasta nuestros días¹³⁰.

Dicha relación, en la etapa que nos ocupa es objeto de diferenciación por García de Enterría, en tres bloques diferentes, bien para garantizar el funcionamiento objetivo de la Administración frente a otros poderes constitucionales (conflictos jurisdiccionales, concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito, compromisos de créditos sobre presupuestos futuros aún no aprobados por las Cortes, control de legalidad de textos articulados o refundidos, reglamentos ejecutivos de leyes y sobre proyectos de ley que por su trascendencia y repercusión

composición exigía hombres doctos en Derecho y aptos para la buena gobernación.

126 Las categorías, conforme el artículo 3.3 de la Ley de 1944 eran: ex Ministros, Arzobispo u Obispo, Consejero Nacional, Teniente General del Ejército de Tierra, Almirante de la Armada, Teniente General del ejército del Aire y Diplomático con categoría de Embajador.

127 Artículo 13 de la Ley de 1944.

128 PÉREZ HERNÁNDEZ, A. "El Consejo de Estado", *Estudios Administrativos*, (1965), pág. 21.

129 RODRÍGUEZ-ZAPATA, o. c., pág. 53.

130 En la actualidad, la obligación de publicación en el BOE se recoge en el artículo 140 del Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

en la vida administrativa del Estado, la Nación o de su economía, estimara el gobierno conveniente consultar), bien para garantizar la objetividad de la actuación administrativa frente a los particulares (modificación, interpretación y extinción de contratos y concesiones, Tribunales de Honor de funcionarios civiles en cuanto defectos de forma, revocaciones de actos administrativos, entre otros) o bien, finalmente, para garantizar la objetividad de la Administración pública frente a las leyes que limitaban, precisamente, su actuación (adopción de formas extraordinarias de ejecución de obras y servicios públicos, interpretación de tratados y concordatos con la Santa Sede, o transacciones judiciales y extrajudiciales y sometimiento a arbitraje de derechos de la Hacienda Pública¹³¹).

Igualmente, disponía de la potestad de elevar al Gobierno las mociones o propuestas oportunas sobre cualquier asunto de interés general o buen orden de la Administración que la práctica y experiencia de sus funciones le sugirieran¹³². A todo ello se unía, además, y a pesar de que no tenía atribuida la función contencioso-administrativa, el conocimiento de las cuestiones de competencia, conflictos jurisdiccionales y de atribuciones entre distintos Departamentos ministeriales¹³³.

Con la entrada en vigor de la Ley de 26 de julio de 1947, se vino a establecer la necesidad de audiencia preceptiva al Consejo de Estado en los casos de devolución a las Cortes, para nuevo estudio, de una ley por ellas elaborada, declaración de guerra o acuerdo de paz, propuesta a las Cortes de sucesor en la Jefatura del Estado, y en todos aquellos asuntos que lo ordenase la citada Ley y que, en la práctica, se reducían a las propuesta a las Cortes el dejar excluidas de la sucesión aquellas personas reales que fueran incapaces o indignas de gobernar¹³⁴.

Tras el afianzamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa como orden judicial ordinario desde 1956¹³⁵, el Consejo de Estado perderá definitivamente

131 RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. *o.c.*, pág. 38.

132 Artículo 18 de la Ley de 25 de noviembre de 1944.

133 Artículo 17.3 de la Ley de 25 de noviembre de 1944.

134 Así se preveía en el artículo 13 de la Ley de 26 de julio de 1947, que establecía la potestad del Jefe del Estado, oyendo al Consejo del Reino, de proponer a las Cortes la exclusión de la sucesión de aquellas personas reales carentes de la capacidad necesaria para gobernar o que, por su desvío notorio de los principios fundamentales del Estado o por sus actos, merezcan perder los derechos de sucesión establecidos en esta Ley.

135 Si bien la Ley de 18 de marzo de 1944, al restablecer el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de la Administración central, que se hallaba en suspenso por exigencias de la guerra, dejó retenida en el Gobierno la jurisdicción en materia de personal, creando un medio especial de impugnación denominado recurso de agravios, encomendando al Consejo de Estado la preparación de los correspondientes acuerdos resolutorios, al promulgarse la Ley de 27 de diciembre de 1956, de la Ju-

su carácter jurisdiccional, y así, desde un punto de vista orgánico, se produce la separación del Consejo de Estado de la Administración activa, conforme el modelo francés, aunque esta separación, según Parada, no implicó una independencia real, pues mediante el nombramiento de consejeros directa o indirectamente por el Jefe del Estado-salvo el primado de las Españas- y aunque se respetara de hecho su ordinario funcionamiento, la influencia del gobierno sobre el Consejo era casi total¹³⁶.

La Ley Orgánica del Estado de 1967, auténtica columna vertebral del sistema jurídico franquista, estableció que “el Consejo de Estado es el supremo cuerpo consultivo de la Administración y su competencia y funcionamiento se ajustarán a lo que disponga la Ley”, conforme su artículo 40.IV¹³⁷, añadiendo que su presidente sería designado por el Jefe del Estado a propuesta en terna del Consejo del Reino, por un periodo de seis años, con las incompatibilidades previstas en las Leyes. Con la nueva regulación, se sustituye, pues, la clásica definición del Consejo de Estado recogida en la regulación desde 1860 hasta la Ley Orgánica de 25 de noviembre de 1944, por la recién expuesta que, no obstante, no tuvo ninguna trascendencia jurídica ni de hecho¹³⁸.

El Consejo de Estado continuaría rigiéndose, en lo fundamental, por la regulación contenida en la Ley Orgánica de 25 de noviembre de 1944, que perdió

risdicción Contencioso-Administrativa, se devolvió al Tribunal Supremo la competencia en esta materia.

136 RUIZ MIGUEL, C. *o.c.*, pág. 47. PARADA R. *o.c.*, pág. 301.

137 El artículo 40 de la mencionada Ley Orgánica distribuía mediante cinco apartados, bajo el Título VII relativo a la Administración del Estado, la organización básica del Estado franquista, distinguiendo entre los órganos jerárquicamente ordenados, los órganos superiores de la Administración, los órganos consultivos que estableciese la ley, y el Consejo de Estado, como Supremo Cuerpo Consultivo de la Administración, cuya competencia y funcionamiento se ajustarían a lo que dispusiese la ley y el Consejo de Economía Nacional, como órgano consultivo, asesor y técnico en los asuntos de importancia que afectasen a la economía nacional.

138 Hasta entonces, la definición incluía “para asuntos de Gobierno y Administración”. Para PÉREZ-TENESSA, este cambio de fórmula, del que en su día no se dio por enterado el Consejo de Estado, además de ser muy realista, pues “la verdad es que dicho Consejo ha estado siempre al servicio exclusivo de la Administración y para asuntos administrativos”, respondía a la necesidad de diferenciarlo de otros órganos consultivos de marcado carácter político puestos al servicio de la Jefatura de Estado, especialmente el Consejo del Reino. Con la posibilidad de consulta por el Jefe de Estado, primero, y el establecimiento del Consejo del Reino, después, ya no tenía sentido, según dicho autor, seguir calificando a dicho Consejo como supremo cuerpo consultivo, en términos absolutos, ni atribuirle la misma competencia, de forma que con la Ley de 1967 se aprovechó para la reforma, si bien el Consejo de Estado seguía conservando su competencia teórica y la posibilidad de seguir siendo consultado por el Jefe del Estado, aunque nunca hizo uso de dicha potestad ni tampoco se le consultó al Consejo ningún asunto de gobierno y cuando, excepcionalmente, se remitió consulta de indudables ribetes políticos, continúa dicho autor, lo analizó y dictaminó con criterios estrictamente jurídicos, lo que implicaba que el Consejo de Estado tenía clara conciencia de cuál era el alcance de su función. En PÉREZ-TENESSA, *o. c.*, pág. 340.

finalmente su vigencia con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, aprobada en desarrollo del artículo 107 de la Constitución Española de 1978, cuya Disposición Final Primera establecía la derogación de cuantos preceptos de la Ley Orgánica de 25 de noviembre de 1944, o de cualquier otra norma legal o reglamentaria se opusieran a dicha Ley Orgánica de 1980, añadiendo su Disposición Final Segunda que las demás disposiciones de la Ley Orgánica de 1944, en lo que no se opusieran a la norma que acababa de aprobarse, serían recogidas en el Reglamento orgánico del Consejo de Estado que fue aprobado el 18 de julio de ese mismo año.

Bibliografía

ALONSO CARRILLO, *Virtudes Reales*, Madrid, 1626

ALVAREZ JUNCO, JOSÉ, El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos, *Consejo de Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2006.

ALZAGA O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, vol.III, 1996.

ALZAGA VILLAMIL, O., *La Constitución Española de 1978* (Comentario Sistemático), Ed. del Foro, Madrid, 1978.

ARGÜELLLES A. Discurso preliminar a la Constitución de 1812, *Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1981.

BALBÍN DE UNQUERA, A., *El Consejo de Estado y la República*, Madrid, 1873.

BALLÉN MOLINA, RAFAEL, “El Consejo de Estado francés después de la Revolución”, *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, Nº. 27, 2007.

BALLÉN MOLINA, RAFAEL, “El Consejo de Estado francés en el antiguo régimen”, *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, Nº. 25, 2006.

BARRIOS, F. *El Consejo de Estado en la Monarquía Española (1521-1812)*, Madrid, Consejo de Estado, 1984.

BARRIOS, F. *Los Reales Consejos. El gobierno central de la Monarquía en los escritores sobre Madrid del siglo XVII*, Madrid. UCM, 1988.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., “Constitución de 1812 y función consultiva: evolución del Consejo de Estado en España”, *Revista Española de la Función Consultiva*, Nº. 13, 2010.

BELDA, E., “Reforma constitucional y sucesión”, ponencia presentada a la Jornada de Estudio sobre la reforma constitucional de la sucesión en la Corona, en El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

BERMEJO J.L. *La Gobernación del Reino en las comunidades de Castilla*, Hispania, 124, 1973.

CABRERA BOSCH, M. I. “Consejo Real de Castilla, legislación y revolución liberal. 1808-1834”, *Revista de Cortes Generales*, Nº 11, 1987.

CABRERA BOSCH, M.I. “Algunas consideraciones en torno al Consejo de Estado en la Constitución de 1812”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 93, julio-septiembre 1996.

CASTÁN VAZQUEZ, JOSE MARIA, “La representación de las provincias americanas en el Consejo de Estado según la constitución de Cádiz”, *Gobierno y administración en la Constitución / Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Vol. 1, 1988.

CASTRO MARTOS, MARIA PILAR, “El Archivo del Consejo de Estado”, *Boletín de la ANABAD*, Tomo 46, Nº 1, 1996.

CAVERO LATAILLADE, IÑIGO, “La alta función consultiva: Consejo de Estado y órganos consultivos semejantes de las Comunidades Autónomas. Perspectiva actual y de futuro”, *Constitución y el nuevo diseño de las administraciones estatal y autonómica : XIX Jornadas de Estudio*, 1998.

CORDERO TORRES, J.M., *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectiva en España*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944.

CUESTA DOMINGO, MARIANO, “El Consejo de Estado ante la Independencia hispanoamericana, 1821”, *Revista de la Universidad Complutense*, Nº. 107, 1977 (Ejemplar dedicado a: 1776. Bicentenario de la independencia norteamericana).

DE DIOS, S. *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Madrid, *Centro de Estudios Constitucionales*, 1982.

DE DIOS, S. *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla, Salamanca, Diputación de Salamanca*, 1986.

DE ESTEBAN J. y otros, *Desarrollo político y Constitución Española*, Madrid, Ariel, 1973.

DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, *Curso de Derecho Constitucional español*, junto a Gonzalez-Trevijano Sánchez, P., Madrid, vol. 3, 1994, p. 289.

DE ESTEBAN, J., *El Estado de la Constitución. Diez años de gobierno del PSOE*, Madrid, Libertarias/Prodhufo, 1992.

DE LA CUADRA SALCEDO, *El Consejo de Estado en un Estado Social y Democrático de Derecho*, en *Gobierno y Administración en la Constitución*, VV.AA.: *Gobierno y Administración en la Constitución*, IEF, Madrid, 1988, T.I.

DE LA CUADRA SALCEDO, T. “El Consejo de Estado en las Constituciones de Cádiz y Bayona”, *Documentación Administrativa*, Nº 244-245, (1996).

DE SOUSA DE MACEDO, ANTÓNIO *Armonía Política*. Dos Documentos Divinos com as conveniências d’Estado. Exemplar de Principes No governo dos gloriosissimos Reys de Portugal. Ao Serenissimo Principe Dom Theodosio nosso Senhor... (Haya, Samuel Brown, 1651).

ESCUADERO LOPEZ, J.A., *Ley Orgánica del Consejo de Estado*.

ESCUADERO, J.A., *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e instituciones político-administrativas*, Madrid, 1985.

ESTOLAZA ELIZONDO, MARIA ISABEL, “Fuentes de información del Consejo de Estado: base de datos sobre el Consejo de Estado y Navarra en los siglos XVI-XVII” *La historia en una nueva frontera = History in a new frontier* / coord. por Francisco José Aranda Pérez, Porfirio Sanz Camañes, Francisco Fernández Izquierdo, 2000.

FERNÁNDEZ ALBADALEJO, P. “La Monarquía de los Borbones”, *Fragmentos de Monarquía. Trabajos de Historia Política*, Madrid, Alianza, 1992.

FERNÁNDEZ ALBADALEJO, P. *Fragmentos de Monarquía*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, págs. 97-100.

FERNÁNDEZ CAMACHO, I., y ORTEGA MUÑOZ, M., en “El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha: nuevo órgano de relevancia estatutaria”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, Nº 1, 1997.

FERNÁNDEZ CONTI, S. *Los Consejos de Estado y Guerra de la monarquía hispana durante la época de Felipe II (1548-1598)*, Universidad Autónoma de Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ SARASOLA, I. *La Constitución de Bayona (1808)*, Madrid, Iustel, 2008.

FERNÁNDEZ SARASOLA, I. *Proyectos Constitucionales en España (1786-1824)*, Madrid, CEPC, 2004.

GALVEZ MONTES, “Artículo 107 CE”, en ALZAGA VILLAMIL, Oscar (dir.), *Comentarios a las leyes políticas; Constitución española de 1978*, T. VII, Madrid, 1998.

GÁLVEZ MONTES, F.J. “Consejo de Estado. Trabajos Parlamentarios”, *Cortes Generales*, Madrid, 1980.

GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, VOL I, Madrid 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Aspectos de la Administración consultiva”, *Revista de Administración Pública*, Nº 24, 1957.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Estructura orgánica y administración consultiva”, incluido en su libro *La Administración Española*, 3ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1972.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en “La administración española. Estudios de Administración”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L. *Curso de Historia de las Instituciones Españolas*, Alianza Madrid 1984.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L. y LALINDE ABADÍA, J. Introducción histórica al derecho español, Barcelona, Ariel, 1983.

GARCÍA-ÁLVAREZ, G, “El fracaso en España del modelo francés de Consejo de Estado (1845-1904)”, *Documentación administrativa*, Nº 244-245, 1996 (Ejemplar dedicado a: El Consejo de Estado)

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A. Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1971, t. II, vol. II.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., Dictamen preceptivo del Consejo de Estado y silencio administrativo negativo”, *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, Nº 71, 1991

GARRIDO MAYOL, V. “Veinticinco años de Función Consultiva”, *UNED, Revista de Derecho Político*, Nº 58-59 (2003-2004).

GIQUEL J. y HAURIOU, A. Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Cartonaje de l'éditeur.

GONZÁLEZ ALONSO, B. *Sobre el Estado y la Administración de la Corona de Castilla*, Madrid, Siglo XXI, 1981.

GRANADO GUIJELMO, I “La función de los Consejos Consultivos (una reflexión de bienvenida al Consejo de Navarra).

GUTIERREZ NIETO, J.I. *Las Comunidades de Castilla como movimiento antiseñorial*, Barcelona, Planeta, 1973

GUTIÉRREZ NOGUEROLES, A., “Reflexiones en torno al régimen constitucional de sucesión a la Corona española”, *Revista de Derecho Político*, Nº 57, 2003.

HAURIOU, M. *Précis de Droi Administratif Publique*, 1ª Edición, París, 1892.

HEINZ SCHAFFER, “Racionalización y creación del Derecho”, *Documentación Administrativa*, 218-219 (1989).

JORDANA DE POZAS, LUIS, “El Consejo de Estado en la Constitución”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 56, 1979.

LALINDE ABADÍA, J. *Introducción histórica al derecho español*, Barcelona, Ariel, 1983.

LOPEZ MENUDO, FRANCISCO, “Presente y futuro competencial del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos autonómicos”, *Constitución y el nuevo diseño de las administraciones estatal y autonómica : XIX Jornadas de Estudio*, 1998.

LÓPEZ PINA, A., en “Consejo de Estado”, *Diccionario del sistema político español*, dirigido por J.J. GONZÁLEZ ENCINAR, Akal, Madrid, 1984.

LOPEZ PINA, A., Voz “Consejo de Estado”, en GONZÁLEZ ENCINAR, J.J. (dtor.): *Diccionario del Sistema Político Español*, Ed. Akal, 2002.

LUXÁN-MELÉNDEZ, SANTIAGO, *La Revolución de 1640 en Portugal, sus fundamentos sociales y sus caracteres nacionales. El Consejo de Portugal: 1580-1640*, Madrid, Tesis de doctorado, Universidad Complutense de Madrid, 1988 (policopiada)

MARQUÉS DE LAS MARISMAS, “La Institución del Consejo de Estado en la actualidad”, *Revista de Administración Pública*, Nº 1, 1950, p. 11

MARTÍN OVIEDO, JOSE MARÍA, “Consejo de Estado”, *Revista española de la función consultiva*, Nº. 12, 2009.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de Administración Pública*, Madrid, 1887, VI, pág.711. MONTANOS FERRÍN, E. y SÁNCHEZ-ARCILLA, J. *Historia del Derecho y de las Instituciones*, Madrid, Dykinson, 1991, II.

MARTÍNEZ MILLÁN, J. y VISCEGLIA, M.A. (dirs.), *La monarquía de Felipe III: la corte*, Madrid, Fundación Mapfre, 2008, vol. III.

MARTÍNEZ MILLÁN, J., *Instituciones y elites de poder en la Monarquía Hispana durante el siglo XVI*, Madrid, UAM, 1992 y *Felipe II (1527-1598). La configuración de la Monarquía Hispana*, Salamanca, Junta de Castilla y León, 1998.

MCLLWAIN, C.H. *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, CEC, 1991

MERINO MERCHÁN, J.F. *Instituciones de Derecho Constitucional Español*, Madrid, Beramar, 1994.

MONTANOS FERRÍN, E. y SÁNCHEZ-ARCILLA, J. *Historia del Derecho y de las Instituciones*, Madrid, Dykinson, 1991, II.

MUÑOZ MACHADO, S., (Dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Madrid, Iustel, 2005, Tomo I, p.612.

NAVARRO CABALLERO, T.M. “El Consejo de Estado. Origen histórico y regulación actual a la luz de la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre”, *Anales de Derecho*, núm. 24 (2006).

OLIVER ARAUJO, J., “Consejo de Estado y Órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 98, Octubre-Diciembre, 1997.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho administrativo*, 3 vols., ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.

PARADA VÁZQUEZ, R., “El Consejo de Estado”, en *Documentación Administrativa*, Nº 226, 1991.

PÉREZ HERNÁNDEZ, A. “El Consejo de Estado”, *Estudios Administrativos*, (1965).

PÉREZ TENESSA, A., “Consejo de Estado. La Sección en sede consultiva. El Pleno del Consejo de Estado”, en *Gobierno y Administración en la Constitución*,

Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

PÉREZ TREMPES, P., “La Administración Pública” en LÓPEZ GUERRA, y otros, *Derecho Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, (5ª ed)., vol II, p.202.

PÉREZ-BUSTAMANTE GONZALEZ DE LA VEGA, ROGELIO, *Historia del derecho español: las fuentes del derecho*, Dykinson, 1997.

PÉREZ-TENESSA HERNÁNDEZ, A., El Consejo de Estado, Madrid, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965.

PÉREZ-TENESSA, A., “Perspectivas del Consejo de Estado”, *Revista Española de Documentación Administrativa* , Nº. 22, (1979).

PÉREZ-TENESSA, A., *Compendio de la doctrina del Consejo de Estado*, Madrid, Consejo de Estado, 2003.

PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Ed. Lex Nova, 2001

PRESTAGE, EDGAR, “Memórias sobre Portugal no reinado de D. Pedro II”, Arquivo Histórico de Portugal, 1935.

PUGET, H., Tradition et progrès au sein du Conseil d’Etat, en Livre Jubilaire du Conseil d’Etat.

PULIDO QUEJEDO, MANUEL, “La reforma del Consejo de Estado”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Nº 2, 2004.

REY, F., “Derecho de sucesión en la Corona y discriminación por razón de sexo. Análisis de la posible supresión de la preferencia sucesoria de los varones (art. 57.1 de la Constitución Española)”, ponencia presentada a la Jornada de Estudio sobre la reforma constitucional de la sucesión en la Corona, en El Informe del Consejo de Estado.

ROYO-VILLANOVA, S. Elementos de Derecho Administrativo, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1955, págs. 233-236.

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, “El Consejo de Estado, una institución deliberante e independiente”, *Enfoques de España*, Vol. 1, 2006 (Enfoques de España).

RUIZ LOPEZ, MIGUEL ANGEL, “El Consejo de Estado y la Comisión de Estudios”, *Actualidad administrativa*, Nº 16, 2005.

SALVADOR SÁNCHEZ DE TOCA, J. Del Gobierno en el régimen antiguo y en el parlamentario, Madrid, Tipografía, Gines Hernández, 1890, vol. 1, passim y FERNÁNDEZ ONTORIA Y GARCÍA, R. (Conde de Torreánaz) Los Consejos del Rey durante la Edad Media: su formación, autoridad y principales acuerdos en Europa y singularmente en Castilla, Madrid, M. Tello, 1890, vol. 2.

SÁNCHEZ NAVARRO, Á., “El Consejo de Estado y la reforma electoral”, *Estudios sobre la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la reforma continua y discontinua* / coord. por Enrique Alvarez Conde, Alicia López de los Mozos Díaz-Madroñero, Francisco Javier Sanjuán Andrés, 2011.

SÁNCHEZ NAVARRO, Á., “El Consejo de Estado y la Reforma Constitucional”, *Revista de Derecho Político UNED*, Nº 71-72, 2008.

SÁNCHEZ NAVARRO, Á., “La función constitucional del Consejo de Estado tras su reforma por la Ley Orgánica 3/2004”, *Revista de Administración Pública*, nº 169, Madrid, enero-abril (2006).

SÁNCHEZ NAVARRO, Á., *Consejo de Estado. Función consultiva. Reforma constitucional*. Ed. Reus, Madrid, 2007, p.103

SANTAMARÍA PAREDES, V., *Curso de Derecho Administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, Madrid, Imprenta Española, 1914.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1988.

SAUVEL, T. *Libre Jubilaire du Conseil d'Etat*, París, Sirey, 1952, pág.31.

SCHAUB, JEAN-FRÉDÉRIC, *Le Portugal au Temps du Comte-Duc de Olivares, 1621-1640. Le Conflit de Jurisdiction comme Exercice de la Politique*, Madrid, Casa de Velázquez, 2001, págs. 99 ss.

SOLÉ TURA, J. y AJA E., *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Madrid, Siglo XXI.

SUÁREZ VERDAGUER, F. *Documentos del reinado de Fernando VII. El Consejo de Estado, 1792-1834*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1971.

TOMÁS Y VALIENTE, F. “El Consejo de Estado en la Constitución de 1812”. Texto de una de las lecciones del Seminario sobre la Constitución de 1812 dirigido por el Centro de Estudios Constitucionales en la primavera de 1995 publicado de manera póstuma, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 21, mayo-agosto 1995.

TRIGUERO ORTIZ, O., *El Consejo de Estado y los Órganos Consultivos Autonómicos*, Madrid, Dykinson, 2014.

VALERO TORRIJOS, J. “Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente”, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

VERA SANTOS, J.M. *Las Constituciones de España, Navarra*, Thomson-Civitas, 2008,

VERA SANTOS, J.M. *El Tribunal de Cuentas y los órganos de control externos de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

VERA SANTOS, J.M. “La influencia del constitucionalismo francés de iniciación constitucional española (1808-1834)”. *Revista de Derecho Político, UNED*, Nº 66, 2006.

VERA SANTOS, J.M., *La Reforma Estatutaria y Constitucional*, VERA SANTOS Y DÍAZ REVORIO, Coords., Madrid, La Ley, 2009.

WEBER, M., *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1967

RESUMEN

En este artículo, se describen las características del Consejo de Estado durante el periodo constitucional español. En algunos periodos dispone de una función de asesoramiento y en otros periodos tiene una función judicial. La Institución del Consejo de Estado refleja las diversas manifestaciones e interpretaciones del principio de separación de poderes en nuestro Estado constitucional, por eso su configuración específica en cada momento histórico resulta un mirador privilegiado desde el que observar las distintas variaciones políticas de nuestra reciente historia constitucional.

PALABRAS CLAVE

Función consultiva y jurisdiccional; Consejo de Estado; Consejo del Rey

ABSTRACT

In this article, are outlined the characteristics of the Council of the State during the spanish constitutional period. In some terms it has an advisory function, in other terms it has a judicial function. This is followed by a descriptive outline of what this institution has been along each of the periods of our constitutional history. The Institution of the State Council reflects the different manifestations and interpretations of the principle of separation of powers in our constitutional State, so its specific configuration in each historical moment is a privileged viewpoint to observe the differents political changes in our recent constitutional history.

KEYWORDS

Advisory and judicial functions; Council of the State; Privy Council

LOS MENORES COMO USUARIOS DE REDES SOCIALES Y SU PRIVACIDAD

Soledad M^a Suárez Rubio

Dra. en Derecho. Abogada.

Recibido: 23-5-2015
Aceptado: 16-6-2015

SUMARIO

- 1. Introducción.*
- 2. Protección de la privacidad en las redes sociales.*
- 3. Dificultades para proteger la privacidad de los menores como usuarios de redes sociales.*
- 4. Conclusiones.*
- 5. Referencias bibliográficas.*

1. Introducción.

Estamos en la era de la sociedad digital, donde los avances tecnológicos nos sorprenden día a día y en la que cada vez nos adentramos más. La cantidad de recursos tecnológicos que nos rodea, su fácil acceso y las ventajas que nos generan están propiciando, que a menudo no nos demos cuenta que, por ejemplo, hace muy poco tiempo no existían las *Tablets*, los teléfonos no tenían Internet, y no los llevábamos en el bolsillo.

Esto no ocurre con los menores, puesto que ellos están viviendo esta tecnología y estos cambios prácticamente desde que nacen, conocen y controlan aplicaciones y programas mucho antes que los mayores, y los usan aunque no estén diseñados para ellos. Por ello, debemos enseñar y proteger a los menores en estos espacios y redes virtuales en los que se mueven.

Son muchos los investigadores que explican que de una u otra forma los riesgos o aspectos negativos de Internet vienen a ocultar la parte positiva que la red puede ofrecer en el desarrollo de los menores (aprendizaje, comunicación, ocio, colaboración, destrezas, habilidades, etc...). Por ello, se debe prestar atención a estas oportunidades de cara a conseguir una mejor utilización de Internet por parte de los menores¹.

Los servicios de redes sociales son plataformas en auge de comunicación y relación *on line*, creando redes de usuarios con intereses comunes. Con estas redes se genera el llamado perfil público que viene a plasmar los datos personales y las informaciones que uno mismo da al abrir su perfil, generando así la llamada “identidad digital”. Desde estas plataformas de comunicación se viene a enviar invitaciones a contactos y conocidos para agregarse a la red, pero también a desconocidos.

Fue el escritor húngaro *Frigyes Karinthy* en los años 30 con el cuento “*Chains*”, quien elaboró la idea de que el número de conocidos crece exponencialmente con el número de enlaces en cadena, y por ello un pequeño número de enlaces son necesarios para que el conjunto de conocidos sea la población mundial entera. Esta teoría fue recogida posteriormente por el sociólogo *Duncan J. Watts* en 2003, con la teoría de los “seis grados de separación”, que fundamenta el hecho de que

1 CASADO DEL RIO, M. A. Y OTROS, “Menores y redes sociales: Nuevas oportunidades y viejos peligros”, en la obra *Libro de Ponencias IV Jornadas sobre adicción al juego y nuevas tecnologías: Redes sociales y jóvenes*, 2010, página 67.

cualquier persona puede conectarse e interaccionar con cualquier otra persona del planeta con sólo seis enlaces (conexiones).

En cada red social hay grupos con intereses comunes que a su vez convergen en otras redes o con otras personas. Esta interacción tiene almacenados los datos aportados por los registros y perfiles de los usuarios, y los de las personas de su entorno de amistad, así como los contenidos abiertos o no protegidos a la entrada de terceros².

La distancia entre los usuarios no es problema, puesto que la red es mundial y se puede interaccionar o comunicar datos con miembros de la red en otros países. Tampoco es ningún impedimento el publicar contenidos propios y valorar los de otros, comentándolos o pinchando en el botón “me gusta”. De ahí que se conozcan en la red todas nuestras preferencias o pensamientos, estableciendo relaciones personales de todo tipo: de amistad, de juego, profesionales, de preferencias deportivas, políticas o musicales, por ejemplo.

Los usuarios de estas redes pueden poner en línea todo tipo de información, comentarios, fotografías, vídeos, música, o enlaces a otras redes o páginas web. Está información es almacenada y distribuida a los contactos de modo inmediato, incluso proporcionando avisos a los usuarios no conectados. Otra cosa es eliminar esos datos o informaciones volcadas; el denominado “derecho al olvido” es mucho más complicado en la red social.

Estos perfiles en la red configuran nuestra identidad digital, que no por ello tiene que ser verdadera, y se conforma con los datos que aportamos cada vez que conectamos y la huella que dejamos respecto a las páginas que visitamos, tanto dejando ver nuestros gustos como cuando participamos dejando nuestras opiniones. Por ello la Identidad digital nos está caracterizando dentro de la red e incluso da lugar a que en ocasiones se nos conozca más que en la vida real. No es de extrañar por ello, que en este sentido las grandes empresas de marketing y los anunciantes entren a participar en las redes sociales, no sólo con publicidad de mucha difusión y a bajo coste, sino también para que los consumidores den sus opiniones acerca de un producto.

² BARRIUSO RUIZ, C., “Las redes sociales y la protección de datos hoy”, en *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá II*, nº 2, 2009, páginas 302 y 303.

Toda esa información personal que se aporta en las redes sociales, aunque tengan control de seguridad por parte de las empresas que dan el servicio, está de un modo duradero en la red. Para el caso de los datos personales existen ficheros de protección de datos a los que tenemos acceso en cualquier momento para poder ejercer nuestro derecho de rectificación o anulación. Esto significa que podemos pedir que se borren nuestros datos personales de cualquier servicio so pena de incumplir la ley de protección de datos e incurrir en sanciones y responsabilidades. Pero por ejemplo, al subir a estas redes fotografías, vídeos y otra clase de documentos, no se puede garantizar donde acabará o cuál será su uso, puesto que puede descargarse, reenviarse o utilizarse para otros fines distintos del que se quería, vulnerando así nuestros derechos.

La relación jurídica en la prestación de estos servicios vienen dadas por contratos de adhesión y condiciones generales de la contratación predisuestas por la empresa suministradora de esa red social, es decir, se puede aceptar o no esas cláusulas pero no modificarlas. Su adhesión o aceptación en la red significa el consentimiento conforme a los términos y condiciones del sitio web, así como a las políticas de privacidad que se imponen de modo unilateral. Condiciones que son largas y complejas, por lo que en general no suelen ser leídas por el usuario, menos aún por el menor que las use.

2. Protección de la privacidad en redes sociales.

Concepto de Privacidad.

El derecho a la vida privada de las personas ha sido configurado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a lo largo de los años desde su interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

Configurado como un derecho de amplio contenido, que recoge aspectos de la vida privada de las personas que son dignos de protección. Así, el TEDH entiende el derecho a la vida privada y familiar de las personas como un amplio derecho, no cerrado al círculo íntimo del individuo, que incluye aspectos como el derecho a la identidad y al desarrollo personal, así como el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el exterior. Lo que en esencia lo configura como un derecho a defenderse de las intromisiones en la vida privada. Sino también concebido como un derecho de defensa y de respeto, cuyo objeto es esencialmente proteger al individuo frente a las injerencias arbitrarias de los

poderes públicos o de terceros en la vida privada y familiar.

El TEDH declara que es necesario el respeto a este derecho y por ello deben fijarse determinados procedimientos y garantías. Determinando también que la noción de vida privada es amplia y no tiene definición exhaustiva, y en ocasiones debe tenerse en cuenta el caso concreto para determinar si existe o no injerencia en la vida privada de las personas³.

La doctrina señala como precursores de la idea de privacidad a los juristas Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, quienes publicaron en la *Harvard Law Review*, el trabajo “*The right to privacy*” pretendiendo reconocer un derecho que vedase las intromisiones de la prensa en la vida privada, reivindicando el derecho “a que nos dejen en paz”⁴. Aunque poco antes el juez norteamericano Cooley había proclamado el “derecho a ser dejado tranquilo y no ser arrastrado a la publicidad”, como lo propio del derecho a la intimidad.

El derecho a la vida privada de los individuos, a su privacidad, requiere que hoy en día se cree una protección, que garantice este derecho frente a las numerosas injerencias que atentan contra la esfera privada e íntima de las personas.

La Constitución Española no recoge este derecho a la vida privada como tal, sino que engloba varios derechos fundamentales, como los del artículo 18 CE.

Por ello, nuestra doctrina ha venido reconociendo a la denominada “*privacy*”, término usado en los países de nuestro entorno para referirse al derecho a la vida privada, como la parte externa de una esfera imaginaria que engloba lo que es nuestra vida privada. Desde este punto de vista, la intimidad es el núcleo interno de esa vida privada, que queda salvaguardada de intromisiones no deseadas y bajo el control del propio individuo titular de ese derecho⁵.

a) Privacidad en derecho comparado

3 Al respecto SUÁREZ RUBIO, S. M^a., “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a la vida privada: los perfiles de la creación de un amplio derecho de privacidad”, en *Anuario Parlamento y Constitución*, nº 14, 2011, páginas 121 - 142.

4 WARREN, S. D. Y BRANDEIS, L. D., “The right to privacy”, en *Harvard Law Review*, Volumen IV, nº 5, de 1890. El artículo de Warren y Brandeis estaba claramente influenciado por el derecho privado de Estados Unidos, aunque posteriormente esta publicación fue recogida por las Cortes y la legislación para empezar a reconocer el derecho a la privacidad.

5 SUÁREZ RUBIO, S. M., “*Constitución y privacidad sanitaria*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, página 21.

En Italia, la Constitución italiana reconoce y garantiza por la República los derechos inviolables de los hombres, en su artículo 2. Conectando así en el artículo 14 con la inviolabilidad del domicilio, y en el artículo 15 con el secreto de las comunicaciones.

Por su parte, el artículo 21 de su Constitución reconoce el derecho a prohibir las publicaciones de prensa, los espectáculos y cualesquiera otras manifestaciones contrarias a las buenas costumbres, estableciéndose por ley medidas adecuadas para prevenir y reprimir las violaciones en este campo.

Por ello, aunque la Constitución italiana no recoge expresamente el derecho a la intimidad, sí se viene a resguardar la vida privada a través de los artículos mencionados.

De este modo, la legislación sobre la intimidad en Italia está actualmente contenida en la Constitución (artículos 15 y 21), en el Código penal (Capítulo III - sección IV) y, parcialmente, en el Decreto Legislativo de 30 junio de 2003, n^o 196, titulado Código en materia de protección de datos personales, (conocido impropiamente como “texto único sobre la intimidad”).

Este derecho a la intimidad (*riservatezza*) figura en el ordenamiento jurídico italiano como un derecho básico de la persona, inscrito en el derecho del ciudadano a la inviolabilidad de su propia vida privada. Pero se ha desviado su protección al cuadro de la protección de los datos personales, debido a que las nuevas tecnologías y los flujos de información le afectan⁶.

Por ello, algunos autores italianos⁷ han adoptado el término “*privacy*” para

6 En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Roma, sec. IX civil, ordenanza 16.07.2007, relativa a que las actividades específicas de intercambio de archivos ilegales de música y archivos de un juego electrónico en la red P2P, con falta de pago de las regalías por derechos de autor están prohibidas, pero ello, no puede justificar la adquisición de los datos confidenciales de los usuarios de la red. En particular, la violación de la protección de los derechos de privacidad sólo se justifica en cuanto sea fundamental para el establecimiento, prevención y persecución de delitos especialmente graves, por el artículo 407 párrafo II letra a) del Código de procedimiento penal, y en los daños a sistemas informáticos. Otra solución es contraria a los principios constitucionales y al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

7 Diversos autores tratan el concepto de *privacy* en lugar de *riservatezza* por diversos ámbitos como la protección de datos, relaciones laborales, redes de internet, etc. Por ejemplo: ACCIAI, R., “*Privacy e banche dati pubbliche :il trattamento dei dati personali nelle pubbliche amministrazioni*”, Cedam, Padova, 2001.

Y AIMO, M., “*Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*”, Jovene, Napoli, 2003.

También ARNÒ, G., “*La tutela della privacy nella rete Internet*”, Giappichelli, Torino, 2002.

ampliar el vocablo italiano “*riservatezza*”, pues el término anglosajón engloba no sólo el componente negativo de exclusión, único admitido en “*riservatezza*”, sino que también “*privacy*” admite la faceta positiva de control sobre los datos personales por parte de su titular.

Se abandona así una tutela que era estática por una tutela dinámica, como un poder que equilibra el derecho del individuo a controlar sus datos personales y la circulación de esos mismos datos, dentro del círculo productivo y distributivo de bienes materiales e inmateriales de utilidad para la economía y la cultura.

Y la jurisprudencia italiana se hace eco de la jurisprudencia del TEDH, reconociendo la igualdad de este derecho a la privacidad a todas las personas, y cómo la vida privada de las personas puede verse atacada por las redes informáticas, por las nuevas comunicaciones electrónicas y la transferencia de datos entre las personas, por lo que reafirma la prevalencia de la privacidad como valor fundamental de la persona⁸.

En el ordenamiento jurídico italiano se indicó la necesidad de una autoridad administrativa independiente que tuviera una función de garantía, defensa y protección frente a los ciudadanos en sus respectivos ámbitos de competencia. Se creó así del “Garante para la protección de los datos personales”.

En Alemania, la Constitución alemana o Ley Fundamental de Bonn tampoco habla expresamente del derecho a la intimidad, pero protege la vida privada de modo indirecto cuando se determina en su artículo 2 el libre desarrollo de la personalidad, en relación con el artículo 1.1 que declara que la dignidad humana⁹ es intangible, y que respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

Este término *privacy* se recoge en algunas sentencias de la Corte Constitucional, como las Sentencias n. 139 del 1990, n. 366 del 1991, n. 163 del 2005, n. 239 del 2005, n. 271 del 2005 y n. 113 del 2010.

ADINOLFI, G., “Autodeterminación informativa, el europeísmo español versus el nacionalismo italiano”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 77, 2006.

8 La Corte Constitucional en la Sentencia n. 372 del 2006, también reafirma la prevalencia de la privacidad como valor fundamental de la persona en relación al tratamiento de datos personales en comunicaciones electrónicas y transmisión de datos entre las personas.

9 GAVARA DE CARA, J. C., “*Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, página 218 y siguientes, siguiendo al autor alemán GÜNTER DÜRIG concluye que el contenido material de los derechos humanos sería idéntico al contenido de la dignidad humana.

En el artículo 10 de esta Constitución reconoce derechos como el secreto epistolar y el secreto postal y de telecomunicaciones. Recogiendo también en el artículo 13 el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha afirmado que el contenido nuclear de la dignidad humana implícito en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, como derecho fundamental, se halla conformado por lo que se califica como “configuración privada de la vida”, en cuyo objeto se encuadraría la expresión de sensaciones y sentimientos, tales como reflexiones, opiniones y experiencias de tipo personalísimo¹⁰.

El mandato constitucional de respetar ese ámbito fundamental y la esfera de intimidad del individuo, se fundamentan en el derecho al libre desarrollo de la personalidad del que gozan los ciudadanos, por virtud del artículo 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

Para determinar el contenido y extensión del derecho fundamental del artículo 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, se debe tener en cuenta que, de conformidad con la norma fundamental del artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, la dignidad del ser humano es inviolable, y su respeto y protección es exigible a todos los poderes estatales.

Sin embargo, no todo el ámbito de la vida privada se encuentra bajo la protección absoluta garantizada por el artículo 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental en relación con el artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental (BVerfGE 6, 389 [439]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351]; 32, 373 [379]).

El ciudadano, al ser parte de y estar vinculado a la comunidad, debe aceptar todas las medidas estatales públicas que sean adoptadas fundamentalmente en interés de la colectividad, y bajo la estricta observancia del principio de proporcionalidad, siempre en la medida de que no afecten el ámbito inviolable de su derecho a desarrollar su vida privada. Es decir, que el artículo 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental posibilita a cada persona el derecho al libre desarrollo de su personalidad, mientras no viole los derechos de otro, y no contravenga el orden constitucional y las buenas costumbres.

10 ALÁEZ CORRAL, B. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., “*Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio del milenio*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – BOE, Madrid, 2008, página 101, en relación a las BVerfGE 32, 54 (75); BVerfGE 42, 212 (219); BVerfGE 51, 97 (110).

Éste derecho al libre desarrollo de la personalidad abarca, entre otros, el derecho al respeto de la esfera íntima y privada (BVerfGE 89, 69 [82 y siguientes]). A ello pertenecen el ámbito familiar y las relaciones personales y de pareja (BVerfGE 27, 344 [350 y siguientes]). Y adicionalmente, el derecho general de la personalidad protege la competencia del individuo para decidir, en principio, en qué medida y frente a quién hará públicos los asuntos de su vida personal (BVerfGE 65, 1 [43 y siguientes]).

La autodeterminación individual presupone también, para el Tribunal Constitucional Federal alemán, las condiciones de la moderna tecnología para el procesamiento de información; que a los individuos se les otorgue libertad para decidir qué actividades emprender y cuáles omitir, incluyendo la posibilidad de comportarse efectivamente de conformidad con esa decisión. Quien no pueda estimar con suficiente seguridad, qué informaciones sobre sí mismo son conocidas en determinadas esferas de su medio social, y quien no pueda de algún modo valorar el conocimiento previo que los posibles interlocutores tienen de uno mismo, puede verse restringido esencialmente en su libertad para planear o decidir con base en su propia autodeterminación.

De esto se deduce lo siguiente: el libre desarrollo de la personalidad presupone en las modernas condiciones para el procesamiento de datos, la protección de los individuos frente a la ilimitada recolección, archivo, empleo y retransmisión de sus datos personales. Y los límites a ese derecho a la “autodeterminación informativa” se admiten sólo con base en la prevalencia del interés general. Requieren de un fundamento legal y constitucional, acorde con el mandato del Estado que exige una claridad normativa. Para su reglamentación el legislador debe tener en cuenta, además, el principio de proporcionalidad. También está obligado a acatar las disposiciones procedimentales y organizativas, que evitan el peligro de una violación del derecho a la personalidad.

Este derecho a la “autodeterminación de la información” no se garantiza ilimitadamente. El individuo no tiene un derecho en el sentido de un señorío ilimitado, absoluto, sobre sus datos; el individuo es ante todo una personalidad que se desarrolla en el interior de una comunidad social y que está obligada a la comunicación. La información, en la medida que también está vinculada a la persona, representa una imagen de la realidad social, la cual no puede atribuirse de manera exclusiva sólo a los implicados.

Siguiendo la doctrina y jurisprudencia alemana¹¹, la Teoría de las esferas o círculos concéntricos (*Sphärentheorie*), considera la vida privada conformada en tres esferas de diferente intensidad de protección: la esfera íntima (*intimsphäre*), esfera privada (*privatsphäre*) y la esfera pública (*öffentlichkeitsbereich*). La esfera íntima está formada por aquellos datos que tienen lugar en el ámbito del individuo no comunicado, aislado y cuyos actos no trascienden al entorno social, por lo que quedan ocultos. La esfera privada está formada por la protección del ámbito conyugal y familiar, las relaciones sexuales, los datos de la salud y las conversaciones no públicas. Por lo que, la protección en la esfera íntima es de mayor intensidad que en la esfera privada¹².

En Alemania, la Ley sobre protección de datos personales en las Telecomunicaciones de 1997, y las reglamentaciones sobre protección de datos en las empresas de telecomunicaciones establecen de forma conjunta normas relativas a la privacidad en el ámbito de las telecomunicaciones. Y la Ley Federal de Protección de Datos Personales de 2001 regula el tratamiento de datos personales y el acceso a tales datos por parte de los interesados, creando la Autoridad pública para la protección de datos personales, de carácter independiente del gobierno y facultada para investigar aquellos casos en los que existe sospecha de que se dé un uso inadecuado de los datos personales. Similares normas y autoridades públicas están previstas en los diferentes Estados o *Länder* que conforman Alemania.

En Francia, el derecho a la intimidad no ha sido consagrado por la Constitución Francesa de 1958, pero el Consejo Constitucional en su jurisprudencia reconoce que dentro del ejercicio de las libertades garantizadas por la Constitución figura el derecho al respeto de la vida privada¹³.

Realmente el ordenamiento jurídico francés garantiza a través del Código Ci-

11 MENDOZA ESCALANTE, M., “Intensidad de la intervención o afectación de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad”, (www.consultoriaconstitucional.com), citando a autores como DIETWALT, R., “*Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre*”, Duncker & Humblot, Berlín, 1980, p. 76; y a HEINRICH, H., “*Das Persönlichkeitsrecht*”, 2. Auflage, Böhlau Verlag, Köln, 1967, páginas 269 y siguientes.

12 La doctrina alemana es una de las que más han estudiado este tema en Europa, y en un primer momento diferenció en el concepto de intimidad tres niveles a modo de círculos concéntricos.

Pero hoy en día esta teoría se ha visto superada por el concepto de autodeterminación informativa, cuya creación se debe al Tribunal Constitucional Federal alemán, pasando de una noción de aislamiento a una consideración de control de nuestros datos de la esfera privada, dentro del libre desarrollo de nuestra personalidad.

13 Decisión n° 2007-553, DC du 03-mars-2007.

vil el derecho a la vida privada, en relación a los derechos de la personalidad. También se recoge este derecho en virtud de lo dispuesto en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Y por el artículo 2 de la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789, como bien lo reconoce el Consejo Constitucional Francés en su Decisión nº 2004-499 DC, de 29 julio de 2004, entre otras.

En Francia los tribunales aceptaron fácilmente que la vida privada debe ser protegida por sí misma, bastando para ello con las herramientas de responsabilidad por ilícitos civiles y por el antiguo artículo 1382 del Código de Napoleón. El primer caso resuelto de este tipo fue en 1955 por la *Cour d'Appel de París* acerca de una revista que había divulgado una relación de la vida de la actriz Marlene Dietrich sin su consentimiento.

De ahí, que el derecho a la intimidad se considere más que como uno de los derechos que se engloban en el denominado “derecho a la vida privada”. Por ello, el derecho a la intimidad es tratado como complemento de la vida privada y como poder para controlar informaciones relativas a la persona, para que no se divulguen estas informaciones, que sean ignoradas por terceros y que puedan ser controladas por la persona misma titular de dichas informaciones¹⁴.

De este modo, el único texto importante sobre la privacidad en Francia es el Código Civil francés¹⁵, que en su artículo 9 determina el derecho al respeto a la vida privada de cada uno, dentro del Título primero relativo a los derechos civiles. En este artículo se engloban todas las posibles lesiones a la privacidad. También se encuentra en los artículos 226 y siguientes del Código Penal en cuanto a las penas.

Desde el punto de partida del artículo 9 del Código Civil francés¹⁶, se ha dado

14 ALCARAZ, H., “El derecho a la intimidad en Francia en la época de la sociedad de la información”, en *Araucaria: Revista iberoamericana de filosofía, política y humanidades*, nº 18, 2º semestre de 2007.

15 Artículo 9 del Código civil francés, (Ley nº 70-643 de 17 de julio de 1970, artículo 22 Diario Oficial de 19 de julio de 1970): “Cada uno tiene derecho a que se respete su vida privada. Sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, los jueces podrán prescribir toda clase de medidas tales como secuestro, embargo y demás, propias para impedir o cesar un ataque a la intimidad de la vida privada; en caso de necesidad estas medidas podrán ordenarse por procedimiento de urgencia”.

16 Según LUCHAIRE, F., “*La protection constitutionnelle des droits et des libertés*”, Économica, Paris, 1987, página 90 y 91, el Código Civil establece en su artículo 9 que “toda persona tiene derecho al respeto de la vida privada”, pero esta redacción del artículo 9, deviene a partir de la Ley de 17 de julio de 1970, no contenida en el Preámbulo de 1946 ni en el Preámbulo de 1958, por lo que este autor no le

en Francia un complemento a la protección de la vida privada con la Ley de 1978 relativa a la informática, los ficheros y las libertades, modificada posteriormente por la Ley relativa a la protección de las personas físicas respecto a los tratamientos de datos de carácter personal, de 6 de agosto de 2004.

Así el legislador francés, en la ley de 1978 establece que la informática debe estar al servicio del ciudadano y, por tanto, no debe vulnerar la identidad humana, los derechos humanos, la privacidad o las libertades públicas y privadas. La ley fue modificada para incorporar la Directiva Europea 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995 sobre la protección de las personas físicas respecto al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Esta ley sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos personales, también creó la Comisión Nacional de Informática y Libertades (CNIL) como una agencia estatal independiente del gobierno, cuyas principales funciones son informar a los individuos sobre sus derechos, controlar la aplicación de la legislación y emprender estudios relativos al impacto de la tecnología informática sobre los derechos humanos.

Y respecto a Portugal, podemos decir que la primera Constitución en Europa que recoge en su articulado, expresamente, el derecho a la intimidad es la Constitución portuguesa de 1976¹⁷. Así, en su artículo 26.1 proclama el derecho a la intimidad, constitucionalizando un nuevo derecho. Determinando en su párrafo segundo que la ley establecerá garantías efectivas contra la utilización abusiva, o contraria a la dignidad humana, de informaciones relativas a las personas y a las familias.

En su artículo 32 relativo a las garantías en el procedimiento penal, la Constitución portuguesa declara, en su apartado 8º, que son nulas todas las pruebas

da valor de principio constitucional. El derecho al respeto de la vida privada aparece en un texto anterior republicano, que es de la disposición adoptada en Argel por el Comité Francés de Liberación Nacional, de 6 de mayo 1944, que modifica el artículo 31 de la Ley de 29 de julio de 1881 sobre la prensa y prohibición de la propaganda racista, pero ese orden, a pesar de que tiene fuerza de ley, no es ley en el sentido de la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789, artículo 6, y por lo tanto el Preámbulo de 1946 que en términos de derechos humanos se refiere a ella, no puede ser la fuente de un principio constitucional.

17 CORRAL TALCIANI, H., “Configuración jurídica del derecho a la privacidad I: origen, desarrollo y fundamentos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 27, nº 1, año 2000, página 63, aclara que anteriormente en 1966 se había dictado el Código civil de Portugal, donde se estableció una completa regulación de los derechos de la personalidad, y entre ellos el derecho a la reserva sobre la intimidad de la vida privada.

obtenidas mediante tortura, coacción, atentado a la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones.

También se cita a la intimidad en el artículo 65.1 de la Constitución de Portugal cuando declara el derecho de todos a una vivienda que preserve la intimidad personal y la privacidad familiar, reconociendo así a la vivienda como lugar donde se lleva a cabo la intimidad de cada persona y el ámbito de las relaciones privadas de cada familia.

Además, su artículo 268.2, dentro de los artículos en relación a los derechos y garantías de los administrados, recoge que los ciudadanos tienen también el derecho a acceder a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto por la ley en materias relativas a la seguridad interior y exterior, a la investigación criminal y a la intimidad de las personas.

Entre los autores los hay quienes denominan este derecho como derecho a la intimidad y otros lo denominan como derecho a la privacidad¹⁸, desde el punto de vista de la Teoría de las esferas o círculos concéntricos que deviene del derecho alemán.

La Comisión Nacional para la Protección de Datos es un organismo portugués independiente, creado con autoridad para supervisar y vigilar el cumplimiento de las leyes y reglamentos en materia de protección de datos personales, con estricto respeto a los derechos humanos, libertades fundamentales y garantías consagrados en la Constitución y la ley portuguesa. Las decisiones de la Comisión son vinculantes y están sujetas a reclamación y a recurso ante el Tribunal Central de Administración.

La ley 67/98, de 26 de octubre, de protección de datos personales, recoge la protección de estos datos personales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 de la Constitución relativo a la utilización de la informática, y de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 1995.

b) Protección de la privacidad en España: redes sociales

18 GONZAGA MARQUES, A. N., “Direito à intimidade e privacidade”, en revista *Jus Vigilantibus*, Febrero, 2008, (<http://jusvi.com/artigos/31767>).

La información y los datos publicados en las redes sociales por los usuarios da lugar a espacios donde entran en juego derechos fundamentales que deben ser protegidos. Derechos englobados en denominado derecho a la privacidad, que comprende derechos constitucionalmente reconocidos en el art. 18 de nuestra norma suprema (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y a la protección de los datos personales).

Además, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen viene a proteger estos derechos también en el ámbito de las redes sociales. El art. 1 de dicha ley orgánica determina que estos derechos fundamentales del art. 18.1 CE serán protegidos civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas.

Pero el reconocimiento en nuestra Constitución de los derechos privados de la personalidad, como el honor, la intimidad y la imagen, ha tenido implicaciones notables tanto en el ámbito de la tutela penal, como en el ámbito de la tutela civil, con la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en relación con la compatibilidad de uno u otro tipo de tutela, y la posibilidad de libre elección entre ellos por el interesado.

En la STC 214/91 se recoge que “*el derecho al honor y otros derechos reconocidos en el artículo 18 CE aparecen como derechos vinculados a la propia personalidad*”. De ahí, que se consideren estos derechos como instrumentos para la conservación de la autonomía de cada persona en sus relaciones sociales, no para aislarse de los demás sino para todo lo contrario, ello es patente en las redes sociales.

Algunos autores consideran que “el éxito en la protección de la privacidad (en las vertientes del derecho al honor, la propia imagen y la intimidad) dentro de una red social se centra en gran medida en la responsabilidad del usuario, que debe usar las herramientas que la plataforma pone a su disposición para preservar este bien jurídico, y conocer las implicaciones de la exposición de su intimidad y la de terceros. Esto no es suficiente y se requiere que la red social cuente con unas condiciones de uso y política de privacidad ajustadas a la normativa española, así como un equipo de soporte a los usuarios que atienda de inmediato sus necesidades”¹⁹.

19 MARTOS DÍAZ, N., “La protección del honor, la intimidad y de los menores: implicaciones jurídicas de las redes sociales”, en *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, nº 85, 2010, páginas 109 y 110.

En el Convenio nº 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter temporal, los Estados miembros del Consejo de Europa reconocen la necesidad de conciliar los valores fundamentales del respeto a la vida privada y a la libre circulación de la información entre los pueblos. Intentando de este modo que cada Estado miembro recogiera en sus propios ordenamientos las medidas necesarias para la protección de los datos de carácter personal recogidos en ficheros automatizados.

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (versión consolidada del Tratado de Lisboa), en el Título II “Libertades”, se recoge en el artículo 8 relativo a la protección de datos de carácter personal dispone:

- “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.*
- 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.*
- 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente”.*

En España, el artículo 18.4 CE recoge el mandato constitucional de limitar el tratamiento de datos, y su relación con el derecho a la intimidad. Siendo esta protección garantía formal de la privacidad. Así, este artículo 18.4 CE es una garantía para la plena efectividad de otros derechos, como el derecho a la intimidad.

Esta limitación tiene dos facetas: en primer lugar, impone topes a la recogida de datos y, en segundo lugar, permite una facultad de acceso, cancelación y rectificación de los datos de uno mismo (*habeas data*), oponiéndose a su utilización abusiva, es decir, a su utilización para fines diversos de los que justificaron su tratamiento.

La CE es consciente de esta necesaria protección y remite a Ley Orgánica la regulación limitativa del uso de ordenadores con miras a la salvaguarda de la intimidad y a garantizar el pleno ejercicio de los derechos.

Pero no se limita la garantía a la intimidad, sino que extiende su protección a todos los derechos. Completándose esta regulación constitucional del artículo 18.4 CE con el contenido del artículo 105.b) CE que establece el acceso de los

ciudadanos a los archivos y registros administrativos.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar. Pero para la doctrina el objeto de protección primordial en la LOPD no es otro que el de la intimidad, pero no entendida en un sentido estricto, como referida particularmente a lo físico, a lo más interior del individuo. El derecho a la intimidad en su relación con el tratamiento de datos ha de adquirir un sentido amplio, globalizante, que incluya aspectos relacionados con la vida privada²⁰.

Queda así ampliada la garantía constitucional a todos aquellos datos que sean relevantes o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales, y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar, y a cualquier otro bien constitucionalmente amparado.

Al respecto es interesante la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que diferencia el derecho a la intimidad del derecho a la protección de datos, por dar este último a su titular la facultad de imponer a otros la limitación del uso de la informática, y garantizarle un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino para impedir el tráfico ilícito y lesivo a su dignidad. Aclarando que la función del derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar, que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad.

Son importantes al respecto los artículos 15 a 17 de la LOPD por reconocer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en relación al tra-

20 Estudiada por autores como VIZCAÍNO CALDERÓN, M., “Comentarios a la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal”, Civitas, Madrid, 2001.

TRONCOSO REIGADA, A., “Comentario a la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal”, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2010.

TRONCOSO REIGADA, A., “La protección de los datos personales: en busca del equilibrio”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

VALERO TORRIJOS, J. y LÓPEZ PELLICER, J. A., “Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de datos personales en la actividad administrativa”, en *Revista vasca de administración pública*, nº 59, 2001, página 274.

tamiento de los datos personales, y el art. 18 LOPD por determinar la tutela de esos derechos por parte de las autoridades de protección de datos competentes. También en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD se regulan esos derechos, concretamente en su título III.

Pero como muchos autores advierten que actualmente, tanto la LOPD como la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, se han quedado rezagadas en la protección puesto que no contemplan que los servicios en línea en Internet están siendo intensivos y masivos, y *“han puesto al límite a la legislación europea en materia de protección de datos personales, que en algún caso incluso ha resultado insuficiente para dar respuesta a esas nuevas situaciones, por ello el grupo de autoridades de control creado en virtud del art. 29 de la Directiva, ha tenido que ir analizando y dictaminando de manera pormenorizada sobre determinadas cuestiones, como por ejemplo: el Documento de trabajo relativo a la aplicación internacional de la legislación comunitaria sobre protección de datos al tratamiento de los datos personales en internet por sitios web ubicados fuera de la Unión Europea, aprobado el 30 de mayo de 2002, el Dictamen 1/2008 sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con los motores de búsqueda, el más reciente Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea o, Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» y el Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea”*²¹.

El exceso de confianza en la red y en las personas que están en ella hacen que proteger la privacidad sea complicado. Teniendo en cuenta que los datos subidos a la red tienen un alcance que no podemos controlar, utilizados por empresas de marketing o incluso siendo vistas por la empresa en la que trabajamos o presentamos currículum, por ejemplo.

La cancelación de los datos que se suben a la red social no es del todo real, pues si se cancelan en un perfil, pueden estar presentes en otros enlaces y se reproducen aun cuando se cierre la cuenta del titular, con lo cual podría utilizarse y tratarse en otras finalidades distintas. Ante esta inseguridad, y en base a proteger nuestra privacidad y nuestra autodeterminación informativa, es por lo que ha

21 MIRALLES LÓPEZ, R., “Capacidad efectiva del ejercicio y tutela de los derechos LOPJ en las redes sociales”, en la obra *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, coord. COTINO HUESO, L., 2011, página 437.

surgido en los últimos años el denominado “derecho al olvido”²². Este derecho se define por la AEPD²³ como la proyección sobre internet de los tradicionales derechos de oposición y cancelación, que forman parte del derecho fundamental a la protección de los datos personales.

3. Dificultades para proteger la privacidad de los menores como usuarios de redes sociales.

Los servicios de redes sociales han tenido gran auge entre la población joven por su carácter gratuito, inmediato y sencillo de utilizar con Internet de Banda Ancha, servicios de Wifi y 3G, así como plataformas en toda clase de dispositivos con acceso a Internet: teléfonos móviles de última generación, tabletas, consolas de juegos, pc, tv, etc., potenciando el uso de estas plataformas y aplicaciones de modo generalizado y exponencial²⁴.

Por este motivo se deben fortalecer los criterios de identificación y autenticación de los usuarios para impedir que se creen perfiles suplantando la personalidad, y para que los responsables del tratamiento de los datos en estas redes puedan identificar a sus clientes en caso de este tipo de quejas o reclamaciones. Extremando medidas de seguridad, y no dejando como usuarios y contraseñas cuentas de correo electrónico fácilmente atacables, siendo plataformas controladas por sus responsables para evitar las amenazas y riesgos a la privacidad de sus clientes. Puesto que en la prensa vemos como diariamente los *hackers* entran en los perfiles²⁵, roban información, cambian datos personales e incluso comercian

22 Al respecto la STEDH (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, en el procedimiento del Sr. Costeja y la AEPD contra Google Spain, SL y Google Inc., en la que se declara que el gestor de un motor de búsqueda en internet es responsable del tratamiento que aplique a los datos de carácter personal que aparecen en las páginas web publicadas por terceros, y que debe respetarse la directiva comunitaria sobre protección de datos. Con esta sentencia cualquiera tiene el derecho a eliminar sus datos privados de internet si le perjudican, y exigir al buscador que los elimine de su búsqueda, siempre y cuando la información sea antigua y venga a vulnerar el derecho de privacidad. Sin estos requisitos se podría estar dañando el derecho fundamental de información y la libertad de expresión, pues recordemos que este derecho de cancelación no es absoluto y tiene sus límites en estos derechos fundamentales. Con lo cual, se advierte que cada reclamación en este sentido debe ser valorada de modo independiente.

23 https://www.agdp.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2014/notas_prensa/common/may_14/NP_STJUE_derecho_olvido.Pdf

24 En este sentido MARTOS DÍAZ, N., “La protección del honor, la intimidad y de los menores: implicaciones jurídicas de las redes sociales”, en *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, nº 85, 2010, página 110.

25 El denominado “phishing”, “spam” o “malware” que en redes sociales se puede propagar de un usuario a otro.

con ellos, dejando evidentes muestras de vulnerabilidad de las plataformas de redes sociales.

En la medida en que el uso de la tecnología y de Internet es más fácil y está más accesible, es también mucho más cercano a los menores, como forma de comunicarse en juegos, con amigos, familiares y con desconocidos.

Se ha pasado así a que cada vez más sean los menores los que abran perfiles en redes sociales²⁶, red de amigos, canales de youtube e incluso blogs. Con lo cual, la información sobre los gustos, preferencias, aficiones, intereses o necesidades quedan cada vez más expuestas. En este sentido, existen estudios en los que se muestra cómo los menores se exponen voluntariamente a los contenidos publicitarios convirtiéndose en nuevos agentes publicitarios gratuitos, que generan concepciones positivas en otros individuos, debido a la influencia que ejerce el grupo en estas edades²⁷.

Cada vez son más los autores que opinan que el fenómeno de las redes sociales está haciendo que se forje una nueva concepción de privacidad, en la que los adolescentes y los menores muestran que lo que para otras generaciones estaba bajo la tutela de la privacidad y al margen del conocimiento ajeno parece haberse reducido hasta límites insospechados²⁸.

26 BERNAL BRAVO, C. Y ANGULO RASCO, J. F., “Interacciones de los jóvenes andaluces en las redes sociales”, en *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, nº 40, 2013, página 26, muestra como ejemplo una investigación realizada recientemente a jóvenes andaluces que señala cómo “*describen perfiles de usuario, en relación con la frecuencia de acceso y por aplicación de red social, mostrando que existen diferencias por edades; tomando solo los datos referidos a la muestra semejante al trabajo que aquí se presenta (de 13 a 19 años), se evidencia que entre los 10 y 18 años las redes sociales son un 70,7% de la actividad en la Red y que el 55% tiene una frecuencia de acceso diaria y solo un 22% menos de una vez al mes; también que a partir de los 16 años más de un 71% tiene varios perfiles en más de una red, que la red preferida es Tuenti antes de los 20 años con una dispersión según estudio entre un 60% y el 92% de la población seguida de Facebook, y que a diferencia de estudios anteriores tampoco existe distinción por sexo en estas edades*”. Y destaca estudios en los que “*La juventud andaluza también se crea un perfil en las redes sociales antes de la edad permitida, más los chicos que las chicas, como vimos en los estudios estatales, y por supuesto también se comparten las afirmaciones sobre la relevancia para la sociabilidad de los jóvenes, a la vez que se reconoce el estado de inseguridad entendida por la falta de conductas que refuercen el uso y consumo adecuado de las redes sociales*”.

27 MARTÍNEZ RODRIGO, E. Y SÁNCHEZ MARTÍN, L., “Comunicación entre menores y marcas en las redes sociales”, en *Estudios sobre el mensaje periodístico*, nº extra 18, 2 (Noviembre), 2012, página 597.

28 GÓMEZ CORONA, E., “Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet”, en la obra

Así, los menores, adolescentes e incluso los padres relatan emociones y vivencias ilustrándolo todo con fotografías y vídeos, renunciando así con cada una de sus acciones a mantener una esfera de reserva, ajena al conocimiento de los demás, (por ejemplo, subiendo a las redes sociales las fotos del cumpleaños, vídeos del festival del colegio, etc).

Y no nos estamos dando cuenta de que todos esos datos quedan en la red. No es lo mismo enseñar la foto a varias personas de nuestro entorno, que publicarla en un periódico o revista, o que colgarla en redes sociales, la difusión es exponencial.

La defensa de la privacidad en los menores requiere de una especial protección, sobre todo cuando nos enfrentamos a las denominadas “autopistas de la información”, puesto que esa información de los menores podría verse utilizada sin su consentimiento y sin el consentimiento de sus padres y tutores. Por ello, no sólo son importantes las normas que tienden a regular estos espacios virtuales, así como el tratamiento que se puede hacer de esos datos, sino también educar a nuestros menores, y a sus padres y tutores en un uso correcto y controlado de lo que se vuelca en internet, para que conozcan los peligros y riesgos para su privacidad.

Pero también los educadores deben tomar conciencia de esta protección en el ámbito educativo. *“Debe educarse en un aprendizaje cívico y en valores, así como en la capacitación ciudadana de los niños, en la medida en que desde ella se instituyen las normas y patrones de comportamientos morales y culturales, que por supuesto se reflejan sobre la privacidad en la Red”*²⁹.

Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías, coord. COTINO HUESO, L., 2011, página 462 y siguientes, en las que advierte acerca de *“Las nuevas tecnologías han posibilitado un cambio en la concepción de lo que debe considerarse íntimo y resulta habitual encontrar en Internet, sobre todo en las redes sociales -aunque también en páginas webs y blogs- datos y fotos de personas, menores de edad en ocasiones, que optan por renunciar a ese ámbito reservado a que tienen derecho para exponerlo a un número que, si bien no es ilimitado, puede ser muy amplio. Las nuevas tecnologías están implicando un cambio en esta concepción de lo privado. De otro modo, no se explica que cada vez sea mayor el número de usuarios que decide exponer detalles de su vida privada y, en ocasiones íntima, ilustrados incluso con fotografías y vídeos. La conciencia de la existencia de ese ámbito reservado parece estar, si no desapareciendo, al menos perdiendo contenido.*

Los problemas se plantean, sobre todo, porque muchos de los usuarios son menores de edad, lo que exige estar vigilantes. Los cambios que se están operando en estas redes para extremar las cautelas con los menores de edad no resultan, a mi juicio, suficientes. Si perdemos la conciencia de lo privado, de lo reservado, difícilmente podrán las autoridades intervenir en su defensa”.

²⁹ GIL ANTÓN, A. M., “Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 36, Septiembre – Diciembre 2014, página 155.

Porque de hecho, la era tecnológica ha venido a cambiar el concepto de privacidad, debido a que estamos conviviendo desde hace unos años con una especie de ligera privacidad en las redes sociales, puesto que el ámbito privado queda como difuminado entre tanta información. Y por ello, en ocasiones la vida en la red se asimila a la vida real para los menores, desconociendo que la identidad digital no es nuestra personalidad.

Desde este punto de vista, autores como Morales Prats son conscientes de que *“el bien jurídico de la intimidad va cambiando su contenido y las facultades que derivan del mismo al compás del desarrollo tecnológico”*³⁰.

Y como ya hemos expuesto anteriormente, la creación de un perfil en las redes sociales conlleva a que debamos proporcionar información y determinados datos personales, con los posibles riesgos para la vulneración de los derechos fundamentales del art. 18. 1 CE, de la protección de los datos personales e incluso de los derechos de autor y propiedad intelectual.

Esto se ve agravado mayormente en la participación de los menores en estas redes, porque aun cuando nuestra normativa no permite acceder a los menores de 14 años a estas redes, los niños entran en la red cada vez más menores exponiendo su vida privada, la de su familia y la de amigos, puesto que no ven ningún peligro en ello.

Nuestra legislación entiende que, desde la edad de 14 años las personas por sus condiciones de madurez pueden consentir por sí mismos el tratamiento autorizado de sus datos personales, y los menores de 14 necesitan el consentimiento de los padres para el registro en redes sociales³¹.

Pero no debemos poner límites a la era digital³², sino convivir con ella y hacer ver a nuestros menores todos los pros y los contras de sus actuaciones en la red. Por ello, desde muchas instancias administrativas y educativas, se van teniendo iniciativas para la concienciación social en este tipo de riesgos y proponer solu-

30 MORALES PRATS, F., “La protección penal de la intimidad frente al uso ilícito de la informática en el Código Penal de 1985”, en *Cuadernos del Poder Judicial*, nº 3, 1996.

31 Al respecto el informe jurídico de la AEPD 114/2008.

32 BARRIUSO RUIZ, C., “Las redes sociales y la protección de datos hoy”, en *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá II*, nº 2, 2009, página 307 declara que: *“Ausentarse de la red, impedirá estar en la sociedad del conocimiento, impedirá el avance en nuevas tecnologías y la interacción beneficiosa que es la que tenemos que defender”*.

ciones. Aunque debe estrecharse la vigilancia y seguridad en este tipo de redes para evitar los llamados “ciberdepredadores”³³.

Debemos conseguir que Internet y las redes sociales sean aliados en la educación de los menores y jóvenes y no solo para intercambiar información de ocio.

4. Conclusiones.

Los perfiles del derecho a la vida privada de la persona están siendo modificados y transformados a medida que utilizamos Internet y las redes sociales, debido a que en el ciberespacio se vienen a diluir en cierto modo los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, y a la autodeterminación informativa. Esto es consecuencia de que no se tiene en cuenta que los datos personales, imágenes, comentarios, preferencias, etc., que introducimos en la red se propagan de forma viral y aquello, que pensamos que no trasciende de nuestro entorno, ha podido expandirse a cualquier lugar del mundo o a cualquier persona que no conozcamos, si no tomamos las medidas de seguridad oportunas. E incluso adoptándolas no podemos saber que pueden hacer nuestros contactos con dicha información, o si los servicios de redes sociales tratan de algún modo esos datos.

Toda esta problemática acerca de la posible vulneración de nuestros derechos fundamentales en el uso de las redes sociales por parte de los mayores de edad, queda aún más patente en los menores, ya que no son conscientes de lo que significa que ciertos datos sean de uso público o que estén al alcance de cualquiera.

De ahí que la legislación relativa a la protección de los datos personales tanto a nivel europeo como a nivel nacional no sean en ocasiones suficientes, y seamos los padres, tutores y educadores los que enseñemos a los menores a usar la red social como forma de expresión y comunicación teniendo en cuenta que los valores, derechos y libertades que están en nuestra vida real también deben ser protegidos en el mundo virtual.

No es necesario limitar o prohibir a los menores el acceso a las redes sociales, sino concienciar de los peligros reales que pueden acecharles, y de que lo que hoy es un simple juego o entretenimiento mañana podría afectarnos si se saca

³³ Véase al respecto el Libro de ponencias de las IV Jornadas Adicción al Juego y Nuevas Tecnologías: redes sociales y jóvenes, 2010.

del contexto en el que fue elaborado, o si se trata junto con otros datos relativos a nuestra persona y se crea una identidad digital que no corresponde con nuestra propia personalidad.

También debemos hacerles ver que no hay que confiar que ese “amigo de la red” no tiene porqué ser real, puesto que la red social es caldo de cultivo de hackers, acosadores, estafadores y pederastas, que aprovechan la inocencia de los menores y la facilidad para entablar relaciones con ellos.

5. Referencias bibliográficas.

ACCIAI, R. (2001). *Privacy e banche dati pubbliche: il trattamento dei dati personali nelle pubbliche amministrazioni*. Padova: Cedam.

ADINOLFI, G. (2006). “Autodeterminación informativa, el europeísmo español versus el nacionalismo italiano”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 77.

AIMO, M. (2003). *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*. Napoli: Jovene.

ALÁEZ CORRAL, B. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (2008). *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio del milenio*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – BOE.

ALCARAZ, H. (2007). “El derecho a la intimidad en Francia en la época de la sociedad de la información”, en *Araucaria: Revista iberoamericana de filosofía, política y humanidades*, nº 18.

ARNÒ, G. (2002). *La tutela della privacy nella rete Internet*. Torino: Giappichelli.

BARRIUSO RUIZ, C. (2009). “Las redes sociales y la protección de datos hoy”, en *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá II*, nº 2.

BERNAL BRAVO, C. Y ANGULO RASCO, J. F. (2013). “Interacciones de los jóvenes andaluces en las redes sociales”, en *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, nº 40.

CASADO DEL RIO, M. A. Y OTROS. (2010). “Menores y redes sociales:

Nuevas oportunidades y viejos peligros”, en la obra *Libro de Ponencias IV Jornadas sobre adicción al juego y nuevas tecnologías: Redes sociales y jóvenes*.

CORRAL TALCIANI, H. (2000). “Configuración jurídica del derecho a la privacidad I: origen, desarrollo y fundamentos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 27.

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.

GIL ANTÓN, A. M. (2014). “Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 36, Septiembre – Diciembre.

GÓMEZ CORONA, E. (2011). “Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet”, en la obra *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, coord. COTINO HUESO, L.

GONZAGA MARQUES, A. N. (2008). “Direito à intimidade e privacidade”, en revista *Jus Vigilantibus*, Febrero.

LUCHAIRE, F. (1987). La protection constitutionnelle des droits et des libertés. Paris: Économica.

MARTÍNEZ RODRIGO, E. Y SÁNCHEZ MARTÍN, L. (2012). “Comunicación entre menores y marcas en las redes sociales”, en *Estudios sobre el mensaje periodístico*, nº extra 18, 2 (Noviembre).

MARTOS DÍAZ, N. (2010). “La protección del honor, la intimidad y de los menores: implicaciones jurídicas de las redes sociales”, en *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, nº 85.

MENDOZA ESCALANTE, M. “Intensidad de la intervención o afectación de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad”, (www.consultoria-constitucional.com).

MIRALLES LÓPEZ, R. (2011). “Capacidad efectiva del ejercicio y tutela de los derechos LOPJ en las redes sociales”, en la obra *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, coord. COTINO HUESO, L.

MORALES PRATS, F. (1996). “La protección penal de la intimidad frente al uso ilícito de la informática en el Código Penal de 1985”, en *Cuadernos del Poder Judicial*, nº 3.

SUÁREZ RUBIO, S. M. (2014). *Constitución y privacidad sanitaria*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

SUÁREZ RUBIO, S. M^a. (2011). “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a la vida privada: los perfiles de la creación de un amplio derecho de privacidad”, en *Anuario Parlamento y Constitución*, nº 14.

TRONCOSO REIGADA, A. (2010). *Comentario a la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal*. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas.

TRONCOSO REIGADA, A. (2006). *La protección de los datos personales: en busca del equilibrio*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

VALERO TORRIJOS, J. y LÓPEZ PELLICER, J. A. (2001): “Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de datos personales en la actividad administrativa”, en *Revista vasca de administración pública*, nº 59.

VIZCAÍNO CALDERÓN, M. (2001). *Comentarios a la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal*. Madrid: Civitas.

WARREN, S. D. Y BRANDEIS, L. D. (1890). “The right to privacy”, en *Harvard Law Review*, Volumen IV, nº 5.

RESUMEN

En este trabajo de investigación se ha pretendido hacer un breve estudio del derecho a la vida privada de los menores que son usuarios de Internet y más concretamente de redes sociales. Poniendo de manifiesto que existen muchas dificultades para poder proteger el derecho a la vida privada de los menores en las redes sociales, por ello la sociedad y los organismos públicos deben tomar conciencia y poner todas las medidas de seguridad necesarias en estos ámbitos. Para ello, se ha investigado en materia de privacidad, seguridad y protección de datos personales, redes sociales y especialmente en la protección de los menores.

PALABRAS CLAVE

Privacidad, Internet, redes sociales, habeas data y menores.

ABSTRACT

In this research one has tried to do a brief study of the right to the privacy of children, who are Internet users and more specifically of social networks. Revealing that exist many difficulties to be able to protect the right to the privacy of children in the social networks, so the society and public institution must be aware and make all the necessary measures of safety in these areas. To do this, it has been investigated on privacy, security and protection of personal data, social networks and especially in the protection of minors.

KEY WORDS

Privacy, Internet, social networks, personal data and minors.

LOS RETOS DE LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA EN ESPAÑA:
ADAPTARSE A LOS TIEMPOS SIN RENUNCIAR
A SU SENTIDO HISTÓRICO SIMBÓLICO
Y A SU ESENCIA LEGITIMADORA CONSTITUCIONAL

Francisco Javier Díaz Revorio
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 15-5-2015
Aceptado: 16-6-2015

SUMARIO

1. La monarquía parlamentaria como culminación de un proceso de limitación del poder del monarca.

1.1. Monarquía y Parlamento: una historia de siglos de tensiones.

1.2. Las fases: monarquía absoluta, monarquía limitada, monarquía constitucional, monarquía parlamentaria.

2. La monarquía parlamentaria en la Historia.

2.1. La monarquía antes de la Constitución: los primeros límites al poder del monarca.

2.2. La configuración histórica de la monarquía parlamentaria en Europa. Referencia a Inglaterra y la Europa continental.

2.3. De la monarquía limitada a la monarquía parlamentaria en el constitucionalismo histórico español.

3. La monarquía parlamentaria en la Constitución española de 1978: características generales.

3.1. La recepción constitucional de la monarquía parlamentaria (art. 1.3).

3.2. El papel del rey.

3.3. Las funciones del rey y el refrendo.

3.4. El estatuto del rey.

4. Historia y racionalización en la monarquía parlamentaria en España.

4.1. La penetración de la Historia en la Constitución...y en las lagunas de la misma.

4.2. La racionalización de la monarquía “dentro de” la Constitución: transparencia, control de gastos, procedimiento de abdicación, interpretación de las prerrogativas.

4.3. La racionalización de constitutione ferenda: la supresión de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión, y otros anacronismos.

5. Necesidad, límites y paradojas de la racionalización.

5.1. La necesidad: monarquía, democracia y principios constitucionales.

5.2. Los límites: no todo se puede racionalizar.

5.3. Las paradojas: la monarquía tiene aspectos esencialmente desigualitarios.

1. La Monarquía Parlamentaria como culminación de un proceso de limitación del poder del Monarca

1.1 Monarquía y Parlamento: una historia de siglos de tensiones

La expresión “monarquía parlamentaria” trata de sintetizar dos elementos que históricamente se han enfrentado en una lucha continua por el poder. Suele considerarse que este término alude a la culminación de un largo e intenso proceso histórico, en el que el rey ¹ va perdiendo poderes en favor del Parlamento. Como más adelante destacaré, dicho proceso se inicia en la Baja Edad Media y, con perfiles muy diferentes en Inglaterra y en la Europa continental, se afianza y culmina finalmente en la Edad Contemporánea. Lo que ahora interesa destacar es que el concepto “monarquía parlamentaria” es esencialmente histórico y que cuando una Constitución escrita, por ejemplo la española de 1978, reconoce que esta es la “forma política” del Estado, se está remitiendo a ese concepto histórico. Un concepto, como trataré de exponer en las siguientes páginas, definido por unas características determinadas, pero esencialmente dinámico y en permanente evolución. Un concepto, en fin, parcialmente abierto y con una enorme capacidad de adaptación a las cambiantes circunstancias histórico-políticas, aunque basado en un principio esencial que permanece.

1.2 Las fases: Monarquía absoluta, monarquía limitada, monarquía constitucional, monarquía parlamentaria

El proceso de tensión entre Parlamento y monarca, al que antes he aludido, se produce de manera diferente (y con ritmos distintos) en los distintos países europeos, y por ello todo esfuerzo de clasificación tendría dificultades tanto para la delimitación conceptual de cada fase como para su ubicación temporal estricta. Por ello la doctrina no coincide en las clasificaciones ni en las definiciones de

¹ Permítame el lector una precisión meramente ortográfica. Se siguen en este texto las pautas de la *Ortografía de la lengua española*, Real Academia Española-Asociación de Academias de la Lengua Española, Espasa, 2010, págs. 470 ss., así como del *Diccionario panhispánico de dudas*, Real Academia Española-Asociación de Academias de la Lengua Española, Santillana Ediciones Generales, 2005, págs. 426 ss., respecto a la utilización de las mayúsculas para títulos y cargos, y por esa razón con carácter general no será utilizada para los términos rey, presidente, y similares, dado que es muy frecuente su uso en textos legales y en la propia doctrina, se respetará esa utilización en el caso de las citas literales. Por cierto, si bien el Diccionario panhispánico constata sin mayor comentario la costumbre particular de leyes, decretos y documentos oficiales, por razones de solemnidad, de escribir con mayúsculas palabras como Rey de España o Presidente del Gobierno, en cambio la Ortografía recomienda expresamente “acomodarlos también en estos contextos a la norma general y escribirlos con minúscula”.

cada modelo de monarquía ², pero a los efectos del presente trabajo voy a utilizar la siguiente ³:

a) Monarquía absoluta: caracterizada por la concentración de poderes en el monarca.

b) Monarquía limitada: el rey pierde algunos poderes en favor del Parlamento, pero conserva todos los que no se atribuyan expresamente a este.

c) Monarquía constitucional: la soberanía también se comparte entre monarca y Parlamento, como en la monarquía limitada, pero en este caso el Parlamento tiene los poderes generales y el monarca exclusivamente aquellos que le atribuye de forma expresa la Constitución.

d) Monarquía parlamentaria: el rey carece de todo poder de decisión política.

Si bien algunos autores utilizan otras clasificaciones, en las que la monarquía constitucional, o bien se confunde con la monarquía parlamentaria, o bien viene a ser una categoría general caracterizada por la regulación constitucional de la monarquía, que englobaría tanto a la monarquía limitada como a la parlamentaria, me parece que la clasificación sintetizada es más adecuada para poner de relieve estas distintas fases, pues aunque la monarquía limitada y la constitucional tendrían como característica común el que en las mismas el poder se comparte entre

² Sobre las distintas clasificaciones de las fases históricas véase por ejemplo Antonio TORRES DEL MORAL, “La monarquía parlamentaria como forma política del Estado español”, en Pablo Lucas Verdú (dir.), *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución* de 1978, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pág. 44, que considera la monarquía limitada como algo equivalente a la “mal llamada” constitucional, e introduce entre las demás fases a la monarquía moderada, en la que el rey solo conserva el poder ejecutivo. El mismo autor, en *Principios de Derecho Constitucional español*, Universidad Complutense, Madrid, vol. II, Madrid, 2004, pág. 23, menciona también la “monarquía orleanista”, “en la que se limitan algo más los poderes del Rey y los ministros necesitan de una doble confianza: la regia y la parlamentaria”.

³ Sigo en este punto a Enrique ÁLVAREZ CONDE, Rosario TUR AUSINA, *Derecho Constitucional*, Tecnos, 4ª edición, 2014, págs. 543-544. En sentido similar, Miguel A. Aparicio Pérez, Mercé Barceló i Serramalera (coords.), *Manual de Derecho Constitucional*, Aletier, Barcelona, 2009, págs. 175 ss. También en la misma línea, Óscar ALZAGA, “La monarquía”, en *Derecho político español según la Constitución de 1978*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, vol. II, 4ª edición, 2008, págs. 262 ss., aunque aclara en pág. 263 que la distinción entre la etapa de monarquía limitada y la de monarquía constitucional procede y tiene sentido en Alemania para separar la monarquía prusiana, de carácter limitada (1815-1848) y la monarquía constitucional (1848-1918), pero “no es trasladable a la mayoría de las monarquías europeas contemporáneas –poco influidas por la experiencia alemana– y en nuestra opinión también se compadece mal con la evolución de la monarquía española a lo largo del siglo pasado”, ya que “prevalece en el siglo XIX la figura de la Monarquía Constitucional”.

Parlamento y monarca, existe entre ambas una diferencia esencial, y que no es meramente de detalle o matiz. En efecto, en la monarquía limitada hay todavía un principio general de concentración de poderes en el monarca, de manera que este aparece como soberano “originario” que, sin embargo, se “desprende” de alguna de sus atribuciones; por ello este sistema suele corresponderse con cartas otorgadas más que con verdaderas constituciones que sean obra de la soberanía nacional o popular. En cambio, en la monarquía parlamentaria es la institución asamblearia quien actúa como soberana (o, en último término, el pueblo o la nación que son representados por la misma), y es en cambio el monarca quien puede ejercer solamente los poderes que le han sido atribuidos por ese órgano externo.

Por otro lado, aunque como apunto a veces se conceptúa como sinónimos, o como género y especie, las fases de monarquía constitucional y parlamentaria, también en este punto me parece más adecuada la clasificación apuntada, pues si bien ambas fases comparten el principio de soberanía parlamentaria (o soberanía del pueblo ejercida a través del Parlamento), y sometimiento pleno del monarca a la Constitución, lo cierto es que existe una diferencia sustancial, dado que en la monarquía constitucional el monarca todavía puede tener poderes políticos efectivos, resultando en la práctica un modelo de soberanía compartida. En cambio, la monarquía parlamentaria se caracteriza por la ausencia de poderes de decisión política del monarca, lo que implica un modelo de plena soberanía parlamentaria, e incluso, en la práctica, supone que el rey no ostenta tampoco el poder ejecutivo (aunque en algunos sistemas formalmente permanezca en el mismo).

Desde mi punto de vista, esta característica diferenciadora tiene consecuencias trascendentales. Me parece que la misma hace que la monarquía parlamentaria sea plenamente compatible con el principio democrático, a diferencia de lo que sucede en una monarquía constitucional en la que el rey mantiene atribuciones y poderes de decisión política. En efecto, el rey carece en todo caso de legitimidad democrática debido a que a dicho cargo se accede por herencia y no por elección popular (ni siquiera por ser designado por un órgano de elección popular, como le sucede al Gobierno en un modelo parlamentario, lo que implicaría legitimidad democrática indirecta). Desde luego, ello es compatible con que la institución monárquica puede tener legitimidad democrática si está reconocida y regulada en una Constitución que tenga tal legitimidad. Pero en cualquiera de los casos, como acabo de decir el rey carece de legitimidad democrática. En este contexto, un rey con poderes de decisión política es incompatible con un sistema plenamente democrático, porque dichos poderes o atribuciones no derivarían directa ni indirectamente del pueblo (aun cuando se pudieran reconocer en una Constitución democrática). Sin embargo, el monarca parlamentario carece de todo poder de

decisión política, con lo que, si la institución es legítima al estar constitucionalmente reconocida, la misma será plenamente conforme al principio democrático. En efecto, por un lado todas las instituciones tendrán esa legitimidad, pero por otro lado, además, todas las decisiones políticas derivarán directa o indirectamente del pueblo soberano, sin que un órgano carente de dicha legitimidad participe en dicha adopción de decisiones soberanas.

No obstante, la configuración normativa y el funcionamiento real de la monarquía parlamentaria permite todavía muchas opciones, como vamos a ver más adelante. Pero en todo caso conviene desde ya apuntar una idea fundamental: en la monarquía parlamentaria, el rey está sometido plenamente a la Constitución y a la ley, y sus atribuciones (que no pueden implicar la adopción de decisiones políticas como ya se ha visto) son exclusivamente las que derivan de dichas normas.

2. La Monarquía Parlamentaria en la historia.

Desde luego, las fases de la evolución de la monarquía que se acaban de apuntar responden a la evolución histórica de esta institución. Sin embargo, habiendo tenido dicha evolución perfiles diferentes en los distintos Estados, no es posible llevar a cabo una correlación precisa entre cada una de las fases y un momento histórico; o al menos no lo es de una forma general. Por lo demás, si bien es cierto que en términos teóricos resulta relativamente fácil precisar cuándo un sistema responde a las características de cada una de las fases mencionadas, en la práctica ello no siempre es fácil, teniendo en cuenta las variantes en las regulaciones jurídico-constitucionales, y sobre todo en la práctica, en cada uno de los Estados que han acogido esta forma de gobierno⁴. En todo caso, sí resulta conveniente

⁴ En el presente trabajo me referiré a la monarquía como forma de gobierno, porque considero que es la clasificación más asentada, aunque ciertamente no la única. Así, ya Georg JELLINEK, *Teoría general del Estado*, traducción de Fernando de los Ríos, Albatros, Buenos Aires, 1978, págs. 501 ss., considera que las formas de Estado son la monarquía y la república. Más recientemente, en nuestra doctrina ha existido un amplio debate sobre la corrección de una u otra denominación. Véanse al respecto, por todos, Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES y Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, *La monarquía y la Constitución*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 102 ss.; o Antonio TORRES DEL MORAL, “La monarquía parlamentaria...”, cit., págs. 46 ss., quien destaca que quienes insistieron en su configuración como forma de Estado querían poner de relieve la separación de la monarquía y el gobierno, acentuando la posición del monarca como jefe del Estado. Por su parte, Manuel ARAGÓN REYES, “La monarquía parlamentaria (comentario al art. 1.3 de la Constitución)”, en *Dos estudios sobre la monarquía parlamentaria en la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1990, págs. 31 ss., destaca (pág. 34) que la monarquía solo puede considerarse forma de Estado cuando la monarquía es absoluta, pasando a ser forma de gobierno a partir de la monarquía constitucional (en realidad, el propio Jellinek, en pág. 531 de

un breve apunte histórico (dados los objetivos de este trabajo, no es posible aquí profundizar más en la cuestión, pero es imprescindible para los mismos partir de esta perspectiva) que permita entender la monarquía parlamentaria en su contexto histórico, como culminación de un proceso de adaptación.

2.1. La monarquía antes de la Constitución: los primeros límites al poder del monarca.

Antes de que pudiera hablarse de Constitución, ya existía la monarquía. Antes incluso de que pudiera hablarse de Estado en sentido estricto, había monarquías. Como es sobradamente conocido, la monarquía es una forma de gobierno existente desde la antigüedad, y aunque ha conocido muy diversas variantes (incluyendo la monarquía electiva ⁵), en general puede decirse que se caracteriza por-

la obra citada, señala que la monarquía parlamentaria es “una manera de ejercer el gobierno, pero no es una forma de Estado estrictamente jurídica”. Francesc DE CARRERAS, “Significado constitucional de la monarquía parlamentaria”, en Javier Tusell, Ángeles Lario, Florentino Portero (eds.), *La Corona en la historia de España*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, pág. 220, se pronuncia en el mismo sentido: “si la forma de Estado fuera monárquica nos encontraríamos ante una monarquía absoluta, en la que el Rey sería el titular del poder constituyente”. Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, *El poder del Rey. Alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*, Cuadernos del Senado, Madrid, 2003, págs. 31 ss., haciéndose eco del debate, sostiene con buen criterio que “En España la Monarquía es la forma de la Jefatura del Estado” mientras que “Monarquía Parlamentaria es, como concepto jurídico, la forma de gobierno”. Pero por otro lado, TORRES DEL MORAL (op. cit., pág. 48) afirma que, en realidad, en la monarquía parlamentaria el rey ya está separado del Gobierno, de manera que tiene que ver menos con el Gobierno que con el Estado. Por todo ello, siguiendo a varios autores, afirma que la monarquía sería hoy más bien “forma de la Jefatura del Estado”. Todo ello, eso sí, después de reconocer (op. cit. pág. 47, y hablamos de 1983), que “la cuestión es más académica que otra cosa”.

Desde luego, es importante destacar que la preferencia que aquí se tiene por la utilización “forma de gobierno” no cuestiona en absoluto el hecho de que, en su fase parlamentaria, el rey queda fuera del poder ejecutivo y de todos los poderes del Estado, manteniendo como veremos funciones simbólicas, representativas, y en cierto modo arbitrales y moderadoras. Por lo demás, como se verá más adelante, con su calificación como “parlamentaria”, la Constitución de 1978 no ha utilizado ni la categoría de “forma de Estado” ni “forma de gobierno”, sino la de forma política, acaso un intento poco fundamentado de sintetizar forma de gobierno (o forma de Estado, si se prefiere) y sistema de gobierno. En todo caso, creo que esta cuestión es ya hoy fundamentalmente terminológica en la medida en que se dejen claros los perfiles que tiene la monarquía en sus distintas fases y la posición del rey en cada una de ellas en relación con los poderes del Estado.

Pero esta misma ambigüedad y anfibología de los términos en los distintos autores, así como la economía del lenguaje son precisamente las que permiten, en mi opinión y a efectos meramente terminológicos, volver a la clasificación quizá más habitual que engloba la dicotomía monarquía /república entre las formas de gobierno, aun sabiendo que en puridad, la monarquía fue primero forma de Estado, luego forma de gobierno, pero en su fase de monarquía parlamentaria sería técnicamente, como he dicho, “forma de la jefatura del Estado”, dentro de un sistema de gobierno parlamentario.

⁵ Como es sabido, y a título de ejemplo, al menos teóricamente la monarquía visigoda tuvo ese carác-

que la más alta magistratura se desempeña por una sola persona, que accede a la misma con carácter hereditario y vitalicio. De hecho, el Diccionario de la lengua española define monarquía como “organización del Estado en la que la jefatura y representación supremas son ejercidas por una persona que, a título de rey, ha recibido el poder vía hereditaria y puede transmitirlo del mismo modo”⁶.

En cualquier caso, si bien tanto los orígenes históricos como etimológicos⁷ de la palabra nos remiten a la singularidad en el ejercicio del poder, lo cierto es que a partir de cierto momento los monarcas tienen que hacer frente a otras fuentes de poder que tratan de contrarrestar o mermar su capacidad de decisión política. La lucha por limitar el poder real comienza probablemente desde que algunos colectivos se sienten por fuerza suficiente para provocar ese contrapeso, pero en términos institucionales se manifiesta en el nacimiento de la institución parlamentaria⁸. Dejando a un lado los antecedentes asamblearios en el reino visigodo, que tuvieron un carácter más religioso que político (además de nobiliario y no representativo)⁹, hay que citar que, en los reinos de León y Castilla se produce en la Edad Media el tránsito de la curia a las Cortes. Ello implica que una asamblea originariamente palatina se amplía para dar cabida a los representantes de las ciudades, y se convierte en representativa¹⁰. En esta línea, y con algunos precedentes dudosos en Aragón, consta con certeza una curia celebrada por Fernando II en

ter electivo. Puede verse al respecto, entre tantos otros, José Luis MARTÍN, “De Hispania a las Españas. De la unidad romano-visigoda a la unificación de los Reyes Católicos”, en Javier Tusell, Ángeles Lario, Florentino Portero (eds.), *La Corona en la historia de España*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, págs. 22 ss. En momentos diferentes, también fue electivo el imperio alemán o la llamada Mancomunidad Polonia-Lituania. Georg JELLINEK, *Teoría general del Estado*, traducción de Fernando de los Ríos, Albatros, Buenos Aires, 1978, págs. 523 ss., analiza las diferencias entre monarquía electiva y hereditaria, si bien considera que “la monarquía electiva ha desaparecido de la actual organización de los Estados”.

⁶ Primera acepción del término monarquía en el *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, vigésimotercera edición, 2014.

⁷ Véase por ejemplo Joan Corominas, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Gredos, 3ª edición, 1973, en los términos “anarquía” y el prefijo “mono”.

⁸ Sobre la Corona en la Edad Media y el posterior tránsito al absolutismo monárquico, véase el breve e interesante trabajo de Francisco RUBIO LLORENTE, “La Corona”, en *VII Jornadas de Derecho Parlamentario. La monarquía parlamentaria*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, págs. 38 ss.

⁹ Hay una amplia bibliografía que no es necesario citar aquí. Véase, por ejemplo, José Antonio ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 3ª edición, 2003, págs. 231 ss., quien analiza brevemente el Senado visigodo y los Concilios de Toledo, planteándose la cuestión de su naturaleza para afirmar que la misma era predominantemente religiosa, a pesar de lo llamativo de algunas de sus funciones políticas, algunas de tanta importancia como las condiciones y forma para la elección del monarca. En págs. 239 ss. se refiere también al Aula regia, asamblea nobiliaria que desplazaría al antiguo *Senatus*. Puede verse también la bibliografía citada por este autor.

¹⁰ Véase al respecto, José Antonio ESCUDERO, *Curso...*, cit., págs. 527 ss.

1170 en León, a la que acudieron ciudadanos; así como la presencia de ciudadanos electos por distintas villas en la asamblea convocada en 1188 en la misma ciudad de León por Alfonso IX. De este modo, y como se ha señalado acertadamente Escudero, “las Cortes leonesas constituyen las primeras asambleas de la Europa medieval a las que asisten ciudadanos –en 1170-, e incluso ciudadanos *elegidos*, en 1188” (subrayado del autor) ¹¹. La reunión de 1188 puede probablemente considerarse como el primer parlamento en sentido propio del mundo ¹², y fue seguida por otras con características similares ¹³.

De este modo, primero en León y luego en los restantes reinos ibéricos ¹⁴ y

11 José Antonio ESCUDERO, *Curso...*, cit., pág. 530.

12 Sobre los requisitos para que una reunión de la *curia regis* pueda ser considerada parlamento, véase Robert Howard LORD, “The Parliaments of the Middle Ages and the Early Modern Period”, en *Catholic Historical Review*, 16, 1930, págs. 125 ss.

13 Véase el completo trabajo de Evelyn S. PROCTER, *Curia y Cortes en Castilla y León 1072-1295*, traducción de Antonio S. Durán y Salustiano Moreta, Cátedra, Madrid, 1988. En págs. 120 ss. se justifica la participación ciudadana en las curias leonesas de 1188, 1202 y 1208. Aunque como se aprecia en el citado trabajo esta circunstancia había sido estudiada desde hace décadas en la doctrina británica, un trabajo más reciente, de alcance más general, y probablemente de mayor difusión, ha vuelto a destacar en el Reino Unido la importancia de esas Cortes, y la mayor antigüedad de las mismas respecto a los primeros parlamentos ingleses. Se trata de la obra de John KEANE, *The life and death of democracy*, Simon & Shuster Uk Ltd., London, 2009. En págs. 169 ss., este autor realiza un sagaz análisis del contexto histórico que provocó esa convocatoria de Cortes, señalando cómo las guerras con los musulmanes y la debilidad de las ciudades leonesas estuvieron en la base de la misma, que considera como el origen de la democracia representativa: “... let’s go back in time, to the years of the twelfth century, to the extraordinary moment of birth of one of the core components of what would later be called representative democracy. The institution had no precedent. It was a new type of governing body (...)

» Where was it born? Contrary to some old-fashioned, devoutly British accounts, which think of Big Ben as timeless, and suppose, arrogantly, that parliamentary institutions were ‘incomparably the greatest gift of the English people to the civilization of the world’ [este inciso es una cita de A. F. Pollard, *The evolution of Parliament*, London, 1920], parliaments were in fact an invention of what is today northern Spain, in Europe, that little patch of earth that stretches from the Mediterranean basin to the Arctic Circle”...

14 A título de muestra, sobre las Cortes medievales en los reinos de León y Castilla, puede verse VV. AA., *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, Cortes de Castilla y León, 2 vols., Valladolid, 1988. El volumen II incluye trabajos sobre las Cortes valencianas, aragonesas, catalanas y navarras. Sobre Cortes de Castilla en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna, César OLIVERA SANTOS, *Las Cortes de Castilla y León y la crisis del reino (1445-1474). El registro de Cortes*, Congreso Internacional sobre la «Historia de las Cortes de Castilla y León», Burgos, 1986; y Juan Manuel CARRERERO ZAMORA, *Corpus documental de las Cortes de Castilla (1475-1517)*, Cortes de Castilla-La Mancha, Toledo, 1993, que incluye, además de los documentos, un estudio previo de las mismas. A pesar de que su orientación iba claramente dirigida a entroncar las Cortes de Cádiz con los antecedentes históricos, sigue siendo probablemente uno de los más completos estudios el de Francisco MARTÍNEZ MARINA, *Teoría de las Cortes o Grandes Justas Nacionales de los Reinos de León y Castilla*, Imprenta de D. Fermín Villalpando, 3 vols., Madrid, 1813, hoy accesible en http://books.google.es/books/about/Teor%C3%ADa_de_las_Cortes.html?hl=es&id=O3ADAAAAQAAJ (fecha de consulta 28 de abril de

Europeos¹⁵, el origen de la institución parlamentaria como asamblea representativa supuso, durante la Baja Edad Media europea, que dicha institución comenzó a compartir el poder con el monarca, asumiendo importantes funciones presupuestarias, financieras, legislativas y de control, que constituyen en realidad el antecedente de dichas funciones en los parlamentos contemporáneos.

2.2. La configuración histórica de la monarquía parlamentaria en Europa. Referencia a Inglaterra y la Europa continental.

Durante la Edad Moderna, la evolución de la monarquía y su relación con la institución parlamentaria adquiere características diferentes en los distintos reinos europeos. Normalmente suele simplificarse esta evolución separando lo que sucede en la Europa continental y en Inglaterra, aproximadamente con este esquema:

a) en el continente, el rey va ganando poder frente al Parlamento, necesitando cada vez menos de este, y llegando a convertirse en un monarca absoluto. Suelen señalarse muchos factores para explicar esta evolución, si bien los mismos suelen sintetizarse en la existencia de otras fuentes de financiación para la Corona y para los conflictos bélicos que, por otro lado, tienen unas características claramente diferentes a los medievales (de este modo se apuntan factores como el origen de los bancos, el descubrimiento de América o el surgimiento de ejércitos permanentes y aparatos burocráticos modernos). En cualquier caso, estos u otros factores provocan que sea en este momento y lugar cuando se pueda hablar en sentido estricto de monarquías absolutas.

b) en cambio, en Inglaterra, la institución parlamentaria no sufre el mismo proceso de debilitación, y al menos desde el siglo XVII se intensifica la limita-

2015). De esta obra se ha dicho que “constituye probablemente el más ambicioso e importante estudio que jamás se haya escrito sobre las asambleas políticas representativas –Cortes, Dietas, Parlamentos, etcétera– en el ámbito del mundo occidental” (José Antonio ESCUDERO, “Martínez Marina y la Teoría de las Cortes”, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, www.juridicas.unam.mx, fecha de consulta 28 de abril de 2015).

15 Robert Howard LORD, “The Parliaments...”, cit., págs. 130 ss., cita los siguientes parlamentos como pioneros en el mundo: 1188 León, 1218 Cataluña, 1232 Sicilia y Nápoles, 1233 Languedoc, 1200 Castilla, 1254 Portugal, 1255 Alemania (la Dieta del Imperio), 1274 Aragón, Navarra, 1280 Bohemia, Brandenburgo, 1281 Austria, 1283 Valencia, 1286 Piamonte, 1295 Inglaterra, 1300 Irlanda, 1302 Francia (los Estados Generales), 1307 Baviera, 1309 Bretaña, 1326 Escocia, 1337 Normandía, 1350 Sajonia, 1397-8 Hungría, 1435 Suecia, 1468 Dinamarca, 1493 Polonia, 1498 Noruega, 1613 Rusia.

ción de los poderes del monarca, dando origen a la monarquía limitada y constitucional. En cierto modo, Inglaterra anticipa su revolución un siglo a la francesa, pero ello permite que en la evolución de las relaciones entre Corona y Parlamento no se produzca en la isla una ruptura, sino un lento proceso secular de fortalecimiento del Parlamento a costa de los poderes del monarca.

Desde luego, la anterior visión no deja de ser un tanto simplista, y aun cuando pudiera servir para reflejar el evidente contraste entre la evolución de la institución parlamentaria en Inglaterra (donde nunca desapareció) y Francia (donde los Estados Generales dejaron de ser convocados entre 1614 y 1789), no refleja cabalmente la evolución seguida en toda Europa. En particular, España parece situarse en una “tercera vía”, pues la institución parlamentaria, sin llegar a mantener la pujanza de la inglesa, no llegaría a desaparecer y mantendría siempre algunas funciones relevantes¹⁶. En efecto, las distintas Cortes nunca desaparecieron, y siguieron reuniéndose tras la unificación de los reinos medievales, si bien probablemente con menos poder y menor temporalidad, sobre todo tras el aplastamiento del movimiento comunero¹⁷. En cualquier caso, de alguna manera siempre supusieron un cierto contrapeso o limitación del poder del monarca.

Incluso en el siglo XVIII, época de la monarquía absoluta por antonomasia, aunque las Cortes de la Corona de Aragón (no así las de Navarra) desaparecieron con el régimen derivado de la Nueva Planta, se mantuvieron reuniones de las Cortes de Castilla, convertidas en Cortes Generales al conceder voto en las mismas a las ciudades de la Corona de Aragón. Y así, por ejemplo, además de la convocatoria inicial de 1701-1702 en Castilla, Aragón y Cataluña (las dos últimas aún no habían desaparecido) fueron convocadas Cortes en 1709, 1712, 1724, 1760 o 1789¹⁸. Y si bien su función se limitaba la mayor parte de

16 Véase en esta línea mi trabajo, “Cádiz e Iberoamérica: sobre las influencias medievales y contemporáneas en la Constitución de 1812... y en Iberoamérica”, en F. Javier Díaz Revorio, Miguel Revenga Sánchez, José Manuel Vera Santos (dirs.), *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 23 ss.

17 Como ha destacado Feliciano BARRIOS, “Las Cortes de los reinos españoles en los siglos XVI y XVII”, en José Antonio ESCUDERO (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Espasa, Madrid, vol. I, 2011, pág. 138, “la Monarquía de España de los siglos XVI y XVII, en cuanto que formación política compleja, tiene en la conservación del Derecho e instituciones privativos de las partes que la conforman una de sus características esenciales”, de manera que “las Cortes entran en la modernidad con el bagaje de un rico pasado y con las perspectivas de ocupar un lugar de privilegio en la estructura jurídico-institucional que en el último tercio del siglo XV se estaban conformando” (pág. 139); y si bien es obvio que los siglos XVI y XVII supusieron una cierta decadencia de las Cortes, las mismas no solo mantuvieron su existencia sino cierta virtualidad (pág. 148).

18 Véase Pere MOLAS, “Las Cortes nacionales en el siglo XVIII”, en José Antonio ESCUDERO

las veces a aspectos dinásticos, su importancia constitucional se mantuvo en el pensamiento político ¹⁹.

Sea como fuere, es claro que los orígenes del constitucionalismo en los siglos XVII (Inglaterra) y XVIII (Europa continental) vienen indisolublemente unidos a la limitación del poder real y el fin de las monarquías absolutas, dando paso (allí donde la monarquía se mantuvo) al establecimiento de monarquías limitadas, constitucionales, y más tarde parlamentarias, en los términos antes apuntados ²⁰, aunque ciertamente parece que la monarquía parlamentaria tiene más en Inglaterra que en el continente una sustancia histórica o evolutiva ²¹. Si durante la monarquía absoluta se considera que el monarca lo es por su pertenencia a una dinastía determinada y su poder deriva de Dios, el racionalismo propio de la Ilustración implicará un cuestionamiento de esas fuentes de legitimidad, unido a la necesidad de justificar democráticamente el poder político.

En este contexto, la monarquía constitucional, y después la parlamentaria, aparecerán como fórmulas que tratan de unir la legitimación tradicional del rey con la racionalización del poder político ²². En concreto, la monarquía parlamentaria se caracteriza porque el mantenimiento de la jefatura del Estado de carácter vitalicio y hereditario se compatibiliza con la mayor racionalización democrática en el diseño del modelo de separación de poderes ²³. Ello implica que el propio monarca pierde todo poder político, partiendo la legitimidad de los demás poderes del Parlamento, que es quien elige, legitima y controla al poder ejecutivo. Como es sabido, se han buscado diversas definiciones o fórmulas sintéticas que

(dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Espasa, Madrid, vol. I, 2011, págs. 156 ss.

¹⁹ Véase Pere MOLAS, “Las Cortes...”, cit., pág. 156.

²⁰ Sobre esta evolución en Europa, puede verse por ejemplo Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES y Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, *La monarquía y la Constitución*, cit., págs. 19 ss.

²¹ Como pone de relieve Georg JELLINEK, *Teoría general del Estado*, cit., pág. 535, “la monarquía parlamentaria descansa en el continente, no obstante haber intentado copiar el modelo inglés, sobre bases enteramente distintas de las de éste. En Inglaterra es producto de una larga evolución histórica; en el continente resultado de teorías abstractas”.

²² En relación a las distintas monarquías europeas en la época contemporánea, puede verse Ángel MENÉNDEZ REXACH, *La jefatura del Estado en el Derecho Público español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979; o Mariano GARCÍA CANALES, “Las monarquías parlamentarias europeas”, en Antonio Torres del Moral y Yolanda Gómez Sánchez (coords.), *Estudios sobre la monarquía*, UNED, Madrid, 1995, págs. 43 ss.

²³ Como destaca Mariano GARCÍA CANALES, *La monarquía parlamentaria...*, cit., págs. 66 ss., la fundamentación democrática es el sustento de la preponderancia del órgano representativo en la monarquía parlamentaria.

expliquen este modelo, y así pueden señalarse, por ejemplo, las siguientes ²⁴:

a) la monarquía parlamentaria sería aquel sistema en el que “el rey reina, pero no gobierna” (expresión atribuida a Adolphe Thiers, quien más tarde fuera Presidente de la República, en referencia a Carlos X de Francia ²⁵).

b) el sistema en el que el monarca tiene derecho a “ser consultado, animar y advertir”, tal y como lo definiera Walter Bagehot ²⁶.

c) Un sistema en el que el monarca carece de toda “potestas” pero posee la máxima “auctoritas”, pues no ejerce ningún poder político, pero desempeña una importante función simbólica y representativa ²⁷.

24 Sobre el sentido último y definiciones de la monarquía parlamentaria, véanse por ejemplo, Manuel ARAGÓN REYES, “La monarquía parlamentaria...”, cit., págs. 59 ss.; Mariano GARCÍA CANALES, *La monarquía parlamentaria española*, Tecnos, Madrid, págs. 39 ss.; Antonio TORRES DEL MORAL, “La monarquía parlamentaria como forma política...”, cit., págs. 41 ss.

25 La expresión “el rey reina, pero no gobierna”, es generalmente atribuida a Adolphe Thiers, autor de diversos libros y escritos, jurista, y político que fue en varias ocasiones ministro, y finalmente presidente de la III República francesa; a título de muestra, Pedro DE VEGA, “El rey, jefe de Estado, símbolo de su unidad y permanencia”, en VV.AA., *VII Jornadas de Derecho Parlamentario. La monarquía parlamentaria*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, pág. 66. En el mismo sentido, entre otros, Juan Luis CEBRIÁN, “El no gobierna, pero reina”, en *El País*, 23 de junio de 2014, http://elpais.com/elpais/2014/06/22/opinion/1403444492_752170.html, fecha de última consulta 16 de mayo de 2015, atribuye la frase “el rey reina, no gobierna”, a Adolphe Thiers. Puede verse también la referencia que se hace en <http://www.artehistoria.com/v2/personajes/6576.htm> (fecha de consulta 16 de mayo de 2015). Sin embargo, algunas fuentes apuntan que en realidad fue el canciller polaco Jan Zamoyski el primero en pronunciarla en el siglo XVI, cuando se enfrentó desde el Parlamento de la Mancomunidad de Polonia-Lituania al rey Segismundo III (como muestra, Octavio ESPÍNDOLA ZAGO, “Más allá del Rin: La República de las Dos Naciones, 1569-1795”, en http://historia.dosmildiez.net/COORDINACION/wp-content/uploads/2013/01/La-Rep%C3%BAblica-de-las-Dos-Naciones-1569-1795_.pdf, fecha de consulta 16 de mayo de 2015, o José María ALONSO, “El rey reina pero no gobierna”, en *Diario español República Constitucional*, <http://www.diariorc.com/2013/03/04/el-rey-reina-pero-no-gobierna/>, fecha de consulta 16 de mayo de 2015).

Por su parte, Manuel JIMÉNEZ DE PARGA, “El estatuto del rey en España y en las monarquías europeas”, en Pablo Lucas Verdú (dir.), *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Universidad Complutense, Madrid, 1983, págs. 114 ss., lo enuncia en estos términos: “el Rey no gobierna, pero reina”.

26 Se trata quizá de una de las expresiones más célebres (y más citadas) para definir la monarquía parlamentaria. Walter Bagehot, *The English Constitution* (1867), traducción de Alfonso Posada, *La Constitución inglesa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, citado por edición en pdf <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1582> (fecha de consulta 16 de mayo de 2015), trabajo en el que el autor identificaba a la monarquía como la “parte digna” del gobierno, frente a la “parte eficiente” del mismo.

27 Es una idea muy repetida en la doctrina. Véase por ejemplo Manuel ARAGÓN REYES, “La monarquía parlamentaria...”, cit., pág. 60.

Se configura así como la única forma de que la monarquía sobreviva en un Estado plenamente democrático, y como una alternativa a la república, ya que a partir de la revolución francesa y la independencia americana, esta última va a ser asumida como forma de gobierno por no pocos países. Con todo, no son pocas las monarquías parlamentarias que se mantienen hoy en el mundo. Podría decirse que cada país elige la forma de gobierno más acorde a su Historia y o a las circunstancias políticas propias de su nacimiento. Así, en algunos estados como Estados Unidos y la mayoría de los Estados del continente americano, la ruptura con la metrópoli implicó también el abandono de las monarquías, habiendo sido la república la forma de gobierno imperante desde los orígenes en el continente (aunque con excepciones temporales en Brasil o México, y permanentes en el caso de Canadá²⁸). En cambio, en Europa algunos países como Inglaterra, la mayoría de los Estados nórdicos o España se han mantenido en líneas generales fieles a la monarquía (con breves excepciones temporales en algunos casos), que ha seguido la apuntada evolución hasta los actuales sistemas de monarquía parlamentaria. Por último, en otros Estados como Francia, o más tarde Italia, la oscilación entre las dos formas de gobierno ha sido la característica más acusada de su Historia contemporánea.

2.3. De la monarquía limitada a la monarquía parlamentaria en el constitucionalismo histórico español.

En España, como ya he destacado, el debilitamiento del poder del Parlamento en la Edad Moderna no es tan intenso como el que se produce en otros países como Francia, de tal manera que las Cortes nunca llegaron a desaparecer, ni si-

²⁸ Como es sabido, Brasil prosiguió con la forma monárquica de gobierno tras la independencia, con los reyes Pedro I y Pedro II (sobre este período véase por ejemplo Carlos D. MALAMUD RIKLES, “Brasil: del dominio oligárquico al «milagro»”, en VV.AA., *Gran Historia universal*, Club Internacional del Libro, Madrid, vol. 31, págs. 339 ss.). El caso de México fue mucho más efímero, y se materializó en el imperio de Agustín de Iturbide (1822), que solo duraría un año. Véase por ejemplo Jaime DELGADO, “La evolución política en el siglo XIX”, en VV.AA., *Gran Historia universal*, cit., vol. 31, págs. 233 ss., especialmente en págs. 242 ss., que profundizan sobre el debate monarquía-república y las causas del monarquismo en América, que tuvo en el imperio de Iturbide la “única solución monárquica triunfante en América, si bien de modo fugacísimo” (en realidad habría que afirmar que fue la única solución triunfante en la América hispana). Por último, es bien diferente el caso de Canadá, un país que nunca declaró formalmente su independencia, cuya Constitución se compone de diversos textos legales históricos, como las leyes constitucionales de 1867 y 1982 (que reforma la anterior), y de convenciones, y que aún a día de hoy reconoce como jefe de Estado a la reina de Inglaterra (incluso el artículo 9 atribuye el poder ejecutivo a la reina). Puede verse abreviadamente sobre este tema, por ejemplo, Luisa MATHEUS SAMPER, “Introducción al estudio de la Constitución de Canadá”, en *Revista de Derecho. Universidad del Norte*, nº 22, 2004, págs. 254 ss.

quiera en el siglo XVIII con la llegada de los Borbones, si bien sus reuniones se espaciaron y sus funciones fueron limitándose hasta casi quedar reducidas a aspectos dinásticos. De este modo, la monarquía absoluta no fue “tan absoluta” como la francesa, aunque en términos generales no puede llegar a hablarse de monarquía limitada hasta los inicios de la Edad Contemporánea.

En este sentido, puede considerarse que el Estatuto de Bayona de 1808 establece una monarquía limitada, al tratarse en realidad de una “carta otorgada” en la que el rey da cierta participación a los representantes de la Nación ²⁹.

Aunque no es fácil precisar cuándo se pasaría de la monarquía limitada a la constitucional, quizá pueda entenderse que ya la Constitución de 1812 (cuyo articulado habla de “monarquía moderada”) entra en los parámetros de este último modelo, en la medida en la que las atribuciones del rey se circunscriben a las que establece la norma fundamental, pero el mismo no pierde por completo sus poderes de decisión política ni las funciones constitucionales que puede adoptar discrecionalmente, manteniendo funciones ejecutivas, e incluso legislativas a través de la iniciativa legislativa y del veto ³⁰

29 En general, sobre el Estatuto de Bayona, puede verse la obra colectiva de Enrique ÁLVAREZ CONDE y José Manuel VERA SANTOS, *Estudios sobre la Constitución de Bayona, La Ley*, Madrid, 2008. Más ampliamente, sobre el constitucionalismo histórico español, con repaso de todos los textos desde 1808: Francisco Javier GARCÍA FERNÁNDEZ, Eduardo ESPÍN TEMPLADO, *Esquemas del constitucionalismo español “1808-1976”*, dirección y estudio preliminar de Jorge DE ESTEBAN, Universidad Complutense, Madrid, 1976; José Manuel VERA SANTOS, *Las constituciones de España*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008; Antonio TORRES DEL MORAL, *Constitucionalismo histórico español*, Universidad Complutense, Madrid, 5ª edición, 2004, págs. 28 ss.; Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y constituciones*, Alianza Editorial, Madrid, 1989; Carmen Llorca, *Parlamentarismo y constituciones en España*, editorial Itsmo, Madrid, 1988. Por su parte, Joaquín Tomás VILLARROYA, *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 11ª edición, 1994, comienza en el texto de 1812. Especialmente recomendables son los nueve volúmenes de Miguel ARTOLA (dir.). *Las constituciones españolas*, Iustel, Madrid, 2008. Un análisis específico sobre la cuestión de la jefatura del Estado en nuestro constitucionalismo histórico puede verse en Ángel MENÉNDEZ REXACH, *La jefatura del Estado...*, cit., págs. 213 ss. También un estudio monográfico se contiene en Joaquín VARELA SUANZES, “La Monarquía en la historia constitucional española”, en Antonio Torres del Moral y Yolanda Gómez Sánchez (coords.), *Estudios sobre la monarquía*, UNED, Madrid, 1995, págs. 29 ss.

30 Además de las obras de alcance general citadas en nota anterior, existe una amplísima bibliografía sobre la Constitución de 1812, que se ha ampliado notablemente con ocasión de su bicentenario. Aquí no resulta posible reflejar esa gran cantidad de trabajos, simplemente a título de muestra, y teniendo en cuenta su carácter amplio y exhaustivo, puede mencionarse José Antonio ESCUDERO (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Espasa-Fundación Rafael del Pino, 3 volúmenes, Madrid, 2011. Sobre el tema que ahora nos interesa, pueden verse especialmente los trabajos de Emiliano GONZÁLEZ DÍEZ, “Monarquía y Corona en la Constitución gaditana”, y de Fernando VAL GARIJO, “Rey, Cortes y política

El constitucionalismo decimonónico español, como es bien sabido, se caracteriza por las oscilaciones entre textos más conservadores y otros más liberales o progresistas, lo que desde el punto de vista de las atribuciones del monarca implica que encontramos textos que le otorgan todavía amplios poderes de decisión, junto a otros que limitan de forma más notoria esas atribuciones, acentuando el protagonismo y el peso político del Parlamento. Si bien no resulta fácil en todos los casos precisar en cuál de las categorías o fases antes descritas se ubica cada modelo constitucional, en general podría decirse que la mayoría de los textos establecen monarquías constitucionales, en las que el rey ejerce solo las funciones constitucionalmente atribuidas, pero conserva poderes de cierta importancia, incluida la participación en la función legislativa y su posición como cabeza del poder ejecutivo³¹. De lo dicho podría exceptuarse quizá el Estatuto Real de 1834, que por sus características podría parecer más bien una Carta otorgada que establece una monarquía limitada³²; y, en el extremo opuesto, la Constitución de 1869, que más bien parece aproximarse al modelo parlamentario adelantando sus principales características (por ejemplo, el rey pierde sus atribuciones vinculadas a la función legislativa, y aunque sigue encarnando el poder ejecutivo, lo ejerce por medio de sus ministros que refrendan todos sus actos y responden por ellos). Los demás textos constitucionales decimonónicos (Constituciones de 1837, 1845, la nonnata de 1856, y tras la Restauración, la Constitución de 1876), a pesar de las diferencias entre ellos en cuanto a la intensidad de los poderes del monarca, configurarían en todos los casos una monarquía constitucional³³. Quedan fuera de nuestro análisis, como es obvio, el proyecto de Constitución federal de 1873, y ya en el siglo XX, la Constitución de 1931, dado que en ambos casos se estableció un sistema republicano.

exterior”, incluidos en el volumen III, págs. 81 ss., y 98 ss., respectivamente.

31 En sentido similar al aquí defendido, Francesc DE CARRERAS, “Significado constitucional de la monarquía parlamentaria”, cit., pág. 222, quien sostiene que la monarquía en el constitucionalismo español del siglo XIX fue “una monarquía constitucional sin llegar nunca a tener el carácter de monarquía parlamentaria”.

32 Sobre esta debatida cuestión, por todos, Joaquín TOMÁS VILLARROYA, *Breve historia...*, cit., pág. 33, que lo califica como “Constitución otorgada de condición y significación parecidas a la concedida por Luis XVIII, en 1814”; en cambio cuestiona esa calificación Antonio TORRES DEL MORAL, *Constitucionalismo histórico español*, cit., págs. 59-60.

33 Sobre la monarquía constitucional en España en el siglo XIX, además de las obras anteriormente citadas de alcance más general, véanse por ejemplo los trabajos específicos incluidos en el volumen Javier Tusell, Ángeles Lario, Florentino Portero (eds.), *La Corona en la historia de España*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003; o Antonio COLOMER VIADEL, *Los liberales y el origen de la monarquía parlamentaria en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993; José María GARCÍA ESCUDERO, “La monarquía parlamentaria en la Historia de España”, en VV.AA., *VII Jornadas de Derecho Parlamentario. La monarquía parlamentaria*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, págs. 47 ss.

3. La Monarquía Parlamentaria en la Constitución Española de 1978: Características generales.

De lo anterior se deduce que, en realidad, con la dudosa excepción (parcial, y en todo caso de breve vigencia) de la Constitución de 1869, puede decirse que hasta 1978 no contamos con una auténtica monarquía parlamentaria. Me parece que esta idea es importante, porque si bien la monarquía ha sido casi una constante en nuestra Historia constitucional (y una constante total en nuestra Historia preconstitucional), la verdad es que la monarquía parlamentaria no contaba con precedentes claros y asentados en España³⁴. Ello significa que, si bien la Constitución de 1978 reinstaura la monarquía eligiendo como monarca a Don Juan Carlos I como “legítimo heredero de la monarquía histórica” (art. 57.1), establece en realidad “ex novo” un modelo de monarquía parlamentaria (art. 1.3) cuyos parámetros son los que derivan de la propia regulación constitucional³⁵. Por lo demás, probablemente para establecer esta regulación el constituyente se haya inspirado, al menos en lo relativo a las atribuciones del rey, en otras monarquías extranjeras contemporáneas, más que en nuestro constitucionalismo histórico cuyo último modelo (1876) resultaba ya demasiado alejado.

En cualquier caso, queda fuera de toda duda que el modelo establecido es el de la monarquía parlamentaria, no solo por la mención expresa del artículo 1.3, sino por la configuración general que se deriva del título II. La Constitución da al rey el mayor valor simbólico y representativo, pero le priva de todo poder de decisión política. Por ello la práctica totalidad de sus funciones están sometidas a

34 Como apunta Óscar ALZAGA, “La monarquía parlamentaria, forma política del Estado”, en VV.AA., *VII Jornadas de Derecho Parlamentario. La monarquía parlamentaria*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, pág. 55, “durante nuestro proceso constituyente de 1977 a 1978 hay un único referente, y ese único modelo es la monarquía parlamentaria europea”. Y en pág. 56 añade que “las monarquías parlamentarias europeas restantes son fruto de un proceso evolutivo, mientras que la nuestra es fruto de un salto vinculado a un proceso de racionalización”.

35 Como acertadamente destaca Francesc DE CARRERAS, “Significado constitucional de la monarquía parlamentaria”, cit., págs. 221 ss., si bien la monarquía parlamentaria establecida en la Constitución de 1978 no continúa ninguna tradición histórica (pues la monarquía decimonónica fue constitucional), la razón por la que se adoptó la monarquía parlamentaria fue continuar la tradición monárquica española. Ello se explica por el compromiso entre los partidarios del mantenimiento de la monarquía, y quienes exigían un modelo plenamente democrático, descentralizado y basado en el reconocimiento de los derechos. En pág. 227 afirma este autor: “En el fondo, lo que se exigía por parte de unos era que el titular de la jefatura del Estado siguiera siendo el rey y, por parte de otros, que el contenido esencial de la Constitución –su forma de Estado y de gobierno, sus derechos fundamentales y su organización territorial– fuera republicano, en el sentido democrático y social del término. La monarquía parlamentaria permitía satisfacer a ambas partes”.

refrendo, siendo irresponsable por el ejercicio de las mismas, ya que esa institución transfiere la responsabilidad al refrendante.

El modelo es, por tanto, obra de la Constitución, y encuentra en la misma la fuente de su legitimidad y de su regulación. La racionalización ha sido aparentemente completa, en la medida en que el rey carece de todo poder de decisión, quedando estos en manos de poderes con legitimidad democrática directa (Parlamento) o indirecta (poder ejecutivo). Con todo, como es obvio, ese proceso racionalizador no puede ser ajeno del todo a la Historia, de tal manera que la Constitución reconoce el peso de esta en la configuración de la Corona y de la monarquía, comenzando por la propia legitimidad del rey Don Juan Carlos I. La Constitución legitima, la Historia sirve para explicar y justificar la decisión del poder constituyente.

Por otro lado, en aquellos aspectos de la monarquía que la Constitución no regula, es posible acudir a los precedentes históricos en lo que estos resulten compatibles con el modelo de monarquía parlamentaria, ya que, por un lado, los antecedentes históricos son un elemento a utilizar para interpretar las normas jurídicas (art. 3.1 del Código Civil); y por otro, si estos precedentes cumplen los requisitos para ser considerados costumbre, hay que tener en cuenta que esta puede actuar como fuente en Derecho Constitucional en lo que no se oponga a la norma escrita ³⁶.

Pero incluso en esta consideración de la Historia ha de adoptarse una perspectiva dinámica, teniendo en cuenta que la capacidad de adaptación que la monarquía ha demostrado en el pasado, debe seguir existiendo en el presente y el futuro. No en vano la propia realidad social es otro elemento interpretativo. Por tanto, si bien la Constitución es la primera y principal fuente reguladora de nuestra monarquía parlamentaria, la Historia juega su papel y aporta una perspectiva dinámica que hay que considerar en la adaptación de esta institución a los tiempos actuales. Voy a intentar desgranar estos aspectos, partiendo de las pautas esenciales de la regulación de la Corona en nuestro sistema constitucional.

³⁶ Sobre este tema, véase el completo estudio de Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, *La costumbre en el Derecho Constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1989, que analiza los requisitos de la costumbre (págs. 43 ss.) y su tipología (págs. 447 ss.), entre otros muchos aspectos. En particular, sobre el papel de la costumbre en la fijación de las funciones y posición del rey en las monarquías parlamentarias europeas, Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES y Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, *La monarquía y la Constitución*, cit., págs. 83 ss.

3.1. La recepción constitucional de la monarquía parlamentaria (art. 1.3).

La Constitución utiliza la expresión “monarquía parlamentaria” para referirse a la “forma política”, expresión que quizá trata de sintetizar las clásicas categorías de “forma de gobierno” y “régimen político”³⁷, aunque técnicamente, y de acuerdo con las clasificaciones tradicionales, la monarquía sería una forma de gobierno, y el parlamentarismo un sistema de gobierno.

En cualquier caso, parece claro que el constituyente quiso incorporar en la misma fórmula los elementos propios de la monarquía, y del sistema de gobierno parlamentario, acogiendo una expresión que, como ya hemos apuntado, posee gran tradición histórica y ha sido utilizado en diversos sistemas europeos en los que la Corona ha perdido toda capacidad de decisión política en favor del Parlamento.

Por lo demás, es significativo que dicha fórmula se haya incorporado ya en el mismo artículo 1 de la Constitución, que contiene las definiciones esenciales de nuestro modelo constitucional, definiendo al Estado como social y democrático de Derecho, proclamando los valores superiores de su ordenamiento (art. 1.1), y reconociendo la soberanía del pueblo español (art. 1.2). De este modo, la opción por la monarquía parlamentaria aparece como una de las grandes decisiones del poder constituyente, cuya alteración, además de requerir el procedimiento de reforma agravada del art. 168 (aplicable también, por cierto, a la completa regulación del título II), implicaría en realidad un cambio de régimen o sistema jurídico-político.

3.2. El papel del rey (art. 56).

En coherencia con la definición del modelo plasmada en el comentado artículo artículo 1.3 de la norma suprema, el título II de la Constitución se dedica a

³⁷ La doctrina ha destacado la ambigüedad de la expresión “forma política”, que parece apartarse de las terminologías clásicas de “formas de Estado” o “formas de gobierno”. Véase por ejemplo Manuel ARAGÓN REYES, “La monarquía parlamentaria (comentario al art. 1.3 de la Constitución)”, en *Dos estudios...*, cit., págs. 23 ss. Por su parte, Pablo LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 380, sostenía que “...afirmar: «La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria» llega a yuxtaponer nada menos que la forma de Estado, forma de gobierno y el sistema de gobierno en un mismo dispositivo. ¡Es algo difícilmente asimilable por la conciencia y la sabiduría del estamento profesoral!”. Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, *El poder del rey...*, cit., págs. 32-33, sostiene que la monarquía parlamentaria “sólo como *símbolo político* puede ser denominada por el art. 1.3 CE *forma política del Estado español*”, pero no en cuanto a la división territorial del poder, ni en cuanto al modo de producir el Derecho (la clasificación kelseniana), ni en cuanto a la clasificación de las formas de Estado de Biscaretti.

la regulación de la Corona, estableciendo los criterios básicos de una monarquía parlamentaria en el sentido antes descrito y especialmente, en lo que ahora más interesa, las funciones y competencias del rey³⁸. En el contexto de este trabajo no es posible llevar a cabo un análisis o comentario exhaustivo de estas regulaciones constitucionales, que por lo demás han sido ya objeto de amplio análisis doctrinal³⁹. Me limitaré por ello a apuntar algunas de estas características, que resultan relevantes desde los objetivos de este estudio, que es poner de relieve el peso de la Constitución y de la Historia en la regulación de nuestro modelo, y su grado de apertura a las actuales circunstancias y exigencias. Apuntaré simplemente, por tanto, los principios que me parecen más destacados en la configuración de la monarquía parlamentaria:

a) La jefatura del Estado. Como proclama el art. 56 de la Constitución, el rey es el jefe del Estado. Es una consecuencia obvia de su condición de máxima magistratura, si bien, como vamos a ver de inmediato, las funciones concretas del Jefe de Estado dependerán del modelo o sistema de que se trate, quedando en la monarquía parlamentaria prácticamente reducidas a su papel representativo y simbólico⁴⁰.

38 Esta útil distinción entre funciones y competencias está explicada por ejemplo por Manuel ARAGÓN REYES, “Un nuevo rey en nuestra monarquía parlamentaria”, en *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 47, octubre de 2014, págs. 46 ss., en particular págs. 47 y 48. Las funciones serían mucho más amplias que las competencias, y en ocasiones pueden ejercerse a través de estas, aunque en otros casos las funciones no se realizan mediante actos competenciales. Como recuerda Aragón, “en la Constitución, las competencias se atribuyen, las funciones se reconocen o, incluso sin reconocerse expresamente, derivan de la propia naturaleza de la Institución” (pág. 48). En líneas generales, las funciones serían las enunciadas en el art. 56 de la Constitución, a las que enseguida nos referiremos, y que configuran lo que aquí he llamado “el papel del rey”, mientras que las competencias serían las enumeradas en los arts. 62 y ss.

39 Entre la doctrina que ha abordado la cuestión del papel constitucional del rey y sus funciones, a título de muestra, Antonio TORRES DEL MORAL, “La monarquía parlamentaria...”, cit., págs. 56 ss.; del mismo autor, “La monarquía parlamentaria como simbólica e integradora”, en *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 47, octubre de 2014, págs. 56 ss.; Javier GARCÍA FERNÁNDEZ, “Las funciones del rey en la monarquía parlamentaria”, en *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 47, octubre de 2014, págs. 66 ss.; Mariano GARCÍA CANALES, *La monarquía parlamentaria...*, cit., págs. 193 ss.; Pedro DE VEGA, “El rey, jefe de Estado, símbolo de su unidad y permanencia”, cit., págs. 65 ss.; Luis LÓPEZ GUERRA, “Las funciones del Rey y la institución del referendo”, en Antonio Torres del Moral y Yolanda Gómez Sánchez (coords.), *Estudios sobre la monarquía*, UNED, Madrid, 1995, págs. 61 ss.; Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, *El poder del rey...*, cit., págs. 83 ss.; Miguel SATRÚSTEGUI, “La Corona”, en Luis López Guerra y otros, *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. II, págs. 17 ss.; Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 11ª edición, revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán, 2007, págs. 650 ss.

40 Sobre las justificaciones de la jefatura del Estado y los motivos del mantenimiento de la forma monárquica tras la revolución burguesa, véase Javier PÉREZ ROYO, “La Jefatura del Estado en la monar-

b) El rey está separado del poder ejecutivo. A diferencia de otros precedentes históricos, en la Constitución de 1978 la Corona se regula en un título diferente al propio del poder ejecutivo (título II frente a título IV, si bien este último se denomina “Del Gobierno y la Administración”). Es esta una característica esencial de la monarquía parlamentaria, hasta el punto de que cabe decir que la separación entre las funciones de jefe del Estado y Gobierno es obra del propio modelo de monarquía parlamentaria, pues no existe (o no de manera tan clara) en otras fases de la monarquía, y es también desconocida en los modelos presidencialistas, en los que la posición de jefe de Estado y la de presidente del Gobierno son encarnadas por la misma persona. Se diría que es precisamente una necesidad de la monarquía parlamentaria la separación de la figura del jefe del Estado, para que el mismo esté fuera de los poderes del Estado. Ello es consecuencia de una evolución en la que primeramente el Ejecutivo es encabezado por el propio rey, para pasar después a un Ejecutivo dual (rey/presidente o primer ministro), y finalmente quedar encabezado exclusivamente por el presidente del Gobierno. Creo que esta idea es correcta aunque en realidad el mismo diseño se haya trasladado a las repúblicas parlamentarias (en los modelos mixtos como el francés hay en realidad un Ejecutivo dual). Y también es compatible con la circunstancia de que en otras monarquías parlamentarias formalmente el monarca puede seguir apareciendo como cabeza del poder ejecutivo. Pero materialmente es incuestionable que no participa en las funciones o en la toma de decisiones propias del Gobierno.

c) La función simbólica. El artículo 56 afirma que el rey es “símbolo” de la unidad y permanencia del Estado⁴¹. Esta función simbólica es sin duda alguna de trascendental importancia, pues en su virtud la figura del monarca se convierte en una imagen personificada del propio Estado, en un emblema del mismo como lo es la bandera (art. 4 de la Constitución), el himno o el escudo⁴². En mi opinión, esta función simbólica se relaciona también con la Historia, en la medida en que

quía y en la república”, en Pablo LUCAS VERDÚ (dir.), *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Universidad Complutense, Madrid, 1983, págs. 87 ss. También sobre la Jefatura de Estado monárquica, Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES y Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, *La monarquía y la Constitución*, cit., págs. 144 ss.

41 Desde una perspectiva histórica, un interesante trabajo sobre esta función simbólica puede encontrarse en Javier ALVARADO PLANAS, “La Corona como símbolo”, en Antonio Torres del Moral y Yolanda Gómez Sánchez (coords.), *Estudios sobre la monarquía*, UNED, Madrid, 1995, págs. 77 ss.

42 Sobre los símbolos políticos sigue siendo del mayor interés el trabajo de Manuel GARCÍA PELAYO, *Mitos y símbolos políticos*, Taurus, Madrid, 1964, incluido en *Manuel García Pelayo. Obras completas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, vol. I, 2ª edición, 2009, págs. 909 ss., especialmente págs. 987 ss. Sobre el escudo, la bandera y el himno españoles, VV.AA., *Símbolos de España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

el propio Estado (al igual que la Nación española) es previo a la Constitución y ha venido configurándose tradicionalmente como una monarquía. De esta manera, la monarquía es hoy, más que otra cosa, un reconocimiento y un tributo a la Historia, y por ello tiene sentido en los Estados que tradicionalmente han tenido esta forma de gobierno, mientras que carecería por completo del mismo en países que no la han conocido históricamente.

d) La función representativa. En cierto modo relacionado con la función anterior, y con su propio papel como jefe del Estado, el propio art. 56 proclama que el rey “asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica”. Ello supone, desde luego, que le corresponde el máximo rango protocolario en todas las actuaciones de representación del Estado, siendo a estos efectos la primera figura del Estado. Pero además, se ha invocado esta función para justificar su papel de comunicación o mediación con otros jefes de Estado y altos dignatarios, aprovechando su *auctoritas* para defender los intereses de España, facilitando en su caso una comunicación más fluida o influyendo en lo posible para conseguir las posturas más favorables a nuestro país. Desde luego, esta idea es constitucionalmente admisible siempre que cualquier papel que desempeñe en este ámbito lo haga con pleno conocimiento y estrecha comunicación con el Gobierno. Algunos autores ⁴³ vienen apuntando la conveniencia de que, dada la delicadeza de esta función y la ausencia total de regulación de la misma, se proceda a aprobar una normativa que especifique qué actuaciones puede llevar a cabo en este terreno y con qué requisitos. En mi opinión, probablemente sea tan innecesario como inconveniente llevar a cabo esa regulación, que por lo demás nunca podría agotar todas las posibles actuaciones que el monarca podría llevar a cabo en este ámbito.

e) La función arbitral y moderadora. A diferencia de las anteriores, podría pensarse que esta función deja un margen de decisión política al monarca, en la medida en que podría adoptar libremente determinadas decisiones encaminadas al correcto funcionamiento de las instituciones. La doctrina suele apuntar como ejemplo de esta idea la propuesta de candidato a presidente del Gobierno, si bien en este punto los autores se dividen entre quienes piensan que, llegado el caso en el que los resultados electorales y las posteriores consultas con los representantes políticos no ofrezcan una conclusión evidente, tendría un cierto margen de apreciación; y quienes, por otro lado, piensan que en cualquiera de las hipótesis

⁴³ Véase por ejemplo el muy sugerente trabajo de Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, *¿Qué le falta a la Monarquía española para estar plenamente racionalizada? (La Monarquía española del Siglo XXI)*, THOMSON, Madrid 2015.

pueden deducirse reglas claras de actuación que impedirían la existencia de dicho margen a la hora de plantear la propuesta de candidato (y en su caso las sucesivas)⁴⁴. Con independencia de que, en caso de existir, dicho margen sería reducidísimo (y yo creo que el mismo desaparece si se piensa que la lógica del sistema le exige proponer a quien vaya a tener más apoyos parlamentarios y, en caso de que esto no se aprecie con claridad, en primer lugar al candidato propuesto por el grupo que tenga más diputados), lo importante es señalar que en general esta función arbitral y moderadora, en una monarquía parlamentaria, no se puede comparar con el sentido que tiene la misma para el jefe de Estado de una república como es el caso francés, a pesar de que este sea tal vez el antecedente más próximo. En la monarquía parlamentaria, esta función puede permitir su comunicación con los distintos órganos y poderes del Estado, sin descartar, en su caso, un mínimo papel de mediación, no reglada ni con opción a adoptar ningún tipo de medida ni decisión vinculante, y en todo caso sin asumir las funciones propias de otros órganos o poderes del Estado (como por ejemplo el Tribunal Constitucional)⁴⁵.

3.3. Las competencias del Rey y el referendo.

Hasta aquí las grandes funciones o papeles que puede desempeñar el monarca en el sistema español. Las mismas se concretan en una serie de competencias enunciadas fundamentalmente en los distintos apartados de los artículos 62 y 63. Se trata de una serie de funciones aparentemente esenciales, pero que en realidad no implican ninguna capacidad de decisión por parte del monarca. Como acabo de apuntar, acaso la única que ha planteado ciertas dudas al respecto es la propuesta de candidato a presidente del Gobierno (apartado d), pero tampoco parece

44 No podemos detenernos en este punto. Véase por todos el reciente comentario de Javier GARCÍA FERNÁNDEZ, “Las funciones del rey...”, cit., págs. 68 ss., quien incluye esta propuesta entre las potestades en las que el rey puede actuar con cierta autonomía política. Con gran amplitud, y recogiendo la doctrina que se ha pronunciado al respecto, Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, *El poder del rey...*, cit., págs. 303 ss.

45 Un reciente e interesante trabajo de Eloy GARCÍA, “El rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del art. 56.1 de la Constitución”, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 34, 2º semestre de 2014, especialmente en págs. 313 ss., centra en la neutralidad el papel del rey en lo que como veremos él llama una “República coronada”. En página 314 señala claramente que “no se trata ni de conferir al Rey nuevas potestades de reserva, ni de transferirle las atribuciones extraordinarias de un Presidente en la República parlamentaria”, sino más bien de “introducir una modulación diferente, en un componente o atribución constitucionalmente ya existente. La función arbitral o moderadora debe ser leída a la luz de lo que los propios padres de la Constitución consideraron principio matriz indeclinable, la soberanía popular”. Por ello el monarca neutral debe centrar su acción en tres ámbitos fundamentales: ejemplarizar, esclarecer, promover.

que la misma conlleve en realidad capacidad de decisión por parte del rey ⁴⁶. En todo caso, lo importante es destacar que estas competencias se le encomiendan con un carácter meramente formal y solemne, en virtud de la institución del refrendo.

Como es sabido, el refrendo es la firma que un titular legitimado estampa junto a la del rey. Es un requisito necesario para la validez de todos sus actos, excepto los que están constitucionalmente exentos del mismo (nombramiento de la distribución de su presupuesto de su Casa y Familia, que distribuirá libremente según el art. 65.1, y el nombramiento y relevo de los miembros civiles y militares de su Casa, que también hará con libertad según el art. 65.2). En todos los demás casos, los actos serán refrendados por el presidente del Gobierno o por los ministros competentes, con la excepción de la disolución de las Cortes cuando tras dos meses el Congreso no aprueba la investidura de ningún candidato, supuesto en el que el refrendante es el Presidente del Congreso (art. 64).

Aunque no en todos los casos el refrendante es el autor material del acto o quien ha adoptado la decisión política correspondiente, lo que sí se produce siempre es su asunción de la responsabilidad por dicho acto (art. 64.2 de la Constitución), así como de la adecuación del acto regio al ordenamiento. El refrendante expresa materialmente la voluntad de dicho acto (que en ningún caso responde a la voluntad del monarca) y asume la responsabilidad política y jurídica por el mismo, lo cual explica la irresponsabilidad del rey ⁴⁷.

3.4. El Estatuto del Rey.

En coherencia con el principio de irresponsabilidad del rey por sus actos constitucionales sometidos a refrendo, el art. 56.3 de la Constitución proclama expresamente la inviolabilidad del rey. Ha de entenderse que la misma implica imposibilidad de persecución y sanción jurídica y, por tanto, no responsabilidad ante los tribunales. La gran duda en este punto se refiere a qué actos del rey están prote-

⁴⁶ Sobre las competencias del rey, con un análisis especial de la propuesta de candidato a presidente del Gobierno, Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES y Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, *La monarquía y la Constitución*, cit., págs. 358 ss., en especial 365 ss., si bien estos autores consideran que esta propuesta es una potestad discrecional casi pura. Véase también Ángel MENÉNDEZ REXACH, *La jefatura del Estado...*, cit., págs. 383 ss.

⁴⁷ Sobre el tema del refrendo, véase especialmente el completo estudio de Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO, *El refrendo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998. También Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES y Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, *La monarquía y la Constitución*, cit., págs. 274 ss., o Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, *El poder del rey...*, cit., págs. 171 ss.

gidos por esta prerrogativa. Ciertamente, el enunciado del precepto (“La persona del Rey es inviolable”) parece sugerir que en ningún caso el rey responderá ante los tribunales ni puede ser perseguido o sancionado. Pero si se entiende dicho enunciado en su contexto (el propio artículo 56.2 se refiere a la ausencia de responsabilidad, e inmediatamente exige el refrendo de sus actos con remisión a los arts. 64 y 65.2), me parece que debe interpretarse que dicha inviolabilidad no es absoluta, sino que protege exclusivamente los actos constitucionales del mismo, esto es, los que ejecuta en su condición de rey, estén o no sometidos a refrendo. Por lo demás, esta parece la interpretación más coherente con la inviolabilidad de diputados y senadores, que la doctrina y la jurisprudencia constitucional han interpretado siempre de forma muy restrictiva. Y si bien es obvio que la función de rey se desarrolla mucho más allá que la de diputados y senadores (esta última en sentido estricto se ha vinculado con sus intervenciones parlamentarias o aquello que repita las mismas, mientras que las intervenciones o actos del rey en su condición de tal serían necesariamente más amplios), tampoco puede defenderse que todas y cada una de sus actuaciones, incluidas las propiamente privadas, estén protegidas por la inviolabilidad.

Ciertamente, no parece que esta haya sido la interpretación más extendida en la doctrina⁴⁸ ni en la práctica judicial, y de hecho, como es conocido, en su día un juzgado inadmitió las demandas civiles de paternidad presentadas frente al Rey Juan Carlos I antes de su abdicación, invocando precisamente la inviolabilidad⁴⁹. Por lo demás, el propio legislador parece interpretar la inviolabilidad del rey de forma absoluta, tal y como se deduce de la Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio,

48 En sentido contrario al aquí defendido, puede verse por ejemplo Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES y Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, *La monarquía y la Constitución*, cit., págs. 266 y ss., quienes interpretan el art. 56 “en un sentido absoluto desde el momento en que la figura del Monarca y no su patrimonio personal queda perfectamente protegida de las acciones que puedan emprenderse tanto penal como civilmente contra él”.

49 Puede verse la noticia, por ejemplo, en http://www.vanitatis.elconfidencial.com/casas-reales/2013-11-08/se-archiva-por-segunda-vez-una-demanda-de-paternidad-de-alberto-sola-contr-el-rey_52238/ (fecha de consulta, 16 de mayo de 2015). Después de la abdicación, y en virtud del fuero especial concedido por la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (a la que me refiero en el texto), el Tribunal Supremo ha inadmitido las demandas de paternidad (en uno de los dos casos, revocando la admisión inicial en vía de recurso), pero ya no basándose en el argumento de la inviolabilidad -actualmente inexistente para Don Juan Carlos.- sino en la ausencia del principio de prueba legalmente exigido. Véase por ejemplo <http://www.europapress.es/nacional/noticia-supremo-rechazo-demanda-paternidad-sola-contr-don-juan-carlos-porque-oculta-datos-no-aporta-pruebas-20150128161412.html> , y <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Supremo-estima-el-recurso-de-Don-Juan-Carlos-de-Borbon-y-acuerda-no-admitir-a-tramite-la-demanda-de-paternidad-de-Ingrid-Jeanne-Sartiau-> (fecha de consulta 16 de mayo de 2015).

complementaria de la Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Esta ley establece un fuero especial para el enjuiciamiento de las causas civiles y penales que afecten a la reina consorte o el consorte de la reina, al príncipe o princesa de Asturias y a su consorte, y al rey o reina que hubiera abdicado y su consorte. El hecho de que el propio rey quede fuera de este fuero especial parece coherente con la idea de que jamás puede responder ante los tribunales (salvo caso de que deje de serlo por abdicación o la inhabilitación prevista en el art. 59.2). Idea que se confirma en la propia Exposición de Motivos de la ley: “Conforme a los términos del texto constitucional, todos los actos realizados por el Rey o la Reina durante el tiempo en que ostentare la jefatura del Estado, cualquiera que fuere su naturaleza, quedan amparados por la inviolabilidad y están exentos de responsabilidad”.

Pero no creo que este entendimiento dominante de la inviolabilidad como una prerrogativa absoluta derive de la Constitución ni sea el más acorde con el sentido que ha de darse a la prerrogativa en un Estado de Derecho. Por lo demás, que la misma no es absoluta parece derivarse del propio dictamen del Consejo de Estado sobre la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En efecto, dicho dictamen entiende que la exigencia por parte del Estatuto de la responsabilidad derivada de los delitos que menciona, sin excluir a jefes de Estado, es compatible con la Constitución si se entiende que, de acuerdo con la misma, en los actos del rey sometidos a refrendo, cualquier responsabilidad se traslada al refrendante⁵⁰. De ahí podría deducirse, *a contrario sensu*, que no se produciría esa traslación en los actos que no son sometidos a refrendo, por los cuales, si llegase el caso, respondería a mi juicio ante la Corte Penal Internacional.

Por lo demás, como ya se ha apuntado, esta prerrogativa del rey no puede ex-

⁵⁰ Véase el dictamen del Consejo de Estado sobre el Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal Internacional, de 22 de julio de 1999 (puede consultarse en http://www.iccnw.org/documents/CONSEJO_DE_ESTADO_sp.pdf, fecha de consulta 16 de mayo de 2015), que afirma: “Si la inviolabilidad parlamentaria se funda en la protección de la libertad de expresión de los parlamentarios (a los que, aun siendo responsables de sus actos, no puede exigírseles responsabilidad por ellos en vía judicial penal, según quiere la Constitución), la del Jefe del Estado se fundamenta en su posición, ajena a toda controversia, dado el carácter debido de sus actos en el modelo constitucional de 1978. Es más, no se puede hablar en este último caso de ausencia absoluta de responsabilidad exigible por unos actos - que sería la consecuencia última de la inviolabilidad parlamentaria - sino de imputación de la que pueda derivarse, de ellos al órgano refrendante (artículos 56.3 y 64.2 de la Constitución). En suma, la irresponsabilidad personal del Monarca no se concibe sin su corolario esencial, esto es la responsabilidad de quien refrenda y que, por ello, es el que incurriría en la eventual penal «responsabilidad individual» a que se refiere el artículo 25 del Estatuto”.

tenderse a su consorte ni a otros miembros de la familia, que en su caso tendrán solamente las que prevea la ley (actualmente, como se ha dicho, solo el fuero especial ante las Salas Civil o Penal del Tribunal Supremo, para las personas ya indicadas).

Por último, en lo relativo al estatuto del rey, hay que recordar que la Constitución prevé la posibilidad de inhabilitación del rey para el ejercicio de su autoridad. A pesar de la confusa redacción del art. 59.2 (“Si el Rey se inhabilitare para el ejercicio de su autoridad y la imposibilidad fuese reconocida por las Cortes Generales”), parece que en este caso son las Cortes quienes pueden declarar esa inhabilitación, que desencadenaría su sustitución por quien deba asumir la regencia, se entiende que de forma temporal o definitiva en función de la causa de la inhabilitación. En todo caso, es esta una vía que permitiría, en su caso, resolver cualquier conflicto grave planteado por el incumplimiento de sus funciones por parte del rey. No podemos extendernos más en este punto, que plantea diversas interrogantes ⁵¹.

4. Historia y racionalización en la Monarquía Parlamentaria en España.

Una vez analizados brevemente los parámetros fundamentales de la regulación constitucional de la monarquía parlamentaria, procederé a valorar en qué medida los mismos reflejan o permiten la configuración histórica de esta forma de gobierno; y, por otro lado, en qué medida implican su racionalización o posibilitan la profundización en ese proceso y la adaptación de la Corona a los tiempos actuales.

4.1. La penetración de la Historia en la Constitución... y en las lagunas de la misma.

La Constitución de 1978 no parte de cero, sino que reconoce una Historia previa de España que de alguna manera impregna el propio texto fundamental. Así, por ejemplo, la Nación española y las nacionalidades y regiones que la integran (art. 2) son para el constituyente una realidad preexistente (hasta el punto de que, propiamente, en realidad la Nación es el propio sujeto que expresa su voluntad en el momento constituyente). La penetración de la Historia en la Constitución es manifiesta en muy diversos aspectos, en especial los vinculados a la configura-

⁵¹ Sobre este tema, puede verse por ejemplo Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES y Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, *La monarquía y la Constitución*, cit., págs. 229 ss.

ción territorial⁵², pero ahora interesa especialmente destacar dicha penetración en lo relativo a la configuración de la Corona y la monarquía parlamentaria.

Parece claro que el constituyente optó por la monarquía al ser esta la forma de gobierno históricamente más frecuente y asentada en España, aunque como he sugerido eligió la monarquía parlamentaria, a pesar de que realmente este modelo contaba con menos precedentes (acaso con ninguno) en nuestra Historia, porque era la única forma de compatibilizar la monarquía con un sistema plenamente democrático.

En todo caso, la Historia jugó un papel decisivo en la propia opción monárquica del constituyente, hasta el punto como mínimo de explicarla (aunque también el pasado inmediato y el deseo de realizar una transición sin ruptura formal con la legalidad anterior jugasen un papel relevante), o incluso para algunos de justificarla. Además, el título II, dedicado a la Corona, contiene no pocas referencias explícitas o implícitas al pasado histórico de la institución. Para empezar, el artículo 57 proclama que “la Corona es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica”. La Constitución reconoce así la legitimidad histórica y cierra la triple fuente de legitimidad con la que contaba Juan Carlos I, quien antes de la entrada en vigor de la propia norma fundamental con esa mención expresa, ya era rey desde el 22 de noviembre de 1975, proclamado de acuerdo con la legislación anterior (aunque en este punto hablaríamos mejor de legalidad que de legitimidad), y además lo fue según las reglas de la dinastía histórica a partir de la renuncia de su padre, Don Juan de Borbón, el 14 de mayo de 1977⁵³. De este modo, el artículo 57 supone un reco-

52 Véase por ejemplo, F. Javier Díaz Revorio, “Proceso constituyente y proceso descentralizador: ¿de dónde venimos y adónde vamos?”, en Joan Oliver Araujo (dir.), *El futuro territorial del Estado español. ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 115 ss.

53 De este modo, e incluso dejando al margen la cuestión de la legalidad anterior, Don Juan Carlos I sumaría, al menos, dos de las tres fuentes de legitimidad que señalaba Max Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición en FCE-España, 2002, págs. 170 ss. (la tradicional y la legal racional). Respecto a la tercera (carismática), su apreciación siempre es subjetiva y discutible y no es posible ni necesario pronunciarse aquí al respecto. En todo caso ha sido habitual el reconocimiento del gran prestigio ganado por Juan Carlos I, sobre todo a raíz de su actitud decisiva para abortar el intento de golpe de Estado de 23 de febrero de 1981. Sobre este asunto hay abundantísima bibliografía, me limitaré a citar dos obras relevantes que lo abordan desde la perspectiva jurídica: Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO, *El refrendo*, cit., págs. 206 ss., y Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, *Las instituciones funcionaron. 25 años del golpe*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; del mismo autor: “23 de febrero de 1981: la reinterpretación jurídica de un suceso propio de periodos de transición”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 155, enero-marzo 2012, págs. 41-70.

nocimiento expreso de la Historia como fuente fundamentadora de la monarquía en España, y de la elección del propio rey.

Como he apuntado, otros preceptos del mismo título contienen referencias que implican un reconocimiento de la configuración histórica de nuestra monarquía. Por ejemplo, el artículo 56.2 señala que “su título es el de Rey de España y podrá utilizar los demás que correspondan a la Corona”, lo cual obviamente solo puede determinarse mediante el correspondiente conocimiento histórico. El mismo art. 57.1, una vez culminado el inciso antes transcrito sobre Don Juan Carlos, reproduce las reglas del orden de sucesión en el trono, recogiendo -aunque no lo dice expresamente- las que históricamente han regido dicha sucesión (alguna de las cuales, como veremos, probablemente requiera una reforma para su adaptación a los parámetros actuales). El apartado 2 del mismo precepto, relativo al príncipe heredero, afirma que el mismo “tendrá la dignidad de Príncipe de Asturias y los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España”.

Son solo algunos ejemplos de ese reconocimiento del papel de la Historia en aspectos vinculados a la Corona, sobre todo como se ve en aspectos simbólicos. En otros casos, el constituyente ha querido recoger lo que ha sido una tradición histórica de nuestra monarquía, pero adaptándola a la nueva realidad constitucional. Tal es el caso del juramento del rey ante las Cortes en el momento de ser proclamado (art. 61.1), una constante histórica que la Constitución adapta al señalar que prestará juramento “de desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y las Comunidades Autónomas”.

Pero además de este reconocimiento a la Historia en concretos preceptos del título II, es importante destacar que la misma puede jugar un importante papel a la hora de interpretar y aplicar dichos preceptos, y sobre todo a la hora de completar las posibles lagunas de la regulación constitucional (y legal) de la Corona. Si la monarquía es nuestra forma de gobierno histórica, y precede en muchos siglos a la propia regulación constitucional, es razonable pensar que, en aquellos aspectos

En cuanto a sus sucesores, y en primer lugar a Felipe VI, aunque este no sea mencionado por la Constitución, accedió al cargo de rey siguiendo el procedimiento constitucionalmente previsto tras la abdicación de su padre, el 19 de junio de 2014, por tanto indiscutiblemente mantiene la legitimidad dinástica o tradicional, además de la que le da el seguimiento del proceso establecido por el constituyente soberano que, hasta eventual reforma, legitima a la propia institución y a quienes la encarnan siguiendo las reglas establecidas. Sobre la cuestión de la legitimidad y la dinastía histórica, véanse las interesantes consideraciones de Antonio TORRES DEL MORAL, “La monarquía parlamentaria...”, cit., págs. 51 ss.

que la norma fundamental no regula expresamente, se tengan en cuenta las prácticas y tradiciones históricas. En términos jurídicos, esta utilización puede justificarse en la medida en la que se considere que esa tradición cumpla los requisitos de una costumbre jurídica, o al menos, que resulte un elemento útil en la interpretación (esta ha de tener en cuenta los antecedentes históricos), permitiendo resolver aspectos dudosos. Con todo, creo que esta utilización de la Historia debe llevarse a cabo teniendo en cuenta dos límites y condicionantes de importancia:

a) En primer lugar, ha de tener como límite absoluto la propia Constitución (y, en su caso, la regulación legal de los diversos aspectos de la Corona), de tal manera que, en todo lo que la tradición histórica pueda resultar contraria a la letra o el espíritu de la norma constitucional, deberá ser descartada. Ello limita su papel al de elemento interpretativo de los preceptos constitucionales, o elemento que puede coadyuvar a obtener la respuesta en casos de lagunas. Como es sabido, puede admitirse la costumbre *praeter constitutionem* o *extra constitutionem*, pero nunca *contra constitutionem* ⁵⁴.

54 Un ejemplo de posible utilización de la costumbre (o al menos de algunos precedentes históricos) a la hora de interpretar la regulación constitucional (en este caso, la confusa redacción del precepto constitucional), puede encontrarse en las dudas surgidas con motivo de la abdicación del Rey Don Juan Carlos I, anunciada el 2 de junio de 2014 y que generó un inmediato debate doctrinal sobre cuál debía ser la interpretación más adecuada del art. 57.5, cuando dispone que “Las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una ley orgánica”. Sin que proceda ahora profundizar en dicho debate, cabe apuntar que en el mismo se consideraron los (escasos) antecedentes históricos de abdicaciones, así como las regulaciones constitucionales decimonónicas de la cuestión, que parece fueron tenidas en cuenta por nuestro constituyente. Finalmente, como es sabido, se siguió el criterio que parece derivarse de la literalidad del art. 57.5, aprobándose una ley orgánica *ad hoc* para hacer efectiva la abdicación, en concreto la Ley Orgánica 3/2014, de 18 de junio. Ya el Preámbulo de la citada ley afirma que el art. 57.5 “sigue los precedentes históricos del constitucionalismo español, que en los textos fundamentales de 1845, 1869 y 1876 y, con variaciones, en otros precedentes, ya reservaban al poder legislativo la solución de las cuestiones a que diera lugar la sucesión así como la autorización de la abdicación, incluso mediante una ley especial para cada caso”. Lo que me interesa destacar es que, primero de todo y a pesar de las aparentes paradojas que encierra la fórmula finalmente seguida, la misma parece la más acorde con la regulación constitucional vigente, que es la fuente primaria de la regulación, y con un sistema de monarquía parlamentaria, dando un relevante papel a las Cortes Generales en el proceso. Por lo demás, en este caso, una interpretación basada en los antecedentes históricos (en la etapa de monarquía constitucional) parece confirmar este entendimiento, sin necesidad de llegar a pronunciarnos sobre si estaríamos ante un caso de costumbre *secundum Constitutionem*. Y cualquier precedente histórico que resultase contrario a esta regulación, debería lógicamente obviarse. Una valoración muy interesante de este proceso, con sus dudas y sus aspectos positivos, puede verse en Miguel HERRERO DE MIÑÓN, “La abdicación constitucional. Laudanda et minoranda”, en *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, número 47, octubre de 2014, págs. 32 ss., quien, aunque entiende que en el caso concreto el resultado ha sido positivo, se pronuncia más a favor de una interpretación del precepto que respete la consideración de la abdicación como acto unilateral del rey, que las Cortes se limitarían a tomar en cuenta, sin que la eficacia de la abdicación debiera depender de la

b) En segundo lugar, la Historia no debe utilizarse para petrificar usos y costumbres cuando se considere que los mismos no son adecuados a los tiempos actuales. Como creo que se deduce de todo lo que he venido exponiendo, la invocación a la Historia, particularmente en lo relativo a la monarquía, implica una llamada a una consideración dinámica, y por tanto ha de hacerse siempre con un margen de apertura a la evolución y la adaptación al momento actual y al futuro. Tampoco hay que olvidar que, como ya he dicho, si bien la monarquía cuenta en España con una tradición multiseular, la monarquía parlamentaria es casi una fórmula novedosa en 1978. Por lo demás, hay que tener en cuenta que en esta materia los precedentes estarán casi siempre muy alejados en el tiempo, de tal manera que cambios muy significativos en el contexto social, político o cultural pueden hacerlos prácticamente inservibles tras varias décadas o incluso siglos⁵⁵. En ocasiones, desde luego, puede resultar dudoso (y acaso indiferente en términos estrictamente constitucionales) si una situación determinada debe resolverse de acuerdo con las prácticas y tradiciones históricas, o con otros parámetros deri-

intervención de las Cortes. El número de la citada revista, monográfico titulado *El rey ha abdicado, ¡viva el rey!*, contiene diversos trabajos sobre las abdicaciones históricas en España y su regulación constitucional, sin que podamos detenernos más ahora en este interesante punto.

55 Aunque no sea posible profundizar en el ejemplo, creo oportuno mencionar un supuesto conocido propio de la monarquía británica. En 1936, Eduardo VIII abdicó para casarse con Wallis Simpson, una mujer dos veces divorciada, dado que ello se consideraba incompatible para un monarca (e igualmente que la mujer se convirtiera en reina, aunque se llegó a barajar y también se descartó la opción de que se casaran pero ella no ostentase el título de reina). Probablemente no pueda afirmarse con rotundidad que esta incompatibilidad lo fuese con la propia Constitución inglesa (dado el carácter predominantemente consuetudinario de esta, no resulta fácil precisar qué podría estipular al respecto, y tampoco es esta la vía habitual para el razonamiento o interpretación constitucional en el sistema inglés), pero lo cierto es que por un conjunto de razones morales, religiosas, políticas y sociales, el Gobierno del Reino Unido y los de otros países de la Mancomunidad Británica de Naciones, lo consideraron inadecuado, lo que forzó a la abdicación del monarca para poder contraer ese matrimonio. Hoy, como es sabido, el heredero a la Corona británica está casado con una mujer divorciada, y el mismo se había divorciado antes de enviudar, sin que parezca que esta situación haga, a día de hoy, cuestionar el derecho de ambos a reinar.

En España, como es sabido, el art. 57.4 señala que “aquellas personas que, teniendo derecho a la sucesión en el trono contrajeran matrimonio contra la expresa prohibición del Rey y de las Cortes Generales, quedarán excluidas de la sucesión a la Corona por sí y sus descendientes”. Parece que la interpretación más común del precepto implica que, por un lado, si no se produce la doble prohibición (rey y Cortes), cualquier persona con derechos sucesorios puede contraer matrimonio libremente sin perder en ningún caso sus derechos. En cambio, si se produce esa doble prohibición, y con independencia de los motivos que se invoquen (o incluso de la ausencia de motivos explícitos), se perderán los derechos sucesorios en caso de que el afectado decidiera en todo caso contraer matrimonio. Pero probablemente en un Estado de Derecho (art. 1.1) en el que la arbitrariedad de los poderes públicos está prohibida (art. 9.3) cabe exigir al menos que esas prohibiciones matrimoniales estén motivadas. Y si se exige eso, es razonable pensar que la motivación no resulte del todo indiferente, y desde luego considerar inadmisibles aquellos motivos contrarios a los principios y valores constitucionales.

vados de principios más actuales ⁵⁶.

4.2. La racionalización de la monarquía “dentro de” la Constitución: transparencia, control de gastos, procedimiento de abdicación, interpretación de las prerrogativas.

A pesar de la importancia de la Historia en la justificación, y en parte en la configuración de nuestra monarquía, es muy importante reiterar que, en términos jurídicos, nuestra monarquía parlamentaria empieza en la Constitución, nace de ella y encuentra en ella toda su legitimación. La Historia explica la decisión del constituyente, pero solo su inclusión en la Constitución legitima la monarquía que actualmente tenemos.

En este contexto puede entenderse la cuestión de la llamada “racionalización” de la monarquía ⁵⁷. La incorporación de la monarquía a una Constitución plenamente democrática es un importante elemento racionalizador. No obstante, parece que este y otros elementos de racionalización que claramente se derivan de la norma fundamental no son suficientes en la actualidad. Por ello en los últimos tiempos, en medio de una profunda crisis que afecta a muchos valores e instituciones, algunos cuestionan la propia institución monárquica en España; y muchos de quienes defienden la monarquía vienen apuntando la necesidad de intensificar esa racionalización. En realidad, esa idea de racionalización suele aludir a la conveniencia de intensificar la compatibilización entre monarquía, igualdad y valores democráticos.

⁵⁶ Un ejemplo podría ser la celebración o no de una misa con ocasión de la proclamación de un nuevo rey. Con motivo de la proclamación de Felipe VI el 19 de junio de 2014, algunas opiniones destacaron la ausencia de ese acto religioso, a diferencia de lo sucedido en el caso de la proclamación de su padre en 1975, y de todos los precedentes históricos anteriores. En este caso está claro que en la decisión adoptada ha pesado más la concepción actual de lo que deriva de la no confesionalidad del Estado, que la tradición histórica. Yo creo que en todo caso se trata de una cuestión que la Constitución no resuelve, y si bien es obvio que en nuestro Estado ninguna confesión tiene carácter oficial y por tanto en modo alguno un acto religioso podría tener carácter oficial, podrían existir argumentos para el mantenimiento de dicha práctica, desprovista eso sí de todo carácter oficial. Dichos argumentos solo podrían ser la propia tradición histórica, o la voluntad de los propios nuevos monarcas de acuerdo con sus creencias (por ese motivo, por ejemplo, parece obvio que como todo ciudadano pueden contraer matrimonio religioso, aunque solo los efectos civiles del mismo tendrán las consecuencias constitucionales que procedan). Sin embargo, creo que frente a estos argumentos está la posible confusión entre estos aspectos históricos (o privados) y el carácter oficial de la proclamación, confusión que debe evitarse en un Estado no confesional. Por lo mismo, los precedentes históricos deben tener en este punto un valor relativo, dado que se trataba de la primera proclamación de un rey tras la Constitución de 1978, lo que implica que todas las anteriores se producían en el contexto de otros principios y valores.

⁵⁷ Sobre esta cuestión, véase especialmente Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, *Qué le falta a la Monarquía española...*, cit.

Ello implica la conveniencia de eliminar cualquier residuo de privilegio injustificado en el estatuto del monarca y de los demás miembros de la Familia Real, así como, probablemente, reducir al mínimo el ámbito de sus actuaciones políticas que impliquen cierta discrecionalidad (dando por hecho que, como ya he reiterado, en toda monarquía parlamentaria el monarca carece por definición de funciones o competencias que impliquen auténticos poderes de decisión política). Todo ello puede hacerse, en muy buena medida, dentro del actual marco constitucional. Así, pueden apuntarse diversos aspectos en los que cabe incidir de cara a intensificar esa racionalización o “modernización” de la monarquía (en algunos de los cuales es justo decir que ya se ha ido avanzando en los últimos años):

a) una mayor transparencia y control en el gasto de la Corona. Si bien la Constitución establece en el art. 65.1 que el rey distribuye libremente la cantidad que recibe de los presupuestos para el sostenimiento de su Familia y Casa, ello es compatible con que dicha distribución sea pública y esté sometida a control jurídico y social. En realidad podría pensarse que, en un Estado democrático de Derecho en el que no cabe la arbitrariedad de los poderes públicos, esa publicidad es una exigencia. Por lo demás, la transparencia y el conocimiento público deben extenderse a muchos otros aspectos internos de la Corona y la Casa Real, en la medida en que tengan relevancia o interés público. En este sentido debe valorarse positivamente que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, incluya a la Casa de su Majestad el Rey dentro del ámbito subjetivo de aplicación de las normas sobre transparencia incluidas en su título I (art. 2,1 f) de la citada ley).

b) una interpretación más estricta de las prerrogativas del rey y de las que puedan corresponder al resto de miembros de la Familia Real. Como antes se apuntó, la inviolabilidad del rey se justifica por la falta de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, y por tanto debería estar reducida al ámbito de la actuación del rey como tal. A mi juicio, para llegar a esta conclusión solo sería necesaria una interpretación adecuada de la Constitución, lo que probablemente debería implicar un desarrollo legal de este aspecto, tanto para precisar el ámbito de la inviolabilidad, como sobre todo para prever el aforamiento que debiera corresponderle al rey en los casos en los que su actuación no esté cubierta por la inviolabilidad. Pero propiamente no sería necesaria una reforma constitucional para llevar a cabo esa interpretación de la inviolabilidad más acorde en un Estado democrático de Derecho. En cuanto a otros miembros de la Familia Real, ya se ha apuntado que la Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio, ha establecido el aforamiento en algunos casos en los que el mismo resulta a mi juicio razonable en el contexto de nuestro sistema.

c) la interpretación del procedimiento de abdicación del modo más racional, dando al Parlamento un protagonismo importante, al intervenir las Cortes Generales mediante una ley orgánica singular, expresando así una voluntad sin la cual la abdicación no habría sido jurídicamente posible, aspecto este al que ya he hecho alusión. Cabe ahora destacar que la solución adoptada en 2014, además de ser probablemente la más acorde con la letra de la Constitución, profundiza en la racionalización de la monarquía, a pesar de las dudas que plantea ⁵⁸

d) en general, una interpretación y aplicación de las normas constitucionales más acorde con los principios constitucionales (en especial el principio de igualdad), los derechos fundamentales y la democracia. Aquí cabría poner no pocos ejemplos. Ya me he referido antes a la cuestión de la interpretación que deba darse a la posible prohibición por parte del rey y de las Cortes del matrimonio de cualquier persona que tenga derecho a la sucesión (art. 57.4), y cómo una interpretación “racionalizadora” del mismo parece conducir como mínimo a la exigencia de motivación en dicha prohibición. En este punto cabría plantear también la peliaguda cuestión de cuál sería la posición constitucional de los eventuales hijos extramatrimoniales del rey. Me parece que, en un Estado democrático de Derecho que proclama la igualdad como valor superior (art. 1.1); y que expresamente proclama la igualdad ante la ley de los hijos con independencia de su filiación (art. 39); y que no hace salvedad alguna al regular el orden sucesorio (art. 57.1), a falta de excepción o mención constitucional expresa no cabe otra solución jurídica que entender que los hijos extramatrimoniales ocuparían la misma posición que los matrimoniales, incluyendo la relativa al orden sucesorio y, llegado el caso, el acceso al trono. A fin de cuentas la de monarca es una función pública, cuyo acceso, si bien no está abierto a todos los ciudadanos, sigue unas reglas constitucionalmente establecidas, sin que quepa establecer entre los que tengan derechos sucesorios prioridades distintas a las que la propia norma fundamental contiene.

58 Cabe apuntar como aparentes contradicciones, que: 1) el rey que abdica sanciona la Ley orgánica que hace efectiva la abdicación; 2) parece convertirse un acto en principio personalísimo en un acto bilateral; 3) se plantea la gran duda de qué sucedería si las Cortes Generales se negasen a aprobar la Ley Orgánica (en modo alguno cabe pensar que esta aprobación sea un acto debido o carente del margen de apreciación y discrecionalidad que la Constitución encomienda a las Cortes como representantes del pueblo soberano). Por ello, como se ha visto, en su momento se sugirió que la más correcta interpretación del art. 57.5 sería que la ley orgánica a la que el mismo se refiere, o no es aplicable a las abdicaciones y renunciaciones, o en caso de que sí se trataría de una ley orgánica previa que debería haber regulado con carácter general estos supuestos. Pero esta interpretación, aparte de chocar con la letra del precepto (cuyo sujeto es “las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho...”, y el verbo “se resolverán”, lo que alude claramente a una situación concreta ya planteada), sería menos racionalizadora al postergar el papel de las Cortes en un momento de incuestionable trascendencia constitucional como es la abdicación del rey.

e) en fin, más allá de lo que sería estrictamente la interpretación y el desarrollo de las normas constitucionales sobre la Corona, cabe apuntar que sin modificar el actual marco constitucional son muchos los gestos, actitudes y criterios de funcionamiento que pueden contribuir de forma notoria a configurar una monarquía cercana al pueblo. No hablaríamos ya tanto de racionalización como de modernización o renovación. En esta línea, transparencia, cercanía y austeridad pueden ser los criterios básicos de una monarquía que pretenda ser moderna y adaptada a los tiempos actuales. Aquí se requiere ir incluso más allá de la racionalización, en una línea de modernización y adaptación a los tiempos. Aunque ciertamente el Derecho poco puede hacer en esta línea, que no cabe imponer, sino que dependerá sobre todo de la actuación y la imagen que dé el monarca y los demás miembros de la Familia Real. En cualquier caso, en un sistema monárquico no basta en realidad la legitimidad tradicional, y acaso ni siquiera la racional, hay que ganarse el afecto del pueblo en el trabajo diario. En esta línea se ha pronunciado claramente el nuevo rey Felipe VI desde su discurso de proclamación⁵⁹.

4.3. La racionalización de *constitutione ferenda*: la supresión de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión, y otros anacronismos.

Aunque como se ha visto nuestra Constitución permite un amplio margen para intensificar ese proceso de racionalización, creo que en ciertos aspectos el mismo no puede avanzar sin una reforma constitucional. Probablemente el ejemplo más claro, y sobre el cual existe hoy un mayor consenso, es el de la eliminación de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión al trono, dentro del mismo grado (art. 57.1). Se trata de una preferencia basada en nuestras normas históricas,

⁵⁹ Me permito transcribir algunas líneas de dicho discurso de proclamación, que ponen de relieve que Felipe VI es plenamente consciente de la necesidad de ese talante cercano:

“Pero las exigencias de la Corona no se agotan en el cumplimiento de sus funciones constitucionales. He sido consciente, desde siempre, de que la Monarquía Parlamentaria debe estar abierta y comprometida con la sociedad a la que sirve; ha de ser una fiel y leal intérprete de las aspiraciones y esperanzas de los ciudadanos, y debe compartir -y sentir como propios- sus éxitos y sus fracasos.

» La Corona debe buscar la cercanía con los ciudadanos, saber ganarse continuamente su aprecio, su respeto y su confianza; y para ello, velar por la dignidad de la institución, preservar su prestigio y observar una conducta íntegra, honesta y transparente, como corresponde a su función institucional y a su responsabilidad social. Porque, sólo de esa manera, se hará acreedora de la autoridad moral necesaria para el ejercicio de sus funciones. Hoy, más que nunca, los ciudadanos demandan con toda la razón que los principios morales y éticos inspiren -y la ejemplaridad presida- nuestra vida pública. Y el Rey, a la cabeza del Estado, tiene que ser no sólo un referente sino también un servidor de esa justa y legítima exigencia de todos los ciudadanos” (Mensaje de Su Majestad el Rey en su Proclamación ante las Cortes Generales, Madrid, 19.06.2014, en http://www.casareal.es/ES/Actividades/Paginas/actividades_discursos_detalle.aspx?data=5359, fecha de consulta 16 de mayo de 2015).

que el constituyente incorporó en 1978. Es una auténtica excepción al principio constitucional de igualdad, si bien es jurídicamente inobjetable el formar parte de la misma norma fundamental que establece dicho principio ⁶⁰. En cualquier caso, desde hace ya bastantes años los partidos mayoritarios, y la mayor parte de los autores la consideramos incompatible con los valores de nuestro tiempo. Por ello se entiende que hace ya más de una década el Gobierno se plantease su reforma ⁶¹.

Seguramente el anterior es el precepto que de forma más clara pone de relieve que la modernización de la Corona requiere una reforma constitucional, y quizá el único que impide toda vía de actualización en ese punto, sin llevar a cabo dicha reforma. Con todo, si finalmente se fuese a acometer una modificación del título II, acaso fuera conveniente ampliar en algo el ámbito de la reforma ⁶². A mi juicio, por un lado ello tendría sentido para precisar algunos aspectos que la práctica ha demostrado algo dudosos o problemáticos, y sobre los cuales aquí he defendido que cabe una interpretación más racionalizadora sin necesidad de reforma, pero también puede reconocerse que, una vez emprendida la reforma, podría ser conveniente precisar. Me refiero a la cuestión de la inviolabilidad del rey (art. 56.3), a la que quizá podría añadirse con rango constitucional una regulación de sus prerrogativas como el aforamiento (para los casos no cubiertos por la inviolabilidad), así como las de otros miembros de la Familia Real, hoy recogidas como se ha dicho en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por otro lado, una posible reforma de este título podría aprovechar para añadir algunos de los elementos de racionalización y modernización (o al menos sus principios básicos) a los que se considera conveniente otorgar el máximo rango jurídico. Aquí por ejemplo podrían incorporarse los antes apuntados, relativos a la transparencia o austeridad en el gasto.

⁶⁰ Sobre el tema, Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 282 ss., y la bibliografía allí citada.

⁶¹ Sobre este importante tema, en el que no podemos profundizar más, véase especialmente Francisco RUBIO LLORENTE, José ÁLVAREZ JUNCO, *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, así como el número 8 del Anuario *Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha, dedicado monográficamente a la reforma constitucional. Un análisis de todo este proceso de reforma (en realidad no iniciado), en Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, *La fallida reforma de la Constitución española durante la VIII Legislatura (2004-2008)*, Thomson- Civitas, Madrid, 2008.

⁶² Algunas propuestas de interés al respecto pueden verse en Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, *¿Qué le falta a la Monarquía española...*, cit., aunque aquí no se comparte la necesidad de reformar todos esos aspectos, algunos de los cuales, como menciono en el texto, no requerirían reforma constitucional, o incluso no requerirían una regulación adicional.

5. Necesidad, límites y contradicciones de la racionalización.

5.1. La necesidad: monarquía, democracia y principios constitucionales.

Creo que de las páginas anteriores se deduce sin dificultad la idea que la monarquía ha seguido un proceso de racionalización conducente a su actual fase de monarquía parlamentaria, y que este proceso resultaba imprescindible para hacerla compatible con la democracia. Sin embargo, desde una perspectiva dinámica se aprecia que dicho proceso debe seguir intensificándose en algunos aspectos, en la medida en que así lo exija la evolución de las concepciones sociales, y en definitiva lo requieran los ciudadanos. En efecto, si la racionalización ha salvado a la monarquía como forma de gobierno en Estados democráticos, y la propia institución monárquica ha demostrado una incuestionable capacidad de supervivencia por la vía de la adaptación a los tiempos, no debe asustar la conveniencia de que el proceso racionalizador se intensifique en aquellos aspectos en los que el soberano (es decir, el pueblo) decida. Es muy probable que, en los tiempos que corren, ese proceso resulte imprescindible en España.

No hay que olvidar que precisamente la monarquía parlamentaria significa el sometimiento total del rey al pueblo y a lo que este decida a través de sus representantes en el poder legislativo, o mediante los procedimientos constitucionalmente señalados para el ejercicio del propio poder constituyente, que es así un “poder constituyente constituido”. Hoy, monarquía no es lo contrario de democracia, sino de república y por tanto siempre será positivo todo esfuerzo por intensificar los elementos democráticos e igualitarios y el respeto a los derechos fundamentales en la Corona.

Ahora bien, si la instauración de la monarquía parlamentaria supuso un gran avance al posibilitar la compatibilización entre monarquía y democracia, esta compatibilidad se basó exclusivamente en la idea de la eliminación de toda capacidad de decisión política (o de ejercicio discrecional de sus funciones constitucionales) por parte del rey, que quedaba así definitivamente sometido al Parlamento y los demás poderes del Estado. Pero parece que esto se logró inicialmente mediante el “aislamiento” de la institución monárquica, que parecía quedar así al margen de los principios constitucionales que se proclamaban con carácter general, como la igualdad y los derechos fundamentales, acaso porque se consideraba que esta institución tenía sus propias reglas, en el fondo incompatibles en muchos puntos con tales principios. Se dejaba así de lado una cuestión fundamental, como es la de la vigencia de los propios principios constitucionales en el interior de la Corona. De hecho, se diría que la regulación de esta quedaba apartada de la

vigencia de los demás principios constitucionales, configurándose así como una clara excepción de los mismos. Había, pues, monarquía por un lado, y democracia, igualdad y derechos, por otro.

Ciertamente, esta concepción ha ido superándose con el tiempo, a la vez que se iba considerando necesario aplicar los mismos principios, y en especial el de igualdad y el respeto a los derechos, en el seno de la propia Corona. Por ello ahora la regulación de la Corona requiere de una armonización con los principios y valores esenciales de la Constitución. Dicha armonización, según los casos, puede llevarse a cabo por la vía de la interpretación o la de la reforma. En el primer caso, estamos ante preceptos que no establecen expresamente la excepción en la igualdad o en los derechos, pero que se han aplicado tradicionalmente como si tal excepción existiera. Valdría aquí el ejemplo de los derechos y la posición de los hijos extramatrimoniales del rey, o incluso el de las limitaciones al derecho a contraer matrimonio de quienes tengan derechos sucesorios (aunque yo diría que estas últimas no deben ser eliminadas por completo, pero sí muy relativizadas, mediante una interpretación armonizadora del precepto que las establece). En este supuesto, creo que basta seguir el criterio de interpretar la Constitución como un todo, y de acuerdo con la realidad social del momento en que ha de ser aplicada, para avanzar en ese proceso racionalizador.

En cambio, en el segundo caso, y como ya se ha visto, resulta imprescindible eliminar aquellas excepciones a la igualdad y el resto de los principios constitucionales, que la Constitución establece de forma expresa. Tal sería el supuesto de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión.

5.2 Los límites: no todo se puede racionalizar.

En mi opinión, y aun partiendo de esa necesidad de intensificar el proceso racionalizador de la monarquía, la racionalización tiene también límites. Los mismos derivan, sobre todo, de la imposibilidad e inconveniencia de someter a reglas todos los aspectos del funcionamiento de la Corona, o del papel y funciones que puede desempeñar el rey en la monarquía parlamentaria.

En efecto, desprovisto de toda *potestas*, las funciones del rey en una monarquía parlamentaria se centran, como antes he analizado, en los ámbitos representativo, simbólico, arbitral y moderador. Pero incluso en estos terrenos, se suele señalar con acierto que sus actuaciones no son libres, sino que estarán sometidas a las pautas derivadas de los poderes del Estado dentro del ámbito competencial de cada uno (y en estos aspectos, en la mayor parte de los casos al Gobierno). Sin embargo, preten-

der “racionalizar” todos estos ámbitos de actuación sometiéndolos a regulación, me parece problemático, innecesario e inconveniente. Lo primero, porque en realidad resulta imposible regular y establecer límites, condiciones y requisitos de actuación en un ámbito tan amplio como es el que comprende todas las actuaciones del rey en su papel de símbolo y representante del Estado en las relaciones internacionales, o en los de árbitro y moderador de las instituciones. Ciertamente, podrían establecerse normativamente algunas pautas generales de actuación, pero en realidad creo que las mismas se han seguido en la práctica durante décadas, lo que las hace innecesarias. Por otro lado, puede llegar a resultar inconveniente establecer criterios o procedimientos en ámbitos en los que el papel del rey, basado casi siempre en su *auctoritas* o en su capacidad de influencia, requiere precisamente de cierta reserva o discreción en sus comunicaciones con representantes políticos o institucionales españoles o extranjeros. Por lo demás, si lo que se busca con la propuesta de intentar racionalizar y reglamentar estos ámbitos de la actuación del rey, es evitar ciertos problemas o daños a la imagen producidos por actuaciones pasadas, creo que ninguna regulación en este ámbito lo habría conseguido⁶³.

Desde luego, contra la idea expuesta podría argumentarse señalando que la inconveniencia de esa regulación pone de relieve la imposibilidad de someter a reglas toda la actuación del monarca. Ello, que si bien de forma acaso menos intensa puede trasladarse a otras instituciones del Estado, y sobre todo a las unipersonales como el presidente del Gobierno o el de una república, resultaría especialmente problemático en el caso del monarca, dado que este, como se ha visto, carece de legitimidad democrática al no haber sido elegido por el pueblo, ni por un órgano constitucional que haya sido elegido por el pueblo. Posiblemente, aunque según algunos la monarquía parlamentaria cada vez se parece más a una república (también parlamentaria)⁶⁴ en la medida en que en ambas el Jefe de Es-

63 Como he afirmado en el “Prólogo” a Enrique BELDA, *¿Qué le falta a la Monarquía española...*, cit.: Ni todo es susceptible de regulación, ni probablemente la crisis que ha afectado a esta institución tenga que ver sobre todo con la ausencia de regulación o de previsión de consecuencias jurídicas en determinados supuestos. Para ser claro, probablemente los dos episodios que más daño han hecho a la imagen de la Corona han sido las imputaciones que ha de afrontar el cónyuge de una de las personas que formaban parte de la anterior Familia Real, y aquel desafortunado viaje del anterior monarca a África. Y creo que ninguna de las situaciones podría resolverse o evitarse con una regulación diferente. La primera, porque los tribunales están actuando de acuerdo con la legislación vigente, sin que exista jurídicamente ningún privilegio o tratamiento especial injustificado que lo impida, sin que se vea necesidad de otra regulación, ni posibilidad de evitar el incuestionable daño que el episodio ha provocado a la Corona. La segunda, en cambio, porque se trata de una actuación tan cuestionable en términos de imagen como impecablemente legal, pues ni se infringió ninguna norma ni parece que nadie reclame que debiera prohibirse algo así, a pesar de resultar para muchos un comportamiento inoportuno”.

64 Son varios los autores que, de uno u otro modo, se han referido a nuestra monarquía parlamentaria

tado tiene un papel principalmente representativo -y carente en todo caso de capacidad para adoptar decisiones políticas-, no llega a ser del todo igual. Y ello no solo por la obvia diferencia de la forma de designación del jefe del Estado, sino porque en el caso de un rey, parece algo mayor el ámbito de sus actuaciones que, pudiendo tener influencia pública y estando dentro de su papel constitucional, no admiten una fácil regulación. En todo caso esto nos conduce ya a la cuestión de las paradojas de la racionalización de la monarquía.

5.3. Las paradojas: la monarquía tiene aspectos esencialmente desigualitarios.

El necesario proceso de racionalización implica una cierta contradicción en una monarquía, cuya misma existencia supone una excepción a las normas democráticas (al menos en el seno de la propia institución) y al principio de igualdad, así como la limitación de algunos derechos. Así, por ejemplo, si se entiende que la racionalización implica una mayor adecuación de la institución a los principios democráticos y a los valores constitucionales, no es seguro que se avance en ella con el mero hecho de suprimir la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona. En efecto, aun suprimiendo esta diferencia basada en el sexo, siempre existirá un trato diferente por razón de edad o nacimiento, al preferirse al primogénito sobre sus demás hermanos. Desde luego, no trato con esto de decir que esta reforma no sea conveniente (ya me he posicionado antes al respecto), sino que la misma no puede presentarse sin más como una mera consecuencia de un proceso racionalizador. Por ello a lo largo de este artículo, junto al término “racionalización” he usado con frecuencia la palabra “modernización” o la expresión “adaptación a los tiempos”, que en muchos casos parecen más apropiadas. El propio Felipe VI habló en su mensaje de proclamación de “una monarquía renovada para un tiempo nuevo”⁶⁵.

como una república en términos materiales, obviamente con la peculiaridad de la jefatura del Estado. Por ejemplo, Eloy GARCÍA, “El rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del art. 56.1 de la Constitución”, cit., págs. 303 ss., retoma la expresión “República coronada”, que surge en el debate constitucional sobre la monarquía parlamentaria. Por su parte, Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, *La aventura democrática. La Constitución y el alma republicana en la Monarquía parlamentaria (1978-2009)*, Península, Barcelona, 2009, págs. 93 ss., habla de la “republicanización” de la monarquía parlamentaria. En pág. 95 afirma: “La legitimación de la Corona puede así comprenderse, sin paradoja alguna, desde una perspectiva republicana”. Y en pág. 97 se pronuncia a favor de una “relectura democrática de la monarquía parlamentaria, tan inaplazable como necesaria, que a mi juicio debería ser compatible con una defensa razonada de sus virtualidades y funcionalidades positivas en clave republicana”.

⁶⁵ *Mensaje de Su Majestad el Rey...*, cit. Un comentario a esta idea, que denomina “una frase feliz”, puede verse en Manuel ARAGÓN REYES, “Un nuevo rey...”, cit., págs. 50 ss.

Y es que, si bien podrían intentar suprimirse algunas regulaciones parciales que impliquen, en el seno de la Corona, desigualdad, ausencia de principios democráticos o limitación de los derechos fundamentales, resulta imposible erradicar todas ellas; o, en realidad, la más importante de ellas, y es que el acceso a la más alta magistratura del Estado en una monarquía es, por definición, intrínsecamente desigualitario y no democrático en la medida en que no solo los ciudadanos no participan en la elección de la persona que va a desempeñar el cargo, sino que se restringen las personas que pueden hacerlo. De este modo, a pesar de que de la Corona forman parte algunas de las más altas magistraturas del Estado, y en particular las de rey, reina, regente y príncipes de Asturias, la vía de acceso a las mismas no deja de ser, por definición, una clara excepción al derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE).

Como he reiterado en este trabajo, los anteriores límites a la aplicación de los principios constitucionales no suponen incompatibilidad con la democracia, en la medida en que afectan a una magistratura que no forma parte de ninguno de los poderes del Estado y carece de todo poder de decisión política discrecional⁶⁶. Y, por otro lado, la falta de legitimidad democrática del rey al no ser elegido por el pueblo, es compatible con la legitimidad de la institución cuando la misma está prevista y regulada en una Constitución democrática. Además, me parece incuestionable que la monarquía parlamentaria existe hoy en muchos Estados plenamente democráticos como tributo justificado a su Historia, ya que la Corona es en estos casos el mejor símbolo de la misma⁶⁷. Desde esta perspectiva la monarquía puede incluso mostrar algunas ventajas a la hora de garantizar el apartamiento de la jefatura del Estado del juego partidista⁶⁸. Como ya dije, la Historia explica, la

66 Desde luego, esta idea es susceptible de debate, en la medida en que en la monarquía persiste el acceso no democrático a la jefatura del Estado. Una excelente justificación de esta compatibilidad se encuentra en el reciente trabajo de Eloy GARCÍA, “El rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del art. 56.1 de la Constitución”, cit., págs. 302 ss.

67 En esta línea, por ejemplo, Javier ALVARADO PLANAS, “La Corona como símbolo”, en Antonio Torres del Moral y Yolanda Gómez Sánchez (coords.), *Estudios sobre la monarquía*, UNED, Madrid, 1995, pág. 98, afirma: “La pervivencia de la institución monárquica cobra sentido en la actualidad en la medida en que satisfaga su vocación simbólica, es decir, histórica, y prolongue sólo los aspectos positivos del instituto”.

68 Esta idea, expresada por el propio Rey Don Juan Carlos en varias ocasiones, ha sido reiterada muy claramente por Felipe VI en su discurso de proclamación: “La independencia de la Corona, su neutralidad política y su vocación integradora ante las diferentes opciones ideológicas, le permiten contribuir a la estabilidad de nuestro sistema político, facilitar el equilibrio con los demás órganos constitucionales y territoriales, favorecer el ordenado funcionamiento del Estado y ser cauce para la cohesión entre los españoles. Todos ellos, valores políticos esenciales para la convivencia, para la organización y desarrollo de nuestra vida colectiva” (*Mensaje...*, op. cit.).

Constitución legítima, pero hay también una legitimidad de ejercicio que exige una actuación adecuada y, más que en ninguna otra magistratura, ejemplar, así como la adaptación a las circunstancias.

En cualquier caso, en términos de racionalización, la monarquía siempre implicará una cierta excepción, y nunca podrá competir con la república. Y es que podría decirse que la monarquía más racionalizada es una república. Es verdad que la monarquía debe racionalizarse más para adaptarse a los tiempos y las exigencias de la sociedad, y sobre todo debe modernizarse en algunos aspectos para seguir prestando un servicio útil a España. Pero es difícil saber en qué momento ese proceso puede provocar una pérdida de su sentido último o de sus propias reglas internas.

RESUMEN

El trabajo parte de un análisis del concepto de monarquía parlamentaria esencialmente histórico, como última fase de la evolución de la monarquía. De este modo se comprueba que la monarquía parlamentaria era un concepto preexistente para el constituyente de 1978, pero en realidad no tenía antecedentes en España, donde la monarquía había sido constitucional en casi todos los precedentes decimonónicos. Con estos parámetros se procede al análisis constitucional de las regulaciones básicas de la Corona, y en especial de la posición y funciones del rey. De este análisis se deduce que es la Constitución la que instaura la monarquía parlamentaria, y su fuente de legitimidad, y que el constituyente adoptó esta forma política porque era la única opción de mantener la monarquía en un sistema plenamente democrático, mediante la racionalización de la misma. La Historia juega un triple papel en la monarquía parlamentaria española: 1) fundamentador o explicativo (pero no legitimador); 2) interpretativo de los preceptos constitucionales, por la vía de los antecedentes, o complementador de sus lagunas en la medida en que la misma configure costumbres constitucionales; 3) dinamizador, dado que exige una perspectiva evolutiva. Esta idea permite entender que la monarquía parlamentaria española ha de afrontar los retos del momento presente y del futuro, lo que exige intensificar su racionalización y su renovación. La racionalización constitucional implicó incorporar la monarquía a un sistema constitucional democrático, separando la Corona de los poderes del Estado y de la adopción de decisiones políticas; pero quedaba pendiente la plena vigencia de los valores constitucionales en el interior de la propia institución monárquica. Por ello en tiempos recientes han sido y serán necesarias diversas reformas o adaptaciones aplicativas que intensifiquen esa vigencia, y que se analizan en el trabajo. Se trata por ejemplo de eliminar las excepciones al principio de igualdad y a los derechos, interpretar restrictivamente las prerrogativas del monarca y de los miembros de la Familia Real, o intensificar la transparencia y el acercamiento de la institución a los ciudadanos. En suma, renovarse sin perder su esencia.

PALABRAS CLAVE

Corona, monarquía, Parlamento, monarquía parlamentaria, Constitución, Historia, adaptación, racionalización, modernización.

ABSTRACT

This issue begins with a historical analysis of the concept of parliamentary monarchy, as the last stage in the evolution of the monarchy. Thus it is found that the existing parliamentary monarchy was a previous concept for constituent in 1978, but it actually had no history in Spain, where the monarchy was constitutional in all nineteenth-century precedents. With these parameters, the text performs a constitutional analysis of the basic regulations of the Crown, and especially the position and functions of the king. This analysis shows that it is the Constitution which establishes the parliamentary monarchy, and its source of legitimacy, and that the constituent adopted this policy because it was the only option to keep the monarchy in a fully democratic system by its rationalization. History plays a triple role in the Spanish parliamentary monarchy: 1) Founding or explanatory (but not legitimizing); 2) interpretation of the constitutional provisions, by way of background, or complementing their gaps by constitutional traditions; 3) dynamic, since it requires an evolutionary perspective. This idea allows us to understand that the Spanish parliamentary monarchy has to meet the challenges of the present and the future, requiring intensify its rationalization and renewal. The constitutional rationalization involved incorporating a democratic constitutional monarchy system, separating the crown of the branches of government and political decision-making; but there remained the full exercise of constitutional values within the monarchic institution. Thus in recent times various reforms or applicative adaptations to intensify that force, will be needed. It is for example to eliminate exceptions to the principle of equality and rights, restrictive interpretation of the prerogatives of monarch and members of the Royal Family, and enhance transparency and bringing the institution to citizens. In short, it's necessary to update monarchy preserving its essence.

KEY WORDS

Crown, monarchy, Parliament, History, parliamentary monarchy, Constitution, rationalization, modernization, updating.

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

SUMARIO

- **José Sanroma Aldea**, "*Crisis democrática y futuro del estado autonómico*".
- **María Teresa Vizcaíno López**, "*Las minorías religiosas en el actual estado laico mexicano*".
- **Luis María Díez Picazo**, "*Apología de la democracia representativa*".
- **Camilo Vázquez Bello**, "*La posición de los Estados Unidos de América en el mundo a través de los discursos inaugurales de sus Presidentes (1977-2013)*".
- **Jesús López de Lerma Galán**, "*Fundamentos jurídicos y antecedentes históricos en el desarrollo de la libertad de expresión e imprenta. Los intentos constitucionales en España*".
- **Rafael Santacruz Lima y Gerardo Ríos Osorio**, "*Reflexiones de la justicia constitucional en México*".
- **Rogério Luiz Nery da Silva y Daiane Garcia Masson**, "*Derechos sociales fundamentales entre la reserva del posible y el mínimo existencial*".

CRISIS DEMOCRÁTICA Y FUTURO
DEL ESTADO AUTONÓMICO

José Sanroma Aldea

Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Recibido: 5-4-2015
Aceptado: 16-6-2015

1. La idea que quiero transmitir en esta comunicación puede expresarse sucintamente así: el factor dominante de nuestra crisis política y social es más la crisis de la democracia española que la del Estado Autonómico; en consecuencia la suerte del Estado Autonómico depende de la suerte que hagamos correr a la democracia española.

Lo que a continuación digo es tan solo una incitación al intercambio de opiniones.

2. La más habitual explicación del desarrollo en España, en los 30 años que precedieron a esta crisis, se ha basado en referirlo a una trilogía, a una tríada: Democracia, Autonomía, Europa. Mas que vidas paralelas, obras políticas entrelazadas; vasos comunicantes por donde entran, salen y circulan los flujos energéticos que se transforman en el poder político que contribuye a organizar y hacer funcionar la sociedad.

Es lógico pues que cuando la crisis económica y social se ha hecho persistente, y cada vez mas profunda en España, la ciudadanía interroge a esas tres palabras - democracia, Autonomía, Europa - ya convertidas en símbolos sobre su papel en la misma.

3. Ninguna sale indemne del juicio de la opinión pública. Pero parece bastante claro , a la luz de diversos sondeos que se han venido haciendo desde el comienzo de la crisis allá por 2008, que las Autonomías han sido convertidas en el chivo expiatorio a la hora de señalar con el dedo acusatorio el maleficio causal.

4. Creo que no es preciso detenerse en dar los datos del desmerecimiento en la opinión pública de las Autonomías ,ni en referir las múltiples opiniones ,por supuesto también desde la Academia, que las cuestionan.

Señalemos que, no sin algún fundamento, algunos describen su situación con la metáfora boxística de que están contra las cuerdas. Y algunos otros, cargados de un realismo cínico y de un simplismo no bien intencionado, piden que se les dé un golpe definitivo porque, dicen, que es una utopía esperar que los políticos autonómicos renuncien voluntariamente a sus poltronas, sus dietas, sus coches oficiales...

Señalemos también que al Estado Autonómico le han puesto el RIP tanto el presidente Mas, desde su opción independentista- justificada en que la Generalitat no dispone ni del marco para afirmar su identidad nacional ni de los recursos necesarios para afrontar la crisis - como la expresidenta Aguirre, esta desde una

perspectiva recentralizadora, justificada en que la configuración autonómica de todo el territorio español no ha servido para su finalidad integradora de los nacionalismos periféricos.

Señalemos por último que, según dicen los sondeos de opinión, esta querencia a demediar las Autonomías se afirma también en un sector de la población muy castigado por la crisis que cree que de esa forma el Gobierno del Estado sería mas fuerte para defenderles.

5. No pretendo cuestionar ahora si la opinión pública española alberga en su seno un « público atento» (Gabriel Almond) ni si ha alcanzado esa «masa crítica de ciudadanos bien informados lo bastante numerosa y activa» (Robert A. Dahl) necesaria para que pueda funcionar todo sistema democrático.

Pero sí he de recordar que los creadores de ese estado de la opinión pública tienen intereses propios y no dejan de estar atentos a su promoción y defensa.

Y creo que cuando nos preguntamos si El Estado Autonómico tiene futuro o incluso si merece tenerlo no debiera olvidarse:

- que la democracia en España se ha consolidado cuando el Estado se ha estructurado con una distribución territorial del poder.
- que el Estado social que propugna la Constitución se afirmó con la implicación competencial de las Comunidades Autónomas en materia de Educación, Sanidad y servicios sociales.
- que el proceso de ideación y construcción de las Autonomías ha estado sometido a continuos y profundos cambios desde la implantación por Decretos leyes de las PreAutonomías, antes de aprobarse la Constitución, hasta la última oleada de reformas de sus Estatutos, antes de hacer la reforma de la Constitución, que sigue inabordada pero pendiente para contribuir a un mejor funcionamiento del sistema.

6. Resulta paradójico que el Estado autonómico se encuentre en una encrucijada, que mas bien parece un callejón sin salida, cuando la mayoría ,incluida Cataluña, cuentan con nuevos Estatutos que, al menos formalmente, han ampliado y afirmado su poder político.

La explicación de esta paradoja creo que puede buscarse en la debilidad de la democracia española que no ha sido capaz hasta el presente de activar su poder de reforma en las circunstancias generadas en este nuevo tiempo histórico tan lejano de la transición cuyo resultado fue la CE de 1978.

El conservadurismo, mas que la prudencia, ha puesto el cartel de Nolli me tangere en la Constitución. La inseguridad acecha y se teme que abierto el melón se cuestione todo o casi todo: las ventajas otorgadas al bipartidismo, la Monarquía, la fragmentación del demos español... En suma que en lugar de a una reforma acotada vayamos a abrir el paso a un nuevo período constituyente sin ninguna certidumbre sobre el rumbo y el puerto de llegada en ninguna materia clave.

7. Para despejar incertidumbres quizás convendría que las mismas preguntas que dirigimos respecto a las Autonomías las dirijamos también hacia la democracia española: ¿Tiene Futuro? ¿ Merece tenerlo?

No nos apresuremos a la respuesta. Tengamos en cuenta que en la ya larga historia de la democracia, mas de XXV siglos la contemplan, siempre ha estado presente, incluso por encima de las apariencias de consenso, una línea divisoria entre los que creen posible y deseable la democracia como forma de gobierno (digamos entre paréntesis que los convencidos de esta idea han sido casi siempre los menos), los que la creen deseable pero imposible en la práctica, los que la consideran posible pero no deseable, y los que la juzgan a la vez imposible e indeseable. En el retablo nacional español el mosaico de protagonistas es igual de variado y a veces maravillosamente esperpéntico.

Esos primeros, los que la creen posible y deseable, que en España incluso ahora según me temo no son los mas numerosos, para afirmar su convencimiento tendrían que sacar las consecuencias que se derivan del descomunal cambio de escala que se ha producido para hacer realmente posible y eficaz esta peculiar y problemática forma de gobierno; un cambio de escala no menor que cuando se pasó de la Ciudad-Estado al Estado-nación como posible y efectiva sede de la futura democracia. La Unión Europea, como nueva sede del proceso democratizador, podría y debería ser una respuesta positiva a este trascendental cambio de escala impulsado objetivamente por la globalización económica, aunque esta ha resultado, como se ha mostrado en la crisis económica, una trampa para la democracia en varios Estados Europeos, entre ellos el nuestro.

Esta breve referencia implica una concepción de la democracia que se afirma en un proceso expansivo e inclusivo, siempre complejo, nunca sin retrocesos, si no formales sí reales.

8. Pero tampoco la Unión Europea puede librarse de las preguntas que la conciernen ¿Tiene futuro? ¿ Merece tenerlo ? No apresuremos las respuestas.

Veamos alguno de los hitos de su historia reciente que explican el modo en que su funcionamiento ha afectado al desenvolvimiento de nuestra crisis económica.

Dragui, presidente del BCE dijo cuando la crisis financiera ahogaba a algunos Estados, entre ellos el nuestro, que el Banco no estaba para salvarlos. Y no le faltaba razón legal. A impulsos del Tratado de Maastrich (T.U.Efebrero de 1992) que fijó los plazos y condiciones para una moneda única, se le dió a esta el nombre de Euro en el Consejo Europeo celebrado en Madrid en 1995 y finalmente entró en circulación el 1 enero de 2002. Previamente en junio de 1998 en virtud de ese Tratado se había creado el Banco Central Europeo cuyas funciones para regular la política monetaria y controlar la inflación plasmaban con un contenido material concreto la cesión de soberanía que habían hecho en esta materia los Estados y que la UE encomendaba a un órgano tan distante de la difusa ciudadanía europea y, más aún, de los pueblos de Europa, sobre los que la política del Banco iba a influir poderosísimamente de modo negativo.

Procede recordar que Alemania y su Bundesbank, para aceptar la desaparición del marco, fueron especialmente exigentes en que la nueva moneda tendría que basarse en un exigente Pacto de Estabilidad, del que El BCE tendría que ser guardián y que no se creaba ni para ayudar a los Estados en apuros ni para políticas de impulso productivo y de creación de empleo.

Las dos rayitas que cruzan la letra Epsilon y que así contribuyen a establecer el símbolo de la moneda europea pretenden representar la estabilidad, convertida en la madre de todas las austeridades

Así pues no le faltaba razón a Dragui para decir lo que dijo. Pero los pueblos y las economías de los países, entre ellos el nuestro, mas negativamente afectados por las políticas de austeridad, que han visto como a los bancos, entre ellos a los españoles, les llovió primero dinero a espuestas para prestarlo imprudente y especulativamente estimulando la burbuja inmobiliaria y luego les ha llovido una multimillonaria ayuda financiera para tapar sus vergüenzas y para enriquecerse prestando dinero mas caro del que reciben a los Estados a los que el BCE se los niega, esos pueblos, entre ellos el español, hacen bien en preguntarse para qué le pueden servir las instituciones europeas si estas no manifiestan un propósito de enmienda

No quiero decir con lo anterior que estas instituciones y ni siquiera el BCE hayan hecho lo único que podía hacerse legalmente y menos aún lo que debía intentar si se quería actuar de un modo mas equilibrado ante la crisis internacio-

nal que afectó desigualmente a los países de la UE. Lo que digo es que el marco institucional y legal creado ,desde la cesión de soberanía nacional monetaria a instituciones supraestatales comunitarias abrió un nuevo espacio de confrontación de intereses que resultaba mas propicio a la intervención efectiva del sector financiero que de ningún otro y ,por supuesto esta ha tenido lugar en su propio y exclusivo provecho. Y así ha resultado.

Ya sabemos como se las gastan y si no lo sabíamos lo podemos aprender ,aunque sea simplíficadamente, con la explicación que dió Peter Bofinger, asesor del Gobierno alemán, de los rescates y los préstamos: no estamos ayudando a esos países sino a nuestros bancos.

Añadan como factor explicativo de lo que ha pasado que si triunfó la implantación de la moneda única fracasó el proyecto de aprobar una Constitución Europea, y quedó como residuo el Tratado de funcionamiento aprobado en Lisboa.

9. Sí ya sabíamos cómo se las gastan los financieros.

Permítanme recordar que fué F.D. Roosevelt presidente de EEUU en el período que había conocido la experiencia de la gran depresión quien les llamó bankgaster. Y que desde entonces estos tales han aprendido más de lo que sabían y junto a los fondos buitres han pirateado un inmenso botín en los océanos de la globalización; océanos para ellos completamente libres llenos de paraísos fiscales que son puertos seguros para toda clase de delincuentes económicos.

Así que no nos debería resultar extraño que algunos califiquen de golpe de Estado financiero al ejercicio que han hecho de su influencia y poder en el espacio que se abrió con el nuevo entramado institucional de Maastrich y el que se cerró con el fracaso de la mayor unidad política que posibilitaba la fallida Constitución Europea. Ni extraño es que se alcen voces, no sin fundamento, para cuestionar que no toda la deuda que reclaman los acreedores es legítima. Aunque la presurosa modificación del artículo 135 de la CE parezca implicarlo.

Sea cual sea el nombre que le demos la impresión general es que el poder de decisión -dicen algunos- de los mercados se impone por encima de la democracia de los Estados con el consentimiento de las instituciones supraestatales tan lábilmente democráticas.

Podemos oír al presidente de la democracia española: «os subo los impuestos aunque prometí bajarlos cuando solo era candidato, pero no quiero hacerlo; bajo

las prestaciones sociales aunque prometí garantizarlas etc. ... quería reducir la deuda que generó el despilfarrador e incompetente que me precedió en el cargo pero en mis dos años de gobierno ha crecido sin yo quererlo en 250.000 millones de Euros».

No quiero decirles que ahí se oye la voz de la mentira, cada cual que piense lo que quiera. Pero nadie podrá negar que esa voz expresa el reconocimiento de la impotencia democrática y quizá sea una huella de la enorme condescendencia, llamémosle así, que los tres últimos presidentes han tenido a lo largo de sus mandatos con las prácticas de los bankganster .

10. El resultado está a la vista: podemos decir, al igual que se ha dicho del Estado autonómico, que la democracia española está contra las cuerdas, está grogui. Y si algunos piden resetearla, el gobierno que debería alzar la voz, emulando al alcalde de Móstoles, para llamar a los ciudadanos a que acudan a salvarla pues en peligro está, en lugar de eso proyecta una ley de seguridad ciudadana, de dudosa constitucionalidad a juicio de bastantes, entre ellos el CGPJ, consejos de la Abogacía, etc para reprimir la protesta de los ciudadanos que quieren ver asociada la palabra democracia a la educación, a la sanidad, al empleo y a las libertades cívicas. Para mas Inri la reforma del régimen local desalienta la participación cívica en la institución municipal ,donde despierta y arraiga el espíritu democrático, so pretexto de que sobran políticos y competencias en ese nivel.

Esta subrepticia malquerencia y menosprecio de la necesidad de ampliar y mejorar la democracia ,en todas las escalas en que debe operar para ser efectiva, no ha surgido de repente, ni es una consecuencia inevitable de la transición ahora tan parcialmente cuestionada como antes tan parcialmente ensalzada. No. Nuestra demediada democracia actual tiene que explicarse por su propia historia reciente. Nació muy frágil. Tanto que la CE no se celebraba en sus primeros años de vigencia y estuvo a punto de tumbarla un golpe de Estado. Eran los tiempos en los que en los países occidentales, afectados por una crisis fiscal,se hablaba de la ingobernabilidad de las democracias. Le costó consolidarse porque esto se hizo desde arriba y se prestó menos atención de la debida a la profundización de sus raíces. Casi recién nacida fue acometida por el pasotismo, no solo el juvenil, y así luego envejeció prematuramente. Después vino lo decisivo: el fracaso de dos solemnes, es decir electorales, promesas de renovación y de regeneración democrática, la primera hecha en 1993 por Felipe González y en 1996 por J.M. Aznar. El espectacular crecimiento económico que se inició en el final del mandato de González y que continuó ininterrumpidamente hasta 2008 se produjo pues precisamente despues de dos promesas fallidas.

Por esto durante largo tiempo las consecuencias negativas para el funcionamiento del sistema político e institucional de la democracia pudieron permanecer ocultas por la Inflada prosperidad económica, estimulada por préstamos a granel efectuados por gente con mas poder para cobrarse las deudas que responsabilidad para otorgarlos. También influyó en aquel ocultamiento la desvaída conciencia ciudadana de que la salud democrática depende, más que de la virtud de los gobernantes, de la preocupación de los más por la res pública. Pero el estallido de la crisis, - con el abrupto final del primer período gubernamental presidido por Zapatero en el que los ingresos del Estado superaban a los gastos -y luego su persistencia -a pesar del cambio de gobierno - ha condensado esas consecuencias negativas en una descomunal crisis política y social cuyo rasgo mas evidente es la deslegitimación de la «clase política». La moneda que simboliza esa deslegitimación tiene su cruz en el grito del «no nos representan» y su cara en la idea de que los políticos, si acaso quisieran, no pueden. Y es verdad, por sí solos no pueden; y menos careciendo de credibilidad.

11. La crisis de la democracia española afecta a casi todos sus órganos y por lo tanto podría decirse que es sistémica pero no principalmente porque el reparto territorial del poder que implica el Estado autonómico debilita ese poder en su capacidad de reacción ante la crisis, sino porque afecta, permitanme la metáfora, a sus sistemas neuronal y circulatorio y a su aparato digestivo.

La salvación de la democracia española no está vinculada al repliegue, renunciando a la nueva escala y espacios supraestatales en los que ha de plantearse la lucha por una democracia efectiva frente a los poderes fácticos cuyos intereses casan mal con los de la inmensa mayoría de la población. Ni tampoco en la ilusión recentralizadora, tan engañosa como la ilusión soberanista del independentismo. Ni en el prepotente aminoramiento del poder local, y menos aún del que puede tomar sede en las grandes ciudades, tan decisivas en la conformación del futuro.

El poder político democrático no es una magnitud fija. La energía democrática no tiene un único contenedor. Repartir el poder entre distintos espacios territoriales es una fórmula que puede servir tanto para acrecentarlo como para disminuirlo. Por lo tanto la clave está en acertar en su articulación, para que el reparto no sea un juego de suma cero o negativa, y para esta tarea ya tenemos la experiencia notable de la construcción del Estado Autonómico y del complejo proceso de la unificación europea. Cualquier profesor de derecho constitucional o administrativo sabe con qué técnicas jurídicas podría mejorarse el Estado Autonómico. Pero este no es el tiempo de los juristas sino de la política, de la ciudadanía de la que todos formamos parte.

De esta depende escoger el eslabón que necesita ser mas reforzado para asegurar la consistencia de esa cadena de espacios donde se libra la batalla por la suerte de una democracia progresiva, igualitaria, pluralista.

A día de hoy creo que la UE está demasiado lejos para creer que podemos lograr de inmediato lo que la democracia española necesita de ella. Y las Comunidades Autónomas están demasiado cerca como para valorar la importancia que tienen para la democracia española. Por eso creo que en la ampliación y profundización de esta radica la clave para la recomposición acrecida del poder político que necesita España para hacer frente a la crisis e influir en la UE ,que debe reorientar su rumbo.

12. No pretendo dar recetas pero de algún modo he de concluir la idea que he expuesto como leitmotiv de mi comunicación y que tan apresuradamente he tratado de fundamentar

Por eso concluyo diciendo que la deseable y posible mejora pasa por tres vías:

Una, por la que discurre el sistema nervioso, la vía de la representación política de los intereses sociales y no solo de los manipulables prejuicios ideológicos que convierten la democracia representativa en una pura representación, como ya escribía nuestro clásico Larra.

Dos, la vía de la responsabilidad de cada mandatario, cada cargo y cada servidor público, de cada organismo que vive del presupuesto público, por donde circulan las funciones del aparato digestivo.

Tres, la vía de la participación ciudadana -el corazón del sistema circulatorio- que no puede limitarse a elegir a sus representantes. Como tampoco debiera alzarse una frontera infranqueable para que los procesos electivos, en que se funda la democracia representativa, lo sean solo para seleccionar a los integrantes de las Cámaras legislativas, pues nada hay que impida extender el sufragio activo a la elección por ejemplo de los miembros del Tribunal Constitucional, del CGPJ, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, con la adecuada regulación del sufragio pasivo.

Pueden pensar que se me está yendo la cabeza por los cerros de las utopías y quizás tengan razón. Sucede que casi he llegado al convencimiento de que la democracia es menos un producto de la razón que del corazón. En cualquier caso creo que sin sentimientos democráticos, que personalmente identifico con la firme

aceptación de la igualdad de todos los seres humanos y con la responsabilización de los más en la suerte de la vida pública, no podemos alcanzar la fuerza necesaria para ir imponiendo la razones de la democracia que nunca fueron, ni tampoco ahora, abrumadoramente convincentes.

LAS MINORÍAS RELIGIOSAS EN EL ACTUAL
ESTADO LAICO MEXICANO

María Teresa Vizcaíno López
Profesora e investigadora Titular
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Recibido: 10-4-2015
Aceptado: 16-6-2015

SUMARIO

- 1. A modo de introducción.*
- 2. Notas del modelo de Estado laico en México.*
- 3. El trato discriminatorio a las minorías religiosas en el actual Estado mexicano.*
- 4. Consideraciones finales.*
- 5. Referencias bibliográficas.*

1. A modo de introducción.

¿El Estado mexicano es laico? No es una pregunta ociosa; no son pocos los estudiosos que han preferido hablar de separación y no de laicidad, en no menos casos por entender que la Constitución Federal lo que consagra es un modelo separatista, pero no laico; en el trasfondo del problema se encuentra una serie de preocupaciones que giran en torno a las repercusiones que se suscitan en el Estado por excluir o, en su defecto, introducir valores religiosos en la vida política y social; lo cierto es que la discusión teórica, plantea -una y otra vez- la gran paradoja de confesionalidad *versus* laicismo.

Si bien en el siglo XXI la humanidad atestigua los colosales avances científicos y tecnológicos que transforman el mundo, ninguno de esos adelantos han resuelto los grandes y heterogéneos dilemas éticos, entre ellos erradicar los tratos desfavorables que reciben grupos vulnerables, entre otros motivos debido a las convicciones religiosas. Así, en México –como en otras latitudes del planeta- hay personas o grupos que son víctimas de la discriminación; todos los días sufren desprecio por alguna de sus características físicas o su forma de vida; el origen étnico o nacional, el sexo, la edad, la discapacidad, la condición social o económica, la condición de salud, el embarazo, la lengua, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil y otras diferencias pueden ser motivo de distinción, exclusión o restricción de derechos. Los efectos de la discriminación en la vida de las personas son negativos y tienen que ver con la pérdida de derechos y la desigualdad para acceder a ellos, lo cual puede orillar al aislamiento, a vivir violencia e incluso, en casos extremos, a perder la vida.

2. Notas del modelo de Estado laico en México.

A través del tiempo, los órganos estatales han mantenido versátiles relaciones con las doctrinas religiosas vigentes. Aunque no existe un parámetro que permita calificar de forma unívoca al Estado ante el factor social-religioso, ya que los modelos de Derecho eclesiástico son tributarios de la tradición histórica de cada país y solamente sobre esas peculiares circunstancias pueden explicarse, un sector importante de la doctrina ha estimado que los modelos de Estado previstos por el liberalismo necesariamente son laicos¹.

¹ El modelo de Estado liberal fue defendido por diversas corrientes filosóficas occidentales motivadas por los atropellos cometidos en Europa durante el medioevo a causa del ejercicio del poder político empañado por una doctrina religiosa; para una defensa de la teoría, nada mejor que la posición kantiana

Considérese que un Estado laico debe responder a una serie de valores propios y plenamente seculares con la pretensión de garantizar y promocionar la libertad religiosa que puede ser objeto de tutela pública; no obstante, “la laicidad no es una cualidad ‘todo o nada’, pero como mínimo requiere que esas razones (refiriéndose a las justificaciones que el legislador puede aducir para trazar diferenciaciones normativas en materia religiosa y que llegan a producir discriminación), sean más o menos compartidas o atendibles, pretendan valer o fundarse en cualquier consideración que no sea justamente su procedencia ideológica, ética o religiosa”². Lo cierto es que en el actual modelo de Estado laico se presentan fallas operativas que lesionan derechos fundamentales de la persona humana, mostrándose que las sociedades plurales que han descansado en dicho modelo no son tan neutrales como pretendían aparentar³.

Con todo, entre los modelos sugeridos para el abordaje actual de la relación entre el Estado liberal y el factor social-religioso, el modelo de Estado laico permite identificar e interpretar el hecho religioso en la sociedad mexicana con tres variantes principales: Estado confesional, Estado no confesional y Estado anticlerical. La no confesionalidad, la neutralidad y el separatismo son las más destacadas manifestaciones jurídicas del factor social-religioso a lo largo de la historia de México; empero, en el diseño de relación de Derecho eclesiástico también se aprecia el confesionalismo de Estado, ya sea de corte católico o laicista. Aunque el atributo “laico” ha tenido distintas connotaciones (en algunas épocas, como equivalente de “anticlericalismo”, otras, como “indiferencia” al factor social-religioso y a veces como “incompetencia” en materia religiosa), el denominador común de las acepciones anteriores es la fórmula de “no confesionalidad” del Estado, misma que admite no confundir lo político y lo religioso, además de reconocer la autonomía de las confesiones religiosas frente a los poderes públicos

(véase: Kant, I. *Teoría y Práctica*. Madrid, Tecnos, 1996, pág. 6). Frente a las terribles matanzas, las persecuciones internas y las guerras entre pueblos, se alzaron voces ilustradas que clamaban por una neta separación entre el poder político y las doctrinas religiosas y por la constitución de un régimen de gobierno político nacional que monopolizara tanto el ejercicio de la violencia legítima en la sociedad civil como el manejo de las relaciones internacionales (Véase: Rotterdam, E. de. *Elogio de la locura*. Barcelona, Ediciones 29, 1997, pág. 83. Lo mismo que: Voltaire. *Filosofía de la Historia*. Madrid, Tecnos, 1990, pág. 268; además Locke, J. *Carta sobre la tolerancia y otros escritos*. México, Grijalbo, 1970, pág. 25. También: Ockham, G. de. *Sobre el gobierno tiránico del Papa*. Madrid, Tecnos, 1992, pág. 37. Asimismo: Humboldt, W. von. *Los límites de la acción del Estado*. Madrid, Tecnos, 1988, pág. 70).

2 Prieto Sanchís, L. “Religión y Política (A propósito del Estado laico)”. *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, vol. 53, 2005, pág. 126.

3 Véase: Sartori, G. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo, extranjeros e islámicos*, 3ª ed., trad. de M. Á. Ruiz de Azúa, Madrid, Taurus, 2003.

y no adquirir la categoría de corporaciones públicas⁴. Así, el Estado mexicano es laico en el sentido de no confesional, pero con una actitud de reconocimiento al factor social-religioso⁵; pese a ello, las tres variantes del modelo de Estado laico instauradas en México han generado –en mayor o menor medida– problemas de desigualdad en materia religiosa.

A través de la historia, el diseño del Estado mexicano se ha caracterizado por una fuerte intervención de los poderes públicos; los campos de tensión han variado sustancialmente: el reconocimiento de la personalidad jurídica de las corporaciones religiosas, el culto público y el matrimonio religioso ya no son problemas centrales; en cambio, el estatus de los ministros de culto, el ideario educativo y la enseñanza religiosa, el uso y propiedad de los bienes eclesiásticos y de los medios masivos de comunicación con fines religiosos, continúan generando polémica.

Si bien las Leyes de Reforma constituyeron un acontecimiento fundador de la separación entre los asuntos del Estado y la Iglesia católica en México, con el vigente Derecho eclesiástico, tal separación de competencias se convirtió en un principio orientador de la nueva normatividad, como se expresa en el artículo 130 de la Constitución Federal y en la fundamentación del dictamen de reforma elaborado por la Cámara de Diputados⁶:

“La separación entre el Estado y la Iglesia en la segunda mitad del siglo XIX (es un) principio básico del esfuerzo liberal... Lo adecuado y lo vigente debe seguir siendo la separación del Estado y de las iglesias, por razón de su distinta naturaleza. Es decir, iglesias dedicadas a sus verdaderos quehaceres religiosos como las concibió Benito Juárez y un Estado laico, como idearon los liberales... La supremacía constitucional, la secularidad y neutralidad del Estado frente a todas las iglesias y su capacidad de regular la propiedad y las actividades externas de toda organización (religiosa), no pueden ponerse en duda”.

4 Véase: Campillo, A. (comp.). *Tratado elemental de Derecho constitucional mexicano*. Jalapa, La Económica, 1928, págs. 749-750.

5 González Schmal, R. “Una visión del Derecho Eclesiástico del Estado Mexicano”. *Separata*. Universidad de Córdoba, núm. 8, 2000. En: Signo de los Tiempos. Portal del Instituto Mexicano de la Doctrina Social Cristiana, (citado 15 septiembre 2009). Disponible en internet: <http://www.signodelostiempos.com/Busqueda/R_ArticuloCompleto.asp?CveArticulo=305&PaginaActual=1>.

6 *Diario de los debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos*. 17 de diciembre de 1991, año 1, núm. 22. Cit. por: González Schmal, R. “Una visión del Derecho Eclesiástico del Estado Mexicano”, *op. cit.*

Actualmente el principio separatista orienta las disposiciones en materia religiosa: el Congreso de la Unión goza de la facultad exclusiva para legislar en dicha materia⁷; las autoridades están impedidas para intervenir en la vida interna de las asociaciones religiosas; los actos del estado civil son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas; las iglesias y las agrupaciones religiosas tienen personalidad jurídica como asociaciones religiosas, una vez que obtengan su correspondiente registro. Por ello, Creel Miranda asevera que el principio separatista “acota al Estado, (pues) le permite ejercer su autoridad única y exclusivamente en cuanto a la observancia de las leyes, la conservación del orden público, la protección de los derechos de terceros. No le permite, por otra parte, inmiscuirse de modo alguno en la vida interna de las asociaciones religiosas”⁸.

Con la reforma al artículo 40 de la Constitución Federal, publicada el 30 de noviembre de 2012 en el *Diario Oficial de la Federación*, el refundado texto constitucional recoge expresamente el calificativo de laica a la República⁹. Antes de

7 El diputado Tomás Cruz Martínez sometió a la consideración del pleno de la Cámara de Diputados, una iniciativa con proyecto de decreto, por el que se reforma la fracción III y se adiciona una fracción XXXIX recorriéndose la numeración del numeral 2 del artículo 39 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, para que dicha Cámara cuente, entre sus comisiones ordinarias, con la Comisión de Asuntos Religiosos; lo anterior que en la Cámara de Diputados y, en específico, la Comisión de Gobernación a donde son turnadas la mayoría de las iniciativas sobre el factor social religioso, carece de un espacio o equipo de trabajo que afronte el análisis y discusión del Estado Laico y Asuntos Religiosos, la falta de leyes y normatividad clara que se adecúe al espectro religioso dificultan la dictaminación de la propuesta de Ley o de reformas presentadas ante el Poder Legislativo (Véase: “Iniciativa que reforma el artículo 39 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. Presentada por el diputado Tomás Cruz Martínez, del Grupo Parlamentario PRD. Turnada a la Comisión de Reglamentos y Prácticas Parlamentarias”. *Gaceta Parlamentaria*. Legislatura LIX, 21 de febrero de 2006, núm. 1951-I. En: Portal de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, (citado 9 de noviembre de 2010). Disponible en internet: <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/59/2006/feb/Ini20060221TomasCruz>>).

8 Creel Miranda, S. “Palabras con Motivo de la Inauguración del Foro Internacional sobre Libertad Religiosa”, en varios autores, *Foro Internacional sobre Libertad Religiosa. Memoria*, México, SEGOB, s.a., págs. 3-4.

9 Tal reforma constitucional es resultado de diversas iniciativas presentadas desde febrero de 2006. Véase: “Proyecto de decreto que reforma los artículos 40, 108, 109 y 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo de la diputada Elsa de Guadalupe Conde Rodríguez, del Grupo Parlamentario de Alternativa”. *Gaceta Parlamentaria*. Legislatura LX. Año XI, 22 de noviembre de 2007, núm. 2388-I. En: Portal de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, (citado 13 de noviembre de 2008). Disponible en internet: <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/nov/20071122-I.html#Ini20071122-4>>, “Proyecto de decreto que reforma los artículos 40 y 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por los diputados Javier González Garza, José Antonio Almazán y Susana Monreal Ávila, del Grupo Parlamentario del PRD”. *Gaceta Parlamentaria*. Legislatura LX. Año XI, 25 de marzo de 2008, núm. 2470-II. En: Portal de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, (citado 13 de noviembre de 2008). Disponible en internet: <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2008/mar/20080325-II.html#Ini20080325-11>>, “Iniciativa

esa adición constitucional, la única mención a la laicidad se refería a la educación que imparte el Estado (art. 3º, segundo párrafo, fracc. II), pues se estimaba que al reconocer “(e)l principio histórico de la separación del Estado y las iglesias”, se establecían los criterios de organización y actuación laica de los poderes públicos. El término laico sólo había encontrado eco en el desarrollo legislativo, específicamente en la ley reguladora en materia religiosa se ratifica categóricamente el carácter laico del Estado mexicano (art. 3º).

De lo expuesto, se aprecia que el Estado mexicano -como garante de los derechos fundamentales de sus ciudadanos- debe asegurarse que éstos logren un

que reforma los artículos 40 y 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de laicidad, suscrita por diputados de los Grupos Parlamentarios del PRD, del PRI, del PT, de Convergencia, de Alternativa y de Nueva Alianza”. *Gaceta Parlamentaria*. Legislatura LX. Año XI, 24 de abril de 2008, núm. 2492-III. En: Portal de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, (citado 14 de noviembre de 2008). Disponible en internet: <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2008/abr/20080424-III.html#Ini20080424-15>>, Proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 3º, 4º, 5º, 24, 40, 115 y 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo del diputado Víctor Hugo Círiga Vásquez, del Grupo Parlamentario del PRD”. *Gaceta Parlamentaria*. Cámara de Diputados, 24 de noviembre de 2009, núm. 2897-II. En: Portal de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, (citado 23 de abril de 2011). Disponible en internet: <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2009/nov/20091124-II.html#Ini20091124-3>>, “Proyecto de decreto que reforma los artículos 40, 108 y 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo del diputado César Augusto Santiago Ramírez, del Grupo Parlamentario del PRI”. *Gaceta Parlamentaria*. Cámara de Diputados, 1 de diciembre de 2009, núm. 2902-II. En: Portal de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, (citado 23 de abril de 2011). Disponible en internet: <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2009/dic/20091201-II.html#Ini20091201-18>>, “Proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 1, 2, 5, 26, 35, 36, 40, 41, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 89, 93, 102, 105, 108, 110, 111, 112, 115, 116, 117, 122, 128, 130, 134 y 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por el diputado José Luis Jaime Correa, a cargo del Grupo Parlamentario del PRD”. *Gaceta Parlamentaria*. Cámara de Diputados, 22 de abril de 2010, núm. 2994-III. En: Portal de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, (citado 23 de abril de 2011). Disponible en internet: <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2010/abr/20100422-III.html#Ini20100422-6>>, “Proyecto de decreto que reforma el primer párrafo y adiciona un segundo al artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recorriéndose el orden los subsiguientes, presentada por los diputados Juventino Víctor Castro y Castro y Guadalupe Acosta Naranjo, del Grupo Parlamentario del PRD”. *Gaceta Parlamentaria*. Cámara de Diputados, 14 de mayo de 2010, Año XIII, núm. 3009. En: Portal de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, (citado 23 de abril de 2011). Disponible en internet: <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2010/may/20100514.html#Ini20100514-4>>, “Proyecto de decreto que reforma y adiciona los artículos 40 y 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por el diputado Agustín Guerrero Castillo, en nombre propio y de los diputados José Luis Jaime Correa, Avelino Méndez Rangel, Juan Carlos López Fernández, Carlos Torres Piña y Telma Guajardo Villarreal, del Grupo Parlamentario del PRD”. *Gaceta Parlamentaria*. Cámara de Diputados, 20 de agosto de 2010, Año XIII, núm. 3079. En: Portal de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, (citado 23 de abril de 2011). Disponible en internet: <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2010/ago/20100820.html#Ini20100820-2>>.

desarrollo integral de su personalidad, sin que con ello imponga una ideología oficial. Al mantener su carácter laico, el Estado tiene que ser respetuoso de las diversas opciones religiosas de personas y de grupos, sin propiciar políticas que beneficien o perjudiquen por razón de ideologías; o sea la laicidad “refleja la sola estatalidad de la naturaleza que ha de tener la regulación del factor religioso por parte de un Estado que, en tal materia, sólo pretende ser Estado al servicio –no represor, ni suplente, ni concurrente- de la radical y previa esfera de racionalidad y conciencia personales de cada ciudadano”¹⁰.

Si se entiende que la laicidad es la fórmula normativa que permite definir la actuación de los poderes públicos ante el factor social-religioso y de las confesiones religiosas en la actividad política, aquélla se opone a la pretensión de imponer los valores religiosos en la vida pública, al intento de que toda exigencia ética privada encuentre asiento en el ámbito público y a restringir la aportación al ámbito de lo público de convicciones éticas privadas¹¹.

3. El trato discriminatorio a las minorías religiosas en el actual Estado mexicano.

Con la refundación del Derecho eclesiástico mexicano de 1992 se eligió un modelo que acepta la diversidad socio-religiosa y reconoce –con algunas limitaciones- el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa. El marco jurídico vigente del factor social-religioso se ha generado con el objetivo de armonizar el Derecho interno del Estado mexicano con las nuevas concepciones de la libertad religiosa que han sido delineadas por los pactos y convenciones internacionales en materia de derechos humanos. La respuesta del legislador mexicano ante la diversidad ha sido la protección de grupos desfavorecidos a través de un marco regulador que garantice la igualdad material y el ejercicio de las libertades públicas, además de prohibir la discriminación. En 2001, se reformaron los artículos 1º y 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: con la adición del párrafo tercero (párrafo quinto, con la reforma de junio de 2011) al artículo 1º constitucional se reconoció el principio de no discriminación; con la reforma al artículo 2º constitucional, se estableció la redefinición constitucional

10 Reina, V. y Reina, A. *Lecciones de Derecho eclesiástico español*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1983, pág. 315.

11 Véase: Roca Fernández, M. J. “‘Teoría’ y ‘Práctica’ del principio de laicidad del Estado. Acerca de su contenido y función jurídica”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, vol. 53, 2005, pág. 246.

de México como una nación pluricultural. Lo anterior, constituyó el primer gran acuerdo nacional que establece explícitamente dos ejes fundamentales que deben guiar la transformación y adecuación de las instituciones nacionales hacia la cristalización del nuevo proyecto nacional mexicano que fomente y promueva las libertades y derechos en un marco de laicidad y pluralidad.

Así, la Constitución Federal reconoce el derecho fundamental a recibir un trato igualitario y, por ende, a no ser discriminado (art. 1º, 2º, 4º, 12 y 13). Paralelamente, México ha suscrito y ratificado diversos documentos internacionales que contemplan de manera expresa el respeto de cada Estado por los derechos y las libertades vinculadas, entre otros, a no recibir un trato discriminatorio; precisamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre son textos no vinculantes, mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son considerados documentos convencionales de carácter vinculatorio.

En el ámbito federal se localizan diversos ordenamientos que tienden a promover el respeto de los derechos humanos; por ejemplo, en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos¹², la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas¹³, la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres¹⁴, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes¹⁵, así como en la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores¹⁶, se encuentran cláusulas antidiscriminatorias. De esta forma, diversas leyes federales y múltiples disposiciones estatales¹⁷ prohíben la discriminación en el Estado mexicano.

12 Esta Ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de junio de 1992.

13 Esta Ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de mayo de 2003 y entró en vigor a partir del 5 de julio del mismo año.

14 Esta Ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de agosto de 2006.

15 Esta Ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2000.

16 Esta Ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de junio de 2002.

17 *Cfr.* Cláusulas antidiscriminatorias en: Constitución Política del Estado de Baja California Sur (art. 8º), Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza (art. 7º, 2º párrafo), Constitución Política del Estado de Chiapas (art. 13, penúltimo párrafo), Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Durango (art. 2), Constitución Política del Estado de Guanajuato (art. 1, 2º párrafo), Constitución Política para el Estado de Hidalgo (art. 4, párrafos 2º y 3º), Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México (art. 5, 2º párrafo), Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo (art. 1º, 2º párrafo), Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos (art. 19, 1º párrafo), Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit (art. 7-I), Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León (art. 1, 2º párrafo), Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca (art. 12, 6º párrafo), Constitución Política

A pesar de lo dispuesto por el ordenamiento, en México se presentan situaciones de exclusión social, entre otras causas, debido a la intolerancia religiosa; recuérdese que el 89.3 % de la población mexicana practica la religión católica, mientras que el 10.7 % pertenece a otras religiones y sólo un 4.9 % de la población no practica ninguna religión¹⁸. Los datos censales muestran variaciones regionales en las preferencias de las convicciones religiosas: “el abanico de la diversidad se manifiesta claramente en el sureste del país y, aunque menos pronunciado en los estados fronterizos del norte, se muestra más cerrada en los estados del centro del país, disminu-

del Estado Libre y Soberano de Puebla (art. 11), Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco (art. 4, párrafo 2º), Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala (art. 3º-IV), Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de La Llave (arts. 4, párrafo 3º, y 5, párrafo 6º), Constitución Política del Estado de Yucatán (art. 2, 2º párrafo), Ley de Protección y Defensa de los Derechos de las Personas Menores de Dieciocho Años de Edad y La Familia en el Estado de Baja California (art. 7º), Código de Atención a la Familia y Grupos Vulnerables para el Estado Libre y Soberano de Chiapas (arts. 66-VII, 68-II, 143 y 237), Ley de Derechos y Cultura Indígenas del Estado de Chiapas (art. 57), Ley de Profesiones del Estado de Colima (art. 43-II), Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal (arts. 5, 13-I y II y, 14-XVI), Ley de Profesiones para el Estado de Guanajuato (art. 27-V), Código Civil del Estado de Jalisco (art. 40 Bis 3), Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México (arts. 5, 8-VII y 9-I inciso c), Código Administrativo del Estado de México (art. 3.69-II), Código Civil para el Estado de Michoacán (art. 4º, 2º párrafo), Ley de Prevención y Asistencia contra la Violencia Intra Familiar para el Estado de Morelos (art. 14), Ley Electoral del Estado de Nuevo León (art. 4), Ley de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes para el Estado de Oaxaca (arts. 9-III, 55, 64, 70, 71 y 76), Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado Libre y Soberano de Puebla (arts. 7-III, 30 y 31), Ley de Prevención, Atención y Sanción de la Violencia Familiar para el Estado de Puebla (art. 18, 2º párr.), Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Quintana Roo (arts. 3º-II y VII, 8º-I inciso b, X inciso b y XI incisos a y b, 28-XI), Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores del Estado de Quintana Roo (arts. 1 y 3-III), Ley de las Personas Adultas Mayores para el Estado de San Luis Potosí (art. 7º), Ley Electoral del Estado de San Luis Potosí (art. 157, 2º párrafo), Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Sinaloa (arts. 6, incisos B y C, 18, 24 inciso D, 33 y 34), Ley de los Adultos Mayores del Estado de Sonora (art. 6-III), Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tabasco (arts. 6II y III, 18 y 75-II), Código Civil para el Estado de Tabasco (art. 3), Ley para la Protección de las Personas Adultas Mayores del Estado de Tabasco (arts. 4-III y 6-I inciso c), Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Estado de Tamaulipas (arts. 4º-VII y 5º-I inciso b), Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores en el Estado de Tamaulipas (art. 4º-III), Ley para la Equidad de Género en Tamaulipas (arts. 3.1, 8.1 y 8.2. incisos d y m), Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Estado de Tamaulipas (arts. 3.1, 3.2, 4.1, 10.1-I inciso d y 13.1 incisos a, f, g y j), Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala (art. 3), Ley de Asistencia Social y Protección de Niños y Niñas del Estado de Veracruz de Ignacio De La Llave (art. 19), Código número 590 Electoral para el Estado de Veracruz de Ignacio De La Llave (art. 84-V), Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Yucatán (art. 202, párrafo 3º), Ley de Protección de los Derechos de las Personas Adultas Mayores para el Estado de Zacatecas (art. 5-III), Ley para Prevenir y Atender la Violencia Familiar en el Estado de Zacatecas (art. 22), Ley para Prevenir y Erradicar toda forma de Discriminación en el Estado de Zacatecas (arts. 3, 4, 10-IV y 15) y Ley del Ejercicio Profesional en el Estado de Zacatecas (arts. 33 y 53).

18 Véase: Censo de Población y Vivienda 2010 (en línea). Portal del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (citado 17 marzo 2011). Disponible en internet: <<http://www.inegi.org.mx>>

yendo aún más mientras nos desplazamos hacia el centro-occidente”¹⁹. Las opciones religiosas muestran diversificación en la geografía nacional, donde la confesión mayoritaria sigue siendo la católica y presencia de otras iglesias -como la adventista, protestantes históricas y diversas pentecostales y testigos de Jehová- no son opciones predominantes. En algunas regiones del país, el catolicismo se ha debilitado como preferencia dominante frente a las opciones de las iglesias cristianas no católicas y debido a las concepciones “que se autodefinen sin religión”; según los datos estadísticos: “Más de la mitad de los municipios (61%) donde el catolicismo ha dejado de ser minoría se localiza en el estado de Chiapas, 24% en Oaxaca y 9% en Veracruz; el resto se distribuye proporcionalmente en Puebla, Campeche y Chihuahua”²⁰.

Por tanto, en México se vive en un escenario de creciente diversidad religiosa; desafortunadamente, la discriminación religiosa es un problema social que afecta la pacífica convivencia entre los ciudadanos, tanto en las ciudades como en las comunidades rurales, principalmente indígenas. Según la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México realizada en 2005, el 80.4 % de los encuestados consideró que hay discriminación hacia las minorías religiosas y el 21.4 % se declararon víctimas de la discriminación debido a sus creencias religiosas²¹.

En 2008, 32 casos de discriminación a minorías religiosas correspondientes al sexenio del presidente Felipe Calderón estaban contabilizados por la Secretaría de Gobernación; 87 documentados por distintas instancias evangélicas en las que se argumentaban expulsiones, quema y destrucción de casas y templos, extorsiones, corte de servicios de agua potable y electricidad, marginación de los programas sociales y de apoyo contra la pobreza, amenazas, encarcelamientos, secuestros, homicidios, impedimento para usar los panteones municipales y la negación del servicio educativo a menores, entre otras violaciones, que -en su mayoría- quedaban impunes. También la Comisión Nacional de Derechos Humanos manifestó la existencia de evidencias de intolerancia religiosa, cuyas manifestaciones más violentas se presentaron fundamentalmente en los estados de

19 Torre, R. de la y Gutiérrez Zúñiga, C. (coords.) “Capítulo 2. Territorios de la diversidad religiosa hoy”. Torre, R. de la y Gutiérrez Zúñiga, C. (coords.) *Atlas de la diversidad religiosa en México*. México, CIESAS/El Colegio de Jalisco/El Colegio de la Frontera Norte/Universidad de Quintana Roo/Secretaría de Gobernación-Subsecretaría de Población, Migración y Asuntos Religiosos/CONACYT, 2007, pág. 37 (en línea). Portal de la Dirección General de Asociaciones Religiosas (citado 14 octubre 2011). Disponible en internet: <<http://www.asociacionesreligiosas.gob.mx/work/models/AsociacionesReligiosas/Resource/70/1/images/cap2.pdf>>.

20 *Ibidem*, pág. 124.

21 Véase: *Primera Encuesta Nacional sobre la Discriminación en México*. México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación-Secretaría de Desarrollo Social, 2005, págs. 121-122 (en línea). Portal del CONAPRED (citado 18 octubre 2012). Disponible en internet: <http://www.conapred.org.mx/redes/userfiles/files/Resultados_Generales_por_Modulo.pdf>.

Chiapas, Oaxaca y Guerrero. La Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la ONU, en su diagnóstico a México, dio cuenta en un apartado especial sobre intolerancia, discriminación y libertad de conciencia, de la gravedad de las violaciones a los derechos fundamentales, que adquirirían “dimensiones preocupantes” en Chiapas, Oaxaca y Guerrero, además de presentarse en los estados de Michoacán, Hidalgo, Veracruz, Guanajuato y México²².

Según los resultados arrojados por la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México efectuada en 2010, aquellos encuestados que pertenecen a alguna minoría religiosa, expusieron que el rechazo y la falta de aceptación, así como las burlas y faltas de respeto son los principales tratos discriminatorios que han sufrido por algunos agentes, por motivo o en nombre de su religión o sus creencias²³. También esta encuesta refleja otras variables de interés; por ejemplo, se ilustra la geografía de la discriminación en México: se percibe mayor desigualdad hacia las minorías religiosas en las ciudades de León, Guanajuato, con 52.4 %; Toluca, Estado de México, con 50.5 %, y Torreón, Coahuila, con 47.4 %. Le siguen Puebla y Tlaxcala, con 33.7%; Guadalajara, Jalisco, 33.5%; la Ciudad de México, 27.1%; Juárez, Chihuahua, 19.9%; Tijuana, Baja California, 19%; Monterrey, Nuevo León, 17.5%, y Querétaro con 10.1%²⁴.

Según los encuestados, los medios de comunicación, la policía y los vecinos son los agentes de mayor discriminación hacia las minorías religiosas²⁵. Casi la mitad de las personas que pertenecen a una minoría religiosa y que viven en Colima, Jalisco, Michoacán y Nayarit consideran que sus vecinos son intolerantes con las personas que profesan otra religión; tres de cada diez personas que pertenecen a una minoría religiosa en la península de Baja California opinan lo mismo. Seguidos de Chiapas, Guerrero y Oaxaca, con un 17.9%; Coahuila, Nuevo León y Tamaulipas, con un 15.6 %; Tabasco, Veracruz, Aguascalientes, Guanajuato y Querétaro, con un 8.3 %; Hidalgo, Morelos, Puebla y Tlaxcala, con un 7.2%; Chihuahua, Sinaloa y Sonora, con un 6.8%; Distrito Federal y Estado de México, con un 6.3%; Campeche, Quintana Roo y Yucatán, con un 4.3%; Durango, San

22 Román, J. A., “La intolerancia religiosa no sólo se extiende; también mata”. *La Jornada en línea*, México, 16 de junio de 2008 (en línea). Portal de la Jornada (citado 17 octubre 2012). Disponible en internet: <<http://www.jornada.unam.mx/2008/06/16/index.php?section=politica&article=013n1pol>>.

23 *Encuesta Nacional sobre la Discriminación en México. ENADIS 2010. Resultados generales*. México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2010, pág. 64 (en línea). Portal del CONAPRED (citado 18 octubre 2012). Disponible en internet: <<http://www.conapred.org.mx/redes/userfiles/files/Enadis-2010-RG-Accss-002.pdf>>.

24 *Ibidem*, pág. 65.

25 *Ibidem*, pág. 64.

Luis Potosí y Zacatecas, con un 3.8 %²⁶.

4. Consideraciones finales

En suma, se resumen algunas ideas y se apuntan algunas hipótesis para futuros trabajos:

1º. La expresión “Estado laico” es vaga y ambigua, que ya el término “laico” ha tenido distintas connotaciones en diversas épocas: a veces como equivalente de “anticlericalismo”, otras como “indiferencia” al factor social-religioso o como “incompetencia” en materia religiosa; a pesar de lo anotado, el conocimiento de las etapas de formación del modelo de relación gobierno civil e iglesias en México permite aclarar dicha expresión.

2º El calificativo de laico otorgado al Estado mexicano ha tenido distintas connotaciones a través del tiempo; logra diferenciarse:

- a) Estado laico como Estado no clerical.
- b) Estado laico como Estado no confesional.
- c) Estado laico como Estado laicista (anticlerical).

3º Corresponde a los juristas realizar un balance del estado de la cuestión y diseñar mecanismos que coadyuven a la comprensión y resolución de los problemas inherentes a la materia eclesiasticista, pues como Navarro-Valls ha aseverado: “debemos huir de dos perversiones. La primera, esa corrupción de la religión, que es el fanatismo y el fundamentalismo integrista. La segunda, esa perversión de la verdadera laicidad que es el laicismo o la intolerancia secularista”²⁷.

4º El modelo separatista diseñado constitucionalmente en México ha demostrado que no es tan neutral como pretende aparentar.

5º En el actual Estado mexicano, se presentan señales de discriminación y violencia por motivo o en nombre de la religión o las creencias; esos indicios se refieren a la acción o la inacción, de agentes estatales y no estatales, tanto nacionales como externos, que plantean situaciones conflictivas reales al interior del modelo del Estado laico.

²⁶ *Ibidem*, pág. 67.

²⁷ Navarro-Valls, R. “Para evitar equívocos: laicidad y laicismo”. *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, Madrid, DIPROEDISA, núm. 103, 2006, pág. 28.

5. Referencias bibliográficas.

CAMPILLO, Aurelio (comp.), *Tratado elemental de Derecho constitucional mexicano*. Jalapa, La Económica, 1928.

CREEL MIRANDA, Santiago. “Palabras con Motivo de la Inauguración del Foro Internacional sobre Libertad Religiosa”, en varios autores, *Foro Internacional sobre Libertad Religiosa. Memoria*, México, SEGOB, s.a., págs. 1-5.

HUMBOLDT, Wilhelm von. *Los límites de la acción del Estado*, Madrid, Tecnos, 1988.

KANT, Immanuel, *Teoría y Práctica*. Madrid, Tecnos, 1996.

LOCKE, John, *Carta sobre la tolerancia y otros escritos*, México, Grijalbo, 1970.

NAVARRO-VALLS, Rafael, “Para evitar equívocos: laicidad y laicismo”. *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, Madrid, DIPROEDISA, núm. 103, enero-febrero 2006, págs. 23-28.

OCKHAM, Guillermo de, *Sobre el gobierno tiránico del Papa*, Madrid, Tecnos, 1992.

PRIETO SANCHÍS, Luis. “Religión y Política (A propósito del Estado laico)”. *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, vol. 53, 2005, págs. 113-138.

ROCA FERNÁNDEZ, María José, “‘Teoría’ y ‘Práctica’ del principio de laicidad del Estado. Acerca de su contenido y función jurídica”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, vol. 53, 2005, págs. 223-257.

REINA, Víctor y REINA, Antonio, *Lecciones de Derecho eclesiástico español*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1983.

ROTTERDAM, Erasmo de, *Elogio de la locura*, Barcelona, Ediciones 29, 1997.

SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo, extranjeros e islámicos*, 3ª ed., trad. de Miguel Ángel Ruiz de Azúa, Madrid, Taurus, 2003.

VOLTAIRE, *Filosofía de la Historia*, Madrid, Tecnos, 1990.

RESUMEN

En el presente documento se examina el tratamiento que el legislador mexicano ha conferido a la diversidad religiosa; en específico, lo concerniente a la regulación de grupos desfavorecidos a través de un ordenamiento que intenta garantizar la igualdad y el ejercicio de las libertades públicas, además de prohibir la discriminación en el actual Estado laico mexicano diseñado con un modelo separatista.

PALABRAS CLAVE

Estado laico, modelo separatista, minorías religiosas, discriminación.

ABSTRACT

In this document is examined the treatment that Mexican legislature has conferred on religious diversity; in particular about the regulation of disadvantaged groups through a system that tries to ensure equality and the exercise of civil liberties, in addition to prohibiting discrimination in the current Mexican secular state designed with a separatist model.

KEY WORDS

Secular state model separatist, religious minorities, discrimination

APOLOGÍA DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Luis María Díez Picazo
Magistrado del Tribunal Supremo

Recibido: 15-4-2015
Aceptado: 16-6-2015

I

La representación política es una idea compleja y, tal como enseña la experiencia, proclive a generar confusión. Sin perderse en disputas bizantinas, puede decirse que la representación política es una necesidad de la sustitución del monarca por el pueblo –o si se prefiere, al margen de algunas diferencias de matiz, por la nación– como titular de la soberanía: mientras que el monarca era una persona de carne y hueso y, en cuanto tal, podía ejercer por sí mismo la autoridad última del Estado que tenía atribuida, el pueblo es una entidad colectiva. El pueblo no puede estar presente –o, al menos, no siempre– en el momento de adoptar las decisiones que corresponden a esa autoridad última del Estado, por lo que es preciso que haya alguien jurídicamente habilitado para actuar en su nombre imputándole los efectos de esas decisiones (1).

Suele decirse que la unidad política, encarnada en el titular de la soberanía o autoridad última del Estado, puede lograrse por dos vías: la identidad, cuando el titular de la soberanía está presente y actúa por sí mismo; y la representación, cuando lo hace mediante alguien que actúa en su nombre (2). Es importante destacar que el principio de la soberanía popular no implica necesariamente la imposibilidad de que el pueblo actúe por sí mismo: como demuestra el debate entre democracia directa y democracia representativa, incluso en Estados de grandes dimensiones territoriales y demográficas existe espacio para la democracia directa. Así, la razón por la que el principio de la soberanía popular trae consigo la representación política no es tanto lógica, como pragmática; es decir, se considera inconveniente que todas las decisiones imputadas al pueblo sean adoptadas directamente por éste. Pero no hay que olvidar que, si bien la representación política suele ser la regla general en los modernos Estados liberal-democráticos, no es infrecuente que se combine, en mayor o menor medida, con formas de actuación directa del pueblo (referéndum, iniciativa popular, etc.).

La representación política, al igual que la representación de derecho privado, se basa en la idea de actuar por cuenta de otro; es decir, el representante es una persona física que realiza un determinado acto no para sí misma, sino en sustitución de otro a quien se imputan los efectos. Esta idea de actuar por cuenta de otro estaba ya presente en las viejas asambleas estamentales, a partir de las cuales se formaron los modernos Parlamentos. Lo que hace diferentes a éstos de aquéllas y, por consiguiente, lo que caracteriza a la representación política son dos rasgos añadidos por las revoluciones liberales: la designación de los representantes mediante libre elección de los representados, y la independización de los representantes con respecto a los representados.

II

La designación de los representantes mediante libre elección de los representados dista de ser algo evidente, pues no existe una correlación necesaria entre elección y representación. Efectivamente, por un lado, cuando el liberalismo adoptó la elección como medio para atribuir la representación política, el mecanismo electoral llevaba existiendo varios siglos sin que nadie pensara que los elegidos tuvieran la condición de representantes de los electores (3). Piénsese en la elección de los Papas y de los superiores de las órdenes religiosas o, en el ámbito secular, de los administradores de las sociedades mercantiles. Ello significa que cabe elección sin representación.

Además, la libre elección por los representados no es el único medio de conferir la representación. Como ha mostrado el politólogo francés Bernard Manin, en la antigüedad clásica, al concebirse la democracia como idoneidad de todos los ciudadanos para ocupar cargos públicos, el instrumento principal de aquélla no era el sufragio sino el sorteo. Repárese que todavía hoy se utiliza el sorteo para la designación de determinados cargos públicos, especialmente cuando, a fin de asegurar su imparcialidad, se considera importante hacer abstracción de la ideología. Esto es lo que actualmente ocurre con los miembros de las mesas electorales o del tribunal del jurado. Tal vez pueda decirse que estos cargos públicos no constituyen, en puridad, supuestos de representación política; pero es difícil negar que los miembros de las mesas electorales o del tribunal del jurado tienen un carácter “representativo” de la colectividad, pues es precisamente esto lo que justifica su existencia en vez de que la correspondiente función sea ejercida, como es habitual, por órganos de composición burocrática. La razón por la que con el liberalismo comienza a verse la libre elección por los representados como el medio apropiado para designar a los representantes aparece, así, clara: la soberanía popular ya no es vista como idoneidad de los ciudadanos para ocupar cargos públicos, sino primordialmente como consentimiento de los ciudadanos al poder político; consentimiento que debe ser expresado mediante elecciones libres (4). Que los primeros Parlamentos liberales fueran casi siempre elegidos mediante sufragio censitario —esto es, sólo los ciudadanos varones que poseían una determinada renta eran electores y elegibles— en nada altera cuanto se acaba de decir, pues se partía precisamente de la premisa de que sólo quienes habían alcanzado cierto nivel de riqueza estaban en condiciones de valorar el interés general y, por consiguiente, de hablar por todo el pueblo y designar a sus representantes. Esto ayuda a comprender por qué la historia del constitucionalismo moderno está profundamente condicionada por la progresiva democratización del liberalismo, así como por las convulsiones que trajo consigo; evolución jalonada por sucesivas

ampliaciones del sufragio hasta llegar al sufragio universal, masculino primero y femenino después.

En cuanto a la independización de los representantes con respecto a los representados, el otro rasgo que distingue a la representación política, también está vinculado a las revoluciones liberales. La idea básica es que –a diferencia de lo que ocurre en la representación de derecho privado, al menos cuando ésta es voluntaria– los representados no pueden revocar al representante ni, por consiguiente, darle instrucciones vinculantes. El art. 67.2 de la Constitución se hace, así, eco de una venerable tradición cuando proclama que “los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo”. La prohibición del mandato imperativo es una reacción liberal frente a las viejas asambleas estamentales, cuyos miembros debían ceñirse a los cuadernos de instrucciones recibidos de sus mandantes. Lo contrario del mandato imperativo es el mandato libre, nítidamente conceptualizado por Edmund Burke en su famoso *Discurso a los electores de Bristol*, donde se describe al representante como un fiduciario (5). Y poco después fue impuesto por vía revolucionaria en Francia cuando los miembros del llamado “tercer estado” en los Estados Generales, precisamente rompiendo los cuadernos de instrucciones, se autoproclamaron Asamblea Nacional (5).

La prohibición del mandato imperativo es seguramente el núcleo último de la representación política y tiene implicaciones mucho más ricas de lo que puede parecer a primera vista (6). De entrada, la exclusión de que el representante pueda ser revocado en cualquier momento por sus representados supone que el control de éstos sobre aquél queda diferido al momento en que se disuelve el Parlamento y se convocan nuevas elecciones: sólo entonces pueden los representados sancionar al representante que no ha satisfecho sus expectativas, privándole de la reelección. Pero entretanto es el representante quien debe valorar en conciencia cuáles son los intereses generales, orientando así sus intervenciones y sus votos en el Parlamento. El representante no encarna necesariamente los particulares intereses de quienes le han votado, ni siquiera los específicos intereses locales de la circunscripción donde ha sido elegido, sino que la construcción clásica es que el representante, con independencia de dónde ha sido elegido, representa al pueblo en su conjunto. Esto trae consigo una consecuencia importantísima: es el conjunto de los representantes del pueblo, que componen el Parlamento, quien debe determinar qué medida satisface mejor, en cada situación, el interés general; y ello se consigue mediante una discusión abierta y libre. El Parlamento es concebido, así, como el foro de deliberación política. La representación política, hija del liberalismo, se funda en la creencia de que el modo de establecer lo que conviene al pueblo es un debate entre iguales cuya posición final no está predeterminada.

Es significativo que -en vez de hablar de “poder legislativo”, como es usual- el gran publicista francés Maurice Hauriou designase al Parlamento como el “poder deliberante”: la representación política implica deliberación, a través de la cual se decide cómo alcanzar el interés general. El Parlamento es el órgano del Estado donde quienes representan al pueblo deliberan sobre los intereses generales (7).

III

Obsérvese que la esencia de la representación política no consiste tanto en que el pueblo, en lugar de adoptarlas por sí mismo, encomiende las principales decisiones colectivas al Parlamento, como en que el Parlamento debe adoptar dichas decisiones mediante una discusión abierta y libre; es decir, lo que hace buena a la decisión adoptada mediante representantes es que es el resultado de la deliberación. De aquí que a veces se diga, con cierta razón, que la representación política no es del todo compatible con el moderno Estado de partidos: la disciplina de partido, tal vez valiosa por otras razones, hace que las posiciones suelen estar fijadas de antemano, por no mencionar que cercena la libre formación del criterio de cada representante individual; y, en estas condiciones, el debate no es un medio para determinar qué es lo más conveniente, sino una mera puesta en escena de opiniones impermeables a los argumentos del adversario. En este sentido decía Gerhard Leibholz -basándose en la experiencia de la República de Weimar, pero expresando una idea de alcance más general- que en un Parlamento dominado por los partidos no hay verdadera representación política, sino más bien lo que él denominaba “democracia plebiscitaria”: el Parlamento ya no tiene como finalidad la deliberación, sino sólo producir una mayoría que sostenga al Gobierno. Y significativamente esta simple designación de los gobernantes por el pueblo sería, a juicio del mencionado constitucionalista, una variedad de la democracia directa, más que de la democracia representativa (8).

La verdad es que, si bien el Estado de partidos ha puesto en entredicho ciertos aspectos de la representación política, no ha logrado acabar con ella, ni relegarla a la condición de mero resto arqueológico. En España, donde las candidaturas electorales son básicamente elaboradas por las cúpulas de los partidos políticos, éstos suelen afirmar que el mandato es suyo, no de cada uno de los representantes elegidos en sus listas. Esta pretensión de que los diputados y senadores -u otros cargos representativos a nivel autonómico y local- son meros instrumentos del correspondiente partido político tiene su más cruda manifestación en el supuesto de abandono por el representante del partido en cuya candidatura fue elegido: los partidos políticos, apoyados por una parte importante de los medios de comunicación, sostienen que existe un deber de “restituir el escaño”. Pero ello tropieza

con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la Ley de Elecciones Locales de 1978 disponía que, si un concejal dejaba de pertenecer al partido en cuya candidatura había sido elegido, perdía automáticamente su condición dejando su puesto al primer suplente de dicha candidatura; pero esta norma fue declarada inconstitucional por las STC 5/1983 y 10/1983, que la reputaron incompatible con el art. 67.2 de la Constitución. Es muy significativo que éste sea el precepto constitucional que se consideró infringido; y ello porque el art. 67.2, que se halla en el Título III relativo a las Cortes Generales, sólo prohíbe expresamente el mandato imperativo con respecto a diputados y senadores y nada dice de otros cargos representativos. Esto indica que el Tribunal Constitucional vio el art. 67.2 como expresión de un principio de alcance más general, que es inherente a la noción misma de representación política; es decir, da a entender que sin prohibición del mandato imperativo no puede existir la representación política y, más aún, que la prohibición del mandato imperativo, lejos de agotarse en la relación entre el representante y los electores, rige también para otras personas o entidades que pretendan condicionar la libertad del mandato (9).

Alguien podría pensar que todo esto es vacío formalismo jurídico, ya que con o sin el art. 67.2 de la Constitución son los partidos políticos quienes dominan la vida parlamentaria, ejerciendo un férreo control sobre diputados y senadores. Pero, incluso admitiendo que esta visión descarnadamente realista fuese completamente exacta, no cabría olvidar que ese férreo control carece de fundamento constitucional y, por consiguiente, refleja una mera situación de hecho. Los partidos políticos, en otras palabras, no pueden esperar un respaldo del ordenamiento jurídico para hacer valer su dominio. La mejor prueba de ello es que para contrarrestar el llamado “transfuguismo” —es decir, el paso de cargos representativos de un partido a otro— los principales partidos políticos españoles hubieron de celebrar el Acuerdo contra el Transfuguismo de 7 de julio de 1998, que ha sido luego varias veces renovado: se trata de un simple pacto privado, cuya eficacia depende exclusivamente de la buena voluntad de los contratantes desde el momento en que nadie puede obligar al tráfuga a renunciar a su escaño. De aquí que las medidas previstas en dicho pacto consistan sustancialmente en un compromiso recíproco de no acoger en el propio grupo a quien abandona su grupo de origen, condenándolo así al aislamiento.

IV

Existe cierto malestar con la democracia representativa. Hace unos pocos años, el *slogan* del movimiento conocido como 15-M era precisamente “no nos representan” e iba dirigido contra la totalidad de la actual clase política. Este

malestar, sin embargo, no es nuevo, ni específicamente español. Se trata de un fenómeno recurrente en Europa, y no tanto en el mundo anglosajón.

La crítica a la democracia representativa -consistente en tacharla de adulteración de la verdadera democracia, cuando no de puro y simple engaño- es tan antigua como la democracia representativa misma. Baste recordar la célebre frase de Rousseau: “El pueblo inglés cree ser libre. Se equivoca radicalmente: sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento. Tan pronto como son elegidos, es esclavo; no es nada” (10). Y más tarde Lenin, al teorizar la forma política que había de adoptar la revolución bolchevique, consideraba una exigencia innegociable que los delegados de las asambleas pudiesen ser libremente revocados en todo momento por sus electores, como único modo de que aquéllos no falsearan la auténtica voluntad popular (11). Pero se engañaría quien pensase que esta profunda desconfianza en los fundamentos mismos de la democracia representativa es peculiar de pensadores de matriz antiliberal, cuando no totalitaria. Desde la primera mitad del siglo XIX, en bastantes ordenamientos estatales de los Estados Unidos existe la institución del *recall*, en virtud de la cual el cuerpo electoral puede revocar a los cargos electivos antes de la finalización del mandato; es decir, los ciudadanos pueden deshacerse en cualquier momento de su representante sencillamente porque no satisface sus expectativas o, si se prefiere, porque entienden que “ya no les representa” (12).

Es importante destacar que toda esta corriente crítica hacia la democracia representativa no incide tanto sobre la elección como modo de designación de los representantes, cuanto sobre la independización de éstos con respecto a los representados. El mandato libre es lo que en realidad no aceptan los enemigos de la democracia representativa y su idea subyacente, como ha quedado apuntado, es que la democracia representativa no es auténticamente democrática.

Para comprender el sentido de esta afirmación –que la democracia representativa no es auténticamente democrática- es seguramente útil ponerla en su contexto histórico, porque la palabra “democracia” ha ido mutando de significado y, sin duda, de connotación axiológica a lo largo de los últimos doscientos años. En los orígenes del constitucionalismo moderno, dicho término designaba el gobierno directo por los ciudadanos, tal como se había practicado –en algunos lugares y en algunos períodos- durante la Antigüedad. Para referirse a la forma política establecida por las revoluciones liberales, sus contemporáneos no hablaban de “democracia”, sino de “gobierno representativo”. Y la valoración que al liberalismo le merecía la democracia, tal como ésta entonces se entendía, era claramente negativa.

Es verdad que ya durante el siglo XIX fue utilizándose la palabra “democracia” para designar realidades distintas del gobierno directo de los ciudadanos, siendo la prueba más ilustre de ello el título *La democracia en América*, adoptado por Alexis de Tocqueville para describir la sociedad norteamericana de su tiempo (13). Pero la idea de que la democracia puede tener algo que ver con la representación política sólo apareció a medida que el gobierno representativo –en el sentido decimonónico de la expresión- fue democratizándose mediante las sucesivas ampliaciones del derecho de sufragio. Este proceso de democratización del Estado liberal, con notables variaciones de un país a otro, no puede decirse culminado en Europa antes de la Primera Guerra Mundial; y ello, por supuesto, siempre que se pase por alto que la introducción del sufragio femenino fue aún más tardía.

No es extraño, en suma, que el concepto de democracia representativa fuera vista como una *contradictio in in adiecto* por todos aquéllos que habían sido educados en que el Estado liberal, con su gobierno representativo, no se fundaba en el derecho de sufragio de todos los ciudadanos. Y cuando se produce la gran ofensiva de los totalitarismos comunista y fascista contra la democracia representativa, que significativamente coincide en el tiempo con la consolidación del sufragio universal masculino, los espíritus más lúcidos deben recordar que la libertad política no es otra cosa que radicar el poder en un Parlamento libremente elegido por todos los ciudadanos. Ésa es, en la hermosa visión kelseniana, “la esencia de la democracia”.

V

Hans Kelsen identificó, como es bien sabido, la moderna democracia con lo que él denominaba “parlamentarismo”; término que en su obra no hace referencia al régimen parlamentario –como opuesto al régimen presidencial-, sino a la atribución del poder político en virtud de la libre elección de los ciudadanos. El término “parlamentarismo” en este sentido puede considerarse equivalente al de “democracia representativa”, que el mencionado autor no adopta por considerar que la noción de representación política es una ficción. Según Kelsen, la representación política nada tiene que ver con la auténtica representación, que sería la de derecho privado (14).

Ahora bien, más allá de las preferencias terminológicas, la identificación kelseniana de la moderna democracia, basada en el sufragio universal, con la democracia representativa –o el parlamentarismo- suscita una última cuestión: ¿podría la actual democracia de masas no ser democracia representativa? Ello conduce al clásico tema de las justificaciones de la democracia representativa (15). Éstas han sido tradicionalmente dos.

La primera tiene que ver con la creencia de que el gobierno directo por los ciudadanos, tal como fue practicado en algunas experiencias históricas (ciudades-Estado griegas, municipios italianos medievales, pequeños cantones suizos, comunidades locales de Nueva Inglaterra), sólo es viable en entidades políticas de reducidas dimensiones, donde es físicamente posible la reunión de todos los ciudadanos. La identidad, como vía a la unidad política, exige la presencia del titular de la autoridad última. Y esto se ha venido considerando incompatible con las dimensiones del Estado moderno. Esta primera justificación de la democracia representativa es, así, de índole negativa: dado que la democracia directa no es practicable en el Estado moderno, la democracia representativa es la única posible. Obsérvese que la democracia representativa es aquí vista como un sucedáneo de la democracia directa, que implícitamente se considera el óptimo inalcanzable. Precisamente por ello, esta justificación de la democracia representativa nunca ha sido muy convincente, sin mencionar que en la era de Internet caben nuevas posibilidades de actuación directa y simultánea del conjunto de la ciudadanía.

La otra justificación tradicional de la democracia representativa es mucho más profunda. Tiene que ver con la división del trabajo y, en particular, con el hecho de que en una economía altamente diversificada y compleja carecen los ciudadanos del tiempo –por no hablar del interés- que es imprescindible para la gestión de los asuntos públicos. Ello, a su vez, está íntimamente relacionado con lo que Benjamin Constant bautizó como la “libertad de los modernos”, es decir, la concepción de la libertad como autonomía individual. Los antiguos griegos y romanos podían dedicar la mayor parte de su tiempo y energía a los asuntos públicos, que era su modo de concebir la libertad, entre otras razones porque no tenían que trabajar para vivir: eran sociedades esclavistas (16). Pues bien, el argumento de que la democracia representativa está en sintonía con la concepción de la libertad hoy predominante y con las exigencias de una economía basada en el trabajo especializado sigue siendo sumamente convincente.

Hasta aquí, las dos justificaciones generalmente utilizadas de la democracia representativa. Ambas conducen a una respuesta negativa al interrogante sobre si la actual democracia de masas podría ser algo distinto de la democracia representativa. Dicho esto, vale la pena señalar que hay algunas otras razones, menos visibles y a menudo olvidadas, que refuerzan ulteriormente esa conclusión. La más importante es que la democracia representativa permite el matiz y el compromiso, algo que resulta muy difícil –cuando no imposible- en la democracia directa. En el referéndum, instrumento por excelencia de la democracia directa, la respuesta sólo puede ser sí o no y, por consiguiente, se trata de un juego donde el vencedor lo gana todo y el derrotado lo pierde todo. Ello contrasta, por

ejemplo, con la elaboración de la ley en un Parlamento: el proyecto originario va experimentando modificaciones a medida que avanzan los debates, sin que sea inusual que su texto acabe recogiendo sugerencias provenientes de diversos grupos políticos. La democracia representativa tiene, en este sentido, una mayor fuerza integradora que la democracia directa (17).

Además, si se tiene en cuenta que el gobierno democrático es algo más que la regla de decisión por mayoría y que está necesitado de múltiples procedimientos y garantías, forzoso es reconocer que la teoría y la ingeniería constitucionales de la democracia representativa están muy desarrolladas, mientras que hoy por hoy no existe un cuerpo de conocimientos constitucionales que permita el gobierno directo por los ciudadanos sin menoscabo de la libertad individual y del pluralismo político. ¿Cuáles serían, en otras palabras, las instituciones políticas de un Estado regido por democracia directa? Ésta no es una pregunta retórica, pues encierra problemas básicos y concretos, tales como quién estaría facultado para someter preguntas a los ciudadanos, cómo se podría debatir antes de votar, cómo se ejecutarían las decisiones adoptadas, quién designaría a los funcionarios, etc. No se sabe (18).

Una vez dicho todo y para concluir, es importante que la apología de la democracia representativa no caiga en la exageración. La democracia representativa no es una forma política perfecta. Tal vez estén en lo cierto quienes sostienen que la máxima ventaja de la democracia es que permite deshacerse pacíficamente de gobernantes impopulares o detestados (19). En este orden de consideraciones, no hay que olvidar que los principales problemas de funcionamiento de la democracia representativa en la actualidad están relacionados con la insatisfacción hacia los partidos políticos, más que con las otras instituciones propias de la democracia representativa; algo que es particularmente visible en España, donde los partidos políticos son extraordinariamente oligárquicos y han ocupado múltiples espacios ajenos a la política.

Y es precisamente en este punto donde cabría abrir un debate fructífero sobre las posibles virtudes de la democracia directa en el mundo actual, contemplándola no como alternativa a la democracia representativa, sino como complemento y correctivo de ésta. El referéndum, prudentemente regulado y utilizado, puede tener efectos muy positivos para dar un mayor protagonismo a los ciudadanos y para evitar innecesarias fracturas ideológicas: no pocas de las cuestiones que ocupan el debate público son “transversales”, en el sentido de que la respuesta de cada uno a las mismas no depende necesariamente de la propia afiliación partidista.

NOTAS

*Conferencia pronunciada el 12 de marzo de 2015 en Cuenca, dentro de las jornadas sobre “Representación política, participación y democracia” organizadas por la Universidad de Castilla-La Mancha. Este texto aparecerá también en los estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado.

1. Sobre la representación política, con carácter general, es obligado remitirse a las clásicas monografías de Gerhard Leibholz y Hanna Pitkin, cuyas ediciones originales son de 1929 y 1967 respectivamente. Aquí son citadas por sus traducciones italiana y española: G. Leibholz, *La rappresentazione nella democrazia*, Giuffrè, Milán, 1989; y H.F. Pitkin, *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985 También es muy esclarecedor el escrito de F. Rubio Llorente, “La representación política”, recogido en su volumen *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 601 ss.

2. G. Leibholz, *op. cit.*, p. 129 ss.

3. F. Galgano, *La forza del numero e la legge della ragione (Storia del principio di maggioranza)*, Il Mulino, Bolonia, 2007, especialmente p. 49 y siguientes.

4. B. Manin, *Los principios del gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, especialmente p. 59 y siguientes.

5. El discurso es de 3 de noviembre de 1774 y puede consultarse en E. Burke, *Textos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 311-314.

6. N. Zanon, *Il libero mandato parlamentare*, Giuffrè, Milán, 1991, p. 22 ss.; y F. Caamaño Domínguez, *El mandato parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991, p. 27 ss.

7. M. Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, Instituto Editorial Reus, Madrid, s/f, p. 469.

8. G. Leibholz, *Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la constitución*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 99 ss. A este respecto, véanse también las consideraciones de M. García Pelayo, *El Estado de partidos*, ahora recogido en sus *Obras completas*, vol. 2, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, especialmente p. 2012-2016.

9. Permítase la remisión a L.M. Díez-Picazo, “Transfuguismo y deontología política”, en *Anuario de Gobierno Local*, 1998, p. 79 ss.

10. J.J. Rousseau, *Contrato social*, libro III, capítulo XV.

11. V.I Lenin, *El Estado y la revolución*, Ariel, Barcelona, 1975, p. 64-65.

12. T.C. Marks Jr. y J.F. Cooper, *State Constitutional Law*, West Publishing Co., St. Paul, 1988, p. 255-256.

13. En este orden de consideraciones, vale la pena destacar que todavía en 1861 el título que J. Stuart Mill dio a su estudio sobre el sistema político fue precisamente *Consideraciones sobre el gobierno representativo*. Y la primera parte de *La democracia en América*, donde la palabra “democracia” es utilizada en el sentido mencionado en el texto, había sido publicada mucho antes: en 1835. Por cierto, Mill era lector y admirador de Tocqueville.

14. H. Kelsen, *De la esencia y valor de la democracia*, KKK Ediciones, Oviedo, 2006, especialmente p. 185 y siguientes. En este punto insiste F. Rubio Llorente, *op. cit.*, p. 624 ss.

15. A. Garrorena Morales, *Responsabilidad política y Constitución democrática*, Civitas, Madrid, 1991, p. 23 ss.

16. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes* es un discurso pronunciado en el Ateneo Real de París en 1819. Puede consultarse en B. Constant, *Écrits politiques*, Gallimard, París, 1997, p. 589 y siguientes.

17. W.G. Vitzthum, “Citizens’ Participation in State Functioning”, en Ch. Starck (ed.), *Rights, Institutions and Impact of International Law according to the Basic Law*, Nomos, Baden-Baden, 1987, p 163.

18. Que la democracia, lejos de ser sólo el gobierno mediante la regla de la mayoría, exige también una pluralidad de procedimientos y garantías “constitucionales” es actualmente generalmente aceptado, al menos en el mundo occidental. Véase, por todos, la nítida exposición de G. Sartori, *Democrazia (Cosa è)*, Rizzoli, Milán, 1993, p. 156 y siguientes.

19. K. Popper, *La lezione di questo secolo*, Marsilio, Venecia, 1992, p. 66-68.

LA POSICIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA
EN EL MUNDO A TRAVÉS DE LOS DISCURSOS
INAUGURALES DE SUS PRESIDENTES (1977-2013)

Camilo Vázquez Bello

Consejero de Educación

Representación Permanente de España ante la Unión Europea en Bruselas

Recibido: 20-4-2015

Aceptado: 16-6-2015

SUMARIO

1. Introducción.

2. Algunos conceptos.

3. Un caso de estudio: los discursos inaugurales de los Presidentes de Estados Unidos.

4. Referencias internacionales en los discursos inaugurales: análisis comparativo.

5. Conclusiones.

6. Bibliografía

1. Introducción*

No hay poder sin representación pública. Esta ha sido una realidad evidente desde los primeros años de la Humanidad cuando los atributos externos de distinción estaban en manos de las personas que representaban el poder en un grupo, comunidad o sociedad. Estos símbolos y rituales creaban la percepción general de una alta representación y mostraban a los demás miembros de este grupo y de otros grupos quién era el líder. Estas señales fueron muy útiles no sólo para una comunicación interna dentro de la comunidad sino también en las relaciones externas, relaciones con otras comunidades y grupos. Se creó así un lenguaje político dirigido a los demás. Estos procedimientos de representación pública del poder han ido desarrollándose a lo largo de la historia por todas las comunidades humanas.

Hoy en día, un ejemplo de representación pública del mayor poder en un país democrático es el Día Inaugural de los Presidentes de los Estados Unidos de América, día en el que el Presidente electo hace el juramento presidencial y pronuncia un discurso de gran valor político cada cuatro años.

El discurso inaugural tiene un doble significado. Por un lado se trata de la tarjeta de presentación del nuevo Presidente ante el pueblo estadounidense, y ante el resto del mundo, de las principales líneas políticas de su mandato para los próximos cuatro años. Por otro lado es la conexión virtual con la tradición política desde el origen de la república y los primeros momentos de los padres fundadores en una línea continua que articula la unidad del pueblo estadounidense y la trascendencia de la nación.

De forma habitual en cada discurso inaugural hay una serie de referencias a las relaciones internacionales que el Presidente destaca en este nuevo mandato con la mención de actores o desafíos internacionales, en forma de amenazas y oportunidades, subrayando claramente el papel clave de Estados Unidos en el mundo y representándolo como líder de la democracia y la libertad.

2. Algunos conceptos

En un estudio sobre la representación del poder el primer concepto que debe analizarse es el propio concepto de poder. Desde la publicación de “El príncipe” en 1532, obra en la que Maquiavelo esbozaba todo un manual de técnicas para el

* Agradezco muy sinceramente al profesor Alfonso García Figueroa su esfuerzo y dedicación en la corrección de este artículo así como todas sus oportunas observaciones y comentarios.

acceso y control del poder, ha habido un gran número de escritores e intelectuales que han estudiado el concepto, causas, consecuencias, influencia y límites del poder en los tiempos modernos.

Como dice Sanahuja “el estudio de las relaciones internacionales es el estudio del poder”¹. Este autor defiende la idea del poder como la capacidad de controlar, o al menos influir, en el resultado de los acontecimientos teniendo en cuenta dos dimensiones: interna en términos de autonomía, y externa en términos de influencia. En el caso de los Estados Unidos de América su autonomía e influencia durante la mayor parte del siglo XX han sido decisivas y también durante estos primeros años del nuevo siglo XXI, cuando EEUU trabaja en estrecha relación con un gran número de actores internacionales con diferentes niveles de influencia.

En opinión de Lukes “la teoría del poder tiene tres dimensiones: el poder unidimensional relativo a los resultados de la acción de los actores en un conflicto de intereses, el poder bi-dimensional que incluye también la definición de una agenda y los procesos de toma de decisiones, y el poder tridimensional que incluiría también la capacidad de definir las preferencias e ideas en el entendimiento de que todas las relaciones sociales son relaciones de poder y las ideas están detrás de la palabra y la acción”².

Hay varias discusiones académicas sobre la forma actual del liderazgo de Estados Unidos en el mundo en torno a algunas teorías sobre la unipolaridad, multipolaridad, globalidad o no-polaridad.

Para Kennedy el actual liderazgo mundial de Estados Unidos es el resultado de su fuerza como gran potencia medida en relación con otros poderes o actores internacionales, fundamentándolo a través del concepto de unipolaridad. Para ello este autor ofrece una sencilla y convincente tesis: “La ascendencia como gran poder mundial (en el largo plazo o en conflictos específicos) está vinculado a los recursos disponibles, su durabilidad económica, y la fortaleza militar”³.

Nye por el contrario considera que “la unipolaridad de los Estados Unidos es

1 SANAHUJA, J.A., “A unipolar, multipolar or no-polar World? The structural power and the transformations of the contemporary international society”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2007*, Universidad del País Vasco, 2007, Bilbao, págs. 297-384

2 LUKES, S., *Power: a radical view*, Palgrave, 2ª edición, Londres, 2005, pág. 23

3 KENNEDY, P., *The rise and fall of the great powers: economic change and military conflict from 1500 to 2000*, Vintage Books, Nueva York, 1987, págs. 438-439.

engañoso porque exagera el grado en que los Estados Unidos pueden obtener los resultados que desea en algunas dimensiones de la política en todo el mundo, pero la multipolaridad también es engañosa porque implica que hay varios países aproximadamente iguales⁴. En el desarrollo de la teoría del poder Nye identifica como un elemento de gran importancia el llamado “poder blando” (o *soft power*) definiéndolo como el número de recursos no estructurales que utiliza un país para extender su influencia en la escena internacional. A su juicio “un país puede obtener los resultados que desea en política mundial porque otros Estados - admirando sus valores, emulando su ejemplo, aspirando a su nivel de prosperidad y apertura - quieren seguirlo. También es importante para imponer la agenda o atraer a otros para que asuman su política, y no sólo a la fuerza bajo la amenaza militar o las sanciones económicas. Este poder blando - conseguir que los demás quieran como propios los resultados que se proponen – implica positivamente a las personas en lugar de coaccionarlas⁵. En este sentido la influencia hoy en día de Estados Unidos en el mundo no tendría lugar sólo a través del “poder duro” (ejército, economía, mercado), sino también a través del llamado “poder blando” (cultura, valores, medios de comunicación, imagen).

En esta referencia al poder blando, la influencia de la percepción en la construcción de una imagen de poder en las relaciones internacionales se ha convertido en una herramienta sugerente aunque a veces corre el riesgo de generar malentendidos o percepciones erróneas cuando, como dijo Jervis, “los actores muchas veces no recuerdan que tanto ellos mismos como los demás están influidos por sus expectativas por lo que la información recibida tenderá a ajustarse a imágenes pre-existentes. En este sentido el actor debe diseñar su comportamiento para trabajar con y no contra las expectativas de otros⁶.”

La percepción está estrechamente ligada a la recepción del mensaje por parte del público en general (desde responsables políticos de alto nivel a ciudadanos comunes) y su forma de pensar. El juego de la mentalidad en la comprensión de la representación del poder es un elemento importante en las relaciones internacionales como ha estudiado Fischer⁷. En este sentido, las percepciones de los decisores internacionales pueden diferir de la realidad en los patrones que se detectan y en las razones que nosotros podemos comprender. Este conocimiento puede ser utilizado no sólo para

4 NYE, J.S., “EEUU no puede lograr unilateralmente sus objetivos”, en *El País*. 24 marzo 2003, pág. 18.

5 NYE, J. S., *La paradoja del poder norteamericano*, Taurus, Madrid, 2003, pág. 30.

6 JERVIS, R., *Perception and misperception in international politics*, Princeton University Press, Princeton, 1976.

7 Vid. FISCHER, G., *Mindsets: the role of culture and perception in international relations*, Intercultural Press, Boston, 1997, pág. 3.

explicar las decisiones específicas, sino también para tener en cuenta los patrones de interacción y para mejorar la comprensión de las relaciones internacionales⁸. La percepción del otro en las relaciones internacionales se ha estudiado⁹ teniendo en cuenta el concepto de grupalidad (*entitativity*) “como una medida del grado en que se percibe como una entidad real”¹⁰ imágenes de hechos y figuras no siempre reales en las relaciones internacionales entre países u otros actores internacionales.

En este contexto, teniendo en cuenta los conceptos de poder, relaciones internacionales y percepción, la idea de una representación pública de la fuerza de Estados Unidos es determinante como instrumento útil de comunicación para enviar la imagen de un poder fuerte a aliados y enemigos en el escenario internacional. Para todos los actores internacionales, también para Estados Unidos, hay una necesidad de auto-representación para ocupar el espacio público con sus ideas, valores, influencias e intereses con la intención de ganar más poder.

Nye también ha estudiado en su último libro la influencia de los Presidentes en el desarrollo de esta representación pública de Estados Unidos durante la construcción de la posición de este país como primer poder del mundo en la segunda parte del siglo XX¹¹. Para el profesor Nye la influencia y personalidad de los Presidentes estadounidenses definen las decisiones de política exterior de su país.

Para Estados Unidos la responsabilidad de la comunicación y la representación pública es más grande si quiere consolidar su papel actual de líder mundial. Todas sus fortalezas o debilidades se comprueban y evalúan permanentemente por un número cada vez mayor de posibles candidatos a su primer puesto en la lista de los países más poderosos del mundo. En este sentido, es importante no sólo tener un gran número de armas nucleares o buenos datos económicos, sino también un importante nivel de representación pública de estos recursos, la imagen que

8 JERVIS, R., op. cit.

9 CASTANO, E.; SACCHI, S.; HAYS GRIES, P., “The perception of the Other in international relations. Evidence for the polarizing effect of entitativity”, *Political Psychology*, Blackwell Oxford, Volumen 24 n° 3 (2003), pág. 452.

10 CHAMPBELL D.T., “Common fate, similarity and other indices of the status of aggregates of person as social entities” en *Behavioral Science*, 3. 1958, págs. 14 - 25. Allí se desarrolla el concepto de grupalidad (*entitativity*) como “el grado de tener la naturaleza de una entidad, de tener existencia real” (p. 17) lo que sugiere que la similitud, la proximidad, el destino común y la acotación podría convertir un simple agregado de individuos en un grupo coherente y que sea una entidad real, al menos a los ojos del perceptor. Vid. asimismo CASTAÑO y otros, op. cit.

11 NYE, J. S., *Presidential leadership and the creation of the American Era*. Princeton University Press, 2013.

se pueda transmitir y el grado de su conocimiento entre sus vecinos, socios, enemigos y competidores en el escenario internacional.

Información, conocimientos, datos y elementos objetivos son importantes para analizar y definir una manifestación de poder, pero también la percepción, la sensación, la interpretación de los elementos subjetivos en la toma de decisiones, aún más en la política internacional donde en un gran número de ocasiones no es posible disponer de todos los elementos objetivos para tomar una decisión en un corto período de tiempo. En esos momentos los elementos subjetivos pueden ser tan importantes como los elementos objetivos.

3. Un caso de estudio: los discursos inaugurales de los Presidentes de Estados Unidos

El “Día de la Inauguración” del Presidente de Estados Unidos es un acto ceremonial que marca el inicio de un nuevo mandato presidencial de cuatro años. Se produce el 20 de enero (o el lunes 21 si el 20 es domingo), después de las elecciones presidenciales celebradas el primer martes tras el primer lunes de noviembre del año anterior. Si ese 20 de enero es domingo, el juramento se realizará en privado en las dependencias de la Casa Blanca con la presencia del Presidente del Tribunal Supremo de Estados Unidos y la familia más cercana del Presidente, trasladándose las celebraciones públicas del Día de la Inauguración al lunes cuando se repite además el Juramento esta vez en público.

Originariamente la toma de posesión se celebraba el 4 de marzo, día en el que la Constitución de Estados Unidos entró en vigor en 1789; la última inauguración que tendrá lugar en esta fecha será en el primer mandato de Franklin D. Roosevelt el 4 de marzo de 1933. La razón original de esta distancia temporal entre el día de las elecciones a principios de noviembre y la toma de posesión a principios de marzo del año siguiente era garantizar una transición pacífica del poder. Los nuevos Presidentes tenían que elegir a los miembros de su gabinete y otros miembros clave de la administración, ponerse al día en los grandes temas del gobierno además de facilitarle a la nueva Administración la tarea de trasladarse físicamente a Washington. Este tiempo de cuatro meses para el Presidente, en funciones tras las elecciones, se le conocía como el periodo “del pato cojo” (*the lame duck*), un término tomado de Wall Street donde se utilizaba para referirse a las personas que no podían pagar sus préstamos (personas sin mucho capital, en este caso capital político¹²).

12 El periodo "del pato cojo" se utiliza actualmente como término político para referirse a la segunda

Este largo periodo de transición entre dos Administraciones causó en ocasiones graves problemas. En el llamado “invierno de la secesión” tras la elección de Abraham Lincoln, el Presidente James Buchanan no hizo nada ante los actos insurgentes de las fuerzas secesionistas del Sur que ocuparon varios fuertes y arsenales federales. En marzo de 1861, cuando Lincoln finalmente asumió el poder, la guerra civil casi estaba perdida para el Norte antes incluso de que comenzara. Otro ejemplo se produjo siete décadas más tarde, en 1933 en medio de la Gran Depresión, el período de pato cojo del Presidente Herbert Hoover parecía demasiado tiempo teniendo en cuenta que apenas se hablaba con el Presidente electo Franklin Delano Roosevelt y el país, sumido en una profunda crisis económica, esperaba una acción inmediata de su líder recién elegido. En respuesta a este tipo de situaciones se propuso la 20ª Enmienda adoptándose ese mismo año 1933 y se cambió la fecha de toma de posesión de marzo al “mediodía del día 20 de enero”.

A pesar de que no estaba estipulado en la Constitución se ha convertido en una tradición que el Juez Presidente del Tribunal Supremo sea la persona ante la que preste juramento el nuevo Presidente. Esta es una de las pocas tradiciones del día de inauguración que no comenzó con George Washington, que tuvo al Canciller de Nueva York Robert Livingston el día de su primera toma de posesión (Washington prestó juramento en el *Federal Hall* de Nueva York). John Adams fue el primer Presidente en tener como maestro de ceremonias a un Presidente del Tribunal Supremo. El único Presidente que se prestó juramento a sí mismo fue William H. Taft, que además era en ese momento Presidente del Tribunal Supremo. La única mujer que ha tomado juramento a un Presidente, Lyndon B. Johnson, fue la juez de distrito Sarah T. Hughes a bordo del avión *Air Force One*, tras el asesinato en Dallas de John F. Kennedy.

Tras tomar juramento, el Presidente pronuncia su primer discurso denominado “discurso inaugural” (*Inaugural Address*). Hasta 1897 se pronunciaba el discurso antes de tomar juramento. Ese año McKinley solicitó un cambio en el orden para que pudiera reiterar las palabras del Juramento en el cierre de su discurso, y este cambio continuó con sus sucesores. Sólo cuatro Presidentes no pronunciaron este discurso: John Tyler, Millard Fillmore, Andrew Johnson y Arthur W. Coolidge ya que en estos cuatro casos el Presidente entrante sucedía a un Presidente que había muerto en el cargo y posteriormente no fueron elegidos en las siguientes elecciones.

parte del mandato de un Presidente estadounidense que se encuentra en el ejercicio de su segunda legislatura y no puede volver a presentarse a unas elecciones presidenciales.

Gerald Ford se dirigió a la nación a través de los medios de comunicación (tras la renuncia al puesto de Richard Nixon) después de tomar el juramento.

Cincuenta y cuatro discursos han sido pronunciados por treinta y siete Presidentes. El segundo discurso de George Washington fue el más corto (sólo 135 palabras), y el de William Henry Harrison fue el más largo (8.495 palabras) en más de dos horas, muriendo cuarenta y un días después a causa de una neumonía sufrida ese mismo día de la inauguración por su exposición al aire libre sin abrigo con un clima muy frío.

El único elemento del día de la Inauguración recogido en la Constitución de Estados Unidos es el juramento¹³ del Presidente electo antes de que asuma la responsabilidad (“*enter on the Execution*”) de la oficina de la Presidencia. Constitucionalmente es el único requisito legal necesario para iniciar un mandato presidencial. Sin embargo con los años han surgido algunas tradiciones que han ampliado el acto de inauguración desde una sencilla ceremonia de juramento a un día lleno de diferentes eventos, con desfiles militares y civiles, discursos de distintas autoridades, música, poemas y servicios religiosos, almuerzos oficiales y bailes, y una participación activa de todos los ciudadanos que llegan a Washington, incluso con algunos días de antelación, desde todos los rincones del país. Este gran espectáculo es seguido a través de los canales de televisión por millones de personas. Durante todo el día se desarrolla en la ciudad de Washington una representación real del poder de la Presidencia de Estados Unidos, con una importante participación de sus ciudadanos. Hoy este evento se puede considerar como la mayor representación pública del poder en un país democrático en el mundo.

Se podrían destacar tres objetivos en la escenografía de este gran acontecimiento para la democracia estadounidense:

En primer lugar se trata de una obligación constitucional. El juramento presidencial representa la continuidad de una regla constitucional de la república que traspassa el poder del antiguo al nuevo Presidente. Es un símbolo de la continuidad jurídica del marco institucional de Estados Unidos desde los primeros días de esta república.

En segundo lugar se trata de un vínculo emotivo y sentimental entre la primera

13 I (..) do solemnly swear (or affirm) that I will faithfully execute the Office of President of the United States, and will to the best of my ability, preserve, protect and defend the Constitution of the United States. □ Constitución de Estados Unidos, Artículo II, Sección 1, Cláusula 8.

autoridad de Estados Unidos y sus ciudadanos. En su primer día de mandato el electo (o reelecto) Presidente muestra públicamente su compromiso como líder de la nación en un acto abierto a todo el mundo.

En tercer lugar es la manifestación más clara del poder democrático de Estados Unidos para con sus ciudadanos en primer lugar y hacia el mundo. En una especie de ritual de “coronación”, como ocurría en las antiguas monarquías, los actos de este día recuerdan y ponen de manifiesto la gloria y el poder de la primera autoridad de la república.

El discurso inaugural es utilizado por el Presidente electo para explicar y mostrar al mundo, en su primer día en el cargo su visión de país y sus metas para la nación. Solemnemente este discurso se centra sobre todo en cuestiones relacionadas con la política interior destacando numerosas referencias a los padres fundadores y los primeros años de la historia de la república, los principales episodios de la historia americana, la defensa de la libertad y los derechos individuales de las personas así como una llamada a la unidad de la nación.

En general las referencias a las relaciones internacionales no son muy profusas pero hay siempre una especie de capítulo dedicado al papel de Estados Unidos como líder internacional de la libertad y la democracia, así como a la importancia de su presencia en el mundo para evitar la acción de los enemigos a los valores de la democracia. En este discurso se muestran las líneas generales de su futura política de relaciones exteriores. Este evento es seguido por millones de personas dentro y fuera de sus fronteras.

4. Referencias internacionales en los discursos inaugurales: análisis comparativo.

A continuación se pretende realizar un análisis de las principales referencias de relaciones internacionales en los discursos inaugurales¹⁴ desde 1977 con el mandato de Jimmy Carter hasta 2013 con el segundo mandato de Barack Obama. En este período de treinta y seis años es posible observar diferencias que responden a los nuevos retos, problemas, dificultades, oportunidades y promesas en cada mandato de cuatro años.

14 Los discursos inaugurales de todos los Presidentes de los Estados Unidos de América desde Georges Washington hasta Barack Obama se pueden encontrar en la siguiente página web: www.bartleby.com Inaugural Addresses of the Presidents of the United States (1977 – 2013). <http://www.bartleby.com/124/>

Aunque el marco general de estos discursos no varía sensiblemente y hay en todos ellos un gran número de referencias a los valores tradicionales de la nación y los primeros años de la república es posible observar el carácter de cada Presidente reflejado en los distintos párrafos del texto, sus preocupaciones y deseos, sus sentimientos al comienzo de su nuevo trabajo (o segundo mandato) como Presidente de los Estados Unidos de América.

En estos años se han producido muchos cambios en Estados Unidos y en el mundo. El objetivo de la elección de este período de tiempo específico (con seis Presidentes, tres republicanos y tres demócratas) ha sido analizar la auto-representación de Estados Unidos en el mundo a través de las palabras de los Presidentes en sus discursos inaugurales. Por supuesto como toda auto-representación pública estos discursos muestran una visión limitada, subjetiva y parcial, nunca negativa en su conjunto (aunque pueda incluirse alguna autocrítica en aspectos particulares, normalmente acciones en política interior y casi siempre achacables a su antecesor). Sin embargo es posible identificar pequeñas diferencias de un Presidente a otro bajo la idea común general de la consideración de Estados Unidos como primera potencia mundial.

Jimmy Carter (1977 - 1980)

Después de los turbulentos años del segundo mandato de Richard Nixon y su destitución así como el mandato de dos años de Gerald Ford, Jimmy Carter llegó a Presidente como exponente de un cambio en las formas y el estilo de los anteriores Presidentes. En su discurso inaugural prestó especial atención a la necesidad de trabajar para evitar las cada vez mayores diferencias económicas y sociales de la sociedad estadounidense en un momento de profunda crisis económica durante la segunda mitad de los años setenta: “Vamos a luchar nuestras guerras contra la pobreza, la ignorancia y la injusticia”. Desde su punto de vista el gobierno debería ser “al mismo tiempo competente y compasivo”, prestando atención al papel del gobierno como benefactor de las personas más débiles.

En el apartado de relaciones internacionales hay una referencia a los derechos humanos y dos mensajes claros dirigidos a la Unión Soviética, sin mencionarla, relativos a la lucha contra los enemigos de la libertad y a la reducción de la carrera nuclear de armamentos. En su defensa de los derechos humanos Carter subrayó que “el mundo está ahora mismo dominado por un espíritu nuevo. Pueblos cada vez más numerosos y más políticamente conscientes reclaman su lugar al sol - no sólo en beneficio de su propia condición como pueblo sino también en defensa de los derechos humanos básicos”. La defensa de los derechos humanos va a ser

una constante en la agenda de Jimmy Carter durante su mandato como Presidente y después de su mandato con la creación de la Fundación Carter. En contra de los enemigos de la libertad, dijo que Estados Unidos es “una nación puramente idealista, pero no dejaremos que nadie confunda nuestro idealismo con debilidad. Porque somos libres no podemos ser indiferentes a la suerte de la libertad en otros lugares” y formula un compromiso frente a otros países en los que no es posible ser libre: “No buscamos intimidar pero está claro que un mundo que otros pueden dominar con impunidad sería inhóspito para la decencia y una amenaza para el bienestar de todas las personas” (en un mensaje directo a la URSS).

El segundo mensaje a la Unión Soviética estaba relacionado con la carrera nuclear de armamentos, principal elemento de discusión durante esos años de “guerra fría”. El Presidente Carter subraya que esta carrera “está diseñada para garantizar una resistencia equivalente y continua entre adversarios potenciales” explicando en su discurso dos compromisos para su desarrollo en dos etapas: “la perseverancia y sabiduría en nuestros esfuerzos para limitar el armamento mundial a los necesarios para la seguridad nacional de cada Estado” y para fomentar “un avance hacia la eliminación de todas las armas nucleares de la Tierra”.

Finalmente casi al final de su discurso Carter hizo un llamamiento a todos los países en favor de la paz en el mundo: “Yo esperaré que las naciones puedan decir que habíamos construido una paz duradera, que no se erige sobre las armas de guerra, sino sobre las políticas internacionales que reflejan nuestros valores más preciados”, valores defendidos por Estados Unidos en contra de los principios del sistema comunista que sustenta la URSS.

En un momento de profunda crisis económica y fuerte confrontación política con la Unión Soviética bajo el mandato de Leonid Brezhnev, el Presidente Carter quiso hacer hincapié en el papel de Estados Unidos como el primer defensor de los derechos humanos, la libertad, la reducción de la carrera de armamentos de destrucción masiva y la paz en todo el mundo. Pero durante estos años en el escenario internacional hubo una difícil situación de tenso equilibrio entre los dos países más grandes en un mundo dividido en dos y con la amenaza real de una creciente carrera de armas nucleares.

Ronald Reagan, primer mandato (1981 - 1984)

Ronald Reagan llegó a la Presidencia en enero de 1981, después de ganar las elecciones de noviembre de 1980 contra Jimmy Carter, en medio de una profunda crisis económica, durante los últimos años de la guerra fría y con la secuestro de

52 ciudadanos estadounidenses en la embajada estadounidense en Teherán, liberados el mismo día de su toma de posesión.

La primera referencia de su discurso se dirigió a las dificultades económicas que sufren muchos estadounidenses que “se enfrentan a una crisis económica de enormes proporciones”. En su opinión, para el tratamiento de este “mal económico”, “la más larga y una de las peores crisis de nuestra historia nacional”, “el gobierno no es la solución a nuestro problema”, sino que la solución vendrá del hecho de que “todos los estadounidenses vuelvan a trabajar” en un “nuevo comienzo”. Este nuevo comienzo tendría que desarrollarse en un nuevo marco donde la influencia del gobierno sería minimizada a fin de garantizar el libre mercado, centrandose todos sus esfuerzos en facilitar el desarrollo de la economía. Mencionó a Winston Churchill cuando se acordó de las palabras del viejo primer ministro británico: “No hice el juramento que acabo de hacer con la intención de presidir la disolución de la economía más fuerte del mundo”. Ronald Reagan mostró su determinación en cambiar lo antes posible la mala situación de la economía nacional.

En el ámbito internacional, defendió el papel de los EEUU como el primer país de la Tierra en la defensa de la libertad siendo el mejor ejemplo para sus vecinos y aliados contra los “enemigos de la libertad”. Ronald Reagan suscribió el valor de la paz con un mensaje preventivo explícito dirigido “a los enemigos de la libertad, los que son adversarios potenciales, siendo la paz la aspiración más elevada del pueblo estadounidense. Negociaremos por ella, nos sacrificaremos por ella”, pero Estados Unidos “no se rendirá por ella, ni ahora ni nunca”, transmitiendo la idea de ser muy activo en la lucha por un mundo libre: “Cuando sea necesario actuar para preservar nuestra seguridad nacional, vamos a actuar”. Para Reagan Estados Unidos debe apoyar a los movimientos de liberación en todos los países en los que estos principios puedan estar en peligro.

Hizo dos referencias indirectas a la carrera de armas nucleares y el terrorismo en relación con la fuerza de los pueblos libres: “Por encima de todo debemos darnos cuenta de que ningún arsenal ni ningún arma de todos los arsenales del mundo es tan formidable como la voluntad y el valor moral de hombres y mujeres libres. Es un arma que nuestros adversarios en el mundo de hoy no tienen. Es un arma que nosotros como estadounidenses tenemos. Vamos a ser entendidos por aquellos que practican el terrorismo y se aprovechan de sus vecinos”. En un lenguaje directo de confrontación era clara la distinción entre los defensores de la libertad y sus enemigos. No hizo referencias explícitas al, en ese momento, peor adversario internacional de Estados Unidos: la Unión Soviética, pero esta potencia era receptora de los mensajes de confrontación. Tampoco hubo mención a otros países o regiones.

En la estructura del discurso destacaron dos capítulos principales: la economía interior y la defensa de la libertad fuera de las fronteras de Estados Unidos, con el mensaje común de modificar la situación actual con un comportamiento proactivo basado en un compromiso liberal de gobierno mínimo en la economía y una fuerte posición internacional contra los regímenes comunistas.

Ronald Reagan, segundo mandato (1985-1988)

El 20 de enero de 1985 era domingo y el Presidente Reagan tomó juramento en el interior de la Casa Blanca. Al día siguiente la gran mayoría de las actividades de la celebración previstas al aire libre fueron canceladas debido a una gran nevada que cayó ese día en Washington. Por primera vez un Presidente tomó juramento en la Rotonda del Capitolio el 21 de enero. Después de su victoria en las elecciones presidenciales de 1984 contra el candidato demócrata Walter Mondale, Ronald Reagan en su segundo discurso inaugural utilizó un lenguaje enérgico y entusiasta: “Nuestra nación está preparada para la grandeza. Debemos hacer lo que sabemos que es correcto y hacerlo con todas nuestras fuerzas”.

La primera parte se dedicó al éxito en la economía nacional destacando la mejor situación económica, teniendo en cuenta las dificultades que existían en 1981, tras la aplicación de medidas liberales, la reducción de tipos impositivos, el recorte de la inflación y el aumento del empleo “más gente empleada que nunca antes en nuestra historia”, dijo durante su discurso. La segunda parte de su discurso estuvo dedicada a destacar la “responsabilidad primordial del gobierno: la seguridad de nuestro pueblo” defendiendo su posición beligerante contra la Unión Soviética (en este discurso señaló expresamente al menos en cuatro ocasiones a su enemigo) en la defensa de la libertad, utilizando para ello un lenguaje muy directo.

Defendió su sistema “*Star Wars*” de satélites como un “escudo de seguridad”, garantía de la prevención nuclear en contra de la “amenaza de la destrucción mutua asegurada”. Dijo que “la historia ha demostrado que la paz no vendrá ni será preservada nuestra libertad con la buena voluntad. Hay en el mundo aquellos que desprecian nuestra visión de la dignidad humana y la libertad. Una nación, la Unión Soviética, ha llevado a cabo la mayor concentración militar en la historia del hombre construyendo impresionantes arsenales de armas ofensivas”.

En 1985 Ronald Reagan se encontraba en el mejor momento de su carrera política. Junto con Margaret Thatcher en el Reino Unido, Reagan representaba el cambio hacia una nueva era conservadora a nivel mundial; y en la Unión Soviética tras la muerte de Brezhnev había comenzado la sucesión en el poder de varios

y fugaces líderes soviéticos antes de la llegada de Mijail Gorbachov a finales de 1985. Por otro lado el Presidente Reagan defendió las negociaciones con los soviéticos “para no sólo discutir los límites de un nuevo aumento de las armas nucleares sino reducir su número y llegar un día a la eliminación total de dichas armas de la faz de la Tierra” como un compromiso de futuro. Sobre la cuestión nuclear Reagan presentaba sus cartas de manera doble construyendo el sistema de “*Stars Wars*” por un lado y haciendo una llamada a las negociaciones por otro.

A diferencia del primer discurso inaugural este segundo discurso estuvo lleno de orgullo y provocación contra la posición de la Unión Soviética planteando la cuestión nuclear en el centro de las relaciones internacionales. Mijail Gorbachov aún no se encontraba en la dirección de la Unión Soviética y había señales evidentes de decadencia en el gran enemigo de Estados Unidos. No hubo citas a otros conflictos importantes en el mundo durante esos días como la invasión soviética de Afganistán, la guerra entre Irán e Irak, los conflictos en Centro América... El mundo es sólo una cuestión de dos, y uno de ellos va a estar fuera del escenario internacional en poco tiempo.

George Bush, 1989-1992

El Vicepresidente Bush durante los dos mandatos de Ronald Reagan ganó las elecciones presidenciales de 1989 contra el candidato demócrata Michael Dukakis. En su toma de posesión George Bush repitió palabra por palabra el juramento expresado por George Washington primer Presidente de Estados Unidos hacía 200 años, “no sólo porque se trata del bicentenario de la Inauguración sino porque Washington sigue siendo el padre de nuestro país”, construyendo una línea directa desde el origen de Estados Unidos a través de las tradiciones políticas en su primer día de mandato como Presidente. Después de estas palabras el Presidente Bush destacó la fuerza de la libertad: “Sabemos lo que funciona: funciona la Libertad. Sabemos lo que es de ley: La libertad es ley. Sabemos cómo asegurar una vida más justa y próspera para el hombre en la Tierra: a través de los mercados libres, la libertad de expresión, elecciones libres, y el ejercicio de la libre voluntad sin obstáculos por el Estado”. Para Bush, Estados Unidos es el campeón de la libertad en el mundo.

En la segunda parte de su discurso habló de la posición internacional de Estados Unidos como defensor de la paz y orgullo de los americanos en su lucha por la libertad. Al mundo le ofreció “un nuevo compromiso y una promesa renovada, Estados Unidos permanecerá fuerte para proteger la paz. La mano que se ofrece es un puño reactio; pero una vez ofrecida, fuerte, se puede utilizar con gran efecto”.

También subrayó (con una referencia explícita) que estaba muy atento a los movimientos de la Unión Soviética: “Vamos a permanecer fuertes para proteger la paz”, diez meses antes de la caída del muro de Berlín y el colapso del imperio soviético. La línea de su discurso se establece como clara continuidad de la política de Reagan sobre el papel de Estados Unidos como policía del mundo, pero expresada con un acento más suave en favor de un acercamiento prudente a la otra parte “coherente tanto con nuestra seguridad y con el progreso” en el sentido de que “nuestra nueva relación en parte refleja el triunfo de la esperanza y la fuerza sobre la experiencia, la esperanza es buena, y también lo son la fuerza y la vigilancia”.

En los últimos párrafos de su discurso, el Presidente electo introdujo un nuevo elemento que a su juicio comienza a ser muy peligroso en las sociedades occidentales, especialmente en Estados Unidos: el problema de las drogas (“hay pocas áreas tan claras en las que como sociedad debemos levantarnos unidos y expresar nuestra intolerancia siendo la más obvia ahora la droga”). El Presidente Bush habló sobre la idea de luchar prometiendo que “hay mucho que hacer y decir pero escúchenme bien: este flagelo se detendrá”.

Bill Clinton, primer mandato (1993 - 1996)

El nuevo Presidente, que tomó posesión el 20 de enero de 1993, tras ganar las elecciones a George Bush y al candidato independiente Ross Perot, introdujo en su discurso un gran número de nuevas referencias que comenzaban a ser populares en la sociedad estadounidense: “Las comunicaciones y el comercio son globales; la inversión es móvil; la tecnología es casi mágica; y la ambición de una vida mejor es ahora universal. Nos ganamos nuestro sustento en competencia pacífica con gentes de todo el mundo”.

En este momento la economía de Estados Unidos está comenzando a mejorar y salir de la crisis de principios de los años noventa, y había esperanza de un futuro mejor para todos. Bill Clinton representaba el cambio y quería introducir estas nuevas ideas en su discurso. Después del colapso de la Unión Soviética y el nacimiento de nuevos países en el antiguo imperio ruso, la transformación en Europa de la antigua Comunidad Económica Europea en la nueva Unión Europea y la ausencia de grandes conflictos en el mundo (destacaba la guerra étnica en la ex Yugoslavia como el peor problema en esos años) era el momento de esperanza y cambio con la introducción en el diccionario de palabras nuevas como “globalización”.

La primera parte de su discurso inaugural estuvo dedicado a la economía y a la necesidad de mejorar los esfuerzos y la inversión en todos los sentidos (en las

personas, en el empleo, en el futuro) recortando la deuda masiva. “No va a ser fácil, se requiere sacrificio”. Buscando el viejo estilo de vida americana y recordando los años de Kennedy, el Presidente Clinton habló de “romper el mal hábito de esperar algo a cambio de nada, desde nuestro gobierno o desde otra parte. Pongámonos todos a asumir una mayor responsabilidad, no sólo por nosotros mismos y nuestras familias, sino por nuestras comunidades y nuestro país”.

En la segunda parte defendió la interconexión entre políticas internas y externas: “Ya no hay división entre lo exterior y lo interno”, poniendo como ejemplos “la economía, el medio ambiente, la crisis del SIDA, la carrera de armamento”, problemas viejos y nuevos. La globalización es una realidad y no es posible luchar contra esta nueva forma de relaciones.

En este contexto, Clinton expresó que el “viejo orden pasa y el nuevo mundo es más libre, pero también menos estable”. Las viejas reglas de la guerra fría han desaparecido después de la caída del sistema comunista pero nuevas amenazas comienzan a extender sus tentáculos. “Claramente Estados Unidos debe continuar liderando el mundo en el que hicimos mucho”. Estados Unidos se había mantenido como el primer país del mundo con independencia de las situaciones cambiantes en el escenario internacional. Era necesario prestar atención a los nuevos retos y oportunidades “de este nuevo mundo” y “junto con nuestros amigos y aliados Estados Unidos trabajará para modelar el cambio”.

Como ejemplos de los nuevos problemas fuera de las fronteras estadounidenses, mencionó expresamente el caso del Golfo Pérsico (con la difícil situación en Irán, Irak o Afganistán) y Somalia, donde los intereses de Estados Unidos podrían estar en peligro. Afirmó el poder de las ideas para construir la democracia y la libertad en todos los continentes como “la causa de América” que actúa “con la diplomacia pacífica siempre que sea posible, con la fuerza cuando sea necesario”. Clinton tampoco evitó mencionar la referencia al uso de las armas si era necesario en la defensa de la libertad y la democracia; pues ello ha sido una constante en los discursos inaugurales de los Presidentes estadounidenses. A veces no es posible defender la libertad sólo con palabras y buenas maneras. En las relaciones internacionales el uso de la fuerza es otra forma de hacer política.

Bill Clinton, segundo mandato (1997 - 2000)

En su segundo discurso inaugural el Presidente Clinton, tras ganar las elecciones presidenciales contra el candidato republicano Bob Dole, hubo pocas referencias a las relaciones internacionales. En el mundo se había producido

una situación de *impasse* con una Federación Rusa en proceso de cambio en los últimos años del mandato de Boris Yeltsin y algunos conflictos locales limitados en África y Oriente Medio. Bill Clinton subrayó explícitamente que “Estados Unidos es la nación indispensable del mundo. Una vez más nuestra economía es la más fuerte en la Tierra”.

Después del colapso de la URSS defendió un nuevo sistema de relaciones internacionales bajo el liderazgo de Estados Unidos y sus valores de democracia: “El mundo ya no se divide en dos campos hostiles. En su lugar ahora estamos construyendo lazos con las naciones que una vez fueron nuestros adversarios. Crecientes conexiones comerciales y culturales nos ofrecen un cambio para levantar los recursos y los espíritus de la gente en todo el mundo. Y por primera vez en toda la Historia hay más personas en este planeta que viven en democracia que las que viven en dictaduras.” Sólo hay una superpotencia en el escenario de las relaciones internacionales y todo el mundo debe reconocerlo.

Al igual que en su primer discurso inaugural el Presidente Clinton volvió a hablar de “las fuerzas de la era de la información y la sociedad global” como un nuevo paso en el desarrollo humano y económico e hizo hincapié en el poder de las personas para gestionar sus vidas defendiendo que “el gobierno hoy en día no es el problema ni tampoco la solución (en el lado opuesto a la frase de Reagan en su primer discurso inaugural), nosotros (el pueblo estadounidense) somos la solución. Y entre estas personas hay inmigrantes que son parte importante de la sociedad que envía un mensaje de lucha contra los prejuicios y las barreras”. La referencia al reconocimiento del papel de los inmigrantes en la sociedad estadounidense es importante y esta idea se desarrolló después con Barack Obama en su primer discurso inaugural, diez años después.

Por primera vez en este tipo de discursos hay una cita a Internet como un “enciclopédico lugar común para millones de niños en edad escolar”. Hizo una fuerte defensa de la educación como la “posesión ciudadana más preciada”, el apoyo a la inversión en las escuelas y a la educación superior, señalando que “el conocimiento y el poder de la era de la información estarán dentro de pocos años no solo al alcance de unos pocos sino de todas las aulas, todas las bibliotecas y todos los niños. Los padres y los niños tendrán tiempo no sólo para trabajar sino para leer y jugar juntos”.

Junto con estas referencias a la educación hubo otras referencias sectoriales a la economía (“una nación que fortalece la economía más productiva del mundo”), la política ambiental (“protege la gran riqueza natural de nuestra agua, el

aire y esta tierra majestuosa”) y el desarme armamentístico (“nuestros hijos van a dormir libres de la amenaza de las armas nucleares, químicas o biológicas”) pero no hubo referencias internacionales a actores internacionales específicos. Clinton fijó su discurso más en cuestiones de política nacional, sobre todo relacionadas con la buena marcha de la economía, en lugar de prestar atención a asuntos fuera de las fronteras de Estados Unidos.

George W. Bush, primer mandato (2001 - 2004)

Después de una agresiva campaña en las elecciones a la Presidencia en el año 2000 entre George W. Bush y Al Gore, resultó ganador Bush hijo con un resultado muy estrecho. Las primeras palabras de su discurso inaugural fueron para reforzar el mensaje de unidad del país: “Nuestra unidad, nuestra unión, es el trabajo serio de los líderes y los ciudadanos de todas las generaciones. Y esta es mi promesa solemne: Voy a trabajar para construir una sola nación de justicia y oportunidad”.

El conjunto de su discurso inaugural se destinó al consumo interno con una única referencia a las relaciones internacionales en un mensaje preventivo frente a posibles ataques hacia Estados Unidos y sus valores: “Los enemigos de la libertad y de nuestro país no deben equivocarse: Estados Unidos sigue estando comprometida con el mundo por su historia y por decisión propia en la construcción de un equilibrio de poder que favorezca la libertad. Vamos a defender a nuestros aliados y nuestros intereses. Mostraremos determinación sin arrogancia. Nos enfrentaremos a la agresión y mala fe con decisión y fuerza. Y a todas las naciones les digo que vamos a hablar en nombre de los valores que dieron forma a nuestra nación”.

Este mensaje tendrá una gran importancia ocho meses después, el 11 de septiembre de 2001. El objetivo inicial de Bush de centrar su mandato principalmente en política interior se transformó en la mayor presencia de Estados Unidos en el escenario internacional desde hacía muchos años, en primer lugar Afganistán (contra los talibanes) y después Irak (contra Sadam Hussein) en una guerra global contra Al Qaeda y el terrorismo. Estados Unidos se convirtió en el líder de una coalición internacional con la participación de más de 42 Estados. Los inesperados ataques de Nueva York y Washington le forzaron a rediseñar su política internacional para centrar todos sus esfuerzos en la lucha contra el terrorismo.

En este tiempo de cambio de siglo y de milenio hubo otros cambios en el mundo como el comienzo del mandato presidencial de Vladimir Putin en la Federación Rusa, la mayor presencia de China en las relaciones internacionales, el creciente desarrollo de los actores emergentes como Brasil o India, y el nacimiento

del euro en la Unión Europea. Pero ninguna de estas cuestiones fue mencionada en el discurso inaugural del Presidente Bush.

George W. Bush, segundo mandato (2005 - 2008)

En su segundo discurso inaugural, el Presidente Bush, que ganó las elecciones al candidato demócrata John Kerry, hizo un discurso completamente diferente al discurso de su primer mandato, destacando los mensajes referidos a las consecuencias de los ataques del 11 de septiembre (“día de fuego”), los ataques contra la libertad y la seguridad de los estadounidenses y sobre la necesidad de tener una fuerte presencia en las relaciones internacionales: “... nos lleva, por los acontecimientos y el sentido común, a una conclusión: la supervivencia de la libertad en nuestro país depende cada vez más del éxito de la libertad en otras tierras. La mejor esperanza para la paz en nuestro mundo es la expansión de la libertad en el mundo entero”.

La nueva misión de Estados Unidos será “buscar y apoyar el crecimiento de movimientos e instituciones democráticas en cada nación y cultura con el objetivo final de acabar con la tiranía en nuestro mundo”. Esta misión no será necesariamente pacífica: “Esta no es principalmente la tarea de las armas aunque nos defenderemos y también a nuestros amigos la fuerza de las armas cuando sea necesario”, y se comprometió: “Mi deber solemne es proteger a esta nación y a su gente de más ataques y amenazas emergentes”.

Para Bush, los enemigos de Estados Unidos son los regímenes que están fuera de la ley dominados por la tiranía y los enemigos de la libertad y va a luchar contra ellos con todos los recursos en defensa de la democracia: “... todos los que viven en la tiranía y la desesperanza deben saber que Estados Unidos no ignorará su opresión ni justificará a sus opresores, al ponerlos en pie por vuestra libertad, estaremos con vosotros”. También el Presidente Bush pidió paciencia a sus ciudadanos debido a que el trabajo no iba a resultar fácil: “He pedido paciencia en la dura tarea de asegurar las obligaciones de Estados Unidos... nuestro país ha aceptado que son difíciles de cumplir, y sería deshonesto abandonar”. La paciencia de los ciudadanos estadounidenses está relacionada con el largo conflicto de años en Irak y Afganistán con miles de soldados desplazados, algunos de ellos heridos o muertos, y un gran porcentaje de recursos del presupuesto nacional implicados en estos conflictos sin una solución clara a corto plazo.

Finalmente, el Presidente Bush hizo un llamamiento a los ideales de Estados Unidos sobre la libertad basada en la dignidad y la seguridad de la independencia económica, el interés público que depende del carácter privado, “y el ejercicio

de los derechos que se ennoblece por el servicio, la misericordia y el corazón de los débiles”, defendido no sólo dentro sino también fuera de sus fronteras, con un mensaje explícito de unidad: “Nosotros sentimos la unidad y la comunión de nuestra nación cuando la libertad ha sido atacada, y nuestra respuesta llegó como una sola mano y un solo corazón, y podemos sentir la misma unidad y orgullo cada vez que América actúa para el bien, y las víctimas del desastre han dado esperanza, y el injusto encuentra la justicia, y los cautivos son liberados”.

Barack Obama, primer mandato (2009 - 2012)

En uno de los mejores discursos inaugurales de la historia, Barack Obama, ganador de las elecciones de 2008 contra el senador republicano John McCain, expresó en varias ocasiones la idea de “*We the People*” (recordando las palabras expresadas al principio del preámbulo de la Constitución de Estados Unidos¹⁵) como el *leitmotiv* de su mandato presidencial. En un momento de crisis y división era necesario hacer esfuerzos para evitar los conflictos internos y trabajar por la unión y el desarrollo social y económico. Como dijo el Presidente Obama “estamos en medio de la crisis... nuestra nación está en guerra contra una red de gran alcance de violencia y odio, nuestra economía está gravemente debilitada como consecuencia de la codicia y la irresponsabilidad de algunos..., se han perdido hogares; eliminado empleos, cerrado empresas, nuestro sistema de salud es demasiado costoso, nuestras escuelas han fallado a demasiados...”. A pesar de este grave momento de crisis, Obama sigue afirmando que Estados Unidos todavía “es la nación más próspera y poderosa de la Tierra”. La profunda crisis económica iniciada en 2007 afectó profundamente a la sociedad estadounidense y era necesario iniciar un proceso de reformas para mejorar los procesos de producción.

En materia de seguridad rechazó como falsa “la elección entre nuestra seguridad y nuestros ideales... Estos ideales siguen iluminando el mundo... así como a todos los otros pueblos y gobiernos que nos observan hoy, desde las grandes capitales hasta los pequeños pueblos como en el que nació mi padre: sabed que América es amiga de cada nación y cada hombre, mujer y niño que persigue un futuro de paz y dignidad, y nosotros (Estados Unidos) estamos listos para liderarlos una vez más”. En un mensaje positivo de amistad a la sociedad internacional se acordó de la pequeña aldea de Kenia, donde nació su padre. También defendió que “nuestra

15 “*We the People of the United States, in order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common Defense, promote the general Welfare, and secure the blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.*”

seguridad emana de la justicia de nuestra causa, la fuerza de nuestro ejemplo y las cualidades atenuantes de la humildad y la moderación”. Ejemplo de ello era su compromiso explícito de “empezar a dejar responsablemente Irak a su pueblo y forjar una paz ganada con dificultad en Afganistán”. Estas referencias fueron dos de las pocas citas (como en el primer discurso de Clinton) a conflictos locales o regionales en los discursos inaugurales de los últimos seis Presidentes de Estados Unidos. El Presidente Obama trató de resolver la difícil situación de guerra en estos dos países, situación heredada de los mandatos de George W. Bush.

Mencionó también dos amenazas importantes en el ámbito internacional: la amenaza nuclear y el cambio climático con la necesidad de alcanzar acuerdos con “viejos amigos y antiguos contrincantes trabajaremos sin descanso para reducir la amenaza nuclear y hacer retroceder el espectro del calentamiento del planeta”¹⁶. En relación con la amenaza nuclear no se trataba de una referencia relacionada con los viejos tiempos de la Guerra Fría contra Rusia u otros reconocidos miembros del club nuclear sino en contra de los países que se encuentran “fuera de la ley internacional” y que tienen la posibilidad de alcanzar la tecnología necesaria para producir armas nucleares como Corea del Norte e Irán, u otros actores no estatales como organizaciones terroristas que puedan hacer uso de una especie de “bomba sucia” para preparar ataques a gran escala. Contra estos enemigos Obama afirmó que “no vamos a pedir perdón por nuestra forma de vida, ni vamos a vacilar en su defensa, y para aquellos que pretenden lograr sus fines mediante el fomento del terror y asesinando a inocentes les decimos desde ahora mismo que nuestro espíritu es más fuerte y no se va a romper; no pueden durar más, y los venceremos”.

Envió, por primera vez en un discurso inaugural, mensajes explícitos de colaboración con el mundo musulmán buscando una “nueva forma de avanzar basada en el interés y el respeto mutuo, pero también advirtió que “a esos líderes de todo el mundo que pretenden sembrar el conflicto o culpar de sus males a la sociedad de Occidente – que sepáis que vuestros pueblos os juzgarán por lo que podáis construir, no por lo que destruyáis”. En un momento en el que había un gran número de ataques contra intereses estadounidenses en algunos países musulmanes, el Presidente Obama quería buscar fórmulas de entendimiento y amistad aunque para algunos analistas, como Huntington, se trataba de un conflicto difícil de solucionar que comenzó algunos años antes del 11 de septiembre de 2001¹⁷.

16 MADDUX, B., “We have chosen hope over fear, unity of purpose over conflict and discord” en *The Times*, 21 enero 2009, edición internacional, págs. 6 y 7.

17 Vid. HUNTINGTON, S. P., *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*; Simon and Schuster Editors, Nueva York, 1996.

También incluyó un mensaje directo de cooperación a las poblaciones de los países pobres “comprometiéndome a colaborar con vosotros para que vuestras granjas florezcan y fluyan aguas limpias; a dar de comer a los cuerpos desnutridos y alimentar las mentes hambrientas”. Dijo claramente que “para que el mundo cambie debemos cambiar con él” siendo necesaria la colaboración y la cooperación de todos para construir un mundo mejor.

Después de dos mandatos del Presidente Bush, se estaba abriendo un nuevo tiempo con la elección de Barack Obama y así se pretendía reflejar en su discurso inaugural¹⁸. Pero las altas expectativas creadas con su elección tal vez fueron exageradas según varios analistas internacionales y creó un cierto sentimiento de frustración tras algún tiempo cuando en su gestión de la política exterior con respecto a Rusia, China y los países musulmanes por ejemplo, no tuvo los resultados esperados¹⁹.

Barack Obama, segundo mandato (2013-2016)

El lenguaje del segundo discurso inaugural del Presidente Obama, que ganó las elecciones al republicano Mitt Romney, es más formal y neutro evitando el lenguaje idealista de su primer discurso en 2009. Después de cuatro años desde la primera toma de posesión y con la experiencia adquirida trató de enviar nuevos mensajes con un estilo más realista. La palabra clave en su discurso fue “*together*” en un momento de cierta recuperación de la economía interna después de cuatro años de profunda crisis en Estados Unidos y en el mundo, y “una década de guerra que ahora está llegando a su fin”, con la lenta salida de los soldados estadounidenses de Irak y Afganistán. En su opinión, se debe trabajar conjuntamente por “una economía moderna que requiere de ferrocarriles y carreteras (reglas)” para evitar los últimos problemas de la falta de regulación “el mercado libre sólo prospera cuando hay reglas para garantizar la competencia y el juego limpio”, “debemos cuidar a los más vulnerables, y proteger a nuestro pueblo de los peores peligros y desgracias de la vida”. En este sentido estos compromisos no son sólo responsabilidad del gobierno sino también “iniciativa y empresa - nuestra insistencia en el trabajo duro y la responsabilidad personal - constantes en nuestro carácter”. Así “cuando los tiempos cambian nosotros

18 Vid. LEITH, S., *You talkin' to me? Rhetoric from Aristotle to Obama*, Profile Books Ltd, Londres 2011, págs. 232 a 234.

19 Vid. GARCÍA ENCINA, C., “Un balance de la política exterior y de seguridad de Barack Obama”, ARI Real Instituto Elcano, ARI 72/2012, 29 octubre 2012.

debemos cambiar; la fidelidad a nuestros principios fundacionales requiere nuevas respuestas a los nuevos desafíos”. Junto a la iniciativa individual el papel del sector público sigue siendo importante para proteger a la gente desvalida.

En el apartado de relaciones internacionales se refirió al papel de Estados Unidos como “el ancla de alianzas fuertes en todos los rincones del mundo... Porque nadie tiene en el mundo un mayor compromiso con la paz que su nación más poderosa.” En este sentido el compromiso de los Estados Unidos es “apoyar la democracia desde Asia hasta África, desde las Américas hasta el Medio Oriente, porque nuestros intereses y nuestra conciencia nos obligan a actuar en nombre de la libertad”, la defensa de “nuestro pueblo y defender nuestros valores a través de la fuerza de la ley o de las armas, mostrando el valor de intentar resolver nuestras diferencias con otras naciones en paz - no porque seamos ingenuos acerca de los peligros a los que nos enfrentamos sino porque el compromiso puede ser más duradero ante la sospecha y el miedo”.

Como los anteriores Presidentes, Barack Obama siguió la línea de sus predecesores en la defensa del papel de Estados Unidos como líder del mundo libre y principal defensor de la democracia y la libertad frente a posibles amenazas de otros regímenes, grupos organizados, ideologías o Estados, usando la fuerza si fuera necesario sin ningún tipo de duda.

5. Conclusiones.

En estos treinta y seis años el mundo ha cambiado. Nuevos desafíos, amenazas y oportunidades se han desarrollado en el escenario internacional. Desde los duros tiempos de la “guerra fría” en los años setenta con un mundo bipolar y una carrera masiva de peligrosas armas nucleares a los ataques terroristas de Al Qaeda en todo el mundo durante la primera década del siglo XXI con el único liderazgo de Estados Unidos.

La Unión Soviética fue una referencia común como el actor internacional más destacado e identificado como el principal problema internacional de Estados Unidos, y así se reflejó en los discursos de Carter, Reagan y Bush padre. En la lucha planetaria desarrollada por estos dos países durante más de cuatro décadas por todo el mundo ha habido en sus discursos dos elementos diferenciados en el marco de la defensa de la libertad: por un lado el riesgo inminente de falta de control en la carrera de armas nucleares, y por otro lado, la oportunidad de un estrecho contacto bilateral para el desarrollo de una paz duradera en todo el mundo.

La Unión Soviética, los soviéticos, la URSS, el imperio ruso ha sido siempre para los EEUU “el Otro” en el escenario internacional durante mucho tiempo en un conflicto de baja intensidad roto permanentemente en conflictos locales por todo el planeta. Después de 1989 con la caída del muro de Berlín y el desplome de la URSS no ha habido en los discursos inaugurales ninguna otra referencia concreta en términos de confrontación o distensión hacia la Federación Rusa, heredera de la antigua Unión Soviética. Incluso el siguiente Presidente tras los sucesos de 1989, Bill Clinton, en su primer discurso en 1993 concluyó que el “viejo orden acaba, el nuevo mundo es más libre”.

Desde principios de los noventa ningún otro actor regional o nacional importante ha sido mencionado en los discursos inaugurales. No se ha mencionado a China, India, Unión Europea, otros países europeos o no europeos, como Japón o Brasil, organizaciones internacionales como las Naciones Unidas... Sólo el mundo musulmán y los países pobres se mencionaron explícitamente en el primer discurso inaugural de Obama en 2009 pero ninguna otra referencia específica a actores internacionales en sus discursos. Estados Unidos a los ojos de sus últimos seis Presidentes se autodefine como el único actor internacional, primer guardián de la libertad y la democracia en el mundo, defensor de la paz mundial.

Ha habido referencias específicas a algunos problemas sectoriales sobre política exterior o de interés internacional como los derechos humanos y la paz en el discurso de Carter, la carrera masiva de armamentos y el “escudo *Star Wars*” con Reagan, el problema de las drogas en el discurso de Bush padre, las nuevas tecnologías y la globalización durante los discursos de Clinton, el terrorismo en el segundo discurso de Bush hijo, la amenaza nuclear (referencia implícita a “regímenes proscritos” como Corea del Norte o Irán) y el cambio climático en los discursos de Obama. Cuestiones subrayadas y priorizadas en las líneas principales de la agenda política de los Presidentes ya expresadas durante sus campañas presidenciales, y con un claro interés al mismo tiempo por sus nacionales y más allá de las fronteras de Estados Unidos.

En relación con los conflictos específicos de carácter local o regional ha habido pocas referencias que se pueden encontrar en los discursos de Clinton (Golfo Pérsico y Somalia) y Obama (Irak y Afganistán) aunque siempre relacionados con la implicación directa de las fuerzas estadounidenses en estos países. Las referencias incluidas en sus discursos contienen principalmente un mensaje de tranquilidad y responsabilidad dirigido a familiares y amigos de estos soldados que combatían en regiones lejanas, y también dirigido a la sociedad estadounidense, destacando además los importantes esfuerzos realizados como país en la defensa de la libertad en todo el mundo.

Sólo un Presidente, Ronald Reagan, hizo una mención explícita en su discurso a un líder extranjero: Winston Churchill, con el propósito retórico de defender su papel activo como Presidente estadounidense.

Ha habido una referencia común de todos los Presidentes estadounidenses, sin distinción de color político o tiempo histórico, en la definición de Estados Unidos como el mejor y más poderoso líder en la lucha por la libertad y la democracia en el mundo. Es irrelevante si las palabras eran de Reagan u Obama, Carter o Bush, el honor y el orgullo de ser americanos y el destacado papel de Estados Unidos en el mundo es similar en todos ellos sin ninguna diferencia. Todos defendían la supremacía de su país en el mundo y expresaron su satisfacción por ser la nación que responde sin duda a toda clase de ataques contra la libertad y la democracia en todos los rincones del planeta.

Únicamente cierta autocrítica (no muy común en este tipo de discursos) aparece en las referencias a algunas políticas nacionales relativas a las acciones desarrolladas por su antecesor en el cargo, por lo general en el ámbito de la economía, con la intención de subrayar su propia propuesta política para luchar contra la crisis o para mejorar la recuperación de la economía. En este punto los diferentes Presidentes subrayaron su respectiva ideología señalando la importancia del compromiso y la responsabilidad individual (republicanos), o la necesidad de fortalecer el papel del sector público en el desarrollo de la economía nacional (demócratas).

En el capítulo relativo a las relaciones internacionales ha habido una línea común de legítima defensa y representación pública del papel de Estados Unidos como el primer guardián de los buenos valores de la libertad, la democracia, la paz, la seguridad, y la amistad en el mundo libre. Todos ellos, sin distinción, subrayaron explícitamente que, si era necesario, no dudarían en usar la fuerza en defensa de estos valores en todo el mundo en un claro mensaje enviado a los aliados, amigos, enemigos y competidores.

Por supuesto los primeros receptores de estos mensajes son los ciudadanos estadounidenses. Estos discursos inaugurales son elaborados con un lenguaje, estilo, símbolos, retórica, ejemplos históricos y citas para motivar y aumentar el orgullo nacional de sus ciudadanos. Por esta razón, hay poco espacio para la reflexión y la autocrítica. Por encima de todo hay una pública exposición retórica de los mejores recursos de Estados Unidos. Pero también estos discursos inaugurales son seguidos con mucha atención por los servicios de asuntos exteriores de todos los países del mundo y muchos ciudadanos de otros países,

y posteriormente analizados y estudiados en detalle para entender los primeros pasos del Presidente electo de Estados Unidos en el escenario internacional.

Durante estos treinta y seis años de la historia de Estados Unidos a través de los discursos inaugurales de sus Presidentes se mantienen de forma constante las principales líneas de auto-representación de Estados Unidos como líder de la libertad y la democracia en sus relaciones con otros actores internacionales y en la manifestación pública de su posición en el mundo.

6. Bibliografía

www.bartleby.com. Recopilación de todos los discursos inaugurales de los Presidentes de Estados Unidos de América, desde Georges Washington hasta Barack Obama. <http://www.bartleby.com/124/>

www.whitehouse.gov. Página oficial de la Oficina de la Casa Blanca.

www.loc.gov. Biblioteca del Congreso de Estados Unidos de América.

CASTANO, E.; SACCHI, S.; HAYS GRIES, P., “The perception of the Other in international relations. Evidence for the polarizing effect of entitativity”, en *Political Psychology*, Volumen 24 n° 3 (2003), pág. 452.

FISCHER, G., *Mindsets: the role of culture and perception in international relations*, Intercultural Press, Boston 1997.

FOUCAULT, M., *Power/Knowledge: selected interviews and other writings 1972-1977*, The Harvester Press, Brighthon, 1980.

FUKUYAMA, F., *The end of History and the last man*, Free Press, Nueva York, 1992.

GARCÍA ENCINA, C., “Un balance de la política exterior y de seguridad de Barack Obama”, *ARI Real Instituto Elcano*, ARI 72/2012, 29 octubre 2012.

HUNTINGTON, S. P., *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon and Schuster Editors, Nueva York, 1996.

JERVIS, R., *Perception and misperception in international politics*, Princeton University Press, Princeton 1976.

KENNEDY, P., *The rise and fall of the great powers: economic change and military conflict from 1500 to 2000*, Vintage Books, Nueva York, 1987.

LANDES, D. S., *Richesse et pauvreté des nations*, Albin Michel, París, 2000.

LEITH, S., *You talkin' to me? Rhetoric from Aristotle to Obama*, Profile Books Ltd, Londres 2011.

LUKES, S., *Power: a radical view*, Palgrave, 2ª edición, Londres 2005.

MADDOX, B., “We have chosen hope over fear, unity of purpose over conflict and discord”, en *The Times*, 21 enero 2009, edición internacional, págs. 6 y 7.

MAQUIAVELO, N., *El Príncipe*, Alianza Editorial, Madrid 2010.

NYE, J. S., *Soft Power: the means of success in world politics*, PublicAffairs, Nueva York, 2005.

NYE, J. S., *Presidential leadership and the creation of the American Era*, Princeton University Press, Princeton 2013.

NYE, J.S., “EEUU no puede lograr unilateralmente sus objetivos”, en *El País*, 24 marzo 2003, pág. 18.

NYE, J.S., *La paradoja del poder norteamericano*, Taurus, Madrid 2003.

SANAHUJA, J.A., “A unipolar, multipolar or no-polar World? The structural power and the transformations of the contemporary international society”, en AA.VV., *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2007*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2007, págs. 297-384.

STEIN, A., *Why Nations cooperate: circumstance and choice in international relations*, Cornell University Press, Nueva York, 1990.

VALLESPÍN, F., “Maquiavelo, nuestro contemporáneo”, en *El País*, 3 marzo 2013, pág. 37.

RESUMEN

El objeto de este trabajo es el análisis del “Día de la Inauguración” del Presidente de los Estados Unidos de América y específicamente el discurso inaugural del elegido (o reelegido) Presidente como ejemplo destacado de manifestación pública del poder y su reflexión en las relaciones internacionales. Se analizarán los discursos inaugurales pronunciados durante los últimos treinta y seis años, desde Jimmy Carter en 1977 hasta Barack Obama en 2013. La primera parte se centrará en el estudio de la percepción pública del poder. La segunda parte desarrollará un análisis del significado del discurso inaugural de los Presidentes de Estados Unidos. La tercera parte destacará las referencias internacionales en los discursos inaugurales de los últimos seis Presidentes estadounidenses. Finalmente, la cuarta parte analizará cómo los Presidentes interpretan a través de sus discursos la posición de Estados Unidos en las relaciones internacionales y evaluará si se han producido cambios en estos años.

PALABRAS CLAVE

Estados Unidos de América, Presidente, poder, relaciones internacionales, Día de la Inauguración, discurso inaugural.

ABSTRACT

The purpose of this paper is the analysis of the "Inauguration Day" of the President of the United States of America and specifically the “Inaugural Address” of the elected (or re-elected) President as a prominent example of public demonstration of power and its reflection in international relations. It is going to be analyzed the Inaugural Addresses during the last thirty six years, from Jimmy Carter in 1977 to Barack Obama in 2013. The first part will focus on the study of public perceptions of power. The second part will develop an analysis of the meaning of the Inaugural Address of the US Presidents. The third part will highlight the international references in the Inaugural Addresses of last six US Presidents. Finally, the fourth part will analyze how the Presidents interpret through their Addresses the position of United States in international relations and assess whether there have been changes over these years.

KEY WORDS

United States of America, President, power, international relations, Inaugural Address, Inauguration Day.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS
EN EL DESARROLLO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E IMPRENTA.
LOS INTENTOS CONSTITUCIONALES EN ESPAÑA.

Jesús López de Lerma Galán

*Profesor Acreditado Contratado Doctor de Derecho Constitucional
de la Universidad de Castilla-La Mancha. Abogado.*

Recibido: 14-5-2015
Aceptado: 16-6-2015

SUMARIO

I. Introducción

II. La influencia de las revoluciones liberales

III. El desarrollo de la prensa como expresión de la lucha ideológica

IV. La conquista de la libertad de imprenta como derecho

V. La formulación constitucional. Libertad para publicar ideas

Referencias bibliográficas.

I. Introducción.

La Revolución Francesa va a iniciar una serie de movimientos liberales por toda Europa que se extenderán a otros países. La libertad de expresión experimenta en el siglo XVIII un gran avance, aparecen múltiples publicaciones de diversa índole ideológica que servirán para movilizar al pueblo en la lucha por el poder. Inglaterra ha superado los obstáculos tradicionalistas y la confrontación entre el Rey y el Parlamento, para crear un nuevo concepto de periodismo como industria que se acerca a modelos económicos. En Francia el triunfo de la burguesía frente al monarca ha desarrollado enormemente la prensa consolidando el estilo informativo y divulgativo; además, ha marcado la impronta legalista en la sociedad de su tiempo al codificar en la *Declaración de Derechos del Hombre de 1789* y posteriormente en las *Constituciones de 1791 y 1793* los principios y derechos fundamentales que deben regir al ciudadano. De esta necesidad de legislar, obtendrán reconocimiento figuras como la “libertad de expresión” que a partir de ahora gozará del reconocimiento jurídico necesario para su ejercicio¹.

El influjo de la Revolución Francesa supuso un cambio radical en la estructura política y jurídica de Francia y los países de su entorno, entre los que se encuentra España, en los que se gesta un Estado liberal de Derecho². Se produjo una transformación no sólo de las instituciones y la estructura social, económica e ideológica del Antiguo Régimen, sino del modelo teórico que hasta entonces había inspirado a las élites políticas. Del concepto de Monarquía Absoluta, del Imperio político y de la representación indirecta, se pasa al parlamentarismo constitucional, a los Estados-Nación y al sufragio representativo³. La Ilustración, como conjunto de fenómenos históricos, políticos, culturales y sociales, que fundamentan una nueva axiología o mentalidad, va a romper la antigua escala de valores, generando una importante transformación en la prensa⁴ y en el reconocimiento de la libertad de imprenta.

Los primeros años de 1800 se caracterizan por un pobre desarrollo de la pren-

1 FARIAS GARCÍA, Pedro: *Libertades públicas e información*, Eudema, Madrid, 1988, p. 134.

2 BARÓ PAZOS, Juan: *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, p. 13.

3 MARCHENA DOMÍNGUEZ, José: “Cádiz, al servicio de España. Nación e hiperlocalismo en las Cortes liberales de 1812”, en RAMOS SANTANA, Alberto: *La Ilusión Constitucional: Pueblo, patria, nación. De la Ilustración al Romanticismo. Cádiz, América y Europa ante la Modernidad. 1750-1850*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004.

4 AGUILAR PIÑAL, Francisco: “Ilustración y periodismo”, *Estudios de Historia Social* 52/53, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pp. 13.

sa española pues sólo han sobrevivido las Gacetas y los Diarios “mercantiles y curiosos”, a ello hay que añadir la existencia de un analfabetismo notable. Los pocos periódicos de principios de siglo son leídos por algunas personas, una minoría social; sin embargo, empieza a gestarse la necesidad de estar informado pues dichas noticias se comentan en el trabajo, en el mercado y en las calles⁵. Las ideas liberales de la última ilustración europea, habían tenido cierto eco en algunos españoles durante las últimas décadas del siglo XVIII⁶. No obstante, España es reticente a los cambios que la Revolución Francesa está ocasionando, por lo que Carlos IV impondrá un “cordón sanitario” que controlará la entrada de libros extranjeros. La Real Orden de 11 de abril de 1805 reserva para el rey la concesión de licencias en la edición de periódicos que, hasta ese momento, ejercía el Juez de Imprenta, institución administrativa creada para controlar y censurar los textos impresos. Tras el Motín de Aranjuez, Fernando VII, por Decreto de 27 de marzo de 1808, derogó el Reglamento del Jurado, transfiriendo sus competencias al Consejo de Castilla. En realidad dichas competencias no tenían aplicación práctica pues tras la invasión napoleónica nos introducimos en la historia constitucional de España⁷. Respecto a este periodo hay que señalar que en las pocas semanas que duró el primer reinado de Fernando VII hasta su marcha a Bayona, asistimos a una labor de gobierno, en la que se sustituyeron ministros y se establecieron disposiciones que beneficiaban a los partidarios del nuevo monarca, destacando la devolución de la libertad a los desterrados y perseguidos por el anterior gobierno⁸.

II. La influencia de las revoluciones liberales.

El inicio de la Guerra de la Independencia viene marcado por una paradoja. El pueblo español se levantó contra su aliado tradicional francés al que ahora llamaba invasor, desgarrando las clases culturales en dos bloques, por un lado el hispano-francés y por otro el hispano-inglés. El Estado español se derrumbó en unas horas y reapareció desdoblado: uno en Madrid (Bayona) y otro en Cádiz, con un territorio jurisdiccional marcado por los enfrentamientos y combates. Al

5 CHIVELET, Mercedes: *Historia de la prensa cotidiana en España*, Acento Editorial, Madrid, 2001, p. 31.

6 ARTOLA, Miguel: *Los orígenes de la España Contemporánea*, Instituto de Estudios Políticos, Vol. I, Madrid, 1975, p. 282.

7 FARIAS GARCÍA, Pedro: *Libertades Públicas...*, op. ct., p. 134.

8 ARTOLA, Miguel: *La España de Fernando VII* (tomo XXXII de la *Historia de España* dirigida por R. Menéndez Pidal), Espasa-Calpe, Madrid, 1983, p. 3.

establecerse el liberalismo en Cádiz se producía una situación extraña pues los liberales españoles estaban renegando de su matriz cultural, negándose a sí mismo cuando se ponían en contra de Francia. Estaban constituyendo y legislando en Cádiz, conforme a los principios que habían implantado los hombres a los que estaban combatiendo⁹. Nadie puede negar que para España, esta situación generará una convulsión interna que marcará su pensamiento ideológico¹⁰. Básicamente esto nos permite aclarar que, aunque el liberalismo español sea heredero del francés, la influencia de otros movimientos como la Revolución Inglesa y Americana, y las especiales peculiaridades de la sociedad española lo dotaron de un carácter especial.

La comparación de la situación creada en España por el alzamiento de 1808, con la de Francia, ocurrida años anteriores, arroja resultados importantes que nos hacen comprender cómo cada proceso revolucionario tuvo señas de identificación propias que lo caracterizaron. La Revolución Francesa se produjo a través de una serie de etapas que la van haciendo escalar en estratos sociales cada vez más profundos: se inicia en los Estados Generales, como consecuencia de la movilización de los nobles contra la Monarquía, pronto desplaza su eje al “Tercer Estado” (el estamento burgués), y se ve acelerada por los movimientos campesinos del bajo pueblo parisiense. En España, por el contrario, será el pueblo el primero que reacciona, generando una situación de hecho de la que surge una soberanía práctica que obliga a la Corona a ceder su estructura de poder en una serie de nuevos órganos- las Juntas Provinciales- que se encargarán de la dirección política¹¹. Al conjunto de los españoles la dinastía extranjera les era odiosa, y el nombre de francés era para muchos símbolos de revolución, de irrelegión y de impiedad. Los documentos de la Guerra de la Independencia respiran la misma atmósfera de odio al extranjero y exaltación de lo español, lo mismo las proclamas que los sermones, los periódicos que los discursos¹².

La lucha por la libertad definirá a la generación española de 1808, que se en-

9 NIETO, Alejandro: *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 24.

10 DÍEZ DEL CORRAL, Luis: *El liberalismo doctrinario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1984, p. 458.

11 SECO SERRANO, Carlos: “Introducción a la España de Fernando VII”, en ARTOLA, Miguel: *La España de Fernando VII* (tomo XXXII de la *Historia de España* dirigida por R. Menéndez Pidal), Espasa-Calpe, Madrid, 1983, p. 11.

12 SUÁREZ, Federico: *La crisis política del Antiguo Régimen en España (1800-1840)*, 2ª.ed. Rialp, Madrid, 1958, pp.47-48.

frenta sin dudarle contra la ocupación extranjera y el despotismo¹³. Las primeras formulaciones de los liberales a favor de la libertad de prensa se basaban en la idea de que era necesario conocer las ideas de los ciudadanos para gobernar con buen sentido. Además, decían que los males de España provenían de la ausencia de libertades políticas (despotismo) y de la ignorancia, dificultades que podían obviarse gracias a una prensa libre¹⁴. En ese contexto del liberalismo español surge la libertad de imprenta de una forma discrepante e indecisa. Todo el que se siente liberal reconoce la más absoluta libertad de pensamiento y el consiguiente derecho de hacerlo público a través de la imprenta, pero existen unas restricciones implícitas al ejercicio práctico de ese derecho que surgen de inmediato y se refuerzan cuando el liberalismo genuino contemporiza con sectores menos convencidos. Todo ello va a derivar en una serie de reflexiones sobre los posibles abusos de tal derecho, los excesos de la imprenta, los males que de ello pudieran derivarse y la necesidad de prevenirlos o paliarlos¹⁵. Es decir, se demandaba una necesidad de legislar sobre imprenta y reconocer ese derecho, pero se partía de unos presupuestos prácticos que limitaban su extensión antes incluso de elaborar el texto. En consecuencia, entendemos que el proceso formal de aprobación de la libertad de imprenta va a nacer impregnado de vicios que mermarán su futura proyección.

En medio de este caos social hay que buscar las causas del nacimiento y desarrollo de la prensa política en España. La invasión militar francesa en 1808, genera que ciertos sectores políticos, como gaditanos o liberales, movilicen a los combatientes patrióticos, haciéndoles partícipes de sus proyectos e ideas. El liberalismo, va a utilizar la movilización social para reivindicar derechos, como la libertad de prensa, y crear un ideal que acabará con el modelo napoleónico. Esto implicará un cambio en el modo de concebir el papel de los medios de comunicación social tanto por parte francesa, cuyo primer proyecto para España es la Carta Otorgada de Bayona, como por los españoles, cuyo primer liberalismo se plasma

13 MORENO ALONSO, Manuel.: *La generación española de 1808*, Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 207.

FLITTER, Derek: "El doceañismo en la nomenclatura romántica: encontradas perspectivas de historiografía y estética", en RAMOS SANTANA, Alberto: *La Ilusión Constitucional: Pueblo, patria, nación. De la Ilustración al Romanticismo. Cádiz, América y Europa ante la Modernidad. 1750-1850*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004.

14 LA PARRA LÓPEZ, Emilio: "Argumentos en favor de la libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz" en *La prensa en la Revolución Liberal España, Portugal y América Latina*, Actas, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 74-75.

15 CASTRO ALFÍN, Demetrio: *Los males de la imprenta. Política y libertad de prensa en una sociedad dual*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1998, p. 31.

en el Decreto sobre libertad de imprenta de 1810 y la Constitución de 1812¹⁶.

En el Estatuto de Bayona de 1808 la imprenta tuvo un apartado importante pues se preveía que en el plazo de dos años se decretaría la libertad de imprenta por medio de la ley correspondiente¹⁷. El Estatuto reconocerá la libertad de imprenta en el título dedicado a la Instrucción Pública. Este texto, que nunca llegó a aplicarse, es la única disposición legal dictada por los franceses con carácter general acerca de libertad de imprenta, con un fin propagandístico, y con un claro carácter interventor por parte de Napoleón. La “Constitución “ de Bayona, no alude a la prensa periódica, tan sólo alude a la libertad de imprenta de una forma moderada pues, a pesar de establecer dicha libertad, el temor a que fuese mal recibida en España motivó que no se ejerciese de hecho tal derecho. Una Junta Senatorial de Libertad de Imprenta compuesta por cinco miembros del Senado -nombrados directamente por el monarca- serían los responsables de velar para que dicha libertad se ejerciera con moderación. En el periodo Napoleónico se advierte una simplicidad legislativa, por parte del emperador, y la prensa está sometida a su voluntad, una situación que contrasta con la proyección jurídica y práctica que se está produciendo en los territorios bajo la soberanía de las Cortes de Cádiz, especialmente en 1810 y con el retorno de Fernando VII en 1814¹⁸. Napoleón, heredero de los principios liberales emergentes de la Revolución Francesa, va a crear una falsa sensación de libertad de prensa, al crear una estructura comunicativa bajo su férreo poder y control.

III. El desarrollo de la prensa como expresión de la lucha ideológica.

El levantamiento popular de 1808 establece de hecho casi inmediatamente una libertad de imprenta que tiene como consecuencia una proliferación extraordinaria de periódicos y folletos que suponen el reconocimiento del principio revolucionario fundamental. El pueblo actúa ahora como soberano y es a él a quien le dirigen los innumerables escritos que tratan de ilustrarle, adoctrinarle y prevenirle. Aparece la opinión pública, un factor nuevo que sirve para dirigir y encauzar la prensa¹⁹, y que va a adquirir su configuración y peso decisivo en el juego

16 ALMUIÑA, Celso: “Opinión pública y revolución liberal”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, Vol. 24, Universidad Complutense, Madrid, 2002, pp. 86-87.

17 TOBAJAS, Marcelino: *El periodismo español. Notas para su historia*, Forja, Madrid, 1984, p. 127.

18 ALMUIÑA, Celso: “Opinión pública y revolución...”, op. cit., pp. 86-87.

19 SEOANE, M^a. Cruz: *Historia del periodismo en España. El siglo XIX*, Universidad Complutense de Madrid, 1992, p. 28.

político. Un indicio del peso que está adquiriendo la opinión pública es el incremento de folletos, hojas voladeras, panfletos o periódicos que se está produciendo. La actividad intelectual en los años de la Guerra de la Independencia se puede considerar que está condensada en la prensa que constituye el único vehículo de instrucción. Blanco Martín señala que frente a los intentos de control por parte de las Juntas, la libertad de prensa se puede considerar como conquistada. Antes de la aprobación en las Cortes de Cádiz de la libertad de imprenta, ya existían precedentes con las Constituciones de Bayona y el papel propagandístico que las fuerzas francesas supieron dar a sus periódicos²⁰. La opinión pública servirá para desarrollar todo un elenco de posibilidades para la libertad de expresión y de imprenta que empezaban a despuntar como un factor determinante en la sociedad.

Actualmente sigue abierto el debate historiográfico en torno a la significación de los acontecimientos de mayo de 1808, aun cuando los hechos a grandes rasgos son conocidos, pues se sucedieron violentas acciones de repulsa en las que el elemento popular ejerció gran protagonismo al conocer todas las provincias las noticias de Madrid sobre lo ocurrido el 2 de mayo. Ahora bien, frente a la acción del pueblo hay que destacar que pervive un concepto de libertad política y social, actuante en la revolución que es algo más que una hipótesis. No es posible atribuir a la acción popular un sustrato doctrinal tan elaborado como era el contenido de esas tempranas proclamas y manifiestos²¹. Es por ello que tenemos que hablar de un sustrato intelectual y político que los liberales están desarrollando, y que será donde surgen los primeros movimientos a favor de la libertad de prensa. Un concepto teórico y jurídico que se irá introduciendo en la sociedad.

En esta primera etapa destaca la figura del político y escritor Flórez Estrada²²,

VALLS, Josep-Francesc: *Prensa y burguesía en el XIX español*, Editorial Anthropos, Barcelona 1988, p. 67.

20 BLANCO MARTÍN, Miguel Ángel: “Opinión pública y libertad de prensa 1808/1886” en AA.VV: *La prensa española durante el siglo XIX. Jornadas de especialistas en prensa regional y local*, Instituto de Estudios Almerienses, Almería, 1988, p. 33.

21 MORÁN ORTI, Manuel: “La formación de las Cortes (1808-1810)”, en ARTOLA, Miguel: *Las Cortes de Cádiz*, Marcial Pons, Madrid, 1991, pp.14-16.

22 El economista, político y escritor Álvaro Flórez Estrada nació en Pola de Somiedo (Asturias) en 1766. Después de licenciarse en Leyes por la Universidad de Oviedo, marchó a Madrid. Allí, avalado por Campomanes y Jovellanos, emprende en la Magistratura una carrera que, dadas sus cualidades, prometía ser brillante. Sin embargo, disconforme con la política de Carlos IV, abandona sus cargos y se centra en el estudio de la historia, la economía y las lenguas. Su liberalismo ideológico choca con el régimen absolutista imperante, que le obliga, por orden de Godoy, a desterrarse a su villa natal hasta que retorna a la Corte con el cargo de Tesorero General del Reino. Pero nuevamente su posicionamiento crítico le hace dejar su puesto y vuelve a Pola de Somiedo, siendo elegido miembro de la Junta General del Principado.

que en su escrito titulado “Reflexiones sobre la libertad de imprenta” mencionaba que los únicos reparos que podía hacer contra la libertad de imprenta era la propagación de malas doctrinas y el temor de las calumnias. Para este autor la libertad de imprenta es una consecuencia lógica de una actitud racional, una necesidad para el bien y la utilidad de todos los ciudadanos²³. Dicha libertad era el camino para hacer una reforma útil y estable, que permitiera a los españoles ser libres y felices. Mantenía la existencia de sujetos que no permitían descubrir la verdad y la luz de las cosas, y consideraba que todos los males de la sociedad provenían de la ignorancia y del error. También afirmaba que para que el hombre consiguiera la instrucción era necesario abolir las trabas que el gobierno había puesto con la finalidad de evitar su consecución²⁴. Los periódicos fueron instrumentos para dar a conocer al pueblo la cultura ilustrada²⁵, sin la comunicación social que se produjo en esos momentos es impensable el proceso de descomposición del Antiguo Régimen y mucho menos la adaptación del nuevo discurso liberal a la realidad

En mayo de 1808 es nombrado por la Junta General del Principado, Procurador General, cargo en el que desempeña una gran actividad. Desde su puesto trata de establecer la ley de prensa y pide la convocatoria de Cortes. En 1809 y tras disolverse la Junta Central, va a Sevilla a elevar sus quejas. Descontento con el desarrollo de los acontecimientos, y partidario de una amplia libertades imprenta y de la convocatoria de Cortes Generales, viajó a Londres en 1810, donde presenta un proyecto de constitución acusadamente liberal. Regresa a Cádiz en 1811, donde funda el periódico *El Tribuno del Pueblo Español*. En 1813 se le nombra intendente del Ejército de Andalucía, pero el restablecimiento del régimen absolutista de Fernando VII le obliga por dos veces a expatriarse librándose así de sendas condenas de muerte. En 1814 se exilia a Inglaterra, donde publicó la celebrada *Representación a Fernando VII en defensa de las Cortes* (1819), que tuvo gran eco. El triunfo del trienio liberal (1820) le permite volver, siendo diputado por Asturias en las Cortes de 1820-1822. En 1823 es elegido presidente del Gobierno ocupando la Cartera de Estado, pero ese mismo año, con motivo de la reacción constitucional de Fernando VII, toma otra vez el camino del destierro, instalándose en Inglaterra. En esta nueva etapa se dedicó al estudio de los economistas políticos ingleses como Smith, Ricardo, Malthus, Say o Mill. Es en este periodo cuando Flórez Estrada publicó su obra fundamental sobre economía en dos tomos: el célebre *Curso de Economía Política* (Londres, 1828), que le consagró universalmente como un gran economista y fue una de las principales aportaciones al pensamiento económico durante el siglo XIX. Vuelto a España, se opuso a la desamortización que emprendió Mendizábal, por la precipitación e irracionalidad con que se llevaba a cabo, recomendando que el Estado mantuviese la propiedad de los bienes declarados nacionales y los entregara en arriendo a los colonos. Fue elegido diputado en la práctica totalidad de las Cortes de 1834 a 1844 y senador vitalicio desde 1846. El último tramo de su vida lo pasó en el palacio de Miraflores, en Noreña, combinando responsabilidades políticas y estudio, falleciendo en 1835.

23 LA PARRA LÓPEZ, Emilio: *La libertad de prensa en las Cortes de Cádiz*, Nau Libres, Valencia, 1984, p. 24-25.

24 Véase FLÓREZ ESTRADA, Álvaro: “Reflexiones sobre la libertad de la imprenta” en BARRE-RA, Carlos: *El periodismo español en su historia*, Ariel, Madrid, 1983.

25 ENCISO RECIO, Luis Miguel: “Prensa y opinión pública”, en *La época de los primeros Borbones. La cultura española entre el Barroco y la Ilustración* (tomo XXIX-2 de la *Historia de España* fundada por R. Menéndez Pidal), Espasa-Calpe, Madrid, 1985, p. 219.

española del momento²⁶. Por eso era tan importante la libertad de imprenta, puesto que permitiría al pueblo educarse, alcanzando un nivel cultural necesario para comprender la realidad.

Hemos destacado la actuación del pueblo como soberano, un principio ideológico que fundamenta los manifiestos de las Juntas en 1808, y que va a movilizar a los españoles en defensa de la patria invadida. Uno de los primeros escritos fue el emitido por la Junta de Gobierno de la Real Isla de León el mismo día de su constitución, en la que se considera inválida la renuncia de Fernando VII por ser promovida por Napoleón²⁷.

Como principal arma frente a la dominación extranjera y cualquier régimen arbitrario surgen publicaciones que empezarán a desarrollar un nuevo frente de lucha ideológica. Destaca el periódico *El Semanario Patriótico*, una publicación que inició su andadura el 1 de septiembre de 1808 y desarrolló el concepto de “opinión pública”²⁸. Su director fue Manuel José Quintana, madrileño nacido en 1772, académico de la Lengua y profesor de la reina Isabel²⁹. La figura de Quintana es de gran relevancia en la lucha por la libertad, en la historia del periodismo y en la búsqueda de un nuevo sistema que luchase contra la arbitrariedad y la tiranía. Desde el inicio de la invasión francesa mostró su postura combativa para –según sus palabras– “corregir los males políticos de España”. Aún estando los franceses en Madrid, escribió y publicó sus famosas *Odas de España libre*, posteriormente sacó sus *Poesías patrióticas* para luego finalmente seguir su crítica a través de los editoriales e informaciones del *Semanario Patriótico*³⁰. Quintana es uno de los hombres implicados en el mundo político y periodístico que decide tomar parte activa en el conflicto. Conoce el momento crucial que vive España y sabe que su implicación es necesaria para darle un nuevo rumbo al país.

El Semanario Patriótico es considerado como la primera publicación política, sacando catorce números en Madrid. Cuando la capital se tomó por los franceses, el periódico se traslada a Sevilla donde permanecerá hasta agosto de 1809, luego reaparecerá en Cádiz en 1810 con la nueva ley de libertad de imprenta, y

26 ALMUIÑA, Celso: “Los medios de comunicación en la crisis del Antiguo Régimen entre las “voces vagas” y la dramatización de la palabra”, en VV.AA: *Antiguo Régimen y Liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 417.

27 FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio: “La cuestión de la soberanía nacional”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, vol. 24, Universidad Complutense, Madrid, 2002, p. 44.

28 BLANCO MARTÍN, Miguel Ángel: “Opinión pública y libertad de prensa...”, op. cit., p. 33.

29 CHIVELET, Mercedes: *Historia de la prensa cotidiana...*, op. cit., pp. 31.

30 MORENO ALONSO, Manuel: *La generación española...*, op. cit., p. 227.

permanecerá hasta 1812, desapareciendo con la nueva Constitución³¹. El 22 de noviembre de 1810 aparece el primer número del *Semanario*, editado en Cádiz, en la imprenta de Lema, con una actuación política de gran relevancia ya que su máxima aspiración fue lograr la Constitución³². Se consideró como el portavoz más autorizado de la corriente innovadora³³. Seoane mantiene que de esta publicación, en su época madrileña sólo se sacaron trece números, y que solía salir los jueves en tamaño cuarto y con ocho o diez páginas cada número. Este periódico constaba de dos partes, la primera se dedicada a la política y la otra era literaria. Las cuestiones políticas a su vez se subdividían en una sección histórica, centrada en los asuntos de la guerra tanto nacional como extranjera, y en otra más didáctica que adoctrinaba sobre determinadas cuestiones socio-políticas. La parte literaria no siempre aparecía y daba cuenta de determinadas obras juzgadas de interés para la sociedad³⁴. Esta publicación junto con *El Censor* fue uno de los periódicos que más se preocuparon por el tema americano³⁵. Entre sus aspectos curiosos hay que destacar también la defensa a ultranza de la soberanía popular, así en un largo artículo fechado el 22 de septiembre de 1808 se aconsejaba a Fernando o al titular del Trono que si quería reinar sin zozobra mandase poco, porque “los Reyes son para el pueblo y no el pueblo para los Reyes”³⁶. Escritos como éste nos dan una idea de la implicación social que tenía la prensa de la época en la sociedad. Su espíritu crítico y la necesidad de crear un estado de opinión social que ayudará a instaurar el estado liberal fueron las características que definían a muchas publicaciones.

Hay que señalar que *El Semanario Patriótico*, junto con *El Conciso*, serán ejemplo del nuevo periodismo político de corte liberal, cuyos editores son el resultado de las nuevas circunstancias sociales. Los objetivos que marcarán estas publicaciones son constructivos, con la intención de orientar a la población y dirigirla hacia unos intereses generales. En uno de sus primeros editoriales, el *Semanario Patriótico* hace un llamamiento al concepto de soberanía, a la necesidad de un Gobierno supremo y a la conveniencia de una reunión en Cortes³⁷. No

31 CHIVELET, Mercedes: *Historia de la prensa cotidiana...*, op. cit., pp. 31-32.

32 SOLÍS, Ramón: *El Cádiz de las Cortes: la vida en la ciudad en los años 1810 a 1813*, Silex, Madrid 1987, p. 132.

33 LANCHÁ, Charles: “La prensa liberal española frente al separatismo hispano-americano”, *La prensa en la Revolución liberal. España, Portugal y América Latina*, Universidad Complutense, Madrid, 1983, p. 307.

34 SEOANE, M^a Cruz: *Historia del periodismo...*, op. cit., pp. 31-32.

35 LANCHÁ, Charles: “La prensa liberal española...”, op. cit., p. 307.

36 FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio: “La cuestión de la soberanía...”, op. cit., p. 46.

37 MORENO ALONSO, Manuel: *La generación española...*, op. cit., p. 216.

podemos entender el liberalismo español sin ver cómo la lucha política va unida a todo un movimiento social donde la prensa desempeña un papel determinante para comprender todo este proceso de cambio.

La prensa bajo el poder de la burguesía servirá para promulgar y propagar nuevas ideas³⁸. En septiembre de 1809 Lorenzo Calvo de Rozas presentó sin éxito una moción a favor de la libertad de imprenta afirmando que es el único medio para la clarificación y fortalecimiento de la opinión pública. De los casi tres centenares de papeles periódicos que vieron la luz en la España de 1808 a 1814 en el territorio administrado por José I, o bien bajo el control manipulador de Napoleón, aparecieron más de una veintena de publicaciones afrancesadas³⁹. Ambos bandos enfrentados utilizaron la prensa como instrumentos propagandísticos de atracción de voluntades⁴⁰. La prensa afrancesada intentó competir, crear facciones de poder que apoyarán al Imperio Napoleónico y que se enfrentarán a aquellas publicaciones que el pueblo emitía en contra de los invasores que llegaban a sus tierras para imponerles nuevas ideas.

Los acontecimientos del dos de mayo en Madrid motivan la aparición del *Diario Napoleónico*, de carácter satírico con una vida breve pues sólo se sacó un número. Los recorridos cortos de las publicaciones serán una constante característica de los periódicos de esta época⁴¹, muchos de ellos utilizarán la sátira como una forma de criticar con ironía determinadas situaciones sociales que la guerra y la política están ocasionando. El 2 de mayo de 1808 significó para algunos, como el historiador liberal Toreno, un “amargo recuerdo de luto y desconsuelo”; para otros es el resultado de una heroica locura sin precedentes que señala el principio del conflicto franco-español, mitificando la Guerra de la Independencia⁴².

El interés por la supresión de la censura previa para todo tipo de impresos se generaliza en 1809-1810. En esos años se producen múltiples manifestaciones en pro de la libertad de escribir, mediante peticiones dirigidas a las nuevas autoridades o campañas propagandísticas a favor de la prensa libre que realizan diversas publicaciones. Manifestaciones en las que aparecen los mismos argumentos

38 VALLS, Josep-Francesc: *Prensa y burguesía...*, op. cit., pp. 61-62.

39 FERNÁNDEZ SEBASTIAN, Javier / FUENTES ARAGONÉS, Juan F.: *Historia del periodismo español. Prensa, política y opinión pública en la España Contemporánea*, Síntesis, Madrid, 1997, pp. 53-55.

40 SÁNCHEZ ARANDA, Jose J.: «La prensa en España» en PIERRE, Albert: *Historia de la prensa*, Rialp, Madrid, 1990, pp. 190.

41 CHIVELET, Mercedes: *Historia de la prensa...*, op. cit., p. 32.

42 AYMES, Jean René: *La Guerra de la Independencia en España*, Siglo XXI, Madrid, 1975, p. 16.

utilizados un poco más tarde por los diputados liberales en el Congreso para justificar su proyecto de ley de imprenta. No obstante, en la práctica de la totalidad de las solicitudes a favor de la libertad de imprenta se reconoce que en los temas religiosos debe existir una limitación a esa facultad⁴³. Desde diversos extremos sociales y políticos hay un encuentro de las ideas de la Ilustración y el desarrollo de los movimientos liberales en España, que tienen su punto de encuentro en una búsqueda incipiente por desarrollar la libertad de imprenta. No obstante, es una libertad que se está gestando con restricciones pues podemos comprobar como subsisten legados del Antiguo Régimen al querer salvaguardar los asuntos religiosos de ataques mediante la imprenta.

En este primer momento en el que se configura la libertad de expresión, Cádiz se convierte en un referente importante. La actividad periodística en estos inicios es muy escasa, así en mayo de 1808 Cádiz tiene un único periódico, *El Diario Mercantil de Cádiz*, publicado por el Barón de la Bruére que se definirá como español, militar y católico cuando en años posteriores le acusen de afrancesado⁴⁴. Este texto periodístico sirvió como portavoz del gobierno a la opinión pública a partir de la transcripción de continuos bandos dictados al inicio de los sucesos, tras empezar a reunirse las Cortes de Cádiz, este periódico tomó parte de las tendencias políticas del momento, decantándose en un principio por el bando servil para después pasar a defender posturas liberales⁴⁵. Otra publicación en ese momento en Cádiz será un viejo boletín marítimo conocido como *El Vigía*, que termina de dibujar un pobre panorama de publicaciones que irá cambiando. Hasta los inicios de 1810, cuando los franceses se adueñan de Andalucía, excepto Cádiz y San Fernando, no hay muchos títulos salvo los mencionados y algún otro como la *Gazeta del comercio*. A partir de 1810 van a generarse nuevos cambios sociales en la ciudad de Cádiz como consecuencia de la afluencia desde toda España de una clase dirigente, política y literaria no comprometida con los franceses, y un grupo considerable de escritores, comerciantes, militares, nobles y jerarquía eclesiástica. La ciudad crecerá en población y pasará a albergar más de 100.000 habitantes, convirtiéndose en una urbe totalmente abierta y culta⁴⁶.

43 LA PARRA LÓPEZ, Emilio: *La libertad de prensa...*, op. cit., p. 22-25.

44 CHECA GODOY, Antonio: *Historia de la prensa andaluza*, Fundación Blas Infante, Sevilla, 1991, p. 33.

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

46 CHECA GODOY, Antonio: *Historia de la prensa andaluza...*, op. cit., p. 33.

Posteriormente la invasión de la propaganda, dio lugar a que se reconociesen más de cincuenta periódicos sólo en Cádiz. La libertad de expresión o más concretamente la libertad de imprenta adquiere por primera vez en la historia del periodismo español rango constitucional. Entre los periódicos más importantes de la época debemos hacer mención a *El Conciso*, una publicación que plantea la necesidad de la libertad de expresión y de prensa antes de ser decretada⁴⁷, que inició su andadura de forma alterna para pasar pronto a ser diario. Este periódico contenía informaciones y resúmenes sobre las sesiones diarias de las Cortes, con noticias recogidas de la prensa extranjera y polémicas que nacen por las discrepancias con otras publicaciones. Sus artículos eran breves, de fácil lectura y con apuntes satíricos burlescos; estas características y su defensa de la libertad de imprenta le valió el éxito y respeto de los liberales⁴⁸. Ese interés social por los asuntos legislativos y los debates parlamentarios tendrá su reflejo en la prensa surgiendo el primer suplemento en la historia del periodismo, *El Concisín*, dependiente de *El Conciso*, y que incluirá información dedicada a los debates parlamentarios⁴⁹. También hay que señalar que el gran desarrollo y la diversificación que tuvo la prensa periódica en Cádiz, fue motivado por la existencia de un núcleo social en la ciudad, que amparado por el vigor económico, es capaz de plantear una alternativa periodística sólida y persistente⁵⁰, que englobará a diversas facciones políticas. Observamos cómo es incipiente el interés periodístico por los asuntos legislativos, pues el proceso de evolución histórica y política pasa por un estado de cambios normativos. Un fenómeno que se está reflejando en la propia prensa y en los ciudadanos, que tienen un interés informativo por conocer estas cuestiones.

Para entender este proceso de evolución social, y el papel que la prensa estaba desarrollando debemos entender que el liberalismo gaditano desde sus comienzos nació dividido y fue víctima de violencias, que se dejaron notar en las propias publicaciones con un tono cada vez más intenso. Periódicos como el mencionado *El Conciso* o *El Observador* aun defendiendo la misma causa lo hicieron desde posturas rivales⁵¹. Hay que entender que en Cádiz pervive el ideal roussoniano de la convivencia social, con una visión idealizada del sistema parlamentario inglés,

47 BLANCO MARTÍN, Miguel Ángel: “Opinión pública y libertad de prensa...”, op. cit., pp. 33-34.

48 LABIO BERNAL, Aurora: *Diario de Cádiz. Historia y Estructura Informativa...*, op. cit., p. 25.

49 CHIVELET, Mercedes: *Historia de la prensa cotidiana...*, op. cit., p. 33.

50 BUTRÓN PRIDA, Gonzalo: “La prensa en Cádiz durante la etapa Ilustrada (1763-1808)”, *Estudios de Historia Social* 52/53, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, p. 79.

51 MORENO ALONSO, Manuel.: *La generación española...*, op. cit., p. 225.

conocido por algunos diputados. Los liberales pretendieron asentar con la libertad de prensa una base más firme del nuevo régimen a la vez que una opinión pública ilustrada y fácil de controlar⁵². La prensa por tanto desempeña un papel de vital importancia en la construcción del Estado liberal. Autores como Tomás y Valiente determinan que “no se puede confundir la toma del poder y el ejercicio inicial del mismo, con la efectividad de la revolución burguesa, pues una revolución no es efectiva o triunfante sino cuando se consolidan los cambios profundos en la esfera socio-económica y en la estructura del Estado que ese mismo movimiento revolucionario se propuso durante su génesis”⁵³. Está claro que para promover la transformación liberal había que hacer un cambio en la estructura social y legal, por tanto el reconocimiento de derechos como la libertad de imprenta sirvieron al proceso revolucionario, entendiéndolo éste como un amplio movimiento en el que confluyen múltiples factores.

IV. La conquista de la libertad de imprenta como derecho.

El proceso revolucionario como consecuencia de la Guerra de la Independencia, sirvió para que los españoles pudieran poner en práctica sus dotes de autogobierno. Desaparecida la realidad del Antiguo Régimen, la convocatoria a Cortes era una ocasión magnífica para todos aquellos que tenían ideas renovadoras⁵⁴, y esta situación incidirá muy directamente en la configuración de la libertad de imprenta como derecho. La formación y constitución de las Cortes de Cádiz el 24 de septiembre de 1810⁵⁵ en la que los diputados toman posesión de sus escaños, inicia el desarrollo de una prensa que se centrará en los asuntos tratados en los debates de la Cámara. Entre los asuntos cruciales que empezarán a tratarse en Cortes y que se dará a conocer a la sociedad a través de la prensa destacan la representación de América, las contribuciones y las líneas de la futura Constitución, entre otros. Temas de gran calado social que serán objeto de tertulias en los

52 LA PARRA LÓPEZ, Emilio: “Argumentos en favor de la libertad de imprenta...”, op. cit., p. 78.

53 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: “Lo que no sabemos acerca del Estado Liberal (1808-1868)” en VV.AA.: *Antiguo Régimen y Liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp.137-138.

54 GARCÍA LEÓN, José María: *La milicia nacional en Cádiz durante el Trienio Liberal 1820-1823*, Edita Caja de Ahorros de Cádiz, Cádiz, 1983, pp. 17-18.

55 El decreto de 24 de septiembre de 1810 implica que las Cortes asumen la soberanía nacional y recoge principios como el de división de poderes del Estado que sientan las bases de la futura constitución liberal. Véase DE DIOS, Salustiano: “Los Poderes de los Diputados”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXV, Madrid, 1995, pp. 405-448.

cafés⁵⁶. El Conde de Toreno relataba así el histórico momento de la formación de las Cortes:

“Según lo resuelto anteriormente por la Junta Central, era la isla de León, el punto señalado para la celebración de Cortés. Conformándose la Regencia con dicho acuerdo, se trasladó allí desde Cádiz el 22 de septiembre, y juntó, la mañana del 24, en las casas consistoriales a los diputados ya presentes. Pasaron todos reunidos a la Iglesia Mayor y celebrada la misa del Espíritu Santo por el cardenal arzobispo de Toledo, D. Luis de Borbón, se exigió acto continuo de los diputados un juramento concebido en los términos siguientes: “¿Juráis la santa religión católica, apostólica, romana, sin admitir otra alguna en estos reinos? -¿Juráis conservar en su integridad la nación española y no omitir medio alguno para liberarla de sus injustos opresores?-¿Juráis conservar a nuestro amado soberano, el Sr. D. Fernando VII, todos sus dominios y en su defecto, a sus legítimos sucesores y hacer cuantos esfuerzos sean posibles para sacarle del cautiverio y colocarle en el trono?- ¿Juráis desempeñar fiel y legalmente el encargo que la nación ha puesto a vuestro cuidado guardando las leyes de España, sin perjuicio de moderar, alterar y variar aquellas que exigiese el bien de la nación- Si así lo hicieréis, Dios os lo premie y si no, os lo demande.” Todos respondieron: “Si juramos”⁵⁷.

Las Cortes Generales y Extraordinarias se reservan por el decreto de 24 de septiembre de 1810 el Poder legislativo en toda su extensión, determinando que solamente en ellas residirá la facultad de conceder o negar las dispensas de ley que se solicitaban, reconociéndolo así el Consejo de Regencia⁵⁸. La situación de acoso e instigación que había sufrido la Regencia durante los meses de junio y septiembre de 1810, habían obligado a ésta a la toma de decisiones precipitadas. Esto podría explicar, tal vez, que las Cortes llegasen a reunirse sin contar con un Reglamento interior ni con un proyecto constitucional para iniciar sus debates, lo que dio lugar a que el grupo innovador instituyese un sistema político innovador fundamentado en los principios liberales de la representación nacional y la radicación de la soberanía nacional⁵⁹. A ello hay que añadir que los liberales

56 FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio: “La cuestión de la soberanía...”, op. cit., p. 49.

57 TORENO, Conde de: “*Historia del levantamiento, Guerra y Revolución de España*”, en *Biblioteca de Autores Españoles*, Tomo LXIV, Editorial Atlas, Madrid, 1953, pp. 286-287.

58 FERNÁNDEZ MARTÍN, Manuel: *Derecho Parlamentario español, II*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1992, p. 43.

59 FLAQUER MONTEQUI, Rafael: “El ejecutivo en la Revolución liberal” en VV.AA.: *Las Cortes de Cádiz*, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 46.

dispusieron de unas circunstancias muy favorables, para poder actuar con una amplia libertad de movimientos, desde que constituyen las Cortes, utilizando a esta institución como un adecuado instrumento para sus objetivos políticos⁶⁰.

Para muchos periodistas de la época la formación de la Cortes significó un gran avance en la democratización del Estado. Sin embargo, existía el temor de que estos nuevos cambios encerraran abusos, por eso periodistas como Alcalá Galiano en sus artículos recordaba a los diputados que “no eran simples propietarios del poder, sino representantes de la nación, debiendo ajustar su conducta a los dictados de la opinión pública”⁶¹. Una reflexión importante que no sirvió de mucho, pues como demostraremos a lo largo de este trabajo, a pesar de reconocer la libertad de imprenta se produjeron abusos contra periodistas.

El surgimiento de la ley de libertad de imprenta, permitió a la sociedad conocer las polémicas parlamentarias, a través de las puntuales noticias de multitud de diarios, semanarios, gacetas, periódicos y folletos, que no ocultaban su parcialidad ideológica, con el fin de conseguir lectores doctrinalmente afines⁶². Es en ese momento cuando los periódicos se muestran como órganos oficiosos de determinadas parcelas de una opinión pública sensibilizada por los asuntos políticos y los acontecimientos que se estaban desarrollando, pues la libertad de prensa estaba adquiriendo una fuerza de dimensiones insospechadas⁶³, que definían su valor en la sociedad.

Como prensa liberal debemos destacar también *La Triple Alianza*, o el *Robespierre Español* de Fernández Sardino, el *Redactor General (1811-1813)* con resúmenes de información y artículos de otros periódicos, *El Tribuno del Pueblo Español*, *La Abeja Española* y el *Diario Mercantil*. También hemos de destacar la prensa servil (antirreformista) en la que surgen títulos como el *Diario de la Tarde*, a favor de la permanencia del Santo Oficio, *El Procurador General de la Nación y del Rey*, que plantea un escándalo ya que la regencia costeó este periódico⁶⁴.

60 MARCUELLO BENEDICTO, Juan Ignacio: “Las Cortes Generales y Extraordinarias: organización y poderes para un gobierno de Asamblea” en VV.AA.: *Las Cortes de Cádiz*, Marcial Pons, Madrid, 1991, pp. 67-68.

61 BERMEJO CABRERA, José Luis.: “Prensa política en los orígenes del constitucionalismo”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXVI, Madrid, 1995, p. 618.

62 GACTO, Enrique: “Periodismo satírico e Inquisición en Cádiz: La “Abeja Española”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXV, Madrid, 1995, p. 634.

63 GARCÍA LEÓN, José María: *La masonería gaditana: desde los orígenes hasta 1833. Una contribución al estudio del liberalismo gaditano*, Quórum Libros, Cádiz, 1993. pp. 76-77.

64 BLANCO MARTÍN, Miguel Ángel: “Opinión pública y libertad de prensa...”, op. cit., pp. 33-34.

Esta explosión del periodismo en Cádiz, que hace incluso que las siete imprentas de la ciudad no den abasto en los años siguientes para realizar el centenar de publicaciones que surgirán desde la primavera de 1810 hasta mayo de 1814. Unos años, que significarán el nacimiento de una prensa que no depende del gobierno y de sus representantes⁶⁵.

Dentro de la variedad de publicaciones que la llegada de la libertad de imprenta generó encontramos títulos antirreformistas llamativos y escandalosos como *Diarrea de las Imprentas*, del que sólo se conocen tres números. En el primero se hace alusión al título de la publicación y lo relaciona con una epidemia que está en Cádiz cuya curación pasaría por respetar el Santo Tribunal de la Inquisición, odiar al republicanismo, jacobinismo y Napoleón, respeto a los mayores y a las sabias leyes, resolución de morir por la patria antes de someterse a Napoleón y establecer relaciones de amistad y afecto con los ingleses. Esta publicación o folleto estaba escrito por un cura, y se caracterizó por incurrir en un tono carente de ingenio y vulgar. En enero de 1812 surge *La Década*, publicación liberal de tamaño folio, impreso a dos columnas en los talleres de Niel, en la calle Baluarte, centrado en dar difusión de los asuntos legislativos de las Cortes y los problemas americanos. También debemos mencionar al *Diario extraordinario con noticias extranjerasy del reino*, publicado por estas fechas con un claro carácter informativo. En septiembre de 1812 *El Imparcial*, con tono liberal, redactado por Alcalá Galiano y Santiago Jonama, en noviembre de ese año *El Tribuno del Pueblo Español* con un marcado carácter liberal exaltado, de ideas extremas, cuyos escritos suscitaron demandas judiciales. En 1813, aparte de las mencionadas, debemos añadir al *Articulista Español*, formado por colaboradores espontáneos, el *Amigo de las Damas*, que no se sabe con seguridad si salió pero del que existían anuncios que animaban a su lectura, *Los Amigos de Vallesteros*, publicación militar, *El Centinela de la Constitución Española*, del que salieron nueve números y que era una réplica del Español de Blanco White, *El Filósofo Cristiano*, liberal de vida efímera, *De pronto*, antirreformista de seis números, *La Campana del Lugar*, liberal y antibritánico, el antirreformista *El Diario patriótico de Cádiz*, o el *Clarín de la Libertad*, del que se publicó dos números entre otros⁶⁶.

Algunas publicaciones consiguieron llegar hasta 1814, siendo Madrid el final

CHIVELET, Mercedes. *Historia de la prensa cotidiana...*, op. cit., p. 34.

65 CHECA GODOY, Antonio: *Historia de la prensa andaluza*, Fundación Blas Infante, Sevilla, 1991. pp. 33-34.

66 SOLÍS, Ramón: *El Cádiz de las Cortes...*, op. cit., pp. 340- 347.

de su trayecto en la mayoría de los casos. Es el caso de la *Atalaya de la Mancha* en Madrid, que tuvo su origen en la *Gaceta de Ciudad Real*, alcanzando gran difusión⁶⁷. También se trasladaron a la capital publicaciones como *El Procurador General de la Nación y del Rey*, entre los absolutistas, y, entre los liberales *El Conciso*, *El Redactor General* y *El Amigo de las Leyes*, entre otros. Estas publicaciones se caracterizaban por expresar las opiniones de los grupos o sectores a los que se sienten vinculados y por orientar a la opinión pública, tratando de mostrar los aspectos positivos de sus fundamentos, atacando y poniendo de manifiesto los aspectos negativos de sus adversarios⁶⁸.

Entre las publicaciones de ese momento también destacó *El Duende de los Cafés*, que se publicó diariamente hasta mayo de 1814, con carácter liberal, que criticó duramente a los Ingleses y contó con redactores como Jacinto María López, Tiburcio Campo y Miguel Cabrera de Nevares. En ese mismo año nace el periódico *El Liberal*, y se continuará con la publicación de *El Diario Patriótico de Cádiz* y el *Diario Mercantil*⁶⁹. Lo que sí queda patente es que estos años han sido decisivos para el desarrollo de la prensa en nuestro país. Se ha gestado una prensa política que ha calado en los dos grupos mayoritarios representativos de la sociedad y que tiene una función orientadora en la opinión pública⁷⁰.

Para entender el proceso histórico, legal y periodístico que se está produciendo debemos tener presente algunos datos. Investigadores como Romero sostienen que los periódicos del XIX funcionan como registro documental de la oratoria parlamentaria y que, como manifestación lingüística del fenómeno, se producen trasvases y prestamos de la retórica parlamentaria hacia el específico lenguaje del periodismo⁷¹. Esta idea se interrelaciona con algunos de los conceptos que estamos utilizando en este trabajo pues permite señalar la gran influencia que existe en la sociedad por parte de los diputados de las Cortes de Cádiz. Una influencia que se traslada también a los periódicos de la época que fomentarán un periodismo político en crecimiento. Estas referencias nos

67 CHIVELET, Mercedes: *Historia de la prensa cotidiana...*, op. cit., pp.34-35.

68 PEREIRA CASTAÑARES, Juan Carlos: “¿Liberalismo o Restauración absolutista? Un estudio a través de la prensa madrileña (marzo-mayo 1814)” en *La prensa en la Revolución liberal. España, Portugal y América Latina*, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 290-291.

69 SOLÍS, Ramón: *El Cádiz de las Cortes...*, op. cit., p. 347.

70 PEREIRA CASTAÑARES, Juan Carlos: “¿Liberalismo o Restauración absolutista? Un estudio...”, op. cit., pp. 291-304.

71 ROMERO TOBAR, Leonardo: “Prensa periódica y discurso literario en la España del XIX”, en *La prensa Española durante el siglo XIX. I Jornadas de especialistas en prensa regional y local*, Instituto de Estudios Almerienses, Almería, 1988, p. 97.

sitúan en el trabajo de investigación, y en la necesidad de utilizar como fuente documental los *Diarios de Sesiones de Cortes*, pues a lo largo del estudio de dichos documentos encontraremos claves sobre el proceso de aprobación de la libertad de imprenta como derecho y la influencia que esta medida tuvo para la sociedad de su tiempo.

En este contexto tenemos que profundizar en los factores que podrían ser obstáculos para el desarrollo de la libertad de expresión y de imprenta. La Inquisición que en siglos anteriores se había convertido en el arma destructora de conciencias es ahora, en la segunda mitad del siglo XVIII, sólo la sombra de lo que fue. Su única arma poderosa era la censura de libros, aunque tampoco podía impedir que los libros prohibidos se introdujeran en España. El tribunal no había objetado nada a la Constitución de Bayona y había dado su apoyo al régimen napoleónico, condenando el levantamiento popular. José Bonaparte, a su llegada el 4 de diciembre de 1808 publicó un decreto aboliéndola y confiscando sus propiedades a favor de la Corona, si bien este decreto no tuvo efecto en la práctica. Cuando las Cortes de Cádiz decretaron la libertad de imprenta, el 10 de noviembre de 1810, la Inquisición perdió como último recurso la censura. Las Cortes decidieron por noventa votos frente a sesenta que el Tribunal de la Inquisición es incompatible con la Constitución de 1812 lo que supuso su abolición. Entre los detractores del Tribunal, que abogaban por una religión sin elementos que la desvirtuaran, estuvieron los clérigos ilustrados que tuvieron asiento en las Cortes como Muñoz Torrero, Villanueva, Luján, Gallego, Oliveros, Ruiz Padrón, Ramos de Arizpe o Gordillo. Al regreso de Fernando VII, un decreto de 21 de julio de 1814 restablecía la Inquisición. Se produjo una nueva abolición al restaurarse el régimen liberal el 9 de marzo de 1820, con el triunfo del absolutismo en 1823 la Inquisición no fue restablecida, hasta llegar a su abolición definitiva por la reina regente el 15 de julio de 1834⁷². La Inquisición tenía que abolirse después de todo el terror, la miseria intelectual y el daño moral que había ocasionado durante muchos siglos. La incompatibilidad con el constitucionalismo y el inminente movimiento de la libertad de expresión y de imprenta como derechos legalmente reconocidos terminaron por acabar con su imperio de terror.

Los liberales supieron proponer en mociones escalonadas un ordenado programa de reformas políticas, sociales y económicas. Esa información completo todo un vasto plan de transformaciones institucionales que unos años antes hubie-

72 SEOANE, M^a Cruz: *Historia del periodismo...*, op. cit., pp. 37-39.

ra sido difícil de implantar en España⁷³.

Respecto al volumen de publicaciones hay que señalar que en los momentos previos a la formulación de la libertad de imprenta, en los meses entre febrero y septiembre de 1810 hay una disminución de periódicos⁷⁴, una situación que posteriormente se va a ir superando. La prensa rebelde a José I tuvo tres centros fundamentales: Cádiz, Madrid y Sevilla. Periódicos como el *Semanario Patriótico* se editaron en las tres ciudades. Cádiz se convierte desde el otoño de 1810 en la capital de la resistencia y del liberalismo. El conjunto de periodistas que ocupan la prensa de Cádiz dio origen en esa fase histórica a un gran número de publicaciones, como si se tratase de una fiebre impresora⁷⁵. Para la historia de la prensa española y andaluza, el periodismo político moderno se origina en la ciudad de Cádiz, pero el desarrollo periodístico de la Guerra de la Independencia es extensible a otras ciudades como Málaga, Granada, la mencionada Sevilla, y en menor medida Córdoba y Jaén⁷⁶. No hay que olvidar tampoco el papel que desempeña Sevilla desde finales de 1808 hasta enero de 1810, como cuna del liberalismo español, pues en dicha ciudad se discute acaloradamente de política y llegan libros extranjeros de Francia e Inglaterra⁷⁷. Sin embargo, el avance francés convertirá a Cádiz, en el eje fundamental del desarrollo periodístico español, que servirá de punto de referencia para que otras ciudades, especialmente de Andalucía, adopten un modelo periodístico de crítica contra los franceses.

V. La formulación constitucional. Libertad para publicar ideas.

El 14 de octubre de 1810 fue leída ante las Cortes Extraordinarias reunidas en Cádiz, el dictamen de la primera ley que aplica en España los principios liberales sobre la regulación de la imprenta. La facultad de los ciudadanos para publicar sus ideas queda justificada en el preámbulo como medio de frenar la arbitrariedad de los gobernantes, ilustrar a la nación y conocer a la opinión pública. El 10 de noviembre de 1810 aparece el decreto sobre libertad política de la imprenta que permite la libertad de escribir, publicar e imprimir ideas políticas sin necesidad de

73 COMELLAS, José Luis: “De las Revoluciones al Liberalismo”, en *Historia Universal*, Tomo X, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1982, p. 329.

74 ARTOLA, Miguel: *Los orígenes de la España...*, op. cit., p. 338.

75 FERNÁNDEZ SEBASTIAN, Javier / FUENTES ARAGONÉS, Juan F.: *Historia del periodismo español...*, op. cit., p. 56.

76 CHECA GODOY, Antonio: *Historia de la prensa andaluza...*, op. cit., p. 34.

77 MORENO ALONSO, Manuel: *La generación española...*, op. cit., p. 219.

licencia, aunque el artículo 4 calificaba cómo delictivos “*los libelos informativos, los escritos calumniosos, los subversivos de las leyes fundamentales de la monarquía, inocentes o no perjudiciales y los licenciosos y contrarios a la decencia pública y buenas costumbres que serían castigadas con la pena de la ley, y las que aquí se señalarán*”⁷⁸.

El 10 de julio de 1813 las Cortes Generales y Extraordinarias aprobarán un decreto que rectificaba en algunos puntos el de 1810: se regulaba con más detalle la composición y duración en sus cargos de los miembros de las Juntas de Censura, se fijaba su responsabilidad ante las Cortes. Se clasificaron los posibles abusos contra la libertad de imprenta⁷⁹. La libertad de imprenta servirá para desarrollar el concepto de “expresión de ideas por escrito” a un contexto caracterizado por la eliminación de trabas y obstáculos. La regulación de la imprenta tenía que formularse en una ley que aplicara los principios liberales sobre la regulación de la imprenta. La formulación legal de 1810 inicia alguno de estos marcos de protección pero será en 1813 cuando se consolidan algunas de las bases originariamente expuestas, otorgando rango delictivo a aquellos abusos del ejercicio de la libertad de imprenta.

Los grupos progresistas de la sociedad española necesitaban un nuevo marco jurídico en el cual moverse, por ello era necesario un texto constitucional que entre sus derechos se recogiera la libertad de imprenta⁸⁰. Ese marco constitucional va a permitir un nuevo sistema político que permitirá a las Cortes de Cádiz formar un cuerpo legal tendente a desarticular la sociedad del Antiguo Régimen⁸¹. La Constitución de 1812 proclamada solemnemente el 19 de marzo de ese año y que recoge la base del proyecto de Constitución del 24 de diciembre de 1811, hace una mención importante a la Imprenta. En la Constitución se afirma que nada contribuye más directamente a la Ilustración y al adelantamiento general de las naciones y a la conservación a su independencia que la libertad de publicar todas las ideas y pensamientos que puedan ser útiles y beneficiosos a los súbditos de un estado, la libertad de imprenta debe formar parte de la Ley Fundamental de la Monarquía, si los españoles desean sinceramente ser libres y dichosos.

78 Decreto sobre libertad de imprenta de 1810.

79 TOBAJAS, Marcelino: *Periodismo Español...*, op. cit., p. 151.

80 PELAYO GALINDO, Orlando: “La libertad de prensa. un debate público en el foro de la prensa madrileña de mayo a diciembre de 1813” en *La prensa en la Revolución Liberal España, Portugal y América Latina*, Actas, Universidad Complutense de Madrid, 1983, pp. 84-85.

81 MARCUELLO BENEDICTO, Juan Ignacio: “El Rey y la potestad legislativa en el sistema político de 1812: su problemática definición constitucional”, en VV. AA. : *Antiguo Régimen y Liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*, Alianza Editorial, Madrid, 1995. p. 233.

El artículo 371 de la Constitución de 1812 establece que “*todos los españoles tienen la libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes*”; y el artículo 131 destaca entre las facultades de las Cortes “*Proteger la libertad de imprenta*”⁸². La libertad de prensa aparece unida a la de la expresión, en el título rubricado “de la instrucción pública”, dejando patente la idea de que la información debe servir a un determinado espíritu constitucional orientado por el poder⁸³. Por un lado se otorga a los españoles el derecho a escribir, imprimir y publicar sus ideas en libertad, dejando explícitamente reconocido que no será necesario licencia, en un claro intento por romper las estructuras y modelos del Antiguo Régimen. Por otro, se convierte a las Cortes en garante del derecho de libertad de imprenta, un ideal que comulga con el proyecto liberal renovador y reformista.

Para autores como Almuiña estos artículos, desde el punto de vista legal, significan el alcance de los medios de comunicación españoles a una libertad política acorde con un espíritu vanguardista que las generaciones futuras levantarán como bandera y recordarán como edad dorada de la libertad de prensa⁸⁴. Estas referencias significan para España escapar de una política de control impuesta por los poderes fácticos y eclesiásticos, y motivan el surgimiento de un nuevo germen que haga un planteamiento más abierto y que promueva el avance en el mundo periodístico. Lo más relevante del periodo 1808-1813, es que, a pesar de las muchas irregularidades en las que se incurrieron por parte de los órganos políticos, dicho periodo sirvió para reconocer la libertad de imprenta como uno de los valores más relevantes del ser humano y eso implica definir su contenido y límites. Empezamos a escribir la historia legal de la libertad de imprenta como derecho, un factor determinante para transformar a la prensa en uno de los instrumentos de mayor impacto social.

82 Constitución de 1812.

83 Véase URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín P.: *Lecciones de derecho de la información*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, pp. 36-38.

84 ALMUIÑA, Celso.: “Opinión pública y revolución...”, op. cit., p. 94.

Referencias Bibliográficas.

AGUILAR PIÑAL, Francisco: “Ilustración y periodismo”, *Estudios de Historia Social* 52/53, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

ALMUIÑA, Celso: “Opinión pública y revolución liberal”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, Vol. 24, Universidad Complutense, Madrid, 2002.

ALMUIÑA, Celso: “Los medios de comunicación en la crisis del Antiguo Régimen entre las “voces vagas” y la dramatización de la palabra”, en VV.AA: *Antiguo Régimen y Liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

ARTOLA, Miguel: *Los orígenes de la España Contemporánea*, Instituto de Estudios Políticos, Vol. I, Madrid, 1975.

ARTOLA, Miguel: *La España de Fernando VII* (tomo XXXII de la *Historia de España* dirigida por R. Menéndez Pidal), Espasa-Calpe, Madrid, 1983.

AYMES, Jean René: *La Guerra de la Independencia en España, Siglo XXI*, Madrid, 1975.

BERMEJO CABRERA, José Luis.: “Prensa política en los orígenes del constitucionalismo”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXVI, Madrid, 1995.

BLANCO MARTÍN, Miguel Ángel: “Opinión pública y libertad de prensa 1808/1886” en AA.VV: *La prensa española durante el siglo XIX. Jornadas de especialistas en prensa regional y local*, Instituto de Estudios Almerienses, Almería, 1988.

BARÓ PAZOS, Juan: *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

BUTRÓN PRIDA, Gonzalo: “La prensa en Cádiz durante la etapa Ilustrada (1763-1808)”, *Estudios de Historia Social* 52/53, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

CASTRO ALFÍN, Demetrio: *Los males de la imprenta. Política y libertad de prensa en una sociedad dual*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1998.

CHECA GODOY, Antonio: *Historia de la prensa andaluza*, Fundación Blas Infante, Sevilla, 1991.

CHIVELET, Mercedes: *Historia de la prensa cotidiana en España*, Acento Editorial, Madrid, 2001.

COMELLAS, José Luis: “De las Revoluciones al Liberalismo”, en *Historia Universal*, Tomo X, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1982.

DE DIOS, Salustiano: “Los Poderes de los Diputados”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXV, Madrid, 1995.

DÍEZ DEL CORRAL, Luis: *El liberalismo doctrinario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1984.

ENCISO RECIO, Luis Miguel: “Prensa y opinión pública”, en *La época de los primeros Borbones. La cultura española entre el Barroco y la Ilustración* (tomo XXIX-2 de la *Historia de España* fundada por R. Menéndez Pidal), Espasa-Calpe, Madrid, 1985.

FARIAS GARCÍA, Pedro: *Libertades públicas e información*, Eudema, Madrid, 1988.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio: “La cuestión de la soberanía nacional”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, vol. 24, Universidad Complutense, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ SEBASTIAN, Javier / FUENTES ARAGONÉS, Juan F.: *Historia del periodismo español. Prensa, política y opinión pública en la España Contemporánea*, Síntesis, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ MARTÍN, Manuel: *Derecho Parlamentario español, II*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1992.

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

FLITTER, Derek: “El doceañismo en la nomenclatura romántica: encontradas perspectivas de historiografía y estética”, en RAMOS SANTANA, Alberto: *La Ilusión Constitucional: Pueblo, patria, nación. De la Ilustración al Romanticismo. Cádiz, América y Europa ante la Modernidad. 1750-1850*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004.

FLÓREZ ESTRADA, Álvaro: “Reflexiones sobre la libertad de la imprenta” en BARRERA, Carlos: *El periodismo español en su historia*, Ariel, Madrid, 1983.

GACTO, Enrique: “Periodismo satírico e Inquisición en Cádiz: La “Abeja Española”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXV, Madrid, 1995.

GARCÍA LEÓN, José María: *La masonería gaditana: desde los orígenes hasta 1833. Una contribución al estudio del liberalismo gaditano*, Quórum Libros, Cádiz, 1993.

GARCÍA LEÓN, José María: *La milicia nacional en Cádiz durante el Trienio Liberal 1820-1823*, Edita Caja de Ahorros de Cádiz, Cádiz, 1983.

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

LA PARRA LÓPEZ, Emilio: *La libertad de prensa en las Cortes de Cádiz*, Nau Libres, Valencia, 1984.

LA PARRA LÓPEZ, Emilio: “Argumentos en favor de la libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz” en *La prensa en la Revolución Liberal España, Portugal y América Latina*, Actas, Universidad Complutense, Madrid, 1983.

LANCHA, Charles: “La prensa liberal española frente al separatismo hispano-americano”, *La prensa en la Revolución liberal. España, Portugal y América Latina*, Universidad Complutense, Madrid, 1983.

MARCUELLO BENEDICTO, Juan Ignacio: “Las Cortes Generales y Extraordinarias: organización y poderes para un gobierno de Asamblea” en VV.AA.: *Las Cortes de Cádiz*, Marcial Pons, Madrid, 1991.

MARCUELLO BENEDICTO, Juan Ignacio: “El Rey y la potestad legislativa en el sistema político de 1812: su problemática definición constitucional”, en

VV. AA.: *Antiguo Régimen y Liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

MARCHENA DOMÍNGUEZ, José: “Cádiz, al servicio de España. Nación e hiperlocalismo en las Cortes liberales de 1812”, en RAMOS SANTANA, Alberto: *La Ilusión Constitucional: Pueblo, patria, nación. De la Ilustración al Romanticismo. Cádiz, América y Europa ante la Modernidad. 1750-1850*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004.

MORÁN ORTI, Manuel: “La formación de las Cortes (1808-1810)”, en ARTOLA, Miguel: *Las Cortes de Cádiz*, Marcial Pons, Madrid, 1991.

MORENO ALONSO, Manuel.: *La generación española de 1808*, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

NIETO, Alejandro: *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barcelona, 1996.

PELAYO GALINDO, Orlando: “La libertad de prensa. un debate público en el foro de la prensa madrileña de mayo a diciembre de 1813” en *La prensa en la Revolución Liberal España, Portugal y América Latina*, Actas, Universidad Complutense de Madrid, 1983.

PEREIRA CASTAÑARES, Juan Carlos: “¿Liberalismo o Restauración absolutista? Un estudio a través de la prensa madrileña (marzo-mayo 1814)” en *La prensa en la Revolución liberal. España, Portugal y América Latina*, Universidad Complutense, Madrid, 1983.

ROMERO TOBAR, Leonardo: “Prensa periódica y discurso literario en la España del XIX”, en *La prensa Española durante el siglo XIX. I Jornadas de especialistas en prensa regional y local*, Instituto de Estudios Almerienses, Almería, 1988.

SÁNCHEZ ARANDA, José J.: « La prensa en España » en PIERRE, Albert: *Historia de la prensa*, Rialp, Madrid, 1990.

SECO SERRANO, Carlos: “Introducción a la España de Fernando VII”, en ARTOLA, Miguel: *La España de Fernando VII* (tomo XXXII de la *Historia de España* dirigida por R. Menéndez Pidal), Espasa-Calpe, Madrid, 1983.

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

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

SUÁREZ, Federico: *La crisis política del Antiguo Régimen en España (1800-1840)*, 2^a.ed. Rialp, Madrid, 1958.

TOBAJAS, Marcelino: *El periodismo español. Notas para su historia*, Forja, Madrid, 1984.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: “Lo que no sabemos acerca del Estado Liberal (1808-1868)” en VV.AA.: *Antiguo Régimen y Liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

TORENO, Conde de: “*Historia del levantamiento, Guerra y Revolución de España*”, en *Biblioteca de Autores Españoles*, Tomo LXIV, Editorial Atlas, Madrid, 1953.

URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín P.: *Lecciones de derecho de la información*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

VALLS, Josep-Francesc: *Prensa y burguesía en el XIX español*, Editorial Anthropos, Barcelona 1988.

RESUMEN

Los derechos del ciudadano experimentaron un gran avance en su desarrollo jurídico como consecuencia de las revoluciones liberales. Un gran número de publicaciones surgen en Europa para movilizar al pueblo en la lucha por el poder. Este artículo analiza el levantamiento popular de 1808 en España y el surgimiento de la libertad de imprenta como derecho constitucional.

PALABRAS CLAVES

Revolución, Constitución, imprenta, periódico, política, derechos.

ABSTRACT

The rights of the citizen experienced a great advance in his juridical development as consequence of the liberal revolutions. A great number of publications arise in Europe to mobilize the village in the fight for the power. This article analyzes the popular raising of 1808 in Spain and the emergence of the freedom of press as constitutional law.

KEY WORDS

Revolution, Constitution, press, newspaper, politics, rights.

REFLEXIONES DE LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL EN MÉXICO.

Rafael Santacruz Lima.

*Profesor-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho
de la Universidad Autónoma del Estado de México.*

Gerardo Ríos Osorio.

*Maestrante en Justicia Constitucional, en la Facultad de Derecho
de la Universidad Autónoma del Estado de México.*

Recibido: 25-3-2015
Aceptado: 16-6-2015

SUMARIO

- I. Consideraciones iniciales.*
- II. La función de la justicia constitucional.*
- III. Las precondiciones judiciales.*
- IV. Retos y perspectivas del Juez constitucional en México.*
- V. Conjeturas.*
- VI. Bibliografía.*

I. Consideraciones iniciales.

Dentro de las funciones más importantes en una democracia, es la función de un Juez, ya que la actividad que desempeña debe recaer en una justificación de su decisión. Dentro de la función del órgano jurisdiccional está entender el propósito de los principios constitucionales y desarrollar mecanismos que permitan tener una correcta interpretación, pero, el derecho de una sociedad es un órgano vivo, se sustenta en una determinada realidad objetiva y social que cambia con el transcurso del tiempo. Algunas veces dicho cambio es drástico, y fácilmente notorio, algunas otras, el cambio es menor y paulatino, y no se puede percibir sin una adecuada observación y perspectiva. El Juez es el principal actor dentro del cambio en una sociedad y un Estado, pero la mayor responsabilidad de un Poder Judicial, será el hecho de justificar resoluciones que buscan uno de los objetivos más importantes de la sociedad, que es el reconocimiento de los derechos fundamentales. La búsqueda del respeto de estos derechos fundamentales, reside, si se cuenta con elementos o condiciones esenciales como son, la independencia, objetividad, imparcialidad y opinión pública. Condiciones que caracterizan a la justicia constitucional.

II. La función de la justicia constitucional.

En los países democráticos que tengan una Constitución escrita, que reconoce (entre otras cosas) una serie de derechos y libertades, y que goza de protección jurisdiccional frente a las leyes aprobadas por el Parlamento, la garantía jurisdiccional de los derechos y libertades frente al legislador puede organizarse de varias maneras.¹

La institución de la justicia constitucional plantea una pregunta de cierta envergadura: ¿cómo justificar su existencia en una democracia?. Si el principio democrático establece que las decisiones que afectan a la colectividad deben ser adoptadas a través de un procedimiento en el que todos puedan participar con su voz y con su voto, bajo las reglas de la mayoría; y si en las condiciones actuales de la modernidad ese principio abstracto se concreta en el establecimiento de un sistema representativo en el que un Parlamento elegido periódicamente por sufragio universal toma decisiones por mayoría; entonces, ¿por qué debería someterse

¹ FERRERES, Víctor, “*Justicia Constitucional y Democracia*”, en Carbonell Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos*, 4ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 247.

a las decisiones del Parlamento a un ulterior control judicial?. Desde el punto de vista del ideal democrático, parece que existe una “objeción” al control judicial de la ley (esta objeción suele denominarse “la dificultad contra-mayoritaria”).²

Una posible respuesta, es que la propia Constitución ha querido que las leyes se sometan a un control judicial. La legitimidad de la justicia constitucional deriva de la constitución, la cual es expresión de la voluntad popular, desde luego que debe partirse de la idea que los derechos que contempla la Constitución deben transmitir legitimidad democrática.

La actividad jurisdiccional ha cambiado mucho en los últimos años. Los grandes cambios sociales y las necesidades del positivismo formalista, no se perciben en el siglo XXI en una simple aplicación de una ley. En la actualidad las teorías contemporáneas, no conciben sólo al ordenamiento jurídico como un conjunto de mandatos vacíos, o estándares fijos, que un Juez debe aplicar casi de manera correcta y precisa, sino todo lo contrario. En un verdadero Estado Constitucional, todas las normatividades se encuentran inmersas de cierta carga de valores para que las interacciones que se generen dentro de un ordenamiento jurídico se resuelvan acorde a los principios, valores y fines insertos en la Constitución.³

Hace algunas décadas, el juez, debía ceñirse al rol de aplicador de la norma. En el presente, cuando se habla de un nuevo paradigma en los órganos jurisdiccionales, en el cual hablamos marcadamente del juez constitucional, el rol del juez resulta sustantivamente distinto. En la actualidad el Derecho es una ciencia y el juez defiende los derechos fundamentales en la percepción de que en el Estado existen más principios que reglas enunciadas, más ponderación que subsunción, no hay zonas exentas de control constitucional, se postula un arsenal plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica de la norma y finalmente el juez asume un rol prevalente frente al legislador.

En el siglo XXI, se comienza una nueva propuesta, en la vía control difuso el juez puede dejar sin efectos una ley si ésta colisiona con el principio de supremacía normativa de la Constitución. La interpretación del juez constitucional del siglo XXI, goza de preferencia frente al mecanismo de interpretación auténtica

2 La expresión proviene de Bickel, Alexander, “*The Least Dangerous Branch*”, New Haven, Yale University Press, 1962, p. 16.

3 Riccardo Guastini habla de la “*incompletud del Estado de Derecho*” para referirse a la desvinculación de los jueces respecto al principio de legalidad que se experimenta en el Estado Constitucional como efecto de su vinculación preferente a la constitución.

del legislador, dando un cambio sustancial y convirtiéndose en un extraordinario mecanismo de defensa de los derechos fundamentales. Existe notoriamente una diferencia entre ambos tipos de jueces, en tanto el juzgador del frío silogismo, asume un rol marcadamente distinto respecto a la decisión a resolver y que hoy trabaja todo un capítulo en la argumentación constitucional, quitando las fortalezas de aquellas posiciones que postulan las libertades públicas subjetivas como derechos absolutos. Tenemos presente, en ese orden de ideas, que Gustavo Zagrebelsky no se equivocaba cuando aseveraba la ductilidad de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho.⁴

El paso del tiempo nos ha enseñado que el poder tiende a permear instituciones y sobre todo a degenerarse, dando por consiguiente y originando que existen gobiernos extremadamente autoritarios con fachada de Estados Constitucionales, partir de la idea que contar con una rigidez constitucional, que empiece a ejercer diferentes sentidos sobre el ordenamiento jurídico estatal no es suficiente. Para poder garantizar que el ordenamiento jurídico, debe y tiene que respetar los contenidos constitucionales, siempre debe de existir un proceso jurisdiccional en que se puedan presentarse la inconstitucionalidad de la legislación o de actos de autoridad, es decir, que la Constitución logre una verdadera regulación de las leyes, el actuar estatal y la relaciones sociales.⁵

Muchos son los factores que no permiten una correcta justicia Constitucional. Un aspecto es el elemento legalista, esto es, aquella tesis que hace de la ley sea la única o, y en algunos casos, la suprema fuente del derecho.⁶ El legalismo debe ser entendido en dos aspectos: primero, como un discurso descriptivo de la teoría del derecho y, en este sentido, será verdadero o falso según sea el sistema jurídico; por ejemplo, existió un legalismo que se desarrolló en la ciencia jurídica europea a lo largo del siglo XIX, en cambio, que en el siglo XXI pudiera sostenerse lo mismo que hace dos siglos, resultaría equivocado por la elemental razón, de que existe un modelo constitucional garantizado. En segundo lugar, el legalismo puede ser entendido como un discurso político o de filosofía política, es decir, como una proposición que postula la soberanía de la ley por reunir ésta una serie de condiciones que la hacen legítima; en especial, su fundamento democrático. Es un poco dudoso que, concebido en ésta segunda acepción el legalismo sea una tesis con fundamento; en cualquier situación,

4 ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011. p. 57.

5 GUASTINI, Riccardo, "*Estudios de teoría constitucional*", Carbonell, Miguel (ed.), México, UNAM-Fontamara, 2001, p.51.

6 BOBBIO, Norberto, "*El Problema del Positivismo Jurídico*", 2ª ed., México, Fontamara, 2008, p. 89.

es aquí donde aparece un conflicto entre Constitución normativa o la justicia constitucional y los postulados del legislador.

Partimos de la idea que todo Juez debe buscar un equilibrio entre la necesidad de cambio y la necesidad de buscar la protección de derechos Fundamentales. La estabilidad sin cambio es degeneración, mientras que el cambio sin estabilidad es anarquía. La función de un Juez en un tribunal constitucional es ayudar a respetar los Derechos Fundamentales y lograr una correcta forma de garantizarlos.

En un Estado Constitucional el Juez debe garantizar los derechos de los seres humanos. El derecho va cambiando con el transcurso de la misma sociedad, o por lo menos es como debería ser, solo cuando está en movimiento, así también el derecho es estable sólo cuando está activo y vivo. Dentro ese Estado constitucional el Juez debe tomar en cuenta un amplio y complejo de factores y consideraciones. Dentro de esas consideraciones que se aplican a la vida del derecho, un Juez de un tribunal constitucional debe considerar: a) la coherencia del sistema en el que opera; b) los poderes y limitaciones de la institución del Poder Judicial como se define dentro de ese sistema; y c) la forma en que se percibe su función.

La garantía judicial no es más que una consecuencia de tomarse en serio la fuerza normativa suprema de la constitución: si esta es una norma, su exigibilidad puede hacerse valer ante los órganos específicamente encargados de esa tarea, es decir, ante los jueces, que a su vez han de ostentar competencia para el control sobre las demás normas del sistema. En general, los Estados constitucionales europeos han optado por un modelo de jurisdicción concentrada y de juicio abstracto y negativo de leyes; de manera que es un peculiar Tribunal Constitucional el encargado de declarar la eventual invalidez de las leyes contrarias a la constitución mediante un procedimiento que solo puede ser instado por cualificados sujetos políticos, como el Gobierno o un cierto número de parlamentarios.⁷

Se debe tener presente que todo Juez que desarrolla una actividad jurisdiccional no desempeña un acto individual aislado de su constitución y sus principios, y su resolución debe ir apegada a los mismos. Por esta razón, los Jueces deben garantizar que sus resoluciones busquen un desarrollo gradual y natural. El cambio y transformación, en una resolución, generalmente debe ocurrir por evolución, no por revolución. Los derechos fundamentales y las demás cláusulas materiales no se presentan solo como condiciones de validez de las leyes, sino como normas

⁷ PRIETO SANCHIS, Luis, “*El Constitucionalismo de los Derechos*”, Madrid, Trotta, 2013, p. 27.

con vocación de regular cualquier aspecto de la vida social, incluidas por ejemplo las relaciones entre los particulares.⁸

De lo anterior se puede establecer que, a medida que el Juez se ha ido constitucionalizando, es decir, asumiendo el papel que la Constitución le asigna.⁹ Hago referencia que, a pesar de que se hace notar que el texto fundamental afirma su fuerza de normas, especialmente se hace mención respecto de los derechos fundamentales, la forma de cómo el paso del tiempo, en especial el pasado, y una mentalidad apegada a la ley y al reglamento, no fue reconocida inicialmente. Se escuchan de ese modo pronunciamientos que van invirtiendo el orden de lo establecido, haciendo fundar la voluntad del legislador a los preceptos de la Constitución.

La forma como hoy en día se comienza a interpretar y aplicar el derecho no consiste en determinar exclusivamente que se ha producido el hecho, sino que debe darse las circunstancias que la ley requiere. El juez siempre ha hecho algo más que subsumir el supuesto de hecho en la norma porque la interpreta y, es decir, con la interpretación crea una norma nueva.¹⁰

En la actualidad la actividad jurisdiccional y su justificación de las resoluciones, tiene y debe existir siempre un margen de libertad en su aplicación, una posibilidad de opción entre sus diferentes sentidos. En la tiranía, y gobiernos inquisitivos, se alimenta de la idea de que el juez o el legislador no tiene elección porque todo concepto (el Derecho es un conjunto de conceptos) es una invención a la que nada corresponde exactamente, pero a la que muchas cosas se parecen. La creación de un discurso maquillado, es el punto de referencia.¹¹

El órgano jurisdiccional, es decir, la actividad de los jueces, tiene como priori-

8 Ídem.

9 El orden jurídico es el cuadro de las transformaciones jurídicas, no algo acabado o en reposo, y esto produce una serie de paradojas ya que la creación jurídica es constante y los jueces generan jurisprudencia. El proceso interpretativo genera un enunciado que a su vez deviene de la norma jurídica.

10 Uno de los elementos que resaltan en el proceso de consolidación del Estado democrático constitucional de derecho, que se desarrolla en la últimas décadas, es la universalización de la jurisdicción constitucional; cuya misión es la de ejercer el control de constitucionalidad resguardado que las disposiciones legales cumplan con las condiciones de validez formal y material. Que los órganos del poder constituido ejerzan sus funciones respetando el principio de separación de funciones o la distribución del ejercicio del poder político en su sentido vertical o territorial y en su sentido horizontal, y protegiendo los derechos humanos positivados en la Constitución.

11 PRIETO SANCHIS, Luis, *Op. Cit.*, p. 56.

dad decidir con sujeción a parámetros normativos preexistentes y no disponibles, desarrollando una actividad sustentada en razones jurídicas. Por tanto, la actividad del juez, es una actividad reglada que no elimina el mínimo o el máximo de actuación libre, de opción entre los diversos sentidos de una misma palabra, porque las normas no son ideológicamente neutrales.¹²

La interpretación que realizan los jueces, es una actividad en la que intervienen múltiples factores, objetivos y subjetivos. Interviene la propia formación del intérprete, del juez, con sus humores, sus emociones, sus sentimientos, factores compensados al ser, en ocasiones, una decisión colegiada. El juez debe pensar quién es y dónde está, o no piensa nada. Debe actuar y pensar sin dejar de lado sus tradiciones, su presente y su desaparición.

La transformación que ha vivido la sociedad, no deja sólo al derecho que buscan cerrar la brecha entre él y la sociedad. De ahí que la forma de interpretación, no es la misma de hace años, no se interpreta a las leyes hoy de la misma forma en que se interpretaban hace doscientos años o cien años o incluso cincuenta. En cualquier caso, la interpretación por excelencia la debe realizar el Juez, y mejor aún que la actividad jurisdiccional debe estar sustentado por los principios que desarrolla toda Constitución. De esta forma estaremos hablando de un verdadero Juez constitucional.

III. Las precondiciones judiciales.

En palabras de Aharon Barak dice que, para que exista una correcta actividad jurisdiccional, debe existir primero que todo una democracia. Posteriormente deben existir tres precondiciones judiciales muy importantes: a) La independencia del Poder Judicial, b) la objetividad e imparcialidad judicial, c) La confianza pública en el poder judicial. Se debe asegurar que estas precondiciones no sólo se mantengan, que es el punto principal, sino también que el público reconozca que se mantienen.¹³

A) La independencia Judicial.- Una precondición esencial para la protección de la Constitución dentro del marco de una democracia es que el juez y el Poder

12 VALADÉS, Diego, “Constitución y democracia”, México, (IIJ) UNAM, 2002, p. 192.

13 AHARON, Barak, “Un juez reflexiona sobre su labor: El papel de un tribunal constitucional”, México, SCJN, 2009, p. 39.

judicial sean independientes.¹⁴

El Poder judicial puede cumplir su papel efectivamente sólo si el público confía en que las Cortes, aunque a veces actúan de manera absolutamente independiente. Muchos países no democráticos también tienen Constituciones impresionantes que tienen como propósito proteger a los derechos humanos y valores, pero estas constituciones son huecas, dado que no existe un Poder Judicial independiente que las llene de contenido. La independencia del Judicial significa, primero y antes que nada, que al juzgar, el juez no está sujeto nada más que al derecho.

El derecho es el único amo del Juez, desde el momento en que se designa a una persona como Juez, él debe actuar de manera independiente a todo lo demás. A veces esta independencia está expresa en la Constitución, pero incluso en la ausencia de una disposición expresa, es un principio constitucional implícito en toda Constitución democrática.¹⁵

La otras ramas del gobierno deben estar impedidas de influir en las decisiones judiciales, a las otras ramas del gobierno no se les debe permitir amenazar la seguridad de los ingresos del Juez, incluso si no tiene una disposición expresa en la Constitución que verse sobre el tema. El comportamiento judicial debe ser regulado por las reglas de la ética judicial. Todas estas salvaguardas aseguran la independencia del Juez.¹⁶

La independencia del Juez, de importancia central, es insuficiente. La independencia judicial debe ser acompañada, no sólo del Juez individual, debe ser independiente, debe ser manejado por los jueces. Su investidura debe ser aprobada por el Legislativo de forma separada que el del Ejecutivo. Desafortunadamente, en muchas democracias modernas, el Poder Judicial no goza de esta independencia institucional.¹⁷ En algunos países, el poder judicial es una institución con el departamento o Ministerios de Justicia. Este vínculo, desde un punto de vista de la independencia, no es adecuado.

14 *Idem*.

15 AHARON, Barak, *Op. Cit.*, p. 40.

16 Desde luego que la independencia, debe ser un elemento fundamental en la actividad jurisdiccional, sin embargo, considero que dicha independencia debe ser, también, dentro del mismo Poder judicial, es decir, no se acepta que un funcionario que tenga un rango superior al Juez, le indique la forma de decidir.

17 Véase Friedlan, Martín L., *Aplace Apart: "Judicial Independence and Accountability in Canada"*, 1995, p. 268 (recomendando que Canadá realice "renovaciones modestas" para asegurar la independencia completa de su Poder Judicial).

B) La objetividad e imparcialidad judicial.- El Juez debe realizar un papel en una democracia de manera imparcial y objetiva. La imparcialidad significa que el Juez trata a las partes de forma igualitaria, dándoles la misma oportunidad para plantear sus casos, y se ve que los hace de esta forma. La imparcialidad significa que el Juez no tiene interés personal en el resultado del caso.¹⁸ La falta de parcialidad es esencial para el proceso judicial; por ello la imagen de la justicia siendo ciega. Con la imparcialidad viene la objetividad.

Significa que las decisiones judiciales están basadas en consideraciones que son externas al Juez y que incluso pueden chocar con sus perspectivas personales. El Juez debe buscar los valores aceptados por la sociedad, incluso si no son sus valores. Debe expresar lo que se considera moral y justo para la sociedad en la que opera, incluso si no es considerado moral y justo por sus puntos de vista.¹⁹ Los jueces que tienen puntos de vista religiosos o seculares sobre la vida no deben imponerlos sobre la sociedad en la que viven, no de acuerdo a sus puntos de vista personales fundamentales.

La objetividad conlleva grandes exigencias, requiriendo del Juez que se abstenga moralmente. El Juez debe estar consciente que tiene valores que carecen de aceptación general, y que sus opiniones personales pueden ser excepcionales e inusuales.

A una persona que se le asigna como Juez no se le pide que cambie, ni es capaz de cambiar su piel. El juez debe desarrollar una sensibilidad hacia la dignidad de su cargo y los límites que se le impone. Como el antiguo texto judío le recuerda a los Jueces. El Juez debe mostrar la auto-crítica y humildad que impedirán que se identifique con todo lo bueno y digno de alabanza. Un Juez debe mostrar el auto control que le permitirá distinguir entre los sentimientos personales y las aspiraciones naturales.

La objetividad requerida por el Juez es difícil de obtener, incluso cuando nos observamos desde fuera, lo hacemos con nuestros ojos, sin embargo, mi experiencia judicial me dice que la objetividad es posible, un Juez no opera en un vacío, un Juez es parte de la sociedad, y la sociedad influye en el Juez, el Juez es

¹⁸ AHARON, Barak, *Op. Cit.*, p.41.

¹⁹ La imparcialidad busca que el Juez no tome preferencias, que en cierto desarrollo del proceso, impidan una correcta impartición de justicia. De igual forma considero, que la objetividad debe ser entendida como una forma libre de decisión del Juez, sin que existan dentro él, una serie de prejuicios que puedan influir en su decisión.

influido por los movimientos jurídicos que predominan. Un Juez siempre es parte del pueblo, puede ser cierto que el Juez a veces se sienta una torre de marfil, pero el Juez es, sin embargo, una criatura contemporánea. Él progresa con la historia del pueblo.

El Juez actúa dentro de los límites de una Corte, vive dentro de la tradición judicial. La misma llama de sabiduría pasa de una generación de jueces a la siguiente, esta sabiduría es por lo general no escrita, pero penetra poco a poco la conciencia del Juez y hace que su pensamiento sea más objetivo, el Juez es parte de un sistema jurídico que establece un marco para los factores que el Juez puede y no puede considerar. Entre más grande sea el peso del sistema, mayor será la objetividad del proceso judicial.

Cuando los jueces expresan los valores fundamentales del sistema expresan los valores que, ante sus ojos, parecen adecuados y básicos. Cierta subjetivación de este proceso es inevitable. La completa objetividad es inalcanzable. El aspecto personal de un Juez siempre está presente, y su experiencia de vida ni desaparece ni puede desaparecer. No querríamos que esto sucediera porque en esas situaciones es la personalidad que se sometió al proceso de designación judicial, sin embargo, no necesitamos ir de un extremo a otro. Rechazar la compleja objetividad no requiere que abracemos la compleja subjetividad.²⁰

Hay un tercer camino, que refleja al conocer la importancia y centralidad de la objetividad judicial al tiempo que se reconoce, sin reservas, que nunca se puede alcanzar por completo. Es suficiente para un Juez un esfuerzo honesto para que su ejercicio de discreción sea objetivo, reconociendo al mismo tiempo que no se puede hacer en toda circunstancia.

Además, para algunos problemas, la estructura del sistema otorga discreción al Juez basada finalmente en una decisión subjetiva, limitada por el rango de consideraciones a partir de las cuales elige. En efecto, la objetividad a veces es inalcanzable. Hay varios métodos para desarrollar el *commonlaw*, la interpretación de un texto jurídico no siempre lleva a una solución única.

El Juez puede encontrarse en una posición de ejercer discreción judicial. Na-

²⁰ Al igual que en cualquier otra rama del derecho, en el derecho constitucional la problemática de la interpretación no se puede resolver recurriendo a un único método de interpretación. En la práctica de los tribunales constitucionales se suelen preguntar con frecuencia cual es el objeto y la función de las diferentes instituciones de derecho constitucional.

turalmente, esta discreción es limitada, pero existe de todas formas. En tales situaciones, un Juez puede actuar de acuerdo a sus propios puntos de vista. Pero incluso en estos casos, ellos son una pequeña minoría. El Juez no puede recurrirse a sus anómalas inclinaciones personales o sus principios personales. El Juez no puede recurrir a sus valores individuales que contradicen los valores del sistema, sino que deben tomar la mejor decisión dentro del marco de consideraciones objetivas.²¹

El Juez no puede regresar al punto de origen, sino marcha hacia adelante, debe tratar de dar la mejor solución de la que es capaz. En verdad, alguien que se ha enfrentado a sí mismo, y que ha tenido éxito en superar sus inclinaciones particulares, no recurrirá a ellas. El Juez debe encontrar la mejor solución de los confines de los datos objetivos disponibles, si el sistema no lo guiara, el Juez se vería enfrentado a varias posibilidades. El sistema jurídico limita el alcance de las consideraciones del Juez.

Al Juez nunca le permiten simplemente hacer lo que le place, incluso cuando el Juez está “consigo mismo” se encuentra dentro del marco de la sociedad, el sistema jurídico y la tradición judicial. Existen unos casos en los que el Juez tiene una discreción que le permite escoger entre un número limitado de opciones, de acuerdo a sus puntos de vista. ¿Cómo debería escoger un Juez? Lo único que puedo decir es que la elección es un producto de la experiencia de vida del Juez y el equilibrio que debe encontrar entre la certidumbre y la experimentación entre la estabilidad y el cambio, entre lógica y emoción. La elección del Juez está influenciada por su concepción del papel y las actitudes del Judicial respecto de las otras ramas del gobierno. Se deriva de la filosofía judicial, es el producto de un equilibrio delicado entre lo específico y lo general, entre el individuo y la sociedad, entre el individuo y el Estado.

C) Confianza pública.- Otra condición esencial para realizar el papel judicial es la confianza pública en el Juez, esto significa confianza en la independencia, justicia e imparcialidad judicial. Significa confianza del público en que los Jueces

²¹ Conforme a esta posición podemos mencionar la decisión de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el caso “MarshvsChamber” (463 U.U. 783, 1983) El diputado Ernst Chamber miembro de la legislatura del Estado de Nebraska y contribuyente de dicho estado interpuso un recurso ante el máximo tribunal del país pues consideró que la práctica de iniciar las sesiones de la legislatura con una oración a cargo de un capellán quien recibía un honorario de \$319.75 por cada mes del periodo de la legislatura, violaba la primera enmienda de la Constitución de los Estado Unidos. La Suprema Corte resolvió que la práctica había llegado a ser una de las tradiciones y costumbres ininterrumpidas de más de doscientos años de historia y que no implicaba una violación al derecho de libertad religiosa.

no son partes interesadas en el conflicto jurídico, y que no están luchando por su propio poder, sino que están luchando para proteger a la Constitución y a la democracia.²²

Significa confianza del público en que los jueces no expresan sus puntos de vista personales, sino las creencias fundamentales de la nación. En efecto, el Juez no tiene la espada ni el bolso, lo único que tiene es la confianza del público, este hecho significa que el público reconoce la legitimidad de las decisiones judiciales, incluso si está en desacuerdo con su contenido.²³

La precondition de la “confianza pública” corre el riesgo de no ser comprendida. La necesidad de asegurar la confianza pública no implica la necesidad de asegurar popularidad, la confianza pública no significa seguir las tendencias populares o las encuestas de opinión pública, la confianza pública no significa rendir cuentas con el público. La confianza pública significa decidir acorde al derecho y acorde a la conciencia del Juez.

La confianza pública significa darle expresión a la historia, y no a la histeria. La confianza pública se asegura con el reconocimiento de que el Juez imparte justicia dentro del marco del derecho y sus normas. Los Jueces deben actuar de una manera que preserve la confianza pública depositada en ellos. Deben comprender que el acto de juzgar no es meramente un trabajo, sino una forma de vida.

El Juez debe estar consciente de su poder y sus límites. Un Juez tiene un gran poder en una democracia, como todo poder, el poder judicial puede ser abusado. El Juez debe reconocer que su poder está limitado al cumplimiento adecuado de su papel judicial. Toma un tiempo considerable el que un nuevo Juez aprenda su papel en una Corte Suprema. Naturalmente, el Juez conoce el derecho y su poder, pero debe conocer también los límites que se le imponen por ser Juez; debe saber que el poder no debe ser abusado, y que un Juez no puede obtener todo lo que quiere.²⁴

Un Juez debe reconocer sus errores, como todos los mortales, los jueces erran,

22 AHARON, Barak, *Op. Cit.*, p.47.

23 Gramaticalmente la confianza es, una hipótesis sobre la conducta futura del otro. Es una actitud que concierne el futuro, en la medida en que este futuro depende de la acción de un otro. Es una especie de apuesta que consiste en no inquietarse del no-control del otro y del tiempo.

24 Se debe partir de la idea que, en el seno de un sector del Estado, los miembros de la sociedad dan su respaldo y aceptación a las acciones que el gobierno reinante está llevando a cabo en un ámbito o situación concreta. De la misma forma, también se emplea para referirse a cuando aquellas le dan la autorización a la entidad gubernamental para que acometa unas tareas determinadas.

un Juez debe admitirlo. Dentro de ese discurso, los Jueces deben ser honestos, si crean nuevo derecho, deben decirlo, no deberían esconderse detrás de la retórica de que los Jueces declaran lo que el derecho es y no lo crean, los Jueces crean derecho, y el público debe saberlo. La confianza pública en el judicial se incrementa cuando al público se le dice la verdad.

IV. Retos y perspectivas de la justicia constitucional en México.

El Juez o tribunal constitucional, que en México es por excelencia nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, es de importancia que comience a precisar la perspectiva que guarda como tal, ante la Constitución y la naturaleza de su labor en la salvaguarda de esta ley suprema.²⁵

Como bien afirma Gustavo Zagrebelsky,²⁶ se ha superado ya la idea de Montesquieu, para quien el Juez era la boca que decía las palabras de la ley, puesto que estamos en nueva etapa en la cual su función va más allá del texto positivo, poniéndose al servicio tanto de la ley como de la realidad, logrando que su interpretación busque la norma adecuada al caso concreto y al propio ordenamiento jurídico.

El propio Zagrebelsky nos explica que para llegar a este equilibrio, el operador judicial dispone de métodos exegéticos, concebidos como expedientes argumentativos tendentes a demostrar que la regla extraída del ordenamiento jurídico es una regla posible y justificable. Dichos métodos interpretativos se caracterizan por dos notas: su variedad y la ausencia de una jerarquía entre los mismos.

Ahora bien, la labor del Juez Constitucional es precisamente la justicia constitucional, que en palabras del mismo Zagrebelsky, resulta ser una institución o una función republicana que limita la democracia. Por ello, las instituciones judiciales no forman parte de las instituciones de la democracia.²⁷

Es de todos conocido y abundantemente estudiado que le papel de la Suprema

25 El Estado democrático de derecho se reconoce en la actualidad mediante la conjunción de varios elementos jurídicamente aceptados a nivel internacional, entre los cuales, se encuentra la existencia de una norma suprema que en nuestro país está contemplada e la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

26 ZAGREBELSKY, Gustavo, *Op. Cit.*, p.41.

27 Citado por Manuel Núñez al reseñar la obra de Gustavo Zagrebelsky, *Principi e Voti*, en artículo de la Revista de Estudios Constitucionales, número. 2, noviembre, vol. 4, del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, p. 730.

Corte de Justicia de la Nación en México, se modificó con la reforma aprobada en 1994 y que entró en vigor en 1995. A partir de esa reforma, la justicia político constitucional, comenzó a definir las relaciones generales entre el derecho y la política, entre las instituciones jurídicas y las instituciones políticas.

Asimismo, los cambios en la situación política de nuestro país iniciados en el 2000 y los acontecimientos derivados de las últimas elecciones presidenciales, hacen necesario modificar aún más la actuación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, la decadencia del sistema político predominante en el país durante el 2000, el surgimiento en el poder de un nuevo partido político con principios diferentes al que veía detentado el poder y la continuidad lograda de ese instituto político, han modificado radicalmente la estructura del sistema político mexicano.

Puede decirse que el Estado democrático de derecho en el mundo contemporáneo está construido sobre cuatro elementos fundamentales: en primer lugar; la existencia de una Constitución como norma suprema; en segundo lugar, la democracia como régimen político; en tercer lugar, el goce y ejercicio de los derechos humanos; y en cuarto lugar, el control del poder, como sistema político constitucional que tiene por objeto impedir el abuso de quienes ejercen el poder estatal.²⁸

De lo anterior se desprende que, en la actualidad el Estado mexicano cumple cabalmente con los elementos necesarios para ser considerado, tanto por la doctrina como por los instrumentos jurídicos internacionales, como un Estado democrático de derecho. En este sentido se enfoca el reto y la perspectiva del juez constitucional, objeto de estudio en el presente trabajo, al considerar que el fortalecimiento de nuestro tribunal constitucional como garante de la debida actuación de los demás poderes, contribuye a fortalecer el Estado democrático de derecho.

Al garantizar nuestro tribunal constitucional la debida actuación de los demás poderes, también debe velar porque los poderes mantengan su independencia ya que así también se busca con ello un verdadero Estado de derecho. Es aquí donde el papel de los jueces constitucionales adquiere enormes dimensiones ya que en caso de que los poderes excedan el ámbito de sus facultades, estarían lesionando seriamente el Estado democrático de derecho, por lo que nuestro tribunal consti-

28 BREWER-CARIAS, Allan R., "Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Uruguay, Konrad-Adenauer-Stiftung, V, 2007, Tom. I, p.63.

tucional debe garantizar que los demás poderes actúen conforme a derecho.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es pieza fundamental dentro de nuestro Estado democrático de derecho, ya que su desempeño garantiza la correcta integración de los elementos necesarios para la existencia del mismo al contar con las facultades legales necesarias para vigilar y exigir que los demás poderes de la unión actúen conforme a las facultades que les fueron otorgadas en la norma suprema.

Derivado de los cambios que se ha dado en los últimos años en el sistema político mexicano, el papel de nuestro tribunal constitucional debe fortalecerse cada día, ampliando el ámbito de sus resoluciones dentro de la norma fundamental, tal es el caso del reconocimiento que recientemente llevó a cabo la Suprema Corte de Justicia de la Nación de revisar el procedimiento de una reforma constitucional para determinar la validez de ésta. Una correcta actuación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fortalece el Estado democrático de derecho en México.

V. Conjeturas.

El Estado democrático de derecho se reconoce en la actualidad mediante la conjunción de varios elementos jurídicamente aceptados a nivel internacional, entre los cuales, se encuentra la existencia de una norma suprema, que en nuestro país está contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Un verdadero Estado democrático de derecho requiere, para su valioso reconocimiento, de la existencia de un Poder Judicial que funcione de manera independiente y que realice funciones de tribunal constitucional aplicando, interpretando y, en caso de ser necesario, exigiendo el debido cumplimiento de la norma suprema.

En el Estado democrático de derecho debe existir un control del poder que garantice el respeto a los límites de gestión de los Poderes, el desempeño independiente y autónomo de los mismos, por lo que en consecuencia se garantice la debida aplicación de la norma suprema.

Una correcta actividad jurisdiccional, exige ciertos requisitos fundamentales para su desarrollo. Debe existir primero que todo una democracia; posteriormente deben existir tres elementos fundamentales: a) La independencia del Poder Judicial, b) la objetividad e imparcialidad judicial, c) La confianza pública en el poder

judicial. Se debe asegurar que estas precondiciones no sólo se mantengan, que es el punto principal, sino también que el público reconozca que se mantienen. De ellas depende la actividad más importante del Poder Judicial, la administración de justicia, logrando con ello garantizar de mejor manera la protección jurisdiccional de los derechos humanos.

VI. Bibliografía.

AHARON, Barak, “*Un juez reflexiona sobre su labor: El papel de un tribunal constitucional*”, México, SCJN, 2009.

BOBBIO, Norberto, “*El futuro de la democracia*”, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2008.

BOBBIO, Norberto, “*El Problema del Positivismo Jurídico*”, 2ª ed., México, Fontamara, 2008.

CAMARGO, Pedro, Pablo, “*La dictadura Constitucional y la suspensión de derechos*”, Bogotá, Fondo Rotario de la Universidad la Gran Colombia, textos, número. 5, 1975.

CARBONELL Miguel (coord.), *Argumentación Jurídica, El juicio de ponderación y proporcionalidad*, 2ª ed., México, Porrúa, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y MOLINA SUÁREZ, Cesar de Jesús (coord.), “*El juez constitucional en el siglo XXI*”, México, SCJN-IIJ-UNAM, 2009.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, “*La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*”, España, Civitas, 2001.}

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Gascón Marina y Carbonell, Miguel (traduccs.) México, Porrúa-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

GUASTINI, Riccardo, “*Estudios de teoría constitucional*”, Carbonell, Miguel (ed.), México, UNAM-Fontamara, 2001.

PRIETO SANCHIS, Luis, “*Constitucionalismo y positivismo*”, México, Fontamara, 1997.

PRIETO SANCHIS, Luis, *El Constitucionalismo de los Derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, España, Trotta, 2013.

VALADÉS, Diego, “*Constitución y democracia*”, México, (IIJ) UNAM, 2002.

ZAMBRANO, María, “*Personas y democracia*”, Barcelona, Anthropos, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo, “*El derecho dúctil*”. *Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011.

PALABRAS CLAVE

Justicia, Constitución, precondiciones, Juez

RESUMEN

El presente artículo ofrece un análisis relacionado con los requisitos que deben existir para cumplir con un papel judicial adecuado en México, y la función que debe desarrollar un Juez dentro del contexto de un sistema constitucional, buscando con dicha actividad la protección de los derechos fundamentales.

ABSTRACT

This article provides an analysis related to requirements that must exist to meet appropriate judicial role in Mexico, and the role that a judge should develop within the context of a constitutional system, looking to such activity protection of fundamental rights.

DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES ENTRE LA RESERVA DEL POSIBLE Y EL MÍNIMO EXISTENCIAL

Rogério Luiz Nery da Silva¹
Daiane Garcia Masson²

Recibido: 30-5-2015
Aceptado: 16-6-2015

SUMARIO

1. Introducción.

2. Derechos Sociales Como Derechos Fundamentales Exigibles.

3. La teoría de la reserva de lo posible.

4. La teoría del mínimo existencial.

5. Dialogo necesario entre la reserva de lo posible y el mínimo existencial en la búsqueda de la materialización de los derechos sociales y de la dignidad humana.

6. Conclusión.

Referencias.

1 Pos-doctorado en Derechos Fundamentales en el Programa de Derecho Público y Ciencias Políticas de la Universidad de Paris X (Paris – Francia); Pos-doctorado por la New York Fordham University Law School (Nueva York – Estados Unidos); Pos-grado en Justicia Constitucional por la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo-España); Profesor-doctor en Derecho nel Curso de Maestría en Derechos Fundamentales de la Universidad del Oeste de Santa Catarina (UNOESC – Santa Catarina - Brasil); Profesor-titular de la asignatura de Políticas Públicas en hacer efectivos los derechos sociales, Profesor en la Escuela de Magistratura del Estado de Rio de Janeiro (EMERJ – Rio de Janeiro – Brasil) y en la Escuela del Ministerio Público de Rio de Janeiro (FEMPERJ – Rio de Janeiro - Brasil); Miembro del Consello Editorial de la Revista Federalismi (Facha A - Roma - Itália), editor del Espaço Jurídico Journal of Law (Qualis B1 - Brasil) dr.rogerionery@gmail.com

2 Investigadora en el Curso de Maestría en Derechos Fundamentales de la Universidad del Oeste de Santa Catarina (UNOESC); Profesora Universitaria de Derecho Constitucional y Proceso Constitucional en Unoesc Campus Joaçaba-SC, abogada; daiane.masson@unoesc.edu.br

1. Introducción.

El sentido de la existencia de las estructuras estatales está en dar efectividad al principio basilar de todo el ordenamiento jurídico: la dignidad de la persona humana. Esa anhelada efectividad, sin embargo, sólo puede ser alcanzada si algunos derechos básicos fuesen no apenas reconocidos constitucionalmente, mas materializados por los detentores del poder.

La evolución del pensamiento alrededor del tratamiento que debería ser dispensado a la Constitución resultó en el reconocimiento de la efectividad de las normas constitucionales. Al lado de eso, también evolucionó la teoría de los derechos fundamentales sociales, antes tratados como sencillas normas programáticas que dependían de la buena voluntad de los administradores para implementación.

Actualmente, ya se reconoce que los derechos sociales son exigibles, más aún hay una larga caminata a ser trillada en la búsqueda de la tan soñada efectividad de esos derechos. Y todo comienza con la quiebra de paradigmas y la evolución del pensamiento alrededor de la teoría de los derechos fundamentales sociales.

Es conocido que de entre los factores que contribuyen para la ineffectividad está la ausencia de políticas públicas y leyes infra-constitucionales que coloquen en práctica los derechos que la Constitución preceptúa. En este contexto, el reconocimiento de los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales trajo a la vista también la discusión alrededor de las reales posibilidades financieras del Poder Público. ¿Cabría al Estado la obligación de garantizar a sus ciudadanos la materialización de tales derechos? ¿Cuáles serían los límites de las obligaciones estatales para con los más necesitados? Y todavía: ¿el Estado tiene condiciones materiales para tanto?

Esas cuestiones generan muchos debates en la doctrina y en la jurisprudencia y produjeron como fruto de sus teorías que serán tratadas en este estudio: la teoría de la reserva de lo posible y la teoría del mínimo existencial. La cuestión central consiste en analizar los institutos a fin de identificar si es posible la convivencia pacífica entre ellos dentro de un mismo ordenamiento jurídico. Se busca aún presentar el embate trabado entre la reserva de lo financieramente posible y efectividad de los derechos sociales y, finalmente, concluir por la imposibilidad absoluta de restricción del mínimo existencial. Conveniente y actual el análisis de los dos institutos, bien como la revisión de las bases de la teoría de los derechos sociales, visto que el tema alcanza destacada importancia en el debate sobre la teoría de los derechos fundamentales.

2. Derechos Sociales Como Derechos Fundamentales Exigibles.

En lo que concierne a la evolución de los derechos fundamentales, se tiene que tradicionalmente son clasificados por la doctrina en generación o dimensiones. Aquellos que entiendan por la clasificación en dimensiones la justifican debido al hecho de que no hay una substitución de derechos, pero una complementación que se da a lo largo de los años. El primer problema para la efectividad de los derechos sociales reside exactamente en esa clasificación.

En la percepción de Pisarello (2007, p. 14-15), son cuatro las principales tesis, en la realidad, cuatro mitos, que modelan la percepción de los derechos sociales e inciden de manera significativa sobre su protección debilitada. La primera es una tesis histórica, de la historia de los derechos. Según ella, los derechos sociales serían derechos de segunda o tercera generación, cronológicamente posteriores a los derechos civiles y políticos.

La segunda es una tesis normativa, o de filosofía de los derechos. Para ella, el fundamento inmediato de los derechos civiles y políticos sería el principio de la dignidad de la persona humana. Los derechos sociales, por su vez, apenas estarían ligados a la dignidad indirectamente, lo que justificaría una tutela debilitada. Tal tesis admite una formulación complementar. Los derechos civiles y políticos serían, antes de todo, derechos de libertad, y contribuirían, entre otras cuestiones para preservar la seguridad personal y la diversidad política y cultural de una sociedad. Los derechos sociales, al contrario, estarían conectados de manera fundamental al principio de igualdad, y su satisfacción tiene que ver, sobretodo, con la protección de la homogeneidad social. (PISARELLO, 2007, p. 15).

Alcalá (2009, p. 18-19) observa que los derechos económicos, sociales y culturales, juntamente con los derechos individuales y políticos, constituyen, en verdad, derivaciones de la dignidad humana. Los derechos fundamentales sociales expresen los valores de dignidad, de igualdad y de solidaridad, en la búsqueda de la superación de las desigualdades sociales, lo que genera el derecho de participar de la vida social y tener acceso a un mínimo existencial compatible con la dignidad por medio de derechos y servicios advenidos directa o indirectamente del poder público.

La expresión “dignidad de la persona humana” puede significar simultáneamente que debe existir reverencia a la igualdad existente entre las personas; que el ser humano no puede ser tratado como objeto, pero con respeto a los derechos de la personalidad; y que todo ser humano debe tener garantizado un estándar existencial mínimo. (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 240).

En la condición de principio, establece una especie de valor-guía no solamente de los derechos fundamentales, pero de todo ordenamiento constitucional, y eso justifica que sea caracterizada como principio constitucional de mayor jerarquía axiológico-valorativa. (SARLET, 2012, p. 105).

Como se ve, los derechos sociales, al contrario de lo que sostiene tal tesis, están íntimamente ligados a la dignidad humana. No hay que pensar en dignidad sin la efectividad de derechos sociales básicos.

El tercer mito se sitúa en un plano de mayor abstracción teórica. Básicamente sostiene que entre un tipo de derechos y otro hay una diferenciación estructural que impide la utilización de mecanismos similares de protección. Así, al contrario de lo que ocurre con los derechos civiles y políticos, los derechos sociales llevan consigo un código genético – de ser derechos de servicios, caros, de configuración indeterminada e incidencia colectiva – que dificulta su tutela. (PISARELLO, 2007, p. 15).

Tal tesis está equivocada. De acuerdo con Pisarello (2007, p. 60) los derechos civiles no pueden ser caracterizados apenas como derechos negativos, de abstención, ni los derechos sociales siempre como derechos positivos, de servicios. Todos los derechos civiles y políticos asumen cierta dimensión distributiva, así como los derechos sociales pueden comportar también deberes negativos.

Finalmente, la cuarta tesis se instala en el plano de la dogmática jurídica, en la manera por la cual los diferentes ordenamientos jurídicos reconocen y tutelan los derechos en cuestión. Si los derechos sociales son derechos secundarios en el plano axiológico y presentan, en el plano teórico, una estructura totalmente diferenciada de los clásicos derechos civiles y políticos, y lógico que la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos dispensa una menor protección a ellos. La construcción para ese razonamiento es conocida: los derechos sociales no serían derechos fundamentales ni derechos judicialmente exigibles, más simples principios programáticos cuya operatividad se daría de acuerdo con la voluntad del legislador ordinario. (PISARELLO, 2007, p. 16).

Para Canela Junior (2006, p. 129), una vez comprobada lesión a un derecho fundamental, el Poder Judicial debe admitir el ejercicio del derecho de acción y echar la más amplia cognición sobre las políticas públicas realizadas por los demás poderes. Actuando así, estará en consonancia con el sistema ético adoptado internacionalmente tras la segunda guerra mundial, cuyo objetivo es asegurar la protección de los derechos fundamentales.

Es fácil percibir que tales derechos se refieren a cuestiones relacionadas a las principales expectativas para la garantía de la dignidad y la satisfacción de las necesidades humanas básicas. Por eso, se presentan como auténticos derechos fundamentales, imprescindibles para el desarrollo humano y para la libertad, la democracia, la justicia y la paz en el mundo, pues son derechos que actúan como premisas para el ejercicio de otros derechos también fundamentales. (SCHWARZ, 2011, p. 35-36).

No se olvida que para la implementación de políticas públicas son necesarios recursos humanos y financieros por parte del Poder Público. Por otro lado, no hay como pensar en libertad plena sin suplir las necesidades más básicas de las personas.

Se verifican que una de las más importantes discusiones en el ámbito de la teoría de los derechos fundamentales sociales se refiere al hecho de que sean o no exigibles. Para Bobbio (1992, p. 24), “el más fuerte argumento adoptado por los reaccionarios de todos los países contra los derechos del hombre, particularmente contra los derechos sociales, no es su falta de fundamento, sino su inejecutabilidad”.

No hay como negar el deber jurídico de realización de las normas constitucionales adoptadas por los Estados, y eso no es diferente cuando se discute derechos sociales. Conforme recuerda Mello (2011, p. 12), la Constitución no es un simple haz de leyes, pero un cuerpo de normas cualificado por la posición suprema que ocupa en el ordenamiento jurídico. Es la fuente de todo el Derecho, la Constitución todos deben obediencia: los tres poderes y todos los miembros de la sociedad.

Ellos tienen por objeto precípua una conducta positiva del Estado o particular destinatario de la norma, consistente en un servicio fáctico. Es necesario resaltar que el objeto de los derechos sociales los servicios difícilmente podrá ser establecido de manera general y abstracta, pero necesita de análisis calcada en la especificidad de cada derecho fundamental que se encuadre en ese grupo. (SARLET, 2012, p. 282-284).

Así, cada derecho social, tal como salud, educación y trabajo, es dotado de un contenido propio y complejo, bien como reclama una postura diferente por parte del Estado.

No se puede ignorar que la abundancia de dispositivos imperiosos protectores de derechos fundamentales sociales que surgieron en el siglo XX, impactaron de

manera definitiva la Teoría del Derecho, la Teoría de la Constitución y el propio concepto de Democracia. Es en ese contexto que el Poder Judicial se ve también impactado en su postura, visto que el aumento de demandas genera déficits enormes de derechos fundamentales presionando los tres poderes a que respondan a tales cuestiones. (LEAL, 2009, p. 76-77).

Uno de los mayores impactos que se vivencia actualmente es aquél alrededor de la judicialización del derecho a la salud. Y eso ocurre debido al expresivo número de demandas individuales pleiteando medicamentos carísimos de uso continuo.³

Importante es recordar, con todo, que no apenas el Poder Judicial se relaciona con el problema de la efectividad de los derechos sociales. Cada uno de los tres poderes se relaciona de forma diferente con las demandas sociales: el poder Ejecutivo se relaciona por vía de los servicios y políticas públicas, con inversiones que compensan, previenen y curan los problemas; el poder Legislativo se relaciona especialmente con comportamientos de control y comparación política del Ejecutivo; el Judicial, por su vez, se relaciona avanzando en la dirección de garantizador de prerrogativas constitucionales e infra-constitucionales de toda comunidad, así como en el desarrollo de acción de concretización de derechos que no recibieron la debida atención por los demás poderes. Por todo eso es que se tiene mantenido que los derechos sociales, en primer plano, son deberes del Estado. (LEAL, 2009, p. 77-78).

El reconocimiento de la persona por la comunidad depende de la garantía de derechos civiles y políticos, y de la participación en los derechos sociales indispensables para una vida con dignidad. Los derechos sociales encuentran fundamento ético en la justicia que es esencial para la promoción de la dignidad humana. Ciudadano es aquél que goza de derechos civiles, políticos y sociales. (BARRETTO, 2003, p. 130-131).

Es sabido que en Brasil la Constitución Federal de 1988 optó por un Estado Democrático de Derecho, medio de la consagración expresa de la dignidad humana como valor máximo del orden jurídico y reconocimiento de los derechos sociales. A partir de ahí, fue asumido por el Estado brasileño el compromiso de garantizar a todos un mínimo existencial. (SARMENTO, 2012, p. 141).

Aún que la plena efectividad de los derechos pueda ser realizada progresiva-

³ Sobre eso, las consideraciones de Leal (2009, p. 92): “cada cual quiere SU derecho a la salud, no importante si, para atenderlo, se tendrá que sacrificar el derecho a la salud de muchos”.

mente, algunas obligaciones tienen efecto inmediato, tales como la obligación de garantizar que los derechos serán ejercidos sin discriminación y la obligación de adoptar medidas, que significa imponer a los Estados la obligación de implementación de derechos en un plazo breve con actos concretos deliberados y orientados lo más claramente posible. (ABRAMOVICH y COURTIS, 2011, p. 84-100).

No existen motivos razonables para postergar la realización de la justicia social. El Estado es una creación humana, no hace sentido el mantenimiento de una estructura a la que todos se someten si ella no es capaz de organizarse para amparar a las necesidades de las personas vulnerables.

Necesario es ponderar, entretanto, que las cuestiones que involucran tales derechos no pueden ser resueltas en términos de todo o nada porque involucran variables bastante complejas, tales como disponibilidad de recursos financieros, políticas públicas integradas en planos plurianuales y directrices presupuestales, medidas advenidas del legislativo para ordenar recetas y gastos, etc. (LEAL, 2009, p. 79). Es en este escenario que aparece el instituto de la reserva de lo posible.

3. La teoría de la reserva de lo posible.

El Estado alega diariamente que no tiene condiciones de ofrecer una atención integral y de bajo costo – para no decir gratuita – a aquellos que la necesitan. La denominada “inflación de derechos” visualizada tras la Segunda Guerra Mundial combinada con el aumento de la judicialización de los derechos sociales contribuyó para el agravamiento del cuadro de escasez de los recursos públicos. La doctrina de la reserva de lo posible nació en ese escenario.

El instituto fue expuesto al mundo por la primera vez en 1972, vía control concreto de constitucionalidad, por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, para resolver problemas advenidos de los Tribunales Administrativos de Hamburg y de la Baviera cuyos objetos consistían en la admisión de alumnos para medicina humana en las universidades de las respectivas ciudades. (LAZARI, 2012, p. 69).

En la época, la pretensión de los estudiantes se basó en un artículo de la Constitución Alemana que afirmaba que era derecho de todos, la elección libre de la profesión, del local de trabajo y del centro de formación. La decisión proferida por la Corte Constitucional de Alemania quedó conocida como *numerus clausus*, visto que discutió la limitación de cupos en las universidades públicas. El

entendimiento judicial llevó en consideración que no es posible exigir del poder público más de lo que él razonablemente puede ofrecer.

Importante entender el contenido y no confundir al instituto con la expresión “reserva de presupuesto”. Sobre eso, pertinentes las consideraciones de Torres (2009, p. 105):

La reserva de lo posible no es un principio jurídico, ni un límite de los límites, pero un concepto heurístico aplicable a los derechos sociales, que en Alemania no se consideran derechos fundamentales. Equivale a “reserva democrática”, en el sentido de que los servicios sociales se legitiman por el principio democrático de la mayoría y por su concesión discrecional por el legislador. No se confunde con la expresión “reserva de presupuesto a la que puede incorporarse si la pretensión al derecho social viene a ser concedida por el Legislativo.

Cuando llegó a Brasil, entretanto, la “reserva de lo posible perdió su sentido original. Torres (2009, p. 106) llega a decir que hubo una falta de interpretación, operada tanto por la doctrina⁴ como por la jurisprudencia⁵.

Traducida como escasez de recursos, también denominada de reserva de lo financieramente posible, adquirió contornos de tesis de defensa adoptada por el

4 Tómese como ejemplo la doctrina de Barcellos (2011, p. 277-278), para quien “A rigor, bajo el título general de la *reserva de lo posible* conviven al menos dos especies diversas de fenómenos. El primero de ellos lida con la inexistencia fáctica de recursos, algo próximo del agotamiento presupuestal, y puede ser identificado como una *reserva de lo posible fáctica*. [...] El segundo fenómeno identifica una *reserva de lo posible jurídico* ya que no describe propiamente un estado de agotamiento de recursos, y sí la ausencia de autorización presupuestal para determinado gasto en particular”.

5 A Título de ejemplo, la enmienda a seguir: “AGRAVIO REGIMENTAL EM EL AGRAVIO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO. ACCIÓN CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSIBILIDAD. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES. NO OCURRENCIA. RESERVA DE LO POSIBLE. INVOCACIÓN. IMPOSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Esta Corte ya firmó la orientación de que el Ministerio Público detiene legitimidad para requerir, en Juicio, la implementación de políticas públicas por parte del Poder Ejecutivo de molde a asegurar la concreta realización de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos garantizados por la Constitución Federal, como es el caso del acceso a la salud. 2. El Poder Judicial, en situaciones excepcionales, puede determinar que la Administración Pública adopte medidas seguras de derechos constitucionalmente reconocidos como esenciales sin que eso configure violación del principio de la separación de poderes. 3. La Administración no puede invocar la cláusula de la “reserva de lo posible” a fin de justificar la frustración de derechos previstos en la Constitución de la República, volcados a la garantía de la dignidad de la persona humana, bajo el fundamento de insuficiencia presupuestal. 4. Agravio regimental no previsto. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 674.764/PI, 1ª Turma do STF, Relator: Dias Toffoli. j. 04.10.2011)”.

Poder Público ante la judicialización de derechos, en especial de derechos sociales.

Véase que la reserva de lo posible adquiere contornos de un excelente escudo contra la efectividad de los derechos sociales, pues nada puede ser realizado ante la escasez de recursos. Pero hay que ser hecha una reflexión crítica sobre eso, de modo que la propia escasez sea investigada, haya vista no haber su alegación para otros fines. La destinación de fondos para determinado fin acaba por determinar la escasez para otro, entonces la materia se trata de una elección política. (OLSEN, 2012, p. 209).

Conviene destacar que tal instituto debe ser empleado con cautela. De hecho, utilizado indiscriminadamente en piezas-padrón por los diversos organismos de defensa del Estado estará predestinado a la banalización. La manera más adecuada es su utilización excepcional. (LAZARI, 2012, p. 60).

Mientras al cobro de la prueba, es cierto que cabe al Estado. No es razonable exigir que el orden jurisdiccional presente informaciones y datos necesarios para proceder al análisis del instituto en el caso concreto. Apenas el Estado es capaz de demostrar la imposibilidad de conceder algún servicio social que le es exigible. (SARMENTO, 2010, p. 411-412).

Hay que tomar cuidado para no alegar la cuestión de la reserva de lo posible – o de lo financieramente posible – cada vez que el Poder Público esté ante una demanda que pleita a uno o más derechos fundamentales sociales. Aún que la elección del destino de los recursos públicos pueda ser hecha de forma discrecional, y la Constitución Federal provea parámetros mínimos que deban ser respetados por el administrador, so pena de herir hasta mismo la satisfacción del mínimo existencial, asunto tratado a seguir.

4. La teoría del mínimo existencial.

El mínimo existencial está intrínsecamente ligado a los problemas de materialización de los derechos fundamentales sociales y, así como la dignidad humana, se trata de un instituto que no es categoría exclusiva del Derecho. La filosofía también se preocupa con el tema.

Las ideas desarrolladas por Rawls demuestran el intento de ofrecer a la comunidad una base filosófica y moral razonable que pueda ser firmada por todos, en la búsqueda de una sociedad de personas libres e iguales. En ese intuito, él pro-

pone en su teoría una situación hipotética para la cual da el nombre de posición original. Se trata de una situación en la que las personas no tienen el poder de identificar como será la vida, a que posición social pertenecerá, cuál será el color de piel, visto que traen consigo una característica en común: están encubiertas por el velo de la ignorancia.

La posición original es capaz de abstraer las características y circunstancias particulares de cada sujeto. Así siendo, abstrae también las contingencias de la estructura básica, volviendo posible un acuerdo equitativo entre personas libres e iguales. El acuerdo respecta a los principios de justicia para la estructura básica, y especifica los términos justos de la cooperación entre tales personas – libres e iguales. Por todo eso, la teoría se denomina justicia como equidad. (RAWLS, 2003, p. 22-23) -Es en ese contexto que desarrolla dos principios de la justicia.

El primer principio indica que todas las personas tienen el mismo derecho a un esquema de libertades básicas iguales compatibles con el esquema de libertad para todos. El segundo principio recomienda que las desigualdades económicas y sociales estén vinculadas a posiciones las cuales todos puedan acceder en condiciones equitativas de oportunidades y beneficien a lo máximo a las personas menos favorecidas. (RAWLS, 2003, p. 60). Para que se llegue a los dos principios que compone el concepto de justicia, sin embargo, se presupone la satisfacción de un principio lexicalmente anterior. Tal cual la noción rawlsiana del mínimo existencial o mínimo social⁶.

Tal noción pasa a tener fundamental importancia en los escritos de Rawls a partir de la obra *El liberalismo político*, en que el autor expresa que el primer principio puede ser precedido de un principio lexicalmente anterior que indique mecanismos de satisfacción de las necesidades básicas de las personas, por lo menos a medida que esa satisfacción permita que todos entiendan y tengan condiciones de ejercer sus derechos y libertades. (RAWLS, 2000, p. 49).

En el campo de la dogmática jurídica, se atribuye al Derecho Alemán la construcción de la teoría del mínimo existencial. En el inicio de la década de 1950 ya era posible encontrar decisiones sobre el tema en el Tribunal Federal Administrativo.

6 En el entendimiento de Torres (2009, p. 58), “La concepción de Rawls sobre mínimo social tiene extraordinaria importancia para el pensamiento jurídico en las últimas décadas. Marca el corte con la concepción utilitarista de la justicia social, que pretendía promover la utópica redistribución general de recursos entre las clases sociales, sin instrumentos políticos adecuados, sin limitaciones cuantitativas y sin la indicación de beneficiarios”.

El ápice de la teoría, en Alemania, vino más tarde, en 1990, ya en la Corte Constitucional, por intermedio del jurista Paul Kirchhoof. (LAZARI, 2012, p. 91).

Se verifica, en términos generales, que el derecho brasileño adhiere a la tradición alemana de fundar el mínimo existencial en el derecho a la vida y a la dignidad de la persona humana, incluso vinculándolo al desarrollo de la personalidad, de tal suerte que el mínimo existencial no se reduce al mínimo vital. (SARLET, 2012, p. 320).

De hecho, es íntima la relación entre el mínimo existencial y la dignidad humana. No se puede hablar en existencia digna sin la presencia de las mínimas condiciones materiales necesarias para suplir las necesidades básicas. Importante resaltar es, con todo, que el mínimo existencial no debe ser confundido con el mínimo vital. Tan solamente la garantía de la sobrevivencia no condice con lo que preceptúa el principio de la dignidad de la persona humana.

Una estrategia enfocada apenas en la sobrevivencia – o minimalista - encontraría poca resistencia. Pero no es lo que se espera de una sociedad que reverencia la dignidad de todos y de cada uno. Así, el mínimo existencial no deberá ser reducido al mínimo vital, so pena de no abarcar las condiciones para una vida con calidad. (CORDEIRO, 2012, p. 128).

Para Torres (2009, p. 83) “El mínimo existencial no es un valor ni un principio jurídico, mas el contenido esencial de los derechos fundamentales”. Bitencourt Neto (2010, p. 173), por otro lado, percibe el derecho al mínimo para una existencia digna como un derecho fundamental autónomo. Y esa autonomía, para él, se fundamenta en la obligación de garantizar un mínimo de eficacia directa al principio de dignidad de la persona humana.

El derecho al mínimo existencial no se iguala a los demás derechos fundamentales, hay una distinción esencial: “todas las posiciones activas que de él se retiran son derechos subjetivos público, en el sentido de derechos inmediatamente justiciables”. (BITENCOURT NETO, 2010, p. 174).

Dicho de otra forma, los derechos básicos, necesarios para una sobrevivencia con dignidad deben ser concretizados. Su no concretización da a la parte lesionada el derecho de exigir el inmediato cumplimiento de los preceptos constitucionales por intermedio del Poder Judicial.

5. Dialogo necesario entre la reserva de lo posible y el mínimo existencial en la búsqueda de la materialización de los derechos sociales y de la dignidad humana.

Visitados los institutos de la reserva de lo posible y del mínimo existencial, se llega al ápice de la investigación. Insta saber si es posible la convivencia de los dos institutos en un mismo ordenamiento jurídico. Al final, en un escenario de escasos recursos, ¿es posible dejar hasta mismo de realizar el mínimo para una sobrevivencia con dignidad?

Se tiene pleno conocimiento de que la reserva de lo posible representa la condición de límite fáctico y jurídico a la efectividad de los derechos fundamentales – especialmente los derechos fundamentales sociales – entretanto, no se puede perder de vista que es obligación inherente a todos los órganos y agentes públicos la tarea de maximizar recursos y minimizar los impactos causados por ella. (SARLET, 2012, p. 363).

Según Lazari (2012, p. 110), es perfectamente aceptable oponer el principio de la reserva de lo posible al principio del mínimo existencial, a fin de sopesarlos. Entretanto, para que la “reserva” prevalezca, es necesario que el argumento del Estado sea bien embasado y convincente.

Por otro lado, Barcellos (2011, p. 357) argumenta que es deber del Estado el empleo de recursos para la atención del mínimo existencial, de acuerdo con cada momento histórico. En este contexto, si alguien se encuentra desprovisto de bienes o servicios inherentes a ese mínimo, es porque el Estado actuó de forma inconstitucional, demuestra haber destinado recursos a otros fines sin haber atendido la prioridad dibujada por la Constitución. Frente a eso, el juez, al emplear el concepto de mínimo existencial, estará dispensado de examinar el argumento de la reserva de lo posible. Obsérvese que el argumento expuesto por Lazari expone el mínimo existencial como principio⁷, mientras que el argumento traído por Barcellos presenta el mínimo existencial como regla⁸.

7 Para Alexy (2008, p. 90), “El punto decisivo en la distinción entre reglas y principios es que *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Principios son, por consiguiente, *mandamientos de optimizar*, que son caracterizados por poder ser satisfechos en grados variados y por el hecho de que la medida debida de su satisfacción no depende solamente de las posibilidades fácticas, mas también de las posibilidades jurídicas”.

8 Según Alexy (2008, p. 91), “las *reglas* son normas que son siempre o satisfechas o no satisfechas. Si una regla vale, entonces, se debe hacer exactamente aquello que ella exige; ni más, ni menos. Reglas contienen, por lo tanto, *determinaciones* en el ámbito de aquello que es fáctica y jurídicamente posible”.

Para Torres (2009, p. 83-84) el mínimo existencial es una regla. No puede ser tratado como valor porque no posee la generalidad y abstracción de ideas tales como las de libertad, igualdad y justicia. Tampoco puede ser tratado como principio, pues no exhibe las características de ser objeto de ponderación ni de valer *prima facie*. el mínimo existencial no es susceptible de sopesar.

Olsen (2012, p. 333), por su vez, entiende que cada vez que la reserva de lo posible afecte desventajosamente el ámbito de protección de la norma jusfundamental y reducir la responsabilidad del Estado para con servicios materiales previstas por la norma, el mínimo existencial, comprendido como condición necesaria a la sobrevivencia y como núcleo esencial del derecho fundamental garantizador de la dignidad humana, se establece como una verdadera muralla que no podrá ser transpuesta bajo pena de comprometer el propio Estado Democrático de Derecho.

Canela Junior (2006, p. 128) va más lejos, entendiendo que la teoría de la reserva de lo posible es inconsistente con la realidad del Estado social como es en el caso de Brasil. La carga ideológica del postulado de estabilidad y de inacción es característica del Estado Liberal. Así, no hay como mezclarse con los ideales de programación y de intervención estatal presentes en el Estado Social.

En el entendimiento de Barcellos (2011, p. 287-288), prioritariamente los gastos públicos deberán ser destinados a la efectividad del mínimo existencial. Luego de eso, se puede discutir en qué proyectos el dinero público será invertido. Así, si el mínimo existencial estuviera asociado al establecimiento de prioridades presupuestales, podrá convivir productivamente con la reserva de lo posible.

Steinmetz (2004, p. 282) resume en un párrafo la relación entre reserva de lo posible – con los contornos atribuidos por la doctrina brasileña – el mínimo existencial⁹ y los derechos fundamentales sociales:

Derechos fundamentales sociales son derechos caros; exigen del sujeto destinatario la disponibilidad de recursos financieros y, eventualmente, otros medios materiales. No obstante la onerosidad, si son derechos fundamentales, entonces exigen el cumplimiento¹⁰. Como garantía de un mínimo vital, no están a la libre disposición de los sujetos obligados. La constitución ordena

9 El autor trata el mínimo existencial y el mínimo vital como sinónimos, basándose en la doctrina del portugués Canotilho.

10 En este punto, Torres (2009, p. 132) discrepa los derechos sociales y económicos no son verdaderos derechos fundamentales, por eso, quedan sujetos a la reserva de lo posible y del presupuesto

que sean tomados en serio. Por lo tanto, no podrá el sujeto destinatario alegar imposibilidad total o definitiva de cumplimiento. Un mínimo deberá ser garantizado.

Imperioso atribuir a las personas un derecho subjetivo contra el Poder Público en los casos en que aparecen disminuidas las prestaciones de servicios sociales básicos que garanticen la dignidad humana. El mínimo está, así, basado en el propio concepto de dignidad. Sin él, no se puede hablar en existencia digna.

Pero hay todavía que tomar cuidado con la reducción de los derechos sociales a un mínimo existencial. Advierte Clève (2003, p. 27), que los derechos sociales no tienen el fin de ofrecer apenas el mínimo. Reclama, pues, un horizonte de eficacia progresivamente más vasto, lo que depende del comprometimiento de la sociedad, de la riqueza producida y del gobierno.

Así, en un contexto de países con resultados económicos y financieros satisfactorios, la invocación del mínimo existencial deberá sufrir temperamentos, sea para filtrar entre aquellos que reclaman servicios, aquellos que son efectivamente carentes, sea para ajustar su estándar superior al mínimo practicado por países pobres.

Hay que tenerse en mente, por fin, que a partir del momento en que el constituyente se preocupó con la dignidad humana, se preocupó como un todo, y no con una versión minimalista. Así, no es posible que la Constitución haya autorizado una interpretación que reduzca la fundamento jurídico de los derechos sociales a la correspondencia al mínimo existencial. (OLSEN, 2012, p. 324).

La reserva de lo posible apenas podrá ser invocada cuando realmente haya escasez apta a impedir la concretización de derechos sociales. Por otro lado, deberá el mínimo ser tratado como una regla base, un parámetro que concentre lo básico de los derechos fundamentales, a ser garantizado siempre.

6. Conclusión.

La historia de los derechos fundamentales sociales es antigua, mas la historia del reconocimiento de estos derechos es reciente. Se nota que el siglo XX, especialmente el período pos Segunda Guerra Mundial, trajo consigo un armazón de provisiones de esos derechos en textos constitucionales de los más diversos Estados.

Al lado de la positividad de los derechos sociales surgió la discusión alrededor

de la efectiva posibilidad de su concretización. A partir de eso, dos teorías fueron desarrolladas, una que sirve a los intereses del Estado, y otra que sirve a los intereses de las personas, en especial las más necesitadas: se trata de la reserva de lo posible y del mínimo existencial.

El estudio evidenció que tanto la reserva de lo posible como el mínimo existencial son construcciones doctrinarias advenidas del Derecho Alemán. Cuanto a la reserva de lo posible, se observa que tomó otros contornos a partir del momento que doctrinadores brasileños se inclinaron sobre el asunto: se pasó a hablar sobre la imposibilidad de tornar eficaces algunos derechos por la falta de recursos financieros, surgiendo así lo que se resolvió llamar de reserva de lo financieramente posible.

Pero ha de ser cuestionada la propia escasez de recursos alegada por los administradores públicos, una vez que, para hacer efectivo otros derechos, que también cuestan, no se habla en insuficiencia de recursos financieros. Además de eso, no está demasiado recordar que la concretización de la dignidad humana pasa por hacer efectivo de los derechos fundamentales sociales, de preferencia en niveles máximos.

Es claro que en un ambiente de insuficiencia de recursos no será posible hablar en hacer efectivos a los derechos en niveles máximos, mas el mínimo existencial no puede ser sacrificado ni mismo ante crisis. Si así fuera, el propio Estado perdería su razón de ser: servir a los ciudadanos.

En síntesis, se puede concluir que es perfectamente posible la convivencia entre los institutos de la reserva de lo posible y del mínimo existencial en un mismo ordenamiento jurídico, entretanto, en el caso de las demandas que involucren derechos mínimos para una vida con dignidad, no podrá la Administración Pública alegar escasez de recursos para eximirse de la responsabilidad de materializarlos. Así, no podrá ser alegada a la reserva cuando ni siquiera un mínimo esté asegurado.

Referencias.

ABRAMOVICH, Vitor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis.** Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Derechos fundamentales y garantías constitucionales: derechos sociales fundamentales.** Tomo 3. Santiago: Librotecnia, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento do controle judicial de políticas públicas**. In: Revista Judiciária do Paraná. Curitiba: Amapar, 2006.

CLÈVE, Clêmeron Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Crítica Jurídica, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LAZARI, Rafael José Nadim de Lazari. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 219: 237-251, jan./mar, 2000.

OLSEN. Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2012.

PISARELLO. Geraldo. **Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción.** Madrid: Trotta, 2007.

RAWLS. John. **O liberalismo político.** 2. ed. (Trad. Dinah de Abreu Azevedo). São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Justiça como equidade: uma reformulação.** (Trad. Claudia Berliner). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos.** In: NOVELINO, Marcelo (Org). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais.* 4. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Derechos sociales: Imprescindibilidad y garantías.** Aranzadi: Thomson Reuters, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

TORRES. Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CONSTITUIÇÃO DE REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Congresso Nacional.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma do STF. **Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 674.764/PI.**, Relator: Dias Toffoli. Data do julgamento: 04.10.2011.

RESUMÉN

Este estudio pretende analizar las posiciones teóricas de la reserva de lo posible y del mínimo existencial, especialmente en lo que respecta a la satisfacción de los derechos fundamentales sociales, los que tienen como principal intuito la materialización del principio de la dignidad de la persona humana. Se verifica que los derechos fundamentales sociales enfrentan dificultades en volverse concretos, en especial ante la alegación de escasez de recursos financieros por parte del Estado. Por otro lado, se constata el esfuerzo de filósofos y teóricos del Derecho en el sentido de crear parámetros para la promoción de la vida con dignidad. De entre esos parámetros, se destaca el mínimo existencial, que debe ser tratado como una regla base, parámetro de aceptabilidad, que concentre el contenido mínimo de los derechos fundamentales, en situación de carencia de recursos, como se verifica en la mayoría de las veces. Por otra parte, en el contexto de países con buenos resultados económicos y financieros, en principio, la invocación del mínimo existencial sufre cierta ténpera, sea para ajustarlo en grado superior a lo mínimo de países en situación de penuria administrativa, sea para filtrar de entre los reclamantes de prestaciones, aquellos que son efectivamente carentes, de modo a perfeccionar también la gestión del asunto público. En suma, el entendimiento del mínimo es un grado referencial que no significa ser un modelo único para todos, pero el atendimiento de las necesidades más basilares de la dignidad humana, conforme una frontera mínima *minimorum* – debajo de la que no se pueda pasar, pero con rasgo de efectivo ajuste hacia un nivel superior de acuerdo con las posibilidades más amplias de determinadas sociedades.

PALABRAS-CLAVE

Derechos fundamentales sociales; reserva de lo posible; mínimo existencial

RESUMO

Este estudo pretende analisar as posições teóricas da reserva do possível e do mínimo existencial, especialmente no que diz respeito à satisfação dos direitos fundamentais sociais, os quais têm como principal intuito a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana. Verifica-se que os direitos fundamentais sociais enfrentam dificuldades de concretização, em especial diante da alegação de escassez de recursos financeiros por parte do Estado. Por outro lado, constata-se o esforço de filósofos e teóricos do Direito no sentido de criar parâmetros

para a promoção da vida com dignidade. Dentre esses parâmetros, destaca-se o mínimo existencial, que deve ser tratado como uma regra base, parâmetro de aceitabilidade, que concentre o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, em situações de carência de recursos, como se verifica na maioria das vezes. De outra sorte, no contexto de países com bons resultados econômicos e financeiros, em princípio, a invocação do mínimo existencial sofre certa têmpera, seja para ajustá-lo em patamar superior ao mínimo de países em situação de penúria administrativa, seja para filtrar dentre os reclamantes de prestações, aqueles que são efetivamente carentes, de modo a aperfeiçoar também a gestão da coisa pública. Em suma, o entendimento de mínimo é um patamar referencial que não significa um modelo único para todos, mas o atendimento das necessidades mais basilares da dignidade humana, conforme uma fronteira mínima *minimorum* – abaixo da qual não se possa passar, mas com traço de efetiva ajustabilidade para um nível superior de acordo com as possibilidades mais amplas de determinadas sociedades.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos fundamentais sociais; reserva do possível; mínimo existencial

III. RECENSIONES

SUMARIO

- **Estefanía Esparza Reyes**, *Discriminación en las relaciones entre particulares* (comentario al libro de Francisco Javier Díaz Revorio).

**DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES
(COMENTARIO AL LIBRO DE FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO).**

Estefanía Esparza Reyes¹.

Recibido: 20-2-2015
Aceptado: 16-6-2015

¹ Doctora en Derecho Constitucional Universidad de Castilla-La Mancha, Departamento Ciencias Jurídicas, Universidad de la Frontera, Temuco, Chile.

Díaz Revorio, Francisco Javier: *Discriminación en las relaciones entre particulares*. Tirant Lo Blanch, México D.F, 2015, 211 páginas.

Cuando en el siglo XVIII comenzó a acuñarse la concepción de la igualdad como derecho subjetivo, los ilustrados seguramente no imaginaron las consecuencias y el desarrollo posterior que alcanzaría tal concepto en nuestros días.

Si bien actualmente nos parece de toda lógica que la igualdad sea un derecho subjetivo y todavía fundamental, su construcción, tal como otras instituciones, no proviene del Derecho, sino de otras disciplinas, especialmente la Filosofía, la cual sentó las bases que posteriormente vertieron su contenido en la Ciencia Jurídica. Valga recordar a este respecto que desde los pensadores griegos la igualdad fue abordada como un valor o un ideal y solamente con posterioridad, con el surgimiento del Estado de Derecho, se comenzó a considerar la igualdad como un Derecho Fundamental.

Por otra parte, como es sabido, la igualdad como tal ha agrupado un sinfín de pre-comprensiones, las cuales si bien pueden resultar sumamente disímiles entre sí, han conformado un conjunto de ideas que han enriquecido y abultado el concepto de igualdad hasta límites insospechados, piénsese en la igualdad ante y en el contenido de la ley, igualdad formal y material, igualdad de trato, igualdad en los resultados, en el punto de partida, no discriminación y no subordinación entre muchas otras.

Aristóteles entendía dicho valor como la determinación de quiénes eran iguales y asimismo quiénes eran diferentes, afirmación que actualmente se asocia a la dimensión de igualdad de trato², aunque de la intrínseca unión entre la igualdad y la justicia³ podían colegirse ciertos atisbos o una incipiente idea de distribución de la riqueza, es decir de igualdad material⁴. Esta interpretación también ha sido deducida de manera habitual de la conocida frase de Jean Jacques Rousseau "que ningún ciudadano sea lo bastante opulento para poder comprar a otro, y ninguno lo bastante pobre para ser constreñido a venderse"⁵, pese a que del mismo tex-

2 BARRERE UNZUETA, María Ángeles: "Igualdad y "Discriminación positiva": Un esbozo de análisis teórico-conceptual" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 9, 2003, pág. 2.

3 ARISTOTELES: *Política*. Traducción de Nicolás Estébanez. Editorial Garnier Hnos., París, 1920, págs. 129 y ss.

4 CARBONELL, Miguel: *Igualdad y Libertad. Propuestas de Renovación Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2007, págs. 87 y ss.

5 ROUSSEAU, Jean Jacques: *Del contrato social*. Traducción de Mauro Armiño. Sexta reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2010, pág. 76.

to podría colegirse todavía una idea última de proscripción del sometimiento, o de manera más específica, según lo planteado por Sièyes de eliminación de los privilegios⁶, pensamiento que habría primado en la consagración de la igualdad plasmada en la Declaración Francesa de 1789.

De esta forma, debido al contexto histórico del reconocimiento de la igualdad como derecho en la Francia revolucionaria, se comienza a asociar de manera mayoritaria a la primera con la exclusión de privilegios, aunque valga recordar que ello en la práctica, se llevaba a cabo de una manera que influía fuertemente en las bases del Estado de Derecho, puesto que este trato igualitario incluía, por cierto, la eliminación de distintos subsistemas jurídicos compuestos de leyes especiales, no solamente en cuanto al sujeto que se pretendía aplicar, es decir a su estamento, sino también desde la perspectiva geográfica. En otras palabras, la igualdad permite o al menos coadyuva a la formación del Estado de Derecho en razón de que unifica el ordenamiento jurídico. En este punto es necesario no perder de vista que el desarrollo de la igualdad se concreta en dos principios diferenciados pero que comparten una misma razón de ser, se trata de la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley.

Resulta bastante más conocido, aunque no por ello necesariamente clarificador, el desarrollo posterior de la igualdad, donde recogiendo algunos de los postulados primitivos, se incorpora constitucionalmente la igualdad material, pese a que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia hasta ahora no le haya reconocido, el carácter de Derecho Fundamental en España, sin embargo resulta mucho más estudiado el desarrollo y evolución del concepto de discriminación o trato discriminatorio.

Con todo, es del caso mencionar que generalmente sólo se efectúa un repaso de los aspectos más relevantes de la igualdad desde una perspectiva continental europea, ello pese a que en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 se encuentran sus primeros atisbos de consagración. Empero, es posible afirmar que la mayor aportación en cuanto a la concreción y entendimiento del derecho a la igualdad como proscripción de discriminación vendría por parte de la jurisprudencia de la Corte Federal de Estados Unidos de Norteamérica. Todo ello pese a que será el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, quien principalmente liderará el desarrollo posterior y desde allí llegará al De-

⁶ SIEYES, Emmanuel-Joseph: *¿Qué es el Estado Llano?*. Traducción de José Rico Godoy. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 35 y ss.

recho Constitucional, formando lo que algunos autores de manera muy acertada consideran una subespecialidad de la Ciencia Jurídica, esto es el Derecho Antidiscriminatorio⁷.

Es en esta relativamente nueva subdisciplina que puede ubicarse, sin lugar a dudas, el trabajo realizado por Díaz Revorio que aborda uno de los problemas más actuales en relación con la discriminación, a saber: la posibilidad y los límites de la exigencia de no discriminar entre particulares. Sin embargo, como se intenta realizar una exposición que aborde los tópicos necesarios para la adecuada comprensión del tema principal, el autor realiza un breve pero completo recorrido de la historia de la igualdad, donde no sólo se considera su evolución en la forma de entenderla, sino además la manera en que la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han arribado a sus conclusiones.

Como cualquier estudioso de la igualdad sabe, el Derecho Antidiscriminatorio ha conocido de varias etapas, que en algunos casos se superponen en cuanto a sus objetos particulares de estudio, así en los inicios se trataba de determinar las categorías sospechosas, aportación que en concreto pretendía conocer cuáles grupos sociales o colectivos desfavorecidos se encontraban resguardados por la igualdad y una vez realizada esta labor establecer el grado de esta protección lo que se llevaba a efecto mediante el juicio de igualdad, el cual también experimentó un gran desarrollo doctrinario y jurisprudencial. Con posterioridad, los esfuerzos se centraron de manera persistente en las acciones positivas o afirmativas, en ello el sistema de la Comunidad Europea realizó una labor que no puede soslayarse, pues se ocupó en varios conocidos casos del tema⁸, este empeño de jueces y autores se centró especialmente en la posibilidad de su adopción, es decir en su constitucionalidad, fundamento, así como en los límites de las acciones positivas.

Por otra parte, ha sido la doctrina y la Corte Federal de Alemania quienes han desarrollado, entre otros aspectos de la Teoría de los Derechos Fundamentales, la *drittwirkung der grundrechte* o eficacia horizontal de los mismos, la cual se ha adoptado de manera mayoritaria en la actualidad. De este modo, se produjo

⁷ Es del caso mencionar que algunos autores estiman que el Derecho Antidiscriminatorio se habría formado con anterioridad, al finalizar la Segunda Guerra Mundial en Estados Unidos de Norteamérica, BARRERE UNZUETA, María Ángeles: “Problemas de Derecho Antidiscriminatorio: Subordinación versus Discriminación y Acción Positiva versus igualdad” en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* N°9, 2003, pág. 1.

⁸ Sólo a modo de referencia pueden recordarse los conocidísimos casos: “Kalanke” de 1995 (C-450/93), “Marschall” de 1997 (C-409/95), “Badeck” de 2000 (C-158/97), “Abrahamsson” de 2000 (C-407/98) y “Lommers” de 2002 (C-477/99).

un cambio de paradigma puesto que al reconocer que los particulares sí podían vulnerar los Derechos Fundamentales de terceros, el Estado no necesariamente se transforma en el único obligado a su respeto, sino también debe abandonar su rol pasivo para convertirse en un ente que promueve y garantiza tales derechos, circunstancia que puede encontrar su base en el paso del Estado Liberal al Estado Social (y Democrático) de Derecho.

Resulta de los dos hechos anteriormente descritos, es decir del desarrollo del Derecho Antidiscriminatorio y de la eficacia horizontal, una temática de la mayor relevancia y actualidad, respecto de la cual puede afirmarse que se constituirá en la nueva fase de evolución del estudio de la igualdad, representando uno de los temas más interesantes y prolíficos debido a las consecuencias prácticas de este efecto horizontal, especialmente en un mundo altamente globalizado.

Díaz Revorio anticipándose a este hecho, presenta un libro combinando estas dos temáticas novedosas, dando como resultado un estudio sobre la posibilidad de que sean los particulares quienes discriminen. De este modo lo anterior podría ser la primera aportación del texto del autor, la aplicación de la Teoría actual de los Derechos Fundamentales a un derecho particular, a la igualdad. Es del caso mencionar que existen muy buenos textos referidos al efecto horizontal⁹, sin embargo, hasta ahora se carecía de una monografía dedicada de manera exclusiva a esta temática en relación con un derecho en particular, circunstancia que releva el texto en comento.

Si bien, tal como señala el catedrático toledano en su libro, es mediante la Teoría de los Derechos Fundamentales, específicamente del efecto irradiación, así como de la Teoría Constitucional, concretamente de la sujeción a la Carta Fundamental, que se ha deducido la obligación de no discriminar por parte de los particulares, no es menos cierto que ello también se ha llevado a cabo mediante normas escritas. Muchas de esas normas no se encuentran consagradas en la Constitución, sino en leyes especiales y por este motivo habitualmente no se estudian como parte integrante del Derecho Constitucional inclusive del Derecho Antidiscriminatorio, sin embargo es necesario recordar que el Estado reconoce y ampara el derecho a la igualdad frente a terceros mediante la instauración de diversos mecanismos de lucha contra la discriminación, solo a modo ejemplificativo valga mencionar la existencia de tipos penales, que en varios países sancionan¹⁰ o eventualmente

9 Los mismos se encuentran en su mayoría citados por Díaz Revorio.

10 En este sentido el artículo 130 del Código Penal alemán.

agravan¹¹ una conducta que se base en el desprecio hacia las personas pertenecientes a algún colectivo discriminado, así como la existencia de procedimientos judiciales no penales que conocen de tales actos¹².

Con lo anteriormente señalado se pretende ilustrar de qué manera el Estado intenta evitar que los particulares vulneren el derecho a no ser discriminado de terceros, en otras palabras, es otro reconocimiento de que organismos distintos del Estado pueden afectar los Derechos Fundamentales y en esta materia específica, la igualdad.

Por otra parte, como quedó de manifiesto, el texto del catedrático de Castilla-La Mancha, si bien posee un gran contenido teórico, su mayor importancia es eminentemente práctica y ello ocurre desde dos perspectivas.

La primera tiene relación con la gran cantidad de vulneraciones a la igualdad que actualmente se producen por parte de los particulares, donde la discriminación o el trato distinto de acuerdo a la pertenencia a algún colectivo se ha transformado en una situación habitual, afirmación que no necesariamente significa que la misma ha aumentado, sino que la discriminación se ha visibilizado y desnaturalizado, haciendo que seamos capaces de identificarla. Con todo, actualmente podemos ver esta clase de conductas de manera corriente, piénsese por ejemplo en la negativa a alquilar o a contratar extranjeros.

La segunda manifestación de la importancia práctica del texto se desprende del desarrollo interdisciplinario de la materia que realiza el autor, en otras palabras, si bien existen muy buenos artículos en relación a la no discriminación en la contratación o el trabajo, los mismos han sido planteados de manera parcial desde otras especialidades del Derecho, como son el Derecho Civil o Laboral, es decir, estos casos no habían sido, hasta ahora, analizados desde la perspectiva constitucional y todavía menos agrupados para su estudio sistemático. Es de este modo que en el trabajo del catedrático encontramos un examen pormenorizado de casos de discriminación entre particulares que han sido tratados de manera aislada por otras ramas de la Ciencia Jurídica y que en el texto se abordan de manera unitaria. Así, conocer desde una perspectiva eminentemente constitucional problemáticas relacionadas con la discriminación en las empresas, en los partidos políticos, en las confesiones religiosas, en los locales de atención al público, entre

11 España contempla esta conducta como agravante, se puede revisar el artículo 22.4 del Código Penal de dicho país

12 Así la Ley chilena número 20.609 de 24 de julio de 2012.

otras, resulta del mayor interés para analizar de manera concreta la forma en que se aplica en la vida cotidiana de las personas el Derecho Constitucional.

Como bien señala Díaz Revorio, la obra comentada se enfoca en los casos donde el legislador no ha realizado una intervención expresa obligando, permitiendo o prohibiendo ciertas actuaciones de los particulares, tales como la imposición de cuotas por género en algunas instituciones, la posibilidad perfectamente ajustada a la Constitución de adoptar acciones afirmativas y la penalización de algunas conductas que se basen en el desprecio a ciertos grupos, respectivamente. Sin embargo, resulta muy conveniente establecer con claridad y de manera anticipada este hecho, así como su breve explicación, puesto que la descripción realizada por el autor de los temas sobre los cuales no versa su obra, es decir, sobre los casos de discriminación entre particulares regulados expresamente por el legislador, contribuye no solamente a delimitar su ámbito de reflexión, sino en gran medida se trata de la exposición de varios mecanismos de lucha contra la discriminación, los cuales se constituyen en uno de los temas de la mayor trascendencia y necesidad del derecho Antidiscriminatorio.

Seguramente debido a la gran experiencia docente del catedrático de toledano, el texto se presenta a modo de tesis, es decir partiendo de una premisa para realizarse una pregunta más amplia, en este caso cuáles dimensiones de la igualdad constitucional resultan aplicables a los particulares, así como la medida, criterios y límites de la misma. De este modo, con una metodología clara, la cual se expone al lector, resulta amena y poco compleja la lectura, presentando de manera pedagógica a modo de resumen, los principales aspectos del tratamiento que habitualmente se realiza de la igualdad, tanto por parte de la doctrina, cuanto de la jurisprudencia, sin olvidar realizar un breve recorrido por la historia de este derecho, la cual conocida a cabalidad puede entregar luces sobre sus proyecciones.

Como se señaló anteriormente, uno de los aspectos que analiza el presente libro es el de los límites a la aplicación de la igualdad entre particulares, se trata de uno de los temas de mayor interés, ello no sólo en consideración a que es precisamente en esta temática donde, en general, se presentan los mayores conflictos teóricos en cuanto a la configuración de un derecho, sino especialmente desde una perspectiva práctica, puesto que su aportación consiste en recopilar criterios concretos de solución en los casos en que se aplique la no discriminación entre particulares, es decir, responder al interrogante de cuáles distinciones están permitidas por la Carta Fundamental en nuestras relaciones y por el contrario cuáles están prohibidas por considerarse discriminación, pues como puede colegirse, no toda exclusión estaría proscrita, tal como ocurre respecto del Estado.

En este sentido, partiendo de su adhesión a la teoría de la ponderación, el autor se plantea la imposibilidad de resolver *a priori* un eventual conflicto entre derechos, por cuanto implicaría, desde la perspectiva de la teoría amplia de los Derechos Fundamentales, una jerarquización de los mismos, ello pese a que identifica y se empeña en encontrar algunos criterios comunes que coadyuven en tal labor, de un modo similar a lo realizado por la doctrina y jurisprudencia.

Díaz Revorio reconoce que esta necesidad de ponderación se ha aceptado casi sin cuestionamientos en la actualidad y ella se basa principalmente en la adopción de una teoría amplia de los Derechos Fundamentales, la cual no permite la demilitación de un derecho con anterioridad a su aplicación, sino que se vale de la misma para establecer hasta dónde otorga protección. De este modo, pareciera ser que en la configuración del derecho específico estarían incluidos estos límites externos, es decir, estas interrelaciones con otros derechos serían parte del derecho mismo y en consecuencia este último no se podría conocer a cabalidad sino hasta que se produjese un conflicto con otros. Sin embargo, no es menos cierto que aunque esta teoría amplia es actualmente muy aceptada, también debe considerarse la existencia de teorías “restrictivas”¹³ de los Derechos Fundamentales, las cuales plantean la necesidad de limitar con anterioridad el ámbito de cada uno de ellos, estableciendo de la manera más precisa posible su configuración de acuerdo a contenidos mínimos, hecho que ocasionaría la eliminación o al menos una considerable reducción de una eventual colisión de derechos y consecuentemente de la ponderación de los mismos¹⁴. De este modo, resulta honesto y novedoso que sea el mismo autor quien exponga y recuerde la existencia de posturas opuestas a la suya realizando un análisis completo al respecto, sobre todo debido a que la actual Teoría de los Derechos Fundamentales se encuentra tan extendida que suele aceptarse sin cuestionamientos. En este sentido resulta de toda utilidad dicha aclaración, por cuanto es precisamente en esta postura mayoritaria donde cobra especial relevancia la existencia de los criterios recopilados por el autor para considerar que un acto se encuentra prohibido por constituir discriminación entre particulares.

13 Robert Alexy plantea esta distinción como diferencia basada en los grados, denominando teoría de las reglas a las mencionadas como "restrictivas" y teoría de los principios a las teorías "amplias", se puede consultar en ALEXY Robert: "Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, Enero/Junio. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México D.F., 2009, págs. 3 y ss.

14 En algunos casos se ha planteado a modo de crítica de esta clase de teorías, el hecho de que las mismas intentarían ocultar una ponderación que se ha realizado con anterioridad, NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Boletín Oficial de Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 39 y ss.

Para muchas personas hablar de la igualdad pareciera significar situarse en la posición contraria a la libertad y en ocasiones, especialmente en consideración a la importancia que en el Estado de Derecho se le reconoce a esta última como finalidad del mismo, no es extraño que existan pronunciamientos *a priori* en favor de la libertad en desmedro de la igualdad en casos de colisión. Así, se encuentra muy extendida en la doctrina, la idea de que la principal opositora de la libertad es la igualdad y que su colisión será sumamente habitual, sin embargo resulta de gran utilidad realizar algunas precisiones al respecto.

En primer término resulta necesario señalar que es precisamente en el efecto horizontal de la igualdad donde mayor relevancia tiene conocer los mecanismos de solución y/o consecuencias de una colisión entre igualdad y libertad contractual o de empresa, puesto que seguramente será menos probable que se produzca un conflicto entre la igualdad y otros derechos, como de manera habitual ocurre en los casos en que quien vulnera es el Estado. Piénsese a este respecto en la eventual colisión de la igualdad con la libertad religiosa, situación que extrañamente podría ocurrir entre particulares. De este modo puede afirmarse, que salvo el caso de las acciones positivas o afirmativas, será entre particulares donde se pueda observar de manera más patente la colisión entre los derechos de igualdad y libertad contractual o empresarial, es decir solamente algunas de las dimensiones de la libertad.

Por otra parte, tal como señala Díaz Revorio, un acertado análisis del tema requiere de la distinción entre libertad real o efectiva y libertad de contratación, que para este caso se denominará formal, debido a que en algunas ocasiones puede aseverarse que la libertad real, la cual es supuesta a la hora de ejercer la autonomía de la voluntad, no existe. Con esta afirmación no se pretende poner en tela de juicio las relaciones equivalentes entre particulares, sino solamente llamar la atención sobre la necesidad de ubicar en contexto esta idealización de la libertad. Cabe señalar que teniendo en mente la primera distinción resultaría adecuado afirmar que en muchas situaciones la igualdad coadyuva y contribuye a la realización de la libertad, puesto que relaciones igualitarias, en el sentido de que no se basan en prejuicios odiosos sobre las personas que pertenecen a ciertos grupos, crean un entorno que genera mayor libertad real desde dos perspectivas: la primera de ellas se refiere al particular perjudicado con la discriminación, por cuanto valorándose o al menos ignorándose su pertenencia debería no solamente permitírsele contratar, sino también hacerlo en condiciones similares a quienes no pertenecen a su colectivo, piénsese en los casos en que se le niega la posibilidad de alquilar un inmueble a un extranjero y cómo ve este último afectada su libertad real, así desde esta perspectiva, tal extranjero podría contratar

en iguales condiciones que un nacional, pero en segundo término y ahora desde la perspectiva de quien discriminó, puede afirmarse que en muchas ocasiones fundar la decisión de contratación en criterios basados en prejuicios conllevaría una autolimitación a la libertad, por cuanto las decisiones se verían sesgadas.

Es del caso mencionar que en esta tradicional colisión de derechos, una vez más cumple un rol fundamental la ponderación y la misma puede analizarse desde algunos interesantes puntos de vista: la primera fue planteada por Díaz Revorio y expuesta en líneas anteriores, a saber: la adopción de una teoría "restringida" de los Derechos Fundamentales podría ocasionar una disminución de los casos de colisión, es decir, bien delimitados ambos derechos existen menos posibilidades de que los mismos se opongan, pero en segundo término y aún en caso de adherir a la ponderación, al considerar, como lo hacen algunas posturas liberales, que la libertad no es valiosa en sí misma, sino sólo en la medida que permite a los seres humanos la realización de sus planes de vida e ideales personales¹⁵, resulta dudoso que la igualdad pueda oponerse a la libertad, por cuanto la negativa a contratar en razón de la pertenencia de la contraparte se basa en un prejuicio y ello no contribuye a la autorrealización personal, consecuentemente no se estaría ejerciendo en realidad el derecho fundamental a la libertad.

Unido a lo anteriormente señalado, pero desde una óptica más amplia, resulta muy interesante el desarrollo de la relación entre la igualdad y la dignidad planteada en el libro que se comenta. Como es sabido, desde una perspectiva tradicional, la igualdad protegería precisamente la igual dignidad de las personas y desde aquí su estrecha relación¹⁶, sin embargo su principal manifestación concreta, al parecer debido a la Constitución de Weimar de 1919, se ha materializado en la igualdad material, pues se ha considerado que la dignidad en su relación con la igualdad exigiría, en ocasiones, el reconocimiento de ciertos derechos sociales y/o económicos¹⁷, especialmente mediante el desarrollo de conceptos como el "mínimo vital". Resultan de este modo, muy interesantes las reflexiones del autor, que permiten conocer de manera más detallada la forma en que la igualdad entendida como no discriminación se relaciona con la dignidad y algunos de sus puntos de encuentro.

15 NINO, Carlos Santiago: "Liberalismo Conservador: ¿Liberal o conservador?" en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (Coords.): *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 43.

16 Solo a modo de ejemplo DIEZ-PICAZO, Luís María: *Sistema de Derechos Fundamentales*. Editorial Aranzadi, Segunda Edición, Madrid, 2005, pág. 192.

17 OEHLING DE LOS REYES, Alberto: *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*. Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2010, págs. 400 y ss

Para finalizar y sin ánimo de exponer de manera completa y detallada las conclusiones a las que arriba el catedrático toledano merece la pena señalar que las mismas pueden ser categorizadas en dos grupos diferenciados: el primero está compuesto por aportaciones inéditas, tal es el caso de la distinción entre las consecuencias del efecto irradiación y la eficacia horizontal de los Derechos Humanos respecto de la libertad y la igualdad, donde en el primer caso, según sus propias palabras, tal derecho se debe reconocer, respetar y garantizar, en tanto que la igualdad tendería a la expansión. Otro tanto ocurre al plantear dos dimensiones de la igualdad: la igualdad ante la ley y la no discriminación, estableciendo que es en este último caso donde se produciría el conflicto entre particulares, así como la exposición de los escrutinios que deben aplicarse en situaciones de discriminación entre particulares, se trata de ideas novedosas que en estos últimos casos incorporan soluciones concretas.

El segundo grupo, por su parte, está compuesto por la adopción o toma de posición, se trata de entregar su opinión sobre temas que han sido controvertidos en doctrina y respecto de los cuales, hasta el momento, no existiría completo acuerdo entre la misma, así cabe destacar la exigencia de un prejuicio o actitud odiosa para que se configure la discriminación, en oposición a la sola exigencia de trato desigual arbitrario, el reconocimiento de que la igualdad o no discriminación exigiría en ocasiones un trato desigual fácticamente para garantizarla, y de un modo similar, que la discriminación o más exactamente el prejuicio, se plasmaría en las personas, siendo parte de su individualidad, donde el estatus del grupo sería comunicable a sus miembros, entre otros. Valga mencionar que se trataría de la adopción de posturas minoritarias cuantitativamente, que, sin embargo, cuentan con el apoyo de parte importante de la doctrina experta en igualdad.

Para finalizar es necesario mencionar que la elección de un tema de tal trascendencia y actualidad no es de extrañar en la carrera del catedrático Díaz Revorio, puesto que si bien en su obra se encuentran completísimos trabajos referidos a temas tradicionales como son los valores constitucionales y la justicia constitucional, no es menos cierto que con maestría ha incursionado en temáticas de vanguardia como son los derechos fundamentales frente a las nuevas tecnologías¹⁸. Con todo, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, no agota su valor en la actualidad e interés del tema tratado, el cual, como se señaló anteriormente, hace un recorrido por los hitos históricos más importantes de la

18 DIAZ REVORIO, Francisco Javier: *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009.

igualdad como no discriminación, para finalizar con un análisis pormenorizado de la prohibición de discriminación entre particulares, sino muy por el contrario, ello se constituye en la base del desarrollo metódico, claro, pedagógico y completo que realiza el autor, circunstancia que unida a la calidad de la pluma del catedrático de Castilla-La Mancha hacen del trabajo comentado un texto de referencia necesaria para los estudiosos del Derecho Constitucional y más todavía de la igualdad, por cuanto prospecta las líneas de desarrollo de éste último derecho.

Bibliografía.

ALEXY Robert: "Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, Enero/Junio. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México D.F., 2009.

ARISTOTELES: *Política*. Traducción de Nicolás Estébanez. Editorial Garnier Hnos., París, 1920.

BARRERE UNZUETA, María Ángeles: "Igualdad y "Discriminación positiva": Un esbozo de análisis teórico-conceptual" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 9, 2003.

BARRERE UNZUETA, María Ángeles: "Problemas de Derecho Antidiscriminatorio: Subordinación *versus* Discriminación y Acción Positiva *versus* igualdad" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* N°9, 2003.

CARBONELL, Miguel: *Igualdad y Libertad. Propuestas de Renovación Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2007.

DIAZ REVORIO, Francisco Javier: *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009.

DIEZ-PICAZO, Luís María: *Sistema de Derechos Fundamentales*. Editorial Aranzadi, Segunda Edición, Madrid, 2005.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Boletín Oficial de Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

NINO, Carlos Santiago: "Liberalismo Conservador: ¿Liberal o conservador?" en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (Coords.): *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

OEHLING DE LOS REYES, Alberto: *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*. Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques: *Del contrato social*. Traducción de Mauro Armíño. Sexta reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2010.

SIEYES, Emmanuel-Joseph: *¿Qué es el Estado Llano?*. Traducción de José Rico Godoy. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

IV. CRÓNICAS

SUMARIO

- **María Martín Sánchez**, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2014)*.
- **M^a. del Pilar Molero Martín-Salas**, *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2014)*.
- **M^a. Joaquina Guerrero Sanz**, *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2014)*.
- **M^a. Elena Rebato Peño**, *Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2014)*.

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS
(DE 1 DE ENERO DE 2014 A 31 DE DICIEMBRE DE 2014)**

María Martín Sánchez

*Profesora Contratada Doctora. Área de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha (TU acreditada)*

Recibido: 1-3-2015
Aceptado: 16-6-2015

Un año más, se presenta la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas. Si bien no se trata de un estudio exhaustivo de la misma, pone de manifiesto el peso de éstas en nuestro ordenamiento jurídico y el protagonismo que del Tribunal Constitucional respecto al actual modelo territorial.

Se ofrece una recopilación de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el año 2014, referidas a Comunidades Autónomas, en procesos de control de constitucionalidad, de resolución de conflictos de competencia y de conflictos en defensa de la autonomía local.

Igual que en el año anterior, en 2014 observamos un buen elenco de sentencias dictadas en procedimientos de constitucionalidad y como anécdota, un incremento de las sentencias dictadas en conflictos en defensa de la autonomía local en relación a 2013, en el que solo se dictó una, o respecto a años anteriores.

En lo que respecta a Castilla-La Mancha, en comparación con 2013, su participación en este tipo de procedimientos ante el Tribunal Constitucional es algo mayor en los relacionados con el control de constitucionalidad (cinco en recursos de inconstitucionalidad y dos en cuestiones de inconstitucionalidad). Sin embargo, a diferencia de aquél, en 2014 no encontramos participación alguna en procedimientos referidos a conflictos de competencias positivos o negativos.

Como venimos haciendo, diferenciaremos dos partes. En primer lugar, se recopilan todas las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional relativas a Comunidades Autónomas, así como el proceso en el que han sido dictadas. A continuación, una breve referencia de 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. Breve comentario de las sentencias referentes a Castilla-La Mancha.

2.1. En recursos de inconstitucionalidad

2.2. En cuestiones de inconstitucionalidad

1. Referencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y proceso en el que se dictan.

- Sentencia 215/2014, de 18 de diciembre de 2014 (BOE núm. 29 de 03 de febrero de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 214/2014, de 18 de diciembre de 2014 (BOE núm. 29 de 03 de febrero de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 211/2014, de 18 de diciembre de 2014 (BOE núm. 29 de 03 de febrero de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 210/2014, de 18 de diciembre de 2014 (BOE núm. 29 de 03 de febrero de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 209/2014, de 18 de diciembre de 2014 (BOE núm. 29 de 03 de febrero de 2015). Recurso de inconstitucionalidad .
- Sentencia 208/2014, de 15 de diciembre de 2014 (BOE núm. 17 de 20 de enero de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 197/2014, de 4 de diciembre de 2014 (BOE núm. 11 de 13 de enero de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 192/2014, de 20 de noviembre de 2014 (BOE núm. 308 de 22 de diciembre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 184/2014, de 6 de noviembre de 2014 (BOE núm. 293 de 04 de diciembre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 183/2014, de 6 de noviembre de 2014 (BOE núm. 293 de 04 de diciembre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 182/2014, de 6 de noviembre de 2014 (BOE núm. 293 de 04 de diciembre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 181/2014, de 6 de noviembre de 2014 (BOE núm. 293 de 04 de diciembre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 174/2014, de 23 de octubre de 2014 (BOE núm. 282 de 21 de noviembre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 173/2014, de 23 de octubre de 2014 (BOE núm. 282 de 21 de noviembre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 172/2014, de 23 de octubre de 2014 (BOE núm. 282 de 21 de noviembre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 171/2014, de 23 de octubre de 2014 (BOE núm. 282 de 21 de noviembre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 170/2014, de 23 de octubre de 2014 (BOE núm. 282 de 21 de noviembre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 164/2014, de 7 de octubre de 2014 (BOE núm. 262 de 29 de octubre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad .
- Sentencia 163/2014, de 7 de octubre de 2014 (BOE núm. 262 de 29 de octubre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 162/2014, de 7 de octubre de 2014 (BOE núm. 262 de 29 de octubre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 161/2014, de 7 de octubre de 2014 (BOE núm. 262 de 29 de octubre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 155/2014, de 25 de septiembre de 2014 (BOE núm. 261 de 28 de octubre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 154/2014, de 25 de septiembre de 2014 (BOE núm. 261 de 28 de octubre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 153/2014, de 25 de septiembre de 2014 (BOE núm. 261 de 28 de octubre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 151/2014, de 25 de septiembre de 2014 (BOE núm. 261 de 28 de octubre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 141/2014, de 11 de septiembre de 2014 (BOE núm. 243 de 07 de octubre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 134/2014, de 22 de julio de 2014 (BOE núm. 199 de 16 de agosto de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 122/2014, de 17 de julio de 2014 (BOE núm. 198 de 15 de agosto de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 120/2014, de 17 de julio de 2014 (BOE núm. 198 de 15 de agosto de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 119/2014, de 16 de julio de 2014 (BOE núm. 198 de 15 de agosto de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 111/2014, de 26 de junio de 2014 (BOE núm. 177 de 22 de julio de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 110/2014, de 26 de junio de 2014 (BOE núm. 177 de 22 de julio de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 109/2014, de 26 de junio de 2014 (BOE núm. 177 de 22 de julio de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 108/2014, de 26 de junio de 2014 (BOE núm. 177 de 22 de julio de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 106/2014, de 24 de junio de 2014 (BOE núm. 177 de 22 de julio de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 97/2014, de 12 de junio de 2014 (BOE núm. 162 de 04 de julio de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 96/2014, de 12 de junio de 2014 (BOE núm. 162 de 04 de julio de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 86/2014, de 29 de mayo de 2014 (BOE núm. 153 de 24 de junio de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 85/2014, de 29 de mayo de 2014 (BOE núm. 153 de 24 de junio de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 76/2014, de 8 de mayo de 2014 (BOE núm. 135 de 04 de junio de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 72/2014, de 8 de mayo de 2014 (BOE núm. 135 de 04 de junio de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 71/2014, de 6 de mayo de 2014 (BOE núm. 135 de 04 de junio de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 39/2014, de 11 de marzo de 2014 (BOE núm. 87 de 10 de abril de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 36/2014, de 27 de febrero de 2014 (BOE núm. 73 de 25 de marzo de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 34/2014, de 27 de febrero de 2014 (BOE núm. 73 de 25 de marzo de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 33/2014, de 27 de febrero de 2014 (BOE núm. 73 de 25 de marzo de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 22/2014, de 13 de febrero de 2014 (BOE núm. 60 de 11 de marzo de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 4/2014, de 16 de enero de 2014 (BOE núm. 35 de 10 de febrero de 2014). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 207/2014, de 15 de diciembre de 2014 (BOE núm. 17 de 20 de enero de 2015). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 196/2014, de 4 de diciembre de 2014 (BOE núm. 11 de 13 de enero de 2015). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 189/2014, de 17 de noviembre de 2014 (BOE núm. 308 de 22 de diciembre de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.

- Sentencia 166/2014, de 22 de octubre de 2014 (BOE núm. 282 de 21 de noviembre de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 150/2014, de 22 de septiembre de 2014 (BOE núm. 261 de 28 de octubre de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 149/2014, de 22 de septiembre de 2014 (BOE núm. 261 de 28 de octubre de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 127/2014, de 21 de julio de 2014 (BOE núm. 199 de 16 de agosto de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 125/2014, de 21 de julio de 2014 (BOE núm. 198 de 15 de agosto de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 94/2014, de 12 de junio de 2014 (BOE núm. 162 de 04 de julio de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 87/2014, de 29 de mayo de 2014 (BOE núm. 153 de 24 de junio de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 84/2014, de 29 de mayo de 2014 (BOE núm. 153 de 24 de junio de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 82/2014, de 28 de mayo de 2014 (BOE núm. 153 de 24 de junio de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 75/2014, de 8 de mayo de 2014 (BOE núm. 135 de 04 de junio de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 56/2014, de 10 de abril de 2014 (BOE núm. 111 de 07 de mayo de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 53/2014, de 10 de abril de 2014 (BOE núm. 111 de 07 de mayo de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 51/2014, de 7 de abril de 2014 (BOE núm. 111 de 07 de mayo de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.

- Sentencia 45/2014, de 7 de abril de 2014 (BOE núm. 111 de 07 de mayo de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 40/2014, de 11 de marzo de 2014 (BOE núm. 87 de 10 de abril de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 18/2014, de 30 de enero de 2014 (BOE núm. 48 de 25 de febrero de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 5/2014, de 16 de enero de 2014 (BOE núm. 35 de 10 de febrero de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 198/2014, de 15 de diciembre de 2014 (BOE núm. 17 de 20 de enero de 2015). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 193/2014, de 20 de noviembre de 2014 (BOE núm. 308 de 22 de diciembre de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 176/2014, de 3 de noviembre de 2014 (BOE núm. 293 de 04 de diciembre de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 144/2014, de 22 de septiembre de 2014 (BOE núm. 261 de 28 de octubre de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 143/2014, de 22 de septiembre de 2014 (BOE núm. 261 de 28 de octubre de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 123/2014, de 21 de julio de 2014 (BOE núm. 198 de 15 de agosto de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 121/2014, de 17 de julio de 2014 (BOE núm. 198 de 15 de agosto de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 112/2014, de 7 de julio de 2014 (BOE núm. 189 de 05 de agosto de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 107/2014, de 26 de junio de 2014 (BOE núm. 177 de 22 de julio de 2014). Conflicto positivo de competencia.

- Sentencia 88/2014, de 9 de junio de 2014 (BOE núm. 162 de 04 de julio de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 78/2014, de 28 de mayo de 2014 (BOE núm. 153 de 24 de junio de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 74/2014, de 8 de mayo de 2014 (BOE núm. 135 de 04 de junio de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 27/2014, de 13 de febrero de 2014 (BOE núm. 60 de 11 de marzo de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 25/2014, de 13 de febrero de 2014 (BOE núm. 60 de 11 de marzo de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 24/2014, de 13 de febrero de 2014 (BOE núm. 60 de 11 de marzo de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 20/2014, de 10 de febrero de 2014 (BOE núm. 60 de 11 de marzo de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 17/2014, de 30 de enero de 2014 (BOE núm. 48 de 25 de febrero de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 6/2014, de 27 de enero de 2014 (BOE núm. 48 de 25 de febrero de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 3/2014, de 16 de enero de 2014 (BOE núm. 35 de 10 de febrero de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 2/2014, de 16 de enero de 2014 (BOE núm. 35 de 10 de febrero de 2014). Conflicto positivo de competencia.
- Sentencia 132/2014, de 22 de julio de 2014 (BOE núm. 199 de 16 de agosto de 2014). Conflicto en defensa de la autonomía local.
- Sentencia 95/2014, de 12 de junio de 2014 (BOE núm. 162 de 04 de julio de 2014). Conflicto en defensa de la autonomía local.

- Sentencia 37/2014, de 11 de marzo de 2014 (BOE núm. 87 de 10 de abril de 2014). Conflicto en defensa de la autonomía local.

2. Breve comentario de las sentencias referentes a Castilla-La Mancha

2.1. En recursos de inconstitucionalidad

Sentencia 214/2014, de 18 de diciembre de 2014 (BOE núm. 29 de 03 de febrero de 2015). Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista respecto a la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 4/2012, de 17 de mayo, por la que se adecúa la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-La Mancha. El recurso gira en torno a los principios de interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad e igualdad, aplicables a lo planteado, a tenor de los que se resuelve la extinción del recurso de inconstitucionalidad por haberse derogado en sentencia anterior (STC 96/2014) la norma legal impugnada.

Sentencia 197/2014, de 4 de diciembre de 2014 (BOE núm. 11 de 13 de enero de 2015). Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista en relación con la Ley Orgánica 2/2014, de 21 de mayo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. En este recurso se denuncia la inconstitucionalidad de la citada reforma por vulneración de los principios de autonomía política, de pluralismo, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad, el derecho de acceso a los cargos públicos, y el sistema de representación proporcional. La reforma legal que se denuncia ha sido objeto de un fuerte debate político y doctrinal debido a la relevancia de la misma. El objeto de la misma ha sido la reducción del número de diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha, pasando de una horquilla de 47-59 diputados a la de 25-35 diputados, que la Ley 4/2014, de 21 de julio, de reforma de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha fija en 33 diputados, asignando un número inicial de tres diputados por provincia¹. Finalmente, mediante la presente sentencia, el Tribunal Constitucional afirmó su constitucionalidad, entendiéndose que de la mencionada reforma estatutaria no violenta lo previsto constitucionalmente.

Sentencia 182/2014, de 6 de noviembre de 2014 (BOE núm. 293 de 04 de diciembre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Pre-

¹ Sentencia TC 15/2015, de 5 febrero desestima el recurso de inconstitucionalidad 6408-2014, contra la Ley 4/2014, de 21 de julio, de reforma de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha («B.O.E.» 22 noviembre).

sidente del Gobierno respecto de diversos preceptos de la Ley de Castilla-La Mancha 5/2011, de 10 de marzo, de declaración del parque natural de la Sierra Norte de Guadalajara. En esta ocasión, el recurso gira en torno a las competencias sobre defensa, Fuerzas Armadas, aguas, obras públicas, protección ambiental y espacios naturales protegidos. Se declara la nulidad de los preceptos legales autonómicos que prohíben la realización de maniobras y ejercicios militares en una zona de interés para la defensa.

Sentencia 154/2014, de 25 de septiembre de 2014 (BOE núm. 261 de 28 de octubre de 2014). Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con la Ley de Castilla La Mancha 6/2011, de 10 de marzo, de declaración del parque natural del Valle de Alcudia y Sierra Madrona. Nuevamente nos encontramos ante un recurso en el que se denuncia la vulneración de las competencias sobre medio ambiente, defensa y Fuerzas Armadas, aguas y obras públicas de interés general. Finalmente, es declarada la nulidad del precepto legal autonómico que prohíbe la realización de maniobras y ejercicios militares pese a que existe en el interior del parque natural una propiedad de titularidad estatal afectada a la defensa nacional.

Sentencia 36/2014, de 27 de febrero de 2014 (BOE núm. 73 de 25 de marzo de 2014). Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por sesenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista en relación con diversos preceptos del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha, en la redacción dada por la reforma aprobada en la sesión plenaria celebrada los días 20 y 21 de diciembre de 2012. El objeto del recurso gira en torno a los principios democráticos, irretroactividad de las normas y el derecho a la participación política. El Tribunal Constitucional resuelve la constitucionalidad de los preceptos del Reglamento que modifican el régimen de retribuciones y prestaciones de Seguridad Social de los parlamentarios autonómicos y disponen la entrada en vigor inmediata de la reforma.

2.2. En cuestiones de inconstitucionalidad

Sentencia 52/2014, de 10 de abril de 2014 (BOE núm. 111 de 07 de mayo de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con la segunda frase del artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. La cuestión gira en torno al derecho de tutela judicial efectiva (acceso a la justicia) y el principio de seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional declara la

constitucionalidad del precepto legal relativo al plazo para interponer recurso contencioso-administrativo frente a actos presuntos. Cuenta con un voto particular de Dña. Adela Asua Batarrita.

Sentencia 51/2014, de 7 de abril de 2014 (BOE núm. 111 de 07 de mayo de 2014). Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Talavera de la Reina, con relación a los párrafos cuarto y quinto del artículo 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. La cuestión se plantea sobre los principios de igualdad en la ley y de protección de la familia. A este respecto, se declara la constitucionalidad del precepto legal que, a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad, exige la previa inscripción registral de la pareja de hecho o su constitución en documento público. Por su parte, se plantea también una cuestión competencial en materia de seguridad social, respecto a la que se estima la pérdida parcial de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 40/2014).

RESUMEN

En este trabajo se presenta un repaso de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional referidas a Comunidades Autónomas, en procesos de inconstitucionalidad y de conflictos de competencias, durante el año 2014. Además, se realiza un breve comentario de aquellos procesos en los que ha intervenido la Región de Castilla-La Mancha.

ABSTRACT

In this paper a review of the judgments of the Constitutional Court concerning autonomous regions in processes of constitutional and jurisdictional conflicts during 2014. In addition comes, it is made a brief comment of those processes played by Castilla-La Mancha.

PALABRAS CLAVE

Región, sentencia, Tribunal Constitucional.

WORDS KEY

Región, judgment, Constitutional Court.

ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES
DE CASTILLA-LA MANCHA
(DE 1 DE ENERO DE 2014 A 31 DE DICIEMBRE DE 2014)

M^a del Pilar Molero Martín-Salas
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 1-3-2015
Aceptado: 16-6-2015

SUMARIO

- I. Enumeración, por orden cronológico, de las diversas leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2014.*
- II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas.*

1. Enumeración, por orden cronológico, de las diversas leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2014.

Durante dicho periodo se han aprobado en Castilla-La Mancha un total de 10 leyes, lo cual vuelve a poner de manifiesto que el número de leyes aprobadas ha ido disminuyendo en los últimos años, si lo comparamos, por ejemplo, con las 18 que se aprobaron en 2010.

Como podemos observar, y también siguiendo la tónica de estos últimos años, el contenido de las mismas, en numerosos casos, hace referencia a la complicada situación económica del momento.

También se hará referencia en esta crónica a la modificación llevada a cabo en el Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Concretamente las leyes aprobadas durante dicho periodo han sido:

- Ley 1/2014, de 24 de abril, de supresión de la Sindicatura de Cuentas
- Ley 2/2014, de 8 de mayo, de Museos de Castilla-La Mancha
- Ley 3/2014, de 21 de julio, de la garantía de la atención sanitaria y del ejercicio de la libre elección en las prestaciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha
- Ley 4/2014, de 21 de julio, de Reforma de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha
- Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha
- Ley 6/2014, de Modificación de la Ley 9/2002, de 6 de junio, de creación del Consejo Regional de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha y de la ley 8/2008, de 4 de diciembre, de creación de la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos.
- Ley 7/2014, de 14 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha.
- Ley 8/2014, de 20 de noviembre, por la que se modifica la Ley 2/2010, de 13 de mayo, de Comercio.
- Ley 9/2014, de 4 de diciembre, por la que se adoptan medidas en el ámbito tributario de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.
- Ley 10/2014, de 18 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2015.

2. Resumen de cada una de las leyes aprobadas

- Ley 1/2014, de 24 de abril, de supresión de la Sindicatura de Cuentas.

Publicada en el DOCLM núm. 95 (21-05-2014)

A través de la presente ley se suprime la Sindicatura de Cuentas en Castilla-La Mancha, como órgano fiscalizador externo del sector público de la Comunidad Autónoma. Se trata de una medida más, de las adoptadas en la región, para paliar las consecuencias de la coyuntura económica, y eliminar las duplicidades existentes en algunos organismos.

Los funcionarios de carrera que estaban desempeñando su función en la Sindicatura de Cuentas, serán reubicados en el puesto que corresponda según establece la propia ley, si bien el resto de personal cesará al momento de la entrada en vigor de la misma.

En cuanto a los bienes patrimonio de la Sindicatura, serán adscritos a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, hasta que se establezca su destino definitivo.

Aquellos asuntos en trámites, serán remitidos al Tribunal de Cuentas.

- Ley 2/2014, de 8 de mayo, de Museos de Castilla-La Mancha.

Publicada en el DOCLM núm. 100 (28-05-2014)

Se trata de una ley bastante amplia, que comprende un total de sesenta y cinco artículos, distribuidos en nueve títulos. El principal objetivo de la misma es regular todas las instituciones museísticas, de interés para Castilla-La Mancha y ubicadas en su territorio, y que son de su competencia.

Se entienden comprendidos en la presente ley; los museos, las colecciones museográficas y los centros de interpretación.

A lo largo de la ley se regulan todos los aspectos relativos a dichas instituciones museográficas tales como los requisitos para su creación o el procedimiento y las consecuencias del reconocimiento oficial como institución museográfica.

También se establece la creación de un Registro de Instituciones Museísticas de Castilla-La Mancha, en el que quedarán clasificadas todas estas Instituciones,

sus deberes como tales y la forma en cómo serán tuteladas.

Además del personal adscrito a dichas Instituciones, también se prevé la forma de participación del ciudadano, para cuyo fomento se prevé la celebración de convenios especiales con determinadas instituciones como las universidades, fundaciones...

- Ley 3/2014, de 21 de julio, de la garantía de la atención sanitaria y del ejercicio de la libre elección en las prestaciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

Publicada en el DOCLM núm. 142 (25-07-2014)

Según se avanza en la propia exposición de motivos de la ley, el sistema sanitario de la región debe adaptarse a las nuevas necesidades de los castellano-manchegos, y tratar de ofrecer al paciente un mayor protagonismo dentro del sistema, considerándose que un mecanismo esencial para conseguirlo es permitir al paciente que elija su centro sanitario y al personal que quiere que lo atienda.

También se pretende incidir en los elementos que priorizan la atención de los pacientes, entendiendo que la gravedad de la enfermedad, y la eficacia y oportunidad de las intervenciones quirúrgicas, deben determinar el orden en las listas de espera.

Precisamente por ello la presente ley persigue dos objetivos; por un lado garantizar una respuesta adecuada de la atención sanitaria especializada, programada y no urgente, y por otra, regular el derecho a la libre elección de médico y centro sanitario.

En cuanto a los plazos máximos de respuesta, se establece que será la Consejería de Sanidad la que los fije, atendiendo a la gravedad de la situación, eficacia de la intervención, oportunidad de la misma y si la enfermedad tiene carácter invalidante para trabajar. Estos serán, por tanto, los criterios a tener en cuenta para priorizar a los pacientes dentro de las listas de espera.

- Ley 4/2014, de 21 de julio, de Reforma de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha.

Publicada en el DOCLM núm. 143 (28-07-2014)

A través de la LO 2/2014, se reforma el Estatuto de Autonomía de Castilla-La

Mancha, tratando de paliar, entre otras cosas, las consecuencias de la difícil situación económica que se viene produciendo en los últimos años.

Precisamente para afianzar y reforzar lo previsto en esa ley estatal, se elabora la presente ley, cuyo objetivo principal es la reducción de los diputados castellanomanchegos a 33, pues se considera que dicha disminución supone un ahorro económico y además la Cámara Legislativa se adapta a las circunstancias sociales concretas de la Comunidad Autónoma.

Se parte de la adjudicación de 3 escaños a cada una de las provincias, y el resto se repartirán de manera proporcional al número de habitantes de cada una de las circunscripciones.

- Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha.

Publicada en el DOCLM núm. 201 (17-10-2014)

Ya existía en Castilla-La Mancha una ley relativa al menor del año 1999, sin embargo, debido al tiempo transcurrido, se ha considerado necesario adaptar dicha regulación a las nuevas realidades sociales, para profundizar en la protección y promoción de la infancia y la adolescencia.

Se trata de una ley bastante amplia que consta de un total de ciento treinta y cinco artículos, distribuidos en nueve títulos.

El principal objetivo de la misma es proteger y atender, de manera integral, a la infancia y adolescencia de la región, estableciéndose como tareas primordiales para su consecución, entre otras, la garantía del ejercicio de los derechos que le son reconocidos, establecer actividades que fomenten estos derechos y el bienestar, y la protección de menores en situación de riesgo o desamparo.

También se establecen en la ley los derechos y deberes de los menores, pero también las responsabilidades de los padres, los ciudadanos y los poderes públicos respecto a ellos. Se pretende potenciar la posición de la familia, y que siga siendo el pilar básico en el desarrollo del menor y del adolescente.

Se hace especial hincapié en las instituciones de protección del menor, a través de las ya existentes figuras del menor de riesgo, y el menor desamparado,

e incluyéndose una más, fruto de las nuevas realidades sociales, el menor con conductas inadaptadas.

Se regulan determinadas figuras esenciales como son el acogimiento o la adopción, fomentando el acogimiento familiar, y creando las Comisiones Provinciales de Tutela y Guarda de Menores, y la Comisión Regional de Adopción.

También se dedica parte de la ley a las medidas alternativas al internamiento cuando se trata de menores infractores, y se fomenta la mediación extrajudicial entre ellos y las víctimas.

-Ley 6/2014, de Modificación de la Ley 9/2002, de 6 de junio, de creación del Consejo Regional de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha y de la ley 8/2008, de 4 de diciembre, de creación de la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos.

Publicada en el DOCM núm. 211 (31-10-14)

El principal objetivo de la presente ley es modificar el Consejo Regional de Relaciones Laborales y la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos, de tal forma que sus funciones ya no sean meramente consultivas, sino que se les dote también de funciones de carácter decisorio.

Dicho cambio obedece a la modificación operada en el Estatuto de los Trabajadores en el año 2012, y que atribuye funciones decisorias, que hasta el momento eran solo de carácter consultivo, a la Comisión Nacional de Convenios Colectivos, y que disponía lo mismo para el órgano correspondiente en las Comunidades Autónomas.

A través de la presente ley se establece que el Consejo Regional desempeñará las funciones que venía realizando hasta el momento y aquellas otras que le atribuya la legislación vigente. En cuanto a la Comisión Consultiva, se añade a sus funciones habituales, la de poder ejercer funciones decisorias cuando surjan discrepancias.

-Ley 7/2014, de 14 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha.

Publicada en el DOCM núm. 233 (2-12-14)

En este caso la ley se elabora con la intención de cumplir principalmente tres

objetivos: 1) garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la inclusión de las personas con discapacidad, 2) asegurar la transversalidad de todas aquellas políticas que se realizan respecto a las personas con discapacidad y 3) establecer una serie de principios para proteger y garantizar los derechos de las personas discapacitadas.

Para la consecución de estos fines se establecen distintas medidas, desde diferentes ámbitos como la salud, la educación, el empleo, el deporte... Entre las medidas destinadas a favorecer la participación de las personas discapacitadas destaca el reconocimiento legal de la Comisión de las Políticas de Discapacidad de Castilla-La Mancha creada mediante Decreto en 2012.

También se pretenden instaurar protocolos de coordinación entre las diferentes políticas puestas en marcha por la Administración Autonómica, siempre que vayan encaminadas al cumplimiento de las necesidades de las personas discapacitadas.

Asimismo, entre las medidas encaminadas a proteger los derechos de los discapacitados, merece especial atención a las encaminadas a la protección de la mujer con discapacidad, por concurrir una doble discriminación.

-Ley 8/2014, de 20 de noviembre, por la que se modifica la Ley 2/2010, de 13 de mayo, de Comercio.

Publicada en el DOCM núm. 234 (3-12-14)

Nos encontramos ante una ley cuya principal finalidad es realizar modificaciones en la Ley de Comercio de Castilla-La Mancha, aprobada en 2010, que abarcan diferentes aspectos. Se define qué es el establecimiento comercial, se obliga al comerciante a que se refleje el precio anterior y el posterior cuando se trata de promociones, se aclara qué debe entenderse por ventas a distancia, el consumidor y usuario dispondrá de un plazo mínimo de 14 días naturales para desistir del contrato, también se aclara qué debe entenderse por subasta pública y se amplía hasta un máximo de 15 años el plazo de duración de las autorizaciones para el ejercicio del comercio ambulante.

-Ley 9/2014, de 4 de diciembre, por la que se adoptan medidas en el ámbito tributario de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

Publicada en el DOCM núm. 241 (15-12-14)

A través de la presente Ley, la Comunidad Autónoma establece una rebaja

fiscal, mediante la aprobación de una nueva escala autonómica del IRPF, y de nuevas cuantías del mínimo por descendiente. La nueva escala se establece en el artículo 1 de la Ley, y que será aplicable a partir del 1 de enero de 2015.

También se eliminan, con la intención de que sirva como impulso para mejorar la situación económica de la región, los costes para los empresarios que se derivan de la expedición de los certificados de exportación, además de que se simplifican los trámites previstos para este tipo de comercio. Esta medida se lleva a cabo a través del artículo 2, que modifica la Ley de Tasas y Precios Públicos de Castilla-La Mancha aprobada en 2012.

-Ley 10/2014, de 18 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2015.

Publicada en el DOCM núm. 250 (29-12-14)

Se trata de la última Ley aprobada en 2014, y con ella se establecen los Presupuestos Generales de la región para 2015, si bien la exposición de motivos de la Ley establece que se integran en un marco a medio plazo para el periodo 2015-2017, ya que se considera que el escenario previsiblemente sea de estabilidad presupuestaria.

Estos presupuestos son elaborados en un contexto de crecimiento económico moderado, por lo que se prevé que durante 2015 se vuelvan a alcanzar objetivos de estabilidad, sin que sea necesario acudir a nuevos recortes en el gasto.

Se siguen elaborando con la pretensión de asegurar la calidad, y la eficiencia y viabilidad económica y financiera de los servicios públicos. Se piensa especialmente en acelerar el crecimiento económico y la creación de empleo, así como la potenciación de los servicios sociales básicos.

Modificación del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha

También se ha producido una modificación de dicho Reglamento, para ampliar el periodo de sesiones ordinario. Se modifica el artículo 79.1 para incluir los meses de enero y julio. Tras la modificación uno de los periodos durará de septiembre a diciembre, y el otro de enero a julio.

RESUMEN

En este trabajo se presenta un repaso de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional referidas a Comunidades Autónomas, en procesos de inconstitucionalidad y de conflictos de competencias, durante el año 2014. Además, se realiza un breve comentario de aquellos procesos en los que ha intervenido la Región de Castilla-La Mancha.

ABSTRACT

In this paper a review of the judgments of the Constitutional Court concerning autonomous regions in processes of constitutional and jurisdictional conflicts during 2014. In addition comes, it is made a brief comment of those processes played by Castilla-La Mancha.

PALABRAS CLAVE

Región, sentencia, Tribunal Constitucional.

WORDS KEY

Región, judgment, Constitutional Court.

**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

Recibido: 1-3-2015
Aceptado: 16-6-2015

Como en periodos anteriores, la labor del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en el año 2014, referida al ejercicio de sus competencias constitucionales y estatutarias -atribuidas por la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, que regula dicho órgano y el Gobierno de nuestra comunidad autónoma-, se ha concretado en la emisión de diez dictámenes sobre Anteproyectos de Ley, que el Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ha sometido a la consideración de este órgano consultivo antes de su aprobación por las Cortes Regionales.

Como viene siendo habitual, en la exposición que se realizará sobre la doctrina más relevante establecida por estos dictámenes, se recogerá el contenido más destacable de seis de los mismos, en los que el Consejo Consultivo realizó consideraciones de carácter esencial que conviene recordar como doctrina más significativa referida a la materia que nos ocupa.

El esquema que se seguirá en cada uno de los apartados del presente trabajo se estructurará, a su vez, en tres bien diferenciados, referidos a la finalidad del anteproyecto, consideraciones fundamentales emitidas por el Consejo y, en su caso, nivel de atención que dichas observaciones hayan tenido en el texto normativo aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha.

Procede, pues, adentrarse en la exposición descrita.

Dictámenes sobre anteproyectos de Ley.

- Dictamen número 50/2014, de 19 de febrero, solicitado por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, sobre el anteproyecto de Ley de Museos de Castilla-La Mancha.

La Memoria justificativa de la norma sometida a dictamen recogía una amplia descripción de la realidad museística de la Región, con indicación de los centros existentes, los datos sobre su titularidad, registros estadísticos de visitas, fondos disponibles y medios personales empleados. El objetivo fundamental de aquélla se describía en el artículo 1, que era el de regular las instituciones museísticas de interés para Castilla-La Mancha.

El dictamen realizó las consideraciones de carácter esencial que se pasan a describir.

En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley, se señaló en primer término que

el apartado 3, del artículo 1, relativo al alcance de la Ley respecto de los museos estatales cuya gestión ha sido asumida por la Junta de Comunidades por vía convencional a través del cauce previsto en el artículo 33.5 del Estatuto de Autonomía, venía a configurar un sistema de fuentes en dicha materia que no tenía engarce constitucional.

Así, dicho apartado, en la última versión sometida a dictamen, establecía que: [...] 3. *Los museos de titularidad estatal cuya gestión esté transferida a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se regirán por lo previsto en los convenios correspondientes, en la legislación estatal y, en su defecto, por lo previsto en la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo*".

El Consejo señaló al respecto que *"en los museos estatales gestionados por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ésta ostenta únicamente competencias de carácter ejecutivo, desprovistas, por tanto, de potestades legislativas o reglamentarias -salvo, en el segundo caso, las de orden organizativo inherentes a las funciones de gestión asumidas-. De tal modo, resulta improcedente que quiera configurarse esta Ley, genéricamente, como un cuerpo legal de aplicación supletoria, que opere en defecto de normativa estatal o de previsiones en los convenios que rigen la mencionada cesión de gestión, al tratarse de un ámbito normativo que corresponde al Estado"*.

En consonancia con los planteamientos formulados por este Consejo en su dictamen 175/2010, de 15 de septiembre, relativo al anteproyecto de Ley de la Lectura y de las Bibliotecas de Castilla-La Mancha, y con la línea doctrinal marcada por el Tribunal Constitucional, a juicio del Consejo, *"el artículo 1.3 analizado debería utilizar otra construcción definitoria del ámbito de aplicación de la Ley que no suscite ningún tipo de injerencia sobre las competencias normativas del Estado y que no suponga una construcción jurídica improcedente respecto al sistema constitucional de fuentes, donde la regla de supletoriedad de bloques normativos está configurada en favor del derecho estatal -artículo 149.3 de la Constitución-. De tal modo, parece más procedente retornar a la fórmula contemplada al efecto en el primer borrador del texto proyectado, donde se señalaba para esta clase de museos que "3. Los museos de titularidad estatal cuya gestión esté transferida a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se regirán por lo previsto en la normativa estatal y en los convenios de transferencias"*.

"Además, el singular sistema de reparto de atribuciones imperante en relación con este tipo de museos estatales, cuya gestión fue asumida por la Junta de

Comunidades con arreglo a las estipulaciones recogidas en los correspondientes convenios -aparentemente, todavía las plasmadas en el citado Convenio de 24 de septiembre de 1984-, aconseja también replantearse la necesidad de mantener los preceptos específicos que, ulteriormente, contemplan el tratamiento de determinadas incidencias en este tipo de museos, como las referentes a las salidas de fondos -artículos 30.3 y 34.4 y 5-; pues, aunque en ellos solo se refleje el mero sometimiento a la normativa estatal aplicable o a los convenios existentes, ello ya vendría dado por la previsión de carácter general acogida en el artículo 1.3.

Como muestra paradigmática de los efectos totalmente inapropiados que pueden llegar a tener este tipo de remisiones reiterativas e innecesarias, hay que mencionar, en este caso, la ulterior referencia al artículo 34.3 acogida en el artículo 59.a), en cuya virtud se tipifica como infracción muy grave “la salida y traslado de fondos de las instituciones museísticas, sin contar con las autorizaciones expresadas en el artículo 34, apartados dos y cuatro”. Es decir, contemplando el artículo 34.4, únicamente, que “la salida de fondos museísticos de titularidad estatal de cualquiera de los museos de titularidad estatal gestionados por la Administración Regional, necesitará autorización del órgano competente de la Administración del Estado” y que “las solicitudes deberán efectuarse de acuerdo con la normativa del Estado en esta materia”, carece de fundamento competencial y de lógica jurídica que pretenda configurarse como tipo infractor la inobservancia de esas normas, en cuanto pertenecientes a un bloque normativo ajeno a la competencia que sustenta la potestad legislativa ejercitada, toda vez que correspondería al Estado determinar legislativa y reglamentariamente el régimen sancionador o disciplinario aplicable a tal clase de incumplimientos.

Asimismo, ligado a lo previsto en el artículo 1.3, convendría reconsiderar la viabilidad de establecer imperativamente el otorgamiento de reconocimiento oficial a los museos estatales -con o sin gestión transferida, (artículo 8.2)-, a tenor de sus inciertas consecuencias para los mismos en relación con determinadas previsiones del articulado de la Ley, como las que, sin ánimo de ser exhaustivo, seguidamente se mencionan:

- Artículo 10.1, relativo a la obligación de apertura.*
- Artículo 11.3, referente a la aplicación general del capítulo III del título I (artículos 12 al 15).*
- Artículo 27.1, concerniente a la tenencia de Libros de Registro.*
- Artículo 29, sobre informatización de inventarios".*

Si bien en el caso de los museos cuya gestión se ha reservado el Estado, lo previsto en el artículo 1.2 permitiría considerar que no están sujetos en modo alguno a las previsiones de la Ley, para aquellos otros de gestión autonómica, algunos de los preceptos aludidos llevan implícitos deberes y obligaciones que, de reputarse más allá de las funciones de gestión ejercidas según lo pactado, podrían requerir formalmente de una asunción convencional, sin la cual su aplicabilidad quedaría viciada por la improcedencia del régimen de supletoriedad contemplado en el artículo 1.3 del anteproyecto.

Paralelamente, cabría replantearse la procedencia de las encomiendas de actuaciones sobre cartas de servicios, estructura orgánica o plantillas de personal e informatización de inventarios enunciadas en las disposiciones adicionales primera, tercera y quinta, respecto de los museos estatales de gestión autonómica, en la medida en que tales actuaciones pudieran hallarse condicionadas por las pautas de gestión que vengan impuestas por la normativa estatal o por la distribución de facultades dimanante de las estipulaciones del Convenio de aplicación. En este último sentido, conviene hacer notar que, según el apartado 3.1 del referido Convenio de 24 de septiembre de 1984, “la Dirección de los Museos y Archivos de titularidad estatal a que se refiere el presente Convenio, se designará por la Administración del Estado”, lo que ha de ponerse en conexión con el contenido de las funciones directivas enunciadas en el artículo 16 del citado Real Decreto 620/1987, de 10 de abril, y con el propio régimen general de funcionamiento establecido por dicha norma reglamentaria”.

Tras el extenso razonamiento de sus observaciones, el Consejo efectuó las siguientes recomendaciones:

“a) Debería suprimirse por improcedente el inciso final del artículo 1.3 del anteproyecto examinado, relativo al régimen de supletoriedad previsto para los museos estatales de gestión autonómica.

b) Para el resto de normas que por su generalidad o ambigüedad pudieran sugerir una vocación expansiva respecto de estos museos estatales de gestión transferida, se recomienda que los preceptos respectivos introduzcan las correspondientes cautelas o puntualizaciones, en orden a garantizar el necesario respeto de la normativa estatal de aplicación y de las previsiones convencionales que rijan la singular fórmula de gestión arbitrada al amparo del artículo 33.5 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

c) Asimismo, dada la inadecuación de considerar aplicable esta norma de

rango legislativo a museos estatales, aunque sean gestionados por la Comunidad Autónoma, este Consejo considera más adecuado que, en concordancia con la supresión del último inciso del artículo 1.3, se eliminen también todas las mencionadas referencias a museos estatales de gestión autonómica contenidas en otros artículos de la ley”.

Por último, se realizó una observación en relación a la tipificación de infracciones graves que efectuaba el artículo 60 del anteproyecto, en el que se relacionaban los supuestos configurados como tales. Se incluían entre ellos:

“d) La disgregación de las colecciones y los actos de gestión de las mismas sin observación de las preceptivas comunicaciones y autorizaciones previstas en los artículos 30 y 31. [] [...].

f) La comercialización de copias y reproducciones de fondos museísticos de titularidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sin contar con la autorización expresada en el artículo 38”.

Entendía el Consejo en su dictamen que *“tanto en un caso como en otro las remisiones contenidas en ambos apartados para configurar el tipo infractor parecen ser erróneas. En el supuesto contemplado en el epígrafe d) la lectura del artículo 30, allí mencionado, evidencia que en el mismo -dedicado a la formalización de depósitos-, no se alude, al menos de forma expresa, a ningún tipo de comunicación o autorización. Por otro lado, tampoco el artículo 38, relativo a la realización de copias y reproducciones de piezas museísticas, contiene previsión alguna expresamente asociada a la obtención de algún tipo de autorización.*

Por lo tanto, un adecuado cumplimiento del principio de tipicidad, consagrado por el artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, impone que los tipos infractores definidos en ambos apartados sean objeto de la debida clarificación, bien en el artículo 60, bien en los preceptos a los que se remita, que deberán ser los adecuados”.

La disposición finalmente aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha fue la Ley 2/2014, de 8 de mayo, de Museos de Castilla-La Mancha, que atendió las recomendaciones de carácter esencial efectuadas en el dictamen.

- Dictamen número 168/2014, de 21 de mayo, solicitado por la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, sobre el anteproyecto de Ley de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha.

En la Memoria del anteproyecto se recogían los objetivos pretendidos con la iniciativa que consistían en: renovar el marco normativo de la protección jurídica a la infancia y la adolescencia para adaptarlo a las necesidades actuales de las familias; definir los derechos y deberes de los menores y garantizar su cumplimiento, definir y delimitar las instituciones de protección de los menores; distribuir competencias entre los distintos órganos y servicios de la Administración al objeto de perfilar procedimientos más ágiles; contribuir al ahorro del gasto público mediante el reconocimiento y fomento del acogimiento familiar; favorecer medidas alternativas al internamiento en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores infractores fomentando la mediación extrajudicial como mecanismo de conciliación y constituir un régimen sancionador más eficaz.

El texto de la norma sometida a dictamen fue acreedora de las observaciones de carácter esencial que se describen a continuación.

El dictamen comenzó aclarando que “la esencialidad deriva en la práctica totalidad de los preceptos analizados de lo que se percibe como una constante en su redacción consistente en la incorrecta técnica normativa empleada, al reproducir preceptos de las leyes estatales que configuran el marco normativo en el que se ha de desenvolver el anteproyecto, ya citadas en la consideración precedente. Si bien es obvio que no todos los defectos de técnica normativa han de conllevar observaciones esenciales, en los supuestos que más adelante se detallan la esencialidad deriva de que la reproducción de la legislación estatal puede implicar problemas desde la perspectiva de la seguridad jurídica, y por tanto podría conllevar, en caso de mantenerse dichos preceptos en el texto de la ley, su posterior declaración de inconstitucionalidad por infracción de dicho principio, reconocido en el artículo 9.3 de la norma fundamental. Ello implica una posibilidad cierta e inmediata de inconstitucionalidad de origen, a la que hay que añadir (en caso de que esta no fuese apreciada o declarada) lo que más adelante se dirá respecto al riesgo de que se produzcan situaciones de evidente inconstitucionalidad sobrevenida en caso de posteriores modificaciones de la legislación estatal”.

Continuaba exponiendo el Consejo que “*En aras a analizar los citados problemas de seguridad jurídica y, por consiguiente, de constitucionalidad, debe traerse a colación la doctrina del Tribunal Constitucional contenida entre otras en la Sentencia 314/2005, de 21 de diciembre, con cita de la más relevante ju-*

risprudencia anterior mantenida en Sentencias tales como la 62/1996, de 17 de octubre o 150/1998, de 2 de julio, y de la cual se hacen eco pronunciamientos más recientes como los de las Sentencias 18/2011, de 3 de marzo, 137/2012, de 19 de junio y 201/2013, de 5 de diciembre.

En concreto señala el Alto Tribunal en el referido pronunciamiento lo siguiente: “[...] La doctrina constitucional relevante para la resolución de este segundo motivo de impugnación [...] se halla sintetizada en la STC 162/1996, de 17 de octubre (RTC 1996,162) (F.3); síntesis que posteriormente se reproduce en la STC 150/1998, de 2 de julio (RTC 1998,150) (F.4). De acuerdo con dicha doctrina, “cierto es que este Tribunal no es Juez de la calidad técnica de las Leyes (SSTC 341/1993 [RTC 1993,341] y 164/1995 [RTC 1995,164]), pero no ha dejado de advertir sobre los riesgos de ciertas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por inadecuadas al sistema de fuentes configurado en la Constitución. Así lo hizo respecto de la reproducción por Ley de preceptos constitucionales (STC 76/1983 [RTC 1983,76], F.23), en otros casos en los que Leyes autonómicas reproducían normas incluidas en la legislación básica del Estado (SSTC 40/1981 [RTC 1981,40] y 26/1982 [RTC 1982,2], entre otras muchas) o, incluso, cuando por Ley ordinaria se reiteraban preceptos contenidos en una Ley Orgánica. Prácticas todas ellas que pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía”.

Este riesgo adquiere una especial intensidad cuando concurre el vicio de incompetencia material de la Comunidad Autónoma, “porque si la reproducción de normas estatales por Leyes autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades, esta operación se convierte en ilegítima cuando las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre una materia (STC 35/1983 [RTC 1983,35]). En este sentido, cumple recordar lo declarado por este Tribunal en su STC 10/1982 (RTC 1982,10) (F.8) y más recientemente recogido en las SSTC 62/1991 (RTC 1991,62) [F.4, apartado b)] y 147/1993 (RTC 1993,147) (F.4) como antes citamos, la simple reproducción por la legislación autonómica además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a las Comunidades Autónomas” (ibidem). Aunque también hemos precisado que “esta proscripción de la reiteración o reproducción de normas... por el legislador autonómico (leges repetitae) no debemos extenderla a aquellos supuestos en que la reiteración simplemente consiste en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados

preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico” (STC 47/2004, de 29 de marzo [RTC 2004,47], F.8)”.

Partiendo de esta doctrina jurisprudencial, el Tribunal a continuación matiza su pronunciamiento al caso distinguiendo dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas de las cuales se derivan distintas consecuencias: “[...] El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. El segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal (salvo supuestos excepcionales como el aludido en la STC 47/2004, de 25 de marzo), en el primero, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto”.

*En suma, la inconstitucionalidad se producirá siempre en el caso de repetición de leyes estatales aprobadas en ámbitos de competencia exclusiva del Estado; en cambio, en el caso de las competencias compartidas según el esquema bases-desarrollo, solo podrá hablarse de dicha inconstitucionalidad en los casos en que esta técnica conlleve infracción de la seguridad jurídica. Y esta infracción se produciría, en palabras de López Guerra, “si la norma autonómica indujera a confusión, en el sentido de postular aparentemente que las bases estatales no fueran aplicables” (Luis López Guerra, “La técnica legislativa ante la jurisdicción constitucional”, en *La técnica legislativa a debate*, coords. J. M. Corona Ferrero et alii, Tecnos, Madrid, 1994, p. 303), como podría ser el caso de reproducciones parciales, o con añadidos u omisiones. En general, como alternativa a la reproducción se ha postulado doctrinalmente la remisión (véase López Guerra, *op. cit.*, pág. 303), o la indicación expresa de que un artículo es repetición de otra ley (Piedad García-Escudero Márquez, “Manual de técnica legislativa”, Civitas, Madrid, 2011, p. 235), si bien esta última opción solo resulta aplicable, como más adelante se dirá, al caso de competencias compartidas.*

Los reparos que a continuación se realizan a diversos preceptos del anteproyecto tienen la mayoría encaje en el segundo de los supuestos que contempla el Tribunal Constitucional (repetición de leyes estatales en materia de competencia exclusiva del Estado). En efecto, la reproducción se refiere a materias en las

que la Comunidad Autónoma carece por completo de competencia, al incidir en ámbitos como el civil, penal o procesal, cuya regulación competen en exclusiva al Estado, ex artículo 149. 1.6^a y 8^a de la Constitución.

Cabe señalar que por lo que respecta al ámbito penal, ninguna Comunidad Autónoma posee competencias legislativas en la materia. En el ámbito procesal, también la legislación es competencia exclusiva del Estado, si bien en este caso sin perjuicio de las “necesarias especialidades que [...] se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”, de acuerdo con el artículo 149.1.6^a de la Constitución, y que según el Tribunal Constitucional (por ejemplo en STC 47/2004, de 25 de marzo), requiere justificación de la directa y necesaria conexión entre dichas peculiaridades sustantivas y especialidades procesales. Por su parte, en el ámbito civil, cuyas competencias aparecen atribuidas al Estado “sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. La existencia de competencias autonómicas compartidas en este ámbito podría validar, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, una posible reproducción de preceptos del Código Civil por parte del legislador autonómico, pero no es este el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha que carece por completo de competencias en dicho orden civil. Cabe a estos efectos traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la reciente Sentencia 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013\81) en la que con motivo de una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con diversos preceptos de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de las uniones de hecho de la Comunidad de Madrid, se afirma lo siguiente: “[...] El problema constitucional que la regulación descrita plantea es que -como no podía ser de otro modo, atendiendo a la finalidad que persigue- dicho efecto se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil. El aludido carácter civil de la regulación que examinamos se ratifica si se tienen en cuenta que determinadas previsiones de este precepto no son sino trasunto de reglas equivalentes contenidas en el Código Civil. [...] [] Las consecuencias del examen de esta regulación desde la perspectiva del orden constitucional de distribución de competencias son claras, pues ya tenemos declarado que las regulaciones relativas a las relaciones interprivatas constituyen reglas de Derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil (STC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 5), relaciones interprivatas en las que, indudablemente se integran los pactos de contenido económico y patrimonial a los que se refieren estos preceptos. En dicha materia el Estado ostenta, conforme al primer inciso del art. 149.1.8 CE, la competencia exclusiva

sobre “legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Esta última circunstancia, la previa existencia de un Derecho civil foral o especial, no concurre en el caso de la Comunidad de Madrid, cuyo Estatuto de Autonomía no recoge mención alguna a competencias autonómicas en este ámbito. [] Por tanto, como quiera que la Comunidad de Madrid no ostenta competencias sobre Derecho civil foral o especial, la regulación del art. 4 de la Ley 11/2001 se sitúa extramuros de sus facultades legislativas y vulnera las competencias del Estado, tal como las mismas se establecen en el art. 149.1.8 CE, debiendo ser declarado, por ello, inconstitucional y nulo”.

No obstante lo anterior, se efectúan también algunos reparos a determinados preceptos cuyo contenido es de proclamación constitucional; o que teniendo cabida en la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de “protección y ayuda a los menores” (artículo 31.1.20ª del Estatuto de Autonomía), o en la de “Protección y tutela de menores” (artículo 31.1.31ª), contravienen en algunos de sus extremos a la legislación estatal; y a algunos otros de índole procedimental que encontrando también encaje en la competencia de la Comunidad Autónoma para regular el “procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia” (artículo 31.1. 28ª del Estatuto de Autonomía), no resultan plenamente respetuosos con la normativa estatal reguladora del procedimiento administrativo común contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

*Procede concluir [...] añadiendo que los riesgos advertidos en dichos pronunciamientos constitucionales derivados del empleo de las *leges repetitae*, podrían incrementarse respecto de la norma que se examina si como ha anunciado el Gobierno de la Nación se aprobase finalmente el futuro anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, que hasta donde ha podido conocer este Consejo contendrá, entre otras, previsiones que modificarán la legislación civil, penal y procesal aplicable a la materia. Es previsible, por tanto, que el marco normativo en el que se incardina la norma autonómica que se examina experimente variaciones notablemente significativas, por lo que este Consejo no puede dejar de advertir que los problemas apuntados podrían ser incluso más graves en el futuro, ya que además de los problemas de seguridad jurídica y constitucionalidad en que podrían incurrir algunos preceptos en los casos ya apuntados, podrían darse en un futuro próximo supuestos, incluso dentro de materias en las que tenga competencias la Comunidad Autónoma, de clara inconstitucionalidad sobrevenida de aprobarse la ley autonómica con anterioridad a la estatal y*

modificar ésta los preceptos que son objeto de reproducción”.

De acuerdo con la citada doctrina del Tribunal Constitucional y atendiendo a los límites de la potestad legislativa autonómica en la materia se concretaron las siguientes observaciones al anteproyecto:

1. Título I. “Derechos y deberes de los menores”.- Se recordaba la doctrina recogida en el dictamen 93/1998, de 10 de diciembre, en cuanto a la regulación de derechos y deberes del menor: *“la Comunidad no debe reproducir derechos ya reconocidos por la Constitución, aun cuando queden referidos al menor; ni definir el contenido esencial de los incluidos en la Sección Primera, Capítulo II de su Título Primero como derechos fundamentales y libertades públicas, por cuanto, como se ha dicho, esta tarea está encomendada por el artículo 81.1 del texto constitucional a las Leyes Orgánicas, instrumento normativo que sólo tiene el Estado. Asimismo y por la reserva de Ley Orgánica, la Comunidad no puede entrar a regular materias que hayan sido reguladas por una ley de este carácter; como son las señaladas en la Ley Orgánica 1/1996 ya citada. [] En definitiva en esta materia, la potestad normativa ha de quedar reducida al establecimiento de las actuaciones administrativas encaminadas a hacer efectivos los derechos reconocidos al menor en la Constitución, los Tratados Internacionales suscritos por el Estado español en la materia, y otras Leyes Orgánicas, si bien, siempre que tenga la competencia plena para la regulación de un determinado sector sobre el que la Constitución no haya otorgado un derecho fundamental, sí puede procederse a este reconocimiento, como es el caso del medio ambiente o de la salud”.*

Al hilo de dicha doctrina, el órgano consultivo indicó que no era desconocedor de *“la evolución posterior de la jurisprudencia constitucional en la materia, que en ciertos casos da entrada a la posibilidad de una normativa autonómica en materia de derechos, tanto en el plano estatutario como en el legislativo. A estos efectos es muy importante destacar que el Tribunal Constitucional en algunos de sus pronunciamientos ha validado, aun con límites y con reproches de incorrecta técnica jurídica, la reproducción de preceptos constitucionales en Estatutos de Autonomía. Así lo ha expresado en la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre (RTC 2007\247), dictada en relación con la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en la que afirmaba que “teniendo los derechos constitucionales la condición de tales como consecuencia de su consagración en la Constitución, es claro que los mismos no pueden ser objeto de regulación por los Estatutos de Autonomía. [] Sin embargo, si el legislador estatutario, simplemente, reprodujera los derechos constitucionales (aunque como ha señalado este Tribunal*

en reiteradas ocasiones, no es técnicamente correcto transcribir en las Leyes los preceptos constitucionales: STC 76/1983, de 5 de agosto [RTC 1983,76], F.23; en igual sentido, STC 118/1996, de 27 de junio [RTC 1996,118], F.12, entre otras) lo relevante desde la perspectiva de su constitucionalidad será el alcance de dicha reproducción. En tal sentido, si el legislador estatutario va más allá de la mera reproducción e incide en los derechos fundamentales, tales previsiones, que tendrán la eficacia señalada en el párrafo c) anterior, sólo serán legítimas si, además, guardan relación con alguna de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, incurriendo en inconstitucionalidad en caso contrario”.

La citada sentencia hace también referencia a la posibilidad de que normas autonómicas con rango de ley intervengan en el desarrollo de los derechos constitucionales, si bien poniendo límites y requisitos a esta posibilidad: “La interpretación del art. 53 de la Constitución en el marco general de ésta obliga a entender, en consecuencia, que, si bien la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución requiere siempre una norma de rango legal, esta norma sólo ha de emanar precisamente de las Cortes Generales cuando afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos les atribuyan competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente, en uno u otro grado, una regulación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados” (STC 37/1981, FJ 2). En fin, dicha decisión, cuya jurisprudencia se ha mantenido en otras posteriores, se refiere también a la posibilidad de que la legislación autonómica pueda proceder a la interpretación de preceptos constitucionales: “dos criterios pueden extraerse de la doctrina contenida en la STC 76/1983 y complementarias aludidas. El primero consiste en señalar que lo que le está vedado al legislador, estatal o autonómico, es la interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional de reparto competencial con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos, imponiéndoles su propia interpretación de la Constitución. Y el segundo, consecuencia del anterior, se traduce en que los poderes legislativos constituidos, estatal o autonómico, ejercerán su función legislativa de modo legítimo cuando, partiendo de una interpretación de la Constitución, sus normas se dirijan a su ámbito competencial, ejerciendo las competencias propias, siempre que, al hacerlo, no pretendan imponer a todos los poderes públicos, como única, una determinada opción interpretativa del precepto constitucional [...]” (STC 247/2007, de 12 de diciembre, f. j. 8).

En suma, la mera repetición de preceptos constitucionales (y en particular, de derechos fundamentales) es una técnica admisible, pero desaconsejable desde la perspectiva técnica. Pero además, la misma se vuelve inconstitucional siempre que no sea una estricta reiteración, implicando cualquier añadido, u cuando tenga cualquier tipo de incidencia en una regulación que corresponde exclusivamente a la norma fundamental. Por su parte, en lo relativo al desarrollo de los derechos constitucionales (o de los principios rectores del capítulo III del título I de la Constitución), la legislación autonómica puede intervenir siempre que no afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes, ya que esta es una competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.1^a.

Como consecuencia de lo anterior, en el supuesto que se examina es legítimo que el anteproyecto de ley autonómica contenga un título dedicado a los derechos y deberes de los menores, pero hay que atender a la regulación contenida en cada uno de sus preceptos. Así, por un lado, es inadecuada la reproducción, en los preceptos que a continuación se detallan, del reconocimiento de derechos fundamentales de rango constitucional, cuya proclamación corresponde al poder constituyente, y su desarrollo y regulación, al menos en sus aspectos esenciales en los términos ya explicados, únicamente compete al legislador estatal orgánico en virtud de lo previsto en el artículo 81.1 de la Constitución, por lo cual merecen un reparo esencial. Tal es el caso del artículo 7.1 que “de acuerdo con la Constitución Española” reconoce el derecho a la vida y la integridad física de los menores, dado que dicho reconocimiento solo puede ser obra del propio poder constituyente; y del artículo 14, dado que reconoce el derecho del menor a la “formación educativa”, y que es una reiteración parcial del artículo 27 de la Constitución, al cual sin embargo se añaden otras consideraciones. En estos casos, y dada la oportuna referencia general al marco constitucional y legal contenida en el artículo 6, se aconseja suprimir las reproducciones, que a veces son parciales, pues pueden implicar diferencias o conllevar un cierto desarrollo que no corresponde llevar a cabo al legislador autonómico. Si por el contexto se considera necesario, bastaría una mención del derecho y del precepto constitucional que lo contiene, ya que no debe ser la ley autonómica la que “reconozca” el derecho.

Como ya se anticipó, la mayoría de los preceptos que son objeto de esta consideración esencial contienen reproducciones de leyes estatales en ámbitos de competencia exclusiva del Estado, Por ello, una vez fundamentados los motivos de la esencialidad, se procederá a una referencia breve a cada uno de ellos, señalando cuál es el precepto que reproducen. En cuanto al Capítulo I,

“Derechos de los menores”, ha de estimarse contrario al orden de distribución de competencias el artículo 8.2 que define el concepto de “intromisión ilegítima” en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, aspecto que viene definido en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996; el artículo 9.1 en cuanto prevé que los padres, tutores o guardadores velen porque la información a la que accedan los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales, extremo recogido en el artículo 5.3 de la citada Ley Orgánica; el artículo 10.2 que señala límites al derecho de libertad de expresión y define el contenido del mismo, innovando el contenido del artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1996; el artículo 11.1 que reconoce el derecho del menor a la participación en los diferentes ámbitos, previsto en el artículo 7 de la Ley Orgánica; y el artículo 19 que reconoce el derecho de los niños y adolescentes a vivir con sus padres, aspecto que se recoge en el artículo 154 del Código Civil como deber derivado de la patria potestad”.

2. Título II. “Situación de riesgo, desamparo, conducta inadaptada y las medidas de protección”. En el Capítulo IV, “Declaración de desamparo”, el artículo 37.1 definía la situación de desamparo transcribiendo la definición recogida en el artículo 172.1 del Código Civil.

En el Capítulo V, “Tutela”, el artículo 40.2 preveía que la asunción de la tutela llevara consigo la supresión de la patria potestad o la tutela ordinaria, declarando que serían válidos los actos de contenido patrimonial que realizaran los padres o tutores en representación del menor y que fueran beneficiosos para él, regulación esta de carácter civil prevista en el artículo 172.1 del Código Civil; el artículo 41.1 enumeraba las causas en que podría cesar la tutela derivada de una situación de desamparo, materia civil sobre la que la Comunidad Autónoma no tiene competencia.

En el Capítulo VI, “Guarda”, el artículo 43 enumeraba los supuestos en los que la Administración asumiría la guarda de un menor, materia regulada en el artículo 172.1 y 2 del Código Civil. El artículo 45 se refería al ejercicio de la guarda, señalando en el apartado 1 que se realizaría mediante acogimiento familiar o residencial, norma establecida en el artículo 172.3 del Código Civil. Por su parte, el apartado 2 dejaba abierto de modo inespecífico otras modalidades de ejercicio de la guarda al afirmar que *“Excepcionalmente y cuando lo aconsejen las circunstancias del caso, podrá optarse por modalidades de atención alternativas que se estimen más aptas para responder a las necesidades del menor de edad, siempre que las mismas redunden en interés del menor”*. Sin perjuicio de la imprecisión del precepto que según el Consejo provocaba gran inseguridad jurídica, el dictamen insistía en que *“la Comunidad Autónoma carece de compe-*

tencias para regular las modalidades del ejercicio de la guarda, debiendo estar en ese aspecto a lo previsto en el Código Civil”.

3. Título III. “Procedimiento para el ejercicio de la acción de protección”. En el Capítulo I. “Procedimiento de declaración de situación de riesgo”.- El artículo 50.2 preveía que en el procedimiento de declaración de la situación de riesgo habían de ser oídos los padres, tutores o guardadores del menor, determinando que se entendería cumplido dicho trámite *“cuando los interesados no hayan podido ser localizados”*. El consejo consideraba que *“esta previsión contraviene lo dispuesto con carácter básico en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que prevé en los supuestos de que aun intentada la notificación no se haya podido practicar, la obligación de proceder a la publicación de anuncios en los tablones de edictos municipales y en el periódico oficial correspondiente”*.

Idéntica observación se realizó en relación al Capítulo II, *“Procedimiento para la declaración de desamparo y asunción de tutela”*, en cuyo artículo 57.4 se regulaba el trámite de audiencia en tal procedimiento en similares términos.

En el artículo 60.2 se transcribía la posibilidad de recurso ante la jurisdicción civil contra los acuerdos declarativos del desamparo y la asunción de tutela, regulación prevista en el artículo 172.6 del Código Civil. Y una norma similar se plasmaba en el artículo 63.3 en relación al acuerdo de cese de la tutela, *“regulación para la que la Comunidad Autónoma carece de competencia”*, tal y como se recogía en el dictamen.

El Capítulo III, *“Procedimiento para la asunción de la guarda”*, preveía en el artículo 66.1 -reiterando lo expresado en el artículo 45- las modalidades de ejercicio de la guarda, las cuales vienen previstas en el artículo 172.3 del Código Civil. El artículo 67 introducía un supuesto novedoso de guarda asumida por razones de urgencia cuando existiera peligro grave e inminente para la integridad física y emocional de un menor, sin que fuera precisa resolución administrativa o judicial previa declarando la misma. El órgano consultivo consideró que *“La materia civil de esta regulación excede de la competencia de la Comunidad Autónoma que habrá de estar a los supuestos determinados por el Código Civil en el artículo 172.2”*.

4. Título IV. “Acogimiento”. Capítulo I. “Acogimiento familiar”.- Para el órgano consultivo, esta parte del texto merecía *“un juicio desfavorable por hacer objeto de regulación materias que sólo al Estado le corresponde establecer en*

ejercicio de su competencia exclusiva en materia de legislación civil, el artículo 73, en cuanto supone una reproducción parcial del concepto de acogimiento regulado en el artículo 173.1 del Código Civil; el artículo 74.2 que al determinar quienes pueden ejercer el acogimiento familiar reproduce el 173.1, segundo inciso del Código Civil; y el artículo 75 que bajo la titulación “Duración”, hace referencia a las modalidades de acogimiento residencial contenidas en el artículo 173.bis del Código Civil, obviándose además la denominada “acogimiento familiar preadoptivo” regulada en este mismo precepto”.

5. Título V. “Adopción”. Capítulo I. “Disposiciones generales”.- La adecuación de la regulación contenida en este Capítulo a la legislación civil dictada por el Estado en la materia, consideró el Consejo que hacía necesario la supresión del artículo 87, que se limitaba a definir la adopción, institución esta cuyo concepto se delimita por los artículos 175, 176 y 178 del Código Civil; y del artículo 91.1 por cuanto tampoco compete a la Comunidad Autónoma establecer el sistema de fuentes por las que se rige esta institución al que hacía referencia dicho precepto.

Asimismo en el dictamen se estimó que la Comunidad Autónoma carece de competencia para regular en el artículo 97.4, aun con referencia a la legislación internacional o nacional que lo ampara, el derecho que se reconoce a las personas adoptadas para conocer los datos sobre sus orígenes biológicos en el artículo 180.5 del Código Civil. Así, la regulación autonómica en este aspecto debería ceñirse, de conformidad con este último precepto, a regular las condiciones para que la Administración a través de sus servicios especializados preste “*el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho*”, previsión ésta a la que responde la regulación que contemplaba el apartado 5 del mismo precepto del anteproyecto.

Por último, advertía el Consejo, por lo que respecta al artículo 97.6, que los términos empleados en su redacción para referirse al acceso efectivo a la citada información por parte de los menores de edad, según los cuales “[...] *quedará condicionado a la adecuación del momento evolutivo en el que se encuentre la persona menor de edad y a que tenga suficiente juicio y capacidad para comprender*”, hacen que a dicho acceso se le impusieran unas condiciones más restrictivas que las previstas en el Código Civil, por cuanto éste dispone como único requisito para que el menor pueda acceder a su información biológica que lo haga representado por sus padres. Por lo tanto, se recomienda la reconsideración de la redacción dada al precepto, pues sí estaría al alcance del legislador autonómico señalar, por ejemplo, que para hacer efectivo el acceso a dicha información “*se tendrán en cuenta*” las circunstancias que se señalan respecto del menor.

6.- Título VI. “Ejecución de medidas socioeducativas y judiciales”. Capítulo I. “Disposiciones generales”, Capítulo III. “Medidas en medio abierto”, Capítulo IV. “Medidas en centros” y Capítulo V. “Seguimiento, modificación y cese de las medidas”.- Este Título contenía diversas medidas que incidían en el ámbito penal delimitado en lo que concierne a los menores por la Ley Orgánica 2/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y el dictamen advertía, como ya hiciera este Consejo en su dictamen 93/1998, que *“la potestad normativa autonómica es amplia en cuanto se refiera a prever instrumentos de prevención de comportamientos antisociales de los menores”,* si bien *“una vez detectados y sancionados penalmente, debe limitarse a regular la colaboración que esta normativa penal precise de las entidades administrativas”.*

En cuanto al primero de los Capítulos citados se advertía que el artículo 103.1 en su último inciso no resultaba ajustado a lo dispuesto en el artículo 45.2 de la referida Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. Así en este último precepto dispone el legislador estatal que la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes *“corresponderá a las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, donde se ubique el Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia”,* sin perjuicio de los posibles convenios o acuerdos de colaboración que se establezcan con otras entidades públicas dependientes de otras Administraciones o privadas para la ejecución de dichas medidas, contemplados en el apartado 3 del mismo artículo.

El precepto autonómico analizado, en cuanto atribuía la ejecución de dichas medidas a la Comunidad Autónoma aun cuando las mismas hubieran sido dictadas *“por jueces de menores de otras Comunidades Autónomas sobre menores con residencia en Castilla-La Mancha”,* contravenía lo dispuesto en la norma estatal pues ésta únicamente admite que la determinación de las entidades públicas competentes para la ejecución de las medidas que se apliquen se haga teniendo en cuenta el domicilio del menor, *“en los casos en los que los delitos atribuidos al menor expedientado hubieran sido cometidos en diferentes territorios”,* según previene el artículo 20.3 de dicha Ley Orgánica.

El Consejo, por tanto, recomendó que se eliminase este último inciso y dejar circunscrita la regulación del precepto autonómico a la determinación de los órganos administrativos a los que correspondía la ejecución de las medidas en él contempladas.

En cuanto al Capítulo III, el anteproyecto definía en el artículo 109 el concepto de *“medidas en medio abierto”.* Aun cuando esta definición no aparece

recogida en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, consideró el Consejo que *“el alcance de la misma cabe inferirlo, por contraposición a las que no suponen internamiento del menor, del elenco de definiciones que recoge el artículo 7 de dicha Ley Orgánica respecto de las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores y que aparecen ordenadas según la restricción de derechos que suponen. Parece, por tanto, que tratándose de una materia que cabe encuadrarla en el orden penal y procesal, y no habiéndose justificado que derive de las especialidades de Derecho sustantivo autonómico, es el legislador estatal, aun cuando no lo haya hecho de forma expresa, quien ostenta competencias para definir lo que se haya de entender por tales medidas”*.

Dentro del Capítulo IV se consideró en el dictamen que debería ser objeto de supresión el artículo 114, regulador de los distintos regímenes de internamiento, por reproducir lo previsto al respecto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que define las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores así como las reglas de determinación de las mismas. Se añadía además, respecto del derecho de la menor internada que contemplaba el apartado 7 de este mismo artículo, para tener en su compañía a sus hijos menores de tres años, que la regulación del anteproyecto debería circunscribirse a los aspectos competenciales y organizativos para hacer efectivo dicho derecho en el ámbito territorial autonómico, sin definir ni configurar los requisitos para su ejercicio contemplados en el artículo 56.2 letra n) de la referida Ley Orgánica, así como en el artículo 34 del reglamento que desarrolla la misma aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio.

Finalmente, se entendió que en el Capítulo V, el contenido del artículo 115.3 debería completarse señalando que la información sobre el cumplimiento de la medida deberá ser también proporcionada al Juez de Menores por exigirlo así el artículo 49 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. Asimismo la redacción del artículo 116 entendió el Consejo que incidía en un exceso competencial al regular la facultad del Juez de Menores para modificar y dejar sin efecto las medidas a aplicar, la cual ya está prevista en el artículo 13 de la misma Ley Orgánica.

7.- Título IX. “Régimen sancionador”.- La esencialidad de los reparos que el Consejo efectuó a diversos preceptos derivan de la posible vulneración al principio de tipicidad que ha de regir la potestad sancionadora de la Administración, así como de la incorrecta reproducción de la normativa básica referida concretamente a la reincidencia.

Se recogía en el dictamen que *“de acuerdo con la doctrina del Tribunal Cons-*

titucional el principio de tipicidad en materia sancionadora constituye una importante especificación con respecto a las figuras de la “infracción” y la “sanción”, del principio de legalidad y postula con carácter de exigencia absoluta, la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, “de manera que la norma punitiva aplicable permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa” (Sentencias del Tribunal Constitucional 116/1993 y 120/1996, de 8 de julio, entre otras). Tal exigencia de tipicidad proviene del principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, que ha de entenderse, como ha señalado igualmente el Alto Tribunal “como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, “procurando la claridad y no la confusión normativa” (STC 46/1990, de 15 de marzo) y como “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación el poder en la aplicación del Derecho” (STC 36/1991, de 14 de febrero)” (Sentencia 96/2002, de 25 de abril)”.

Desde este planteamiento resultaban claramente indeterminadas las infracciones previstas en el artículo 132.e) que calificaba como leves “*Todas aquellas acciones u omisiones que supongan una lesión leve de los derechos de los menores reconocidos en la presente Ley*”, y en el artículo 133.o) a cuyo tenor constituían infracciones graves “*Todas aquellas acciones u omisiones que supongan una lesión o desconocimiento grave de los derechos de los menores reconocidos en la presente Ley*”.

Por lo que respecta a la reincidencia, recordó el Consejo que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la define en su artículo 131.3.c) como la “*comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así se haya declarado por resolución firme*”. El anteproyecto, a diferencia de la definición de la citada norma básica estatal, permitía en su artículo 135 apreciar la reincidencia ante la comisión de una sola infracción en el plazo de un año.

Se recomendó, en consecuencia, modificar la regulación proyectada en el artículo 135 al objeto de adecuarla a la normativa básica estatal.

El anteproyecto presentado por el Gobierno fue finalmente aprobado por Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, teniendo en cuenta todas las consideraciones de carácter esencial indicadas.

- Dictamen número 253/2014, de 23 de julio, solicitado por la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, sobre el anteproyecto de Ley de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha.

Los objetivos de la norma sometida a la consideración del Consejo Consultivo se contenían en la Memoria justificativa del anteproyecto, especificándose los siguientes: 1º garantizar la igualdad de oportunidades e inclusión de las personas con discapacidad a través de medidas en los ámbitos de la salud, los servicios sociales, la educación, el empleo, la cultura, el deporte, el medio ambiente, el urbanismo, la vivienda, el transporte, la accesibilidad y la sostenibilidad económica; 2º desarrollar un marco jurídico específico en Castilla-La Mancha de protección de derechos de las personas con discapacidad; 3º garantizar la transversalidad de toda acción de gobierno en la ejecución de las políticas de la discapacidad; 4º profundizar en el desarrollo de medidas concretas de protección de los derechos de las personas con discapacidad; y 5º establecer en el marco de la normativa básica estatal el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación.

En el texto del dictamen se recogieron las consideraciones esenciales que se exponen a continuación.

1.- El Artículo 50 del anteproyecto, bajo el título de “*Medidas vinculadas a la contratación pública*”, establecía en su artículo 2 que “*en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de la Administración autonómica se establecerán como criterios de valoración en la adjudicación de los contratos, al menos los siguientes*”, incluyendo posteriormente los siguientes epígrafes:

“[...] b) *En la valoración de los proyectos presentados se tendrá en cuenta las propuestas de fomento de la accesibilidad. Entre otras, la implementación de un sistema de gestión de la accesibilidad universal siguiendo las normas de calidad vigentes o la acreditación como establecimiento, instalación o vehículo de transporte público accesible, por parte de las empresas licitadoras, sus servicios, instalaciones y edificios que los alberguen.*

c) *Implementación de condiciones especiales de ejecución favorecedoras de la igualdad de oportunidades en el acceso al mercado laboral y de la inclusión laboral de personas con discapacidad.*

d) *Inclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido en el precio de los procedimientos de contratación pública de servicios dirigidos a la atención de las personas con*

discapacidad o en situación de dependencia cuando participen licitadores exentos del impuesto, en particular, entidades privadas de iniciativa social”.

Entendía el Consejo que *“la materia que es objeto de regulación en los preceptos previamente transcritos, tiene como principal referente normativo dentro del ordenamiento jurídico español las previsiones sobre condiciones especiales de ejecución, criterios de valoración de ofertas y medidas especiales aplicables a la contratación con empresas que tengan en sus plantillas trabajadores discapacitados contenidas, respectivamente, en los artículos 118, 150 y disposición adicional cuarta del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que tienen la consideración de normativa básica estatal dictada al amparo del título competencial enunciado en el artículo 149.1.18^a de la Constitución.*

Así, debe significarse, en primer término, que el artículo 118 mencionado, al tratar de la posible imposición de condiciones especiales de ejecución en determinados contratos señala que “1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo. [] 2. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f) [...]”.

Posteriormente, el artículo 150.1 del referido TRLCSP contempla la posibilidad de aplicar criterios valorativos de las ofertas de índole social de la siguiente forma: “1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable

para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. [] Cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”.

Seguidamente, la mencionada disposición adicional cuarta contiene varias determinaciones relacionadas con la adjudicación de contratos a empresas que cuenten con discapacitados en sus plantillas, que inciden tangencialmente sobre los aspectos regulados en los artículos 118 y 150 transcritos previamente, señalando al respecto: “1. Los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes. [] A tal efecto y en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas. [] 2. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación. [] Si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla. [] 3. Igualmente podrá establecerse la preferencia en la adjudicación de contratos, en igualdad de con-

diciones con las que sean económicamente más ventajosas, para las proposiciones presentadas por las empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración. [] 4. En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes”.

De lo previsto en la disposición adicional referida se colige que lo establecido en su primer apartado incorpora la posibilidad de imponer una condición especial de ejecución a las empresas licitadoras, y que lo contemplado en los restantes apartados, constituyen criterios de valoración limitados a instaurar meras reglas de desempate favorecedoras de las empresas o entidades mencionadas en cada uno de ellos.

Todo lo expuesto con anterioridad sirve para incidir sobre la importancia de diferenciar entre los conceptos de “condición especial de ejecución” -artículo 118 del TRLCSP- y “criterios de valoración” -artículo 150 del TRLCSP-, cuya posibilidad de aplicación está vinculada por la legislación básica a diferentes tipos de circunstancias, en concordancia con los correspondientes criterios normativos y jurisprudenciales comunitarios. Muestra paladina de lo expuesto son las consideraciones efectuadas en los dictámenes 53/2008, de 29 de enero de 2009; 3/2009, de 25 de septiembre; 1/2005, de 11 de marzo; o 44/2004, de 12 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, donde se analizaba la viabilidad de utilizar como criterios de valoración la contratación por las empresas de determinados tipos de trabajadores -mujeres, desempleados o discapacitados-, argumentándose en el primero de ellos: “Por otra parte, el propio artículo 134.1 [igual al actual artículo 150.1] entre los criterios que menciona se refiere a uno solo de contenido social, cuando menciona las características “vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar”. Pues bien, este supuesto no abarca cualquier consideración de

carácter social sino sólo aquellos contratos en que las prestaciones a contratar vayan destinadas a categorías de población especialmente desfavorecidas. En tales casos podrán establecerse criterios de adjudicación que tengan relación con las necesidades sociales cuya satisfacción constituya el objeto del contrato. Pero evidentemente no puede considerarse como el criterio social que permite valorar para la adjudicación a la oferta económicamente más favorable para el órgano de contratación la utilización de un determinado número o porcentaje de trabajadores con discapacidad. [] La exigencia de utilizar mano de obra que reúna determinadas características juega su papel en la contratación pública como condición de ejecución o en la forma prevista en la disposición adicional sexta [equiparable a la actual disposición adicional cuarta] ya citada, pero no como criterio de adjudicación”.

En virtud de todo lo expuesto con anterioridad, a juicio de este Consejo, la inserción, como criterios de valoración, de las circunstancias aludidas en los epígrafes b) y c) del artículo 50.2 objeto de análisis solo podría ser conciliable con la normativa básica estatal de referencia cuando el objeto del contrato concernido estuviese singularmente vinculado a la satisfacción de exigencias sociales generadas por las necesidades propias de la población discapacitada, siendo los integrantes de dicho colectivo los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar. En consecuencia, su inclusión en el texto proyectado no se estima viable en los términos imperativos e indiscriminados utilizados por el redactor de la norma.

Adicionalmente, y en todo caso, hay que hacer observación de la tangible confusión conceptual en que incurre el tenor del citado epígrafe c), al configurar como “criterio de valoración” la “implementación de condiciones especiales de ejecución”, toda vez que ambos conceptos pueden considerarse técnicamente incompatibles desde el punto de vista de la terminología contractual.

En cuanto a la previsión acogida en el epígrafe d), que pretende instaurar una regla comparativa del precio ofertado por los licitadores que incluya en este el tributo aludido en el mismo, ha de traerse a colación la doctrina enunciada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2005 (Ar. RJ 2005,3230), donde se abordó la problemática suscitada por la comparación de precios cuando a un procedimiento de licitación acudían sujetos exentos del pago del IVA junto a otros que no disfrutaban de tal beneficio. Del contenido de dicha sentencia, confirmatoria de la dictada previamente por el tribunal de instancia, se extrae que la medida que pretende ahora implantar la norma proyectada ya ha recibido el rechazo explícito de nuestra jurisprudencia, al reputarse contraria al principio

de igualdad en la licitación dimanante del artículo 14 de la Constitución, afirmándose en dicha resolución judicial que en este supuesto singular la comparación de precios incluyendo el IVA representaba una discriminación participativa entre las entidades concurrentes al procedimiento de adjudicación, “motivada por las dos que gozaban de la exención del IVA respecto a las demás, que representaba un ruptura del equilibrio que debe presidir toda licitación, que mermaba la igualdad de posibilidades y vulneraba el principio constitucional de igualdad”. En sentido concordante, cabe hacer referencia a lo señalado en varios dictámenes de Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, tales como el 7/2008, de 29 de septiembre, del Estado; el 4/2007, de 22 de marzo, de la Junta de Andalucía; o el 1/2005, de 5 de mayo, de la Generalitat de Cataluña, donde se concluye sobre el modo de tratamiento de esta problemática que “la valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público debe hacerse sin tomar en consideración el Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre el mismo”, o que “las ofertas se valorarán con exclusión del IVA”.

De tal modo, a juicio de este Consejo tampoco resulta aceptable la formulación del criterio de valoración de ofertas recogido como epígrafe d) del artículo 50.2 del texto legal proyectado”.

2.- El Artículo 52, sobre “Reserva de contratos a centros especiales de empleo”, tras acoger en su primer apartado previsiones integrables dentro de las plasmadas en la disposición adicional quinta del TRLCSP, sobre reserva de contratos a centros especiales de empleo, y después de determinar el porcentaje de reserva mínimo que pretendía establecerse a ese efecto en el ámbito de la Administración Autonómica, introducía en su apartado 3 un criterio de desempate entre las ofertas recibidas en los procedimientos de contratación afectados por tal tipo de reserva, señalando a ese fin que “En caso de empate en la valoración final de las proposiciones presentadas por los centros especiales de empleo que concurren a la licitación, la adjudicación se efectuará al que acredite la condición de centro especial de empleo de iniciativa social”.

El Consejo observó que “la aplicabilidad de la regla de desempate en él establecida pivota sobre la concurrencia de un atributo, ser un centro de “iniciativa social”, cuyo exacto significado y alcance no puede deducirse del propio precepto ni de la normativa estatal reguladora de esa singular clase de centros laborales, contenida primordialmente en los artículos 43 y siguientes del TRLGDPD. De tal modo, y con independencia de lo que seguidamente se expone sobre su más ajustada viabilidad, se considera necesario despejar las

dudas que suscita la correcta inteligibilidad del precepto, clarificando, bien en el propio artículo, bien en el artículo 3 del texto legal proyectado -sobre “Definiciones”-, cuales son las notas distintivas de los mencionados centros “de iniciativa social”, a fin de poder determinar con toda precisión y sin margen de discrecionalidad qué organismos, entidades o empresas pueden ser merecedoras de tal consideración.

Asimismo, conviene recordar que ya en la disposición adicional cuarta del TRLCSP, transcrita parcialmente con anterioridad, existen varias reglas de desempate favorecedoras de las empresas licitadoras que tengan en su plantilla personas con discapacidad, siendo así que el párrafo segundo de su apartado 2 incorpora un criterio resolutivo que podría entrar en colisión con el que ahora es objeto de examen. Según lo indicado previamente, el párrafo aludido señala que “si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla”. Por consiguiente, la regla de desempate examinada, favorecedora de los centros especiales de empleo “de iniciativa social”, aplicada en sus estrictos términos, podría conllevar una vulneración del criterio de desempate mencionado e impuesto por la normativa básica estatal, y que, como tal, habría de considerarse de aplicación preferente”.

3.- El Artículo 85, sobre “Infracciones” incluía la infracción grave prevista en su apartado 3.b), consistente en el “incumplimiento deliberado del deber de sigilo y confidencialidad con respecto a los datos personales de las personas con discapacidad”. Dicha infracción debía ponerse en relación con la tipificada en el artículo 44.3.d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal: “La vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal [...]”.

En el dictamen se observa que “en ambas normas la infracción está tipificada como grave, si bien en la Ley Orgánica 15/1999 se castiga con una sanción de entre 40.001 y 300.000 euros, y en el anteproyecto de ley con una sanción de 30.001 a 90.000 euros, siendo por tanto más elevada la fijada en la normativa específica estatal. En virtud del principio de especialidad que rige en las situaciones de conflictos de leyes, debería eliminarse la infracción prevista en el artículo 85.3.b), a fin de resolver o salvar la antinomia jurídica que con ello se genera”.

4.- El artículo 86 establecía la graduación de las sanciones, para cada una de las categorías de infracciones tipificadas en la normativa estatal (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre) y en el propio anteproyecto. Sin embargo, señala el Consejo que *“el precepto se olvida de incorporar la referencia a las infracciones de la normativa específica autonómica en materia de accesibilidad (Ley 1/1994, de 24 de mayo, de accesibilidad y eliminación de barreras arquitectónicas de Castilla-La Mancha) a las que se remite el artículo 84.1 del anteproyecto.*

Como quiera que conforme al citado artículo 84.1, en la norma examinada coexisten dos regímenes sancionadores, el estatal y el autonómico, resulta contrario al principio de seguridad jurídica, que la graduación y cuantificación de las sanciones previstas en cada uno de ellos sean dispares entre sí, como sucede en el presente caso, en el que coincide la cuantificación de las sanciones previstas en la norma estatal (Real Decreto Legislativo) y en el propio anteproyecto autonómico, pero difiere de la prevista en la Ley 1/1994, donde las cuantías sancionadoras previstas para cada categoría de infracción son muy inferiores a las establecidas en las otras dos normas.

Toda vez que las conductas sancionadas en la Ley 1/1994, de 24 de mayo, pertenecen a los mismos ámbitos en materia de accesibilidad universal que los que regula el Título III del anteproyecto, su cuantificación deberá ser idéntica en una y otra disposición normativa. Por este motivo, se propone la adición de una nueva disposición final para la modificación del artículo 34.1 de la Ley de accesibilidad y eliminación de barreras arquitectónicas de Castilla-La Mancha, en los siguientes términos:

“Las sanciones que podrán imponerse en función de la calificación de la infracción, serán las siguientes:

- a) Las infracciones leves, con multa de 301 a 30.000 euros.*
- b) Las infracciones graves, con multa de 30.001 euros a 90.000 euros.*
- c) Las infracciones muy graves, con multa de 90.001 euros a 1.000.000 euros”.*

El 2 de diciembre de 2014 se publicó en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha la Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha, habiendo sido acogidas todas las consideraciones efectuadas por el Consejo Consultivo que han sido expuestas.

- Dictamen número 363/2014, de 23 de octubre, solicitado por la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, sobre el anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha.

En la Memoria que acompañaba al anteproyecto de ley se recogían, como objetivos de la norma, los siguientes: reforzar los incentivos para favorecer la permanencia de las farmacias en el medio rural; mejorar la planificación farmacéutica; desarrollar nuevas funciones de los farmacéuticos de oficina de farmacia; reforzar la política de uso racional de medicamento; y adaptar la normativa regional a los cambios.

El dictamen emitido por el Consejo efectuó una observación con carácter esencial referida al Artículo 16.1.c) del proyecto normativo, que establecía como derecho de los ciudadanos en materia de asistencia farmacéutica el *“acceso a la prestación farmacéutica con independencia del territorio nacional en el que se encuentre en cada momento”*.

El Consejo consideró que *“siendo ésta una norma autonómica, no puede extender su ámbito de actuación a todo el territorio nacional, puesto que ello excede de su competencia de desarrollo legislativo y ejecución atribuida por el artículo 32.4 del Estatuto de Autonomía. En cualquier caso, la extensión a todo el territorio nacional del acceso a la asistencia farmacéutica deviene innecesaria, pues, de un lado, ya se encuentra prevista en el artículo 33.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y, de otro, porque tratándose de un derecho que pretende la igualdad de todos los ciudadanos en orden al acceso a la asistencia farmacéutica, su regulación es competencia exclusiva del Estado por mandato del artículo 149.1.1ª de la Constitución, sin que la Comunidad Autónoma se encuentre facultada para reconocer derechos a unos y, consecuentemente, imponer las correlativas obligaciones a otros fuera de su ámbito territorial”*.

- Dictamen número 378/2014, de 29 de octubre, solicitado por la Consejería de Agricultura, sobre el anteproyecto de Ley de Caza de Castilla-La Mancha.

La memoria justificativa de la norma exponía que dado el tiempo transcurrido desde la aprobación de la vigente Ley de Caza, se hacía preciso elaborar una nueva regulación acorde a los cambios sociales, económicos y medioambientales que han rodeado el mundo de la caza en los últimos años.

Entre las novedades que recogía el informe figuraba la regulación de la planificación cinegética, recogiendo los principios básicos de la misma, orientados a evitar afecciones negativas al hábitat de las especies cinegéticas y a la compatibilidad con los usos agrarios.

Se incidía también en que la norma debería tener en cuenta la singularidad de las asociaciones, sociedades y clubes de cazadores por la labor que realizan de la promoción de la caza, la vigilancia del medio rural y la conservación del medio natural. En este sentido, se aludía a la figura de las “*zonas colectivas de caza*”, con terrenos de titularidad de estas asociaciones, no adscritos a ningún otro régimen cinegético.

Recogía también el esfuerzo por la simplificación administrativa incorporando, entre otras medidas, las declaraciones responsables.

También se mencionaba la creación de la figura de los “*titulares cinegéticos profesionales*”, quienes podrían optar a beneficios y se establecerían canales de cooperación, dada su capacidad de generar empleo en el mundo rural.

También exponía la modificación del régimen de inspección y sancionador que se regularía de forma más completa y pormenorizada, así como la inclusión de sanciones con finalidad disuasoria que implicarían la limitación de la actividad cinegética o empresarial.

Finalmente se ponía de manifiesto la necesidad de modificar otras normas de protección medioambiental, precisando que su aprobación no tendría efectos en los ingresos o gastos de la Administración Regional.

El texto de la norma sometida a dictamen fue acreedora de varias observaciones de carácter esencial, que a continuación se pasan a exponer.

-El apartado 4 del artículo 40 del anteproyecto, bajo el título “*Titulares profesionales cinegéticos y organizadores de cacerías*”, regulaba la pérdida y suspensión de la condición de titular profesional cinegético, estableciendo lo siguiente: “*La condición de titular profesional cinegético se perderá o suspenderá mediante resolución administrativa por una de las siguientes causas: [] a) A petición del interesado.[] b) Por dejar de reunir los requisitos y condiciones que esta Ley y su Reglamento establecen para su declaración o aquellas que son de obligado cumplimiento.[] c) Por la adopción de medidas provisionales en el acuerdo de incoación de un expediente administrativo por comisión de infracción muy grave*”.

El Consejo entendió que *“la causa a la que se refiere la letra b) debe distinguirse cuando se produce la pérdida de la condición de titular profesional y cuando la suspensión y, en este último caso, cual es el plazo de suspensión. En el apartado 1 de este artículo únicamente se hace referencia a un requisito, que es el de ser titular de un Plan de Ordenación Cinegética, por lo que si pierde esta condición, la consecuencia razonable que de ello se deriva es que pierda la condición de titular profesional cinegético. Sin embargo, al remitirse el referido apartado también a los requisitos que reglamentariamente se determinen, no es posible efectuar un pronunciamiento al respecto, pero sí que es dable distinguir entre la pérdida de requisitos de las condiciones que son de obligado cumplimiento, puesto que estas segundas resulta más proporcionado que dieran lugar a la suspensión de la condición. En todo caso, dado que existe una remisión reglamentaria para la determinación de los requisitos, también debería realizarse para la concreción de los efectos de su pérdida, pero lo que no resulta jurídicamente procedente es la vaguedad con la que se inicia el citado apartado 4, que parece permitir que el órgano competente tenga libertad absoluta en la resolución que se dicte.*

Por lo que se refiere a la causa c), puesto que la misma tiene la consideración de una medida cautelar en el curso de un procedimiento sancionador; necesariamente ha de ser una causa de suspensión y no de pérdida, por lo que se debe así reseñar en la Ley”.

- El apartado 1 del artículo 41 de la norma proyectada venía referido a *“Derechos y obligaciones”,* y establecía que *“Corresponderá a los titulares cinegéticos, las obligaciones respecto a: [] - Las solicitudes de declaración, ampliación de terrenos y cuando proceda, segregación de estos o anulación de Cotos de Caza o Zonas Colectivas de Caza. [] - La presentación y solicitud de aprobación de Planes de Ordenación Cinegética y Planes Zoonosanitarios Cinegéticos. [...].”*

En el dictamen se fundamentaba que *“en esta disposición se atribuye la obligación de presentar las declaraciones y solicitudes a las que se refiere a los titulares cinegéticos. Sin embargo, en el artículo 32.1 se dispone que la constitución de un coto de caza se efectuará a petición de los terrenos o de “quienes acrediten fehacientemente poseer derechos cinegéticos de los mismos”, esto es, a los titulares de los aprovechamientos cinegéticos. Por su parte, el apartado 3 del artículo 52 dice que “Corresponde a los que solicitan la constitución de los terrenos cinegéticos o a sus titulares, la presentación y solicitud de aprobación de los Planes de Ordenación Cinegética ante el Órgano Provincial competente”, lo que implica que dichos planes no necesariamente han de ser presentados por el*

titular cinegético. A su vez, en el apartado 4 de este mismo artículo se añade que “La titularidad de los Planes de Ordenación Cinegética la ostentará el titular cinegético y cuando se trate de Cotos de Caza podrá ostentarla el arrendatario de los aprovechamientos cinegéticos, siempre que el arrendamiento comprenda el periodo de vigencia del Plan, sea de la totalidad del terreno del coto y de sus aprovechamientos, cumpla los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 39 de esta Ley y tenga autorización expresa del titular cinegético en la misma solicitud”.

A su vez, en la Exposición de Motivos se dice que “Otro aspecto novedoso, es la diferenciación y el tratamiento que hace de los titulares cinegéticos y de los titulares del aprovechamiento cinegético, al definir los derechos y obligaciones de cada uno de ellos en cuanto a la actividad cinegética, permitiendo a los segundos, acceder a la titularidad de los Planes de Ordenación Cinegética cuando cumpla ciertos requisitos definidos en la Ley”.

En consecuencia, dada la contradicción existen entre los preceptos citados, debe procederse a su corrección, bien admitiendo que la obligación que se atribuye a los titulares cinegéticos también pueda ser cumplida por los titulares de los aprovechamientos cinegéticos, o bien modificando el resto de articulado afectado por la contradicción referida”.

- El apartado 1 del artículo 43, sobre la “Anulación de la condición de Coto de Caza o Zona Colectiva de Caza”, disponía que “La anulación de un Coto de Caza o Zona Colectiva de Caza, con independencia de su titularidad, corresponderá al Órgano Provincial, mediante resolución administrativa motivada y previo trámite de audiencia, cuando: [] a) No se cumplan los objetivos y fines del artículo 1 de la presente Ley. [...] c) Cuando la titularidad del terreno sea discutida, se adoptará la resolución que proceda de acuerdo con las pruebas aportadas por las partes en conflicto o de lo que, en su caso, falle la jurisdicción ordinaria. En estos casos previamente se acordará de oficio la suspensión de la actividad cinegética durante un plazo de hasta dos años, transcurrido el cual, si continúan las causas que dieron lugar a la suspensión, se procederá a la anulación del terreno cinegético. [...]”.

El dictamen del Consejo señaló que “la causa referida en la letra a) está redactada de forma tan indeterminada e imprecisa que es contraria al principio de seguridad jurídica. Según dice el artículo 1 al que se remite, la Ley tiene “la finalidad de proteger, conservar, fomentar y aprovechar ordenada y sosteniblemente sus recursos cinegéticos de manera compatible

con la conservación del medio natural y fomento de los hábitats de las especies cinegéticas, con especial atención de las declaradas preferentes, así como el desarrollo económico rural, compatibilizando los fines sociales, deportivos, ecológicos, culturales, turísticos y/o comerciales que pueden y deben lograrse con una adecuada práctica cinegética”. Ante un artículo con tal carga programática, no resulta jurídicamente aceptable decir que el incumplimiento de alguno de sus fines es causa suficiente para decretar la anulación del Coto de Caza o Zona Colectiva de Caza. En la enunciación de esta causa se debe hacer un esfuerzo en la determinación de las circunstancias que permitan al órgano competente declarar que un determinado Coto o Zona Colectiva de Caza no cumple los objetivos y fines de la ley y no dar una especie de cheque en blanco a la Administración para que así pueda declararlo. Además, de la lectura de las infracciones que se tipifican en la Ley, especialmente las graves y muy graves, se desprende que muchas de ellas se corresponden a incumplimientos que son contrarios a los principios y fines enumerados en el artículo 1, que de acreditarse conllevarían la correspondiente sanción, previa tramitación del necesario procedimiento. Sin embargo, la sanción de anulación de un Coto de Caza o Zona Colectiva de Caza, únicamente está prevista en el artículo 71 que se pueda imponer por la comisión de una falta muy grave, lo que supone que en el mismo texto legal se admite, como por otra parte parece obvio, que no todo incumplimiento de los objetivos y fines de la Ley debe dar lugar a la anulación del Coto.

Por su parte, la causa prevista en la letra c) se refiere a la existencia de litigiosidad sobre la titularidad del terreno. En relación con la titularidad de los terrenos, la Comunidad Autónoma carece de competencia para actuar por tratarse de una cuestión que se incardina en el ámbito civil, por lo que no procede decir que “se adoptará la resolución que proceda con las pruebas aportadas por las partes en conflicto”, dado que esta decisión le está reservada al juez o tribunal que conozca del asunto. En consecuencia, cuando exista discusión sobre la titularidad de los terrenos podría acordarse la suspensión de la condición de Coto de Caza o Zona Colectiva de Caza, si dicha situación produce efectos negativos en las obligaciones que tiene el titular del mismo, pero no estaría justificada dicha suspensión si ello no ocasiona efectos negativos, dado que en ese caso la cuestión objeto de discusión tendría mero carácter interno entre las partes en conflicto. Por otra parte, de estar justificada la suspensión, no se entiende la razón por la que se dispone que pasados dos años de suspensión se procedería a su anulación, cuando la resolución de la controversia jurídica respecto de la propiedad puede durar más de ese tiempo. De existir circunstancias que así lo justificaran, deben concretarse bien en la Ley o al menos en la Exposición de Motivos, pues de lo contrario esta causa de anulación no tendría justificación”.

- El apartado 4 del artículo 58 del anteproyecto se ocupaba de “*las granjas cinegéticas*”, y sometía la instalación, el traslado y la modificación de instalaciones o del proceso productivo de estos establecimientos a autorización previa de la Dirección General.

El Consejo consideró que “*si bien dicha autorización ya figura en la Ley 2/1993, de 15 de julio, estima este Consejo que a la nueva regulación de estas instalaciones debe incorporarse la justificación de la necesidad de dicha autorización. Ello por exigirlo así la Ley 17/2009, 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cuyo artículo 5 califica el régimen autorizador como excepcional y determina que ha de justificarse suficientemente en la propia ley que lo establezca, conforme a las condiciones fijadas en dicho artículo, esto es, que deben explicitarse las razones de no discriminación, necesidad -justificada en razones imperiosas de interés general- y proporcionalidad*”.

- El artículo 66 de la norma proyectada, bajo el título “*vigilancia y protección privada de Cotos de Caza y Zonas Colectivas de Caza*”, disponía que la vigilancia y protección privada de los terrenos cinegéticos correspondía a los guardas rurales con especialidad en guarda de caza, figura regulada actualmente en la reciente Ley estatal 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. La anterior afirmación se formulaba en el entendimiento que la vigilancia de los cotos se trata de una competencia exclusiva estatal, tal y como se explica en la Exposición de Motivos.

Se entendía en el dictamen que “*la anterior conclusión lleva a la Consejería responsable de la elaboración de la norma a prescindir de la figura del “vigilante de cotos de caza” prevista en el artículo 82.1 de la Ley 2/1993, de Caza de Castilla-La Mancha, y a incorporar al anteproyecto una disposición transitoria para fijar el régimen al que quedan sujetas las personas que han obtenido la cualificación de vigilante de coto privado de caza al amparo de dicha norma, así como a derogar la Orden de 6 de julio de 1999, de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente, por la que se establece la figura del Vigilante de Coto Privado de Caza de Castilla-La Mancha, y se regulan sus funciones.[...] En efecto, la seguridad pública es una competencia exclusiva estatal y en ejercicio de la misma, la Ley 5/2014, de 4 de abril, regula en su artículo 34 la figura del guarda rural en su especialidad de caza, al que compete, además de la función de vigilancia y protección de personas y bienes en fincas rústicas, las de vigilancia y protección en las fincas de caza en cuanto a los distintos aspectos del régimen cinegético y espacios de pesca fluvial. [] Sin embargo ello no es óbice para que las Comunidades Autónomas con competencia en materia de caza y protección*

del medio ambiente regulen figuras bajo la denominación de vigilantes de caza o similares, que realicen funciones relacionadas con el ámbito sobre el que la Administración autonómica tiene competencia, esto es, el cinegético, cuyas funciones deben ir orientadas a tareas tales como la vigilancia y el control de las poblaciones de especies cinegéticas; la conservación y el fomento de las especies protegidas o en peligro de extinción; la colaboración para la correcta aplicación de los planes técnicos de caza, cuando existan; el control de las especies cinegéticas predatoras; la colaboración en elaboración de censos de especies cinegéticas; y, en general, todos los trabajos y actividades relacionados con la gestión de los recursos cinegéticos. [] Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 14/1998, de 22 de enero (RTC 1998/14), con ocasión del examen de constitucionalidad de la Ley 8/1990, de 21 diciembre, de Caza de Extremadura, que creaba una figura denominada “Guarda de caza”, configurada como empleados laborales de obligada contratación al servicio de los titulares de los cotos privados de caza. El Alto Tribunal determinó la constitucionalidad de dicha figura al indicar en su fundamento jurídico 9, que “Los Guardas de Caza [denominación fijada por la Ley autonómica impugnada] no son, pues, ni funcionarios públicos ni agentes de la autoridad -condición que la Ley reserva a los Agentes de Medio Ambiente-, sino tan sólo empleados de los cotos privados de caza a los que se exige una previa acreditación administrativa para el ejercicio de sus funciones y que, como tales empleados, dependen del titular de la explotación cinegética, de acuerdo con las obligaciones que se derivan de la relación laboral. Es manifiesto, pues, que carecen de toda función relacionada con el mantenimiento de la seguridad pública y que, además, al no ostentar la condición de agentes de la autoridad, sólo podrán actuar en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia como meros denunciadores o colaboradores, impidiendo, en su caso, la práctica de la caza dentro del Coto para el que trabajen a aquellas personas que no reúnan los requisitos establecidos por la Ley. [] Por lo tanto, y pese a que la denominación de estos empleados especializados en tareas de vigilancia pudiera suscitar algún equívoco, es lo cierto, a la vista de su régimen legal, que carecen de toda atribución en materia de seguridad pública, por lo que no puede apreciarse invasión alguna de la competencia reconocida al Estado por el art. 149.1.29.ª de la Constitución Española”. [] En el caso de Castilla-La Mancha, las funciones que se atribuyen a los “Vigilantes de Coto Privado de Caza” son las que figuran en la Orden de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de 6 de julio de 1999, y que difieren de las funciones de los guardas rurales, como señala en su parte dispositiva al indicar: “siendo las del guarda particular de campo la vigilancia y defensa de la propiedad, la del vigilante de coto privado de caza son el asesoramiento y colaboración para una mejor gestión de los recursos cinegéticos y la colaboración con los agentes de la autoridad en materia

cinagética”. [] A mayor abundamiento, debe aclararse que la nueva ley estatal de seguridad privada (Ley 5/2014, de 4 de abril) no ha “ampliado” el ámbito de lo básico. De la lectura de su Exposición de Motivos se desprende que en este aspecto se ha limitado a modificar el nombre (que pasa de guarda particular de campo a guarda rural) y a incorporar a la Ley las funciones que ya figuraban en el Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de octubre (artículo 92). [] En definitiva, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, al igual que las restantes Comunidades Autónomas, tiene competencia para crear y regular, la figura del “Vigilante de Coto Privado de Caza” u otra denominación, si bien sus funciones deben limitarse al ámbito de las competencias autonómicas y sin que suponga en ningún caso intromisión en las funciones de seguridad reservadas exclusivamente a los guardas rurales en la legislación básica estatal. [...] El precepto debe revisarse para determinar si resulta oportuno mantener una figura de regulación propia dedicada al cuidado y control de la actividad cinagética, como la hasta la fecha existente, o bien si debe prescindirse de la misma. [] En el caso de optar por esta última solución debe tenerse en cuenta que el guarda rural, especialidad caza, regulado en la Ley 5/2014, de 4 de abril, tiene unas funciones distintas, que son la vigilancia y protección de las personas y bienes en fincas rústicas, las de vigilancia y protección en las fincas de caza en cuanto a los distintos aspectos del régimen cinagético y espacios de pesca fluvial. Asimismo debe advertirse que la Comunidad Autónoma carece de competencia para atribuir a los guardas rurales otras funciones distintas de las asignadas en la citada Ley 5/2014, de 4 de abril, como pretende el apartado 3 del precepto comentado, que les atribuye la posibilidad de efectuar acciones de control sobre poblaciones cinagéticas. Ello por prohibirlo el artículo 32.2, en relación con el artículo 34.1, segundo párrafo, de la Ley 5/2014, de 4 de abril, que determina que “se dedicarán exclusivamente a las funciones de seguridad propias, no pudiendo simultaneárselas con otras no directamente relacionadas con aquéllas”.

En el punto n.º 11 de la Disposición final tercera se modificaba el artículo 111 de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza, y la infracción contenida en el número 30 del citado precepto se redactaba así: “No declarar debidamente la posesión en cautividad de ejemplares de fauna amenazada al objeto de su inscripción en el correspondiente registro, así como mantenerlos en lugares o condiciones higiénico-sanitarias vulnerando la normativa aplicable, en ambos casos salvo cuando se trate de especies de interés especial, en que se considerará infracción grave o muy grave”.

Según entendió el Consejo, “dicha configuración del tipo infractor vulnera el principio de proporcionalidad de la potestad sancionadora por la siguiente

razón. La Ley 9/1999, de 26 de mayo, en su artículo 75 clasifica las especies amenazadas en cuatro categorías en función del nivel de amenaza, siendo de mayor a menor las siguientes: peligro de extinción, sensibles, vulnerables y de interés especial.

La redacción del apartado lleva a la incongruencia de que la posesión irregular de una especie amenazada calificada en peligro de extinción se tipifica como infracción leve, mientras que la misma acción respecto de una especie calificada con el menor nivel de protección -de interés especial-, se califica como infracción grave o muy grave.

Idéntica objeción debe efectuarse a la infracción tipificada en el número 32, que dispone: “La falta de cooperación con la Consejería en las acciones de auxilio a ejemplares de fauna amenazada dañados, enfermos o desvalidos, excepto cuando se trate de especies de interés especial, en que se considerará infracción grave o muy grave”.

- La Disposición final cuarta modificaba la Ley 1/1992, de 7 de mayo, de Pesca Fluvial, de Castilla- La Mancha. Así, en su punto tres se daba una nueva redacción al artículo 48 de dicha Ley, relativo a la clasificación y tipificación de infracciones, eliminando las calificadas como “*menos graves*”, cuyos tipos pasarían a añadirse al listado de infracciones leves.

El Consejo planteó dos cuestiones en relación con la nueva redacción propuesta. La primera es que “*se han introducido en la enumeración de faltas leves, graves y muy graves, tres infracciones que figuraban en el texto original de la Ley, pero que fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en Sentencia 15/1998, de 22 de enero. (RTC/1998/15).*”

Dichas infracciones son:

- La número 32 del apartado 1 (infracciones leves): “Disminuir el caudal del agua circulante por las acequias y obras de derivación de carácter secundario, sin haber obtenido la correspondiente autorización de la Consejería de Agricultura, causando daños a la riqueza piscícola, salvo en casos de fuerza mayor”.

- La número 24 del apartado 2 (infracciones graves): “Agotar el caudal del agua circulante por las acequias y obras de derivación de carácter secundario, sin haber obtenido la correspondiente autorización de la Consejería de Agricultura, causando daños a la riqueza piscícola, salvo casos de fuerza mayor”.

- La número 8 del apartado 3 (infracciones muy graves): “Agotar o disminuir notablemente el volumen del agua de los embalses y canales, así como la circulante por el lecho de los ríos, con daños para la riqueza piscícola, sin haber obtenido el correspondiente permiso de la Consejería de Agricultura, o el incumplimiento de las condiciones que a estos efectos hubiesen sido fijadas en la autorización, salvo en el caso de que causas de fuerza mayor basadas en razones derivadas de las concesiones hidráulicas no hubiesen permitido hacerlo”.

Las citadas infracciones figuraban en el texto original de la Ley 1/1992, de 7 de mayo, en su artículo 48, apartados 2.18; 3.24 y 4.8 y fueron declarados inconstitucionales en la citada Sentencia n.º 15/1998, de 22 de enero (RTC\1998\15), al considerar el Alto Tribunal que tales infracciones interferían en el ejercicio de las competencias estatales concurrentes. En concreto, el Tribunal Constitucional concluye en su fundamento jurídico 13 que “sólo aquellas infracciones administrativas tipificadas en la Ley autonómica que interferían en el ejercicio de las competencias estatales concurrentes serán merecedoras de un reproche de inconstitucionalidad. Tal circunstancia únicamente se produce en relación con lo dispuesto en el art. 48, apartado 2.18, apartado 3.24 y apartado 4.8, en el que se hace referencia al permiso obtenido de la Consejería de Agricultura de la Comunidad Autónoma, cuando, con arreglo a lo expuesto en el fundamento jurídico 8.º de esta Sentencia, no es descartable que pueda agotarse el caudal circulante en las acequias y en otras derivaciones en cumplimiento de lo ordenado por la Comisión de Desembalses o por otras razones vinculadas al régimen concesional establecido”.

La segunda de las observaciones indicadas, venía referida a la supresión de la clasificación de infracciones de las “menos graves”. Consideró el Consejo que “se han añadido todas las infracciones en ella previstas al listado de infracciones leves, pasando en algunos casos a clasificarse en el mismo nivel infractor acciones que no son homologables, vulnerando el principio de proporcionalidad que impera en la potestad sancionadora, por lo que entiende el Consejo que algunos de los tipos deberían redefinirse y reevaluar la clasificación de las infracciones en función de su nivel de gravedad.

Así, se califica como infracción leve tanto el ejercicio de la pesca siendo titular de la correspondiente licencia, pero sin presentarla a requerimiento de la autoridad competente (punto 1), como el hecho de pescar sin licencia (punto 15).

Igualmente se califican como leves lavar objetos de uso doméstico en los tramos y masas de agua donde esté prohibido hacerlo (punto 9) y lavar vehículos y objetos de uso no doméstico en cursos y masas de agua cuando tales actividades

resulten perjudiciales para los recursos piscícolas (punto 39)”.

El punto cuarto de la indicada disposición final daba una nueva redacción al artículo 49 de la Ley de Pesca Fluvial de Castilla-La Mancha, para adaptarlo a la nueva clasificación de las infracciones y establecía nuevos importes para las multas correspondientes.

En el dictamen se observó que *“el expediente tramitado no cuenta con informe alguno que explique las razones que han impulsado a la modificación de las cuantías de las sanciones, cuestión a la que no hay cumplida referencia en la memoria de objetivos, medios necesarios, conveniencia e incidencia, ni en los informes posteriores. Esta explicación resulta necesaria a la vista del espectacular incremento del importe de las multas, muy superior al que pudiera esperarse como consecuencia del incremento del índice de precios al consumo. Así, pasando las cantidades expresadas en pesetas en la Ley 1/1992, de 7 de mayo, a su equivalente aproximado en euros, resulta que la multa por infracción leve pasa de 6 a 500 euros, en su importe mínimo y de 150 a 25.000 en su importe máximo. Las graves pasan de 600 euros a 25.001 euros y de 6.000 euros a 200.000 euros. Las muy graves pasan a sancionarse de 6.001 euros a 200.001 y de 60.000 euros a 2.000.000 euros.*

La falta absoluta de justificación del importe de las nuevas cuantías, unida al incremento desmesurado de estas, plantea serias dudas en cuanto a la observancia del principio de proporcionalidad, que es uno de los principios rectores de la potestad sancionadora establecido en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que 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 previsión 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, cuestión esta que en el presente caso no resulta justificada”.

En el DOCM nº49, de 12 de marzo se publicó la Ley 31/2015, de 5 de marzo, de Caza de Castilla-La Mancha.

- Dictamen número 379/2014, de 29 de octubre, solicitado por la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, sobre el anteproyecto de Ley del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha.

Las líneas generales de la reforma que se proponía se indicaban en la correspondiente Memoria del proyecto, indicándose al respecto que el objeto pretendido con la iniciativa se concretaba en “*integrar en una única norma los distintos ámbitos sociales y familiares de la mediación*”, configurando “*una regulación mucho más general de la mediación de modo que ésta pueda abarcar otros ámbitos de controversia, más allá de los regulados en la normativa de 2005, que [...] se circunscribe a los procesos de divorcio*”, dando respuesta además a la mediación en la búsqueda de orígenes de las personas adoptadas y para la conciliación y reparación del daño en el ámbito de la justicia penal juvenil.

El proyecto sometido a consulta fue objeto de varias observaciones a determinados artículos de la norma a las que se atribuyó carácter esencial y que a continuación de pasan a exponer.

- El anteproyecto contemplaba dentro de su ámbito de aplicación la mediación dirigida a la obtención de la conciliación y reparación del daño en el ámbito de la justicia penal de menores, reservando a esta modalidad diversas directrices del procedimiento general de mediación recogido en el Capítulo II del Título I,

y dedicando específicamente el Título III a determinar el concepto, los objetivos perseguidos por dicho servicio, los tipos de mediación que comprende y el procedimiento de mediación extrajudicial.

Recordaba el Consejo que el marco normativo de la materia venía definido por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento a la misma. Tal regulación se ha aprobado en el ámbito estatal al amparo del artículo 149.1.6ª de la Constitución que reserva de modo exclusivo al Estado competencia en *“Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”*.

Se señalaba así que *“la exclusividad de esta competencia implica que únicamente el Estado puede regular el modo y supuestos en que habrá de producirse esa mediación y sólo a él corresponde determinar el procedimiento y requisitos para ponerla en práctica y los efectos que derivan de la misma. [] La intervención de las Comunidades Autónomas se limita conforme expresa el artículo 45.1 de la Ley Orgánica citada a “La ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes”, y a llevar “a cabo, de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esta Ley”*.

Continuaba indicando el Consejo que *“se restringe, de este modo, el ámbito de actuación de la Comunidad Autónoma a una mera función ejecutiva y autoorganizativa de sus propios servicios de mediación, en orden a hacer efectivas las medidas y procedimientos previstos en la norma estatal. Con estos límites se ha contemplado la actuación de la Comunidad Autónoma en el ámbito de la mediación en los artículos 101 y siguientes de la Ley 5/2014, de 9 de octubre, anteriormente citada*.

Aun cuando según lo expresado por la Dirección General impulsora de la iniciativa en la memoria e informes aportados al expediente, es propósito de la norma constituir una ley “general” e “integral” de la mediación, en la que se regule también la figura citada, es lo cierto que esta pretensión se verá condicionada por el marco competencial constitucionalmente diseñado en el que se inserta, el cual impide a la Comunidad Autónoma en este ámbito extralimitarse de las funciones ejecutivas y autoorganizativas antes señaladas.

Examinada desde esta perspectiva la regulación de esta figura en el anteproyecto debe hacerse objeción, por exceder de la competencia que corresponde a la Comunidad Autónoma e interferir en el ámbito de la competencia exclusiva del Estado, a los artículos 32 y 33 del anteproyecto concernientes, respectivamente, a los diferentes tipos de mediación y al procedimiento de la mediación extrajudicial, en el que se recogen las distintas fases de la actuación que concluye con la emisión de un informe de valoración que habrá de ser enviado al Ministerio Fiscal indicando el resultado de la mediación, los acuerdos alcanzados y el grado de cumplimiento o, en su caso, los motivos por los que no han podido efectuarse los compromisos alcanzados por las partes. La regulación prevista en ambos preceptos proyectados se recoge por el Estado en el artículo 5.1 del Real Decreto aludido.

Cualquier intervención de la Comunidad Autónoma para garantizar la ejecución de las medidas previstas en la ley en el ámbito de la creación, dirección, organización y gestión de los servicios e instituciones, conforme al artículo 45.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sí sería objeto de competencia autonómica, pero no así el régimen propuesto.

Asimismo, en consonancia con el apartado 4 del citado artículo 33, debe objetarse la disposición de carácter procedimental recogida en el artículo 22.6, en el que se reitera la obligación del mediador de comunicar al Ministerio Fiscal la terminación del procedimiento y si se ha alcanzado o no un acuerdo. En ambos preceptos se viene a reproducir en términos prácticamente idénticos la previsión contenida en el artículo 5.1, letra g) del citado Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, a cuyo tenor “El equipo técnico pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado del proceso de mediación, los acuerdos alcanzados por las partes y su grado de cumplimiento o, en su caso, los motivos por los que no han podido llevar a efecto los compromisos alcanzados por las partes [...]”, debiendo tenerse en cuenta que conforme ya ha sido señalado al exponer el marco normativo y competencial en la consideración precedente, la referencia al “equipo técnico”, ha de entenderse efectuada a la “entidad pública” cuando sea ésta la que realice las funciones de mediación -ex apartado 3 del mismo artículo 5-. No está al alcance por tanto de la Comunidad Autónoma incidir en un aspecto del procedimiento de mediación en materia de jurisdicción de menores, que ya ha sido objeto de regulación por el Estado en ejercicio de sus competencias exclusivas en materia penal y procesal.

El único aspecto de posible regulación por la Comunidad Autónoma de los previstos en este artículo, y en tanto en cuanto no está previsto en la precitada

normativa estatal, es la determinación del plazo en el que se realizará la mencionada comunicación, al ser expresión de una facultad autoorganizativa que corresponde a la Comunidad Autónoma en virtud de su competencia exclusiva en materia de “procedimiento derivado de las especialidades de la organización propia” -artículo 31.1.28^a”.

- Entre las distintas funciones que en el artículo 5 se atribuían a la Consejería competente en materia de mediación social y familiar figuraba en su apartado d) la de *“Homologar y acreditar los estudios y la formación necesaria para el desempeño de las funciones de mediación social y familiar a través del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar”*.

Al respecto señaló el Consejo que *“la competencia general de homologación de estudios está reservada con carácter exclusivo al Estado ex artículo 149.1.30^a de la Constitución, a cuyo tenor le corresponde a este la “Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”*”.

El alcance de dicha competencia ha sido objeto de estudio, entre otras muchas Sentencias del Tribunal Constitucional, en la 184/2012, de 17 de octubre, en la que haciendo referencia a otros pronunciamientos anteriores viene a señalar lo siguiente en relación con el mencionado precepto constitucional: “La primera de esas competencias comprende la de “establecer los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo, en sus distintas modalidades, con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico como para el ejercicio de las profesiones tituladas, es decir, aquellas cuyo ejercicio exige un título (ad ex: Graduado Escolar, Bachiller, Diplomado, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico en la especialidad correspondiente, Licenciado, Arquitecto, Ingeniero, Doctor), así como comprende también la competencia para expedir los títulos correspondientes y para homologar los que no sean expedidos por el Estado” (STC 42/1981, de 22 de diciembre, F.3, reiterado en la STC 122/1989, de 6 de julio, F.3). En todo caso, la extensión de esta competencia estatal exclusiva, que supone la reserva al Estado de toda la función normativa en relación con dicho sector (STC 77/1985, de 27 de junio, F.15), determina que las Comunidades Autónomas sólo puedan asumir competencias ejecutivas en relación con esta materia (así, en la STC 111/2012, de 24 de mayo, F.5)”.

Siendo ello así resulta claro que no está al alcance de la Comunidad

Autónoma arrogarse las funciones de homologación de estudios y de formación necesaria para el desempeño de las funciones de mediación social y familiar que son objeto de regulación en el anteproyecto de Ley [...] en cuanto el ámbito de la mediación familiar y social del anteproyecto resulte coincidente con el de la mediación en asuntos civiles a que se refiere la Ley 5/2012, de 6 de julio, a la figura del mediador le resultarían exigibles los requisitos de titulación y formación exigidos por los artículos 11 de dicha Ley y 3, 4, 5 y 6 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre”.

Con fecha 23 de febrero de 2015 se publicó en el DOCM la ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha, tomándose en cuenta todas las observaciones realizadas en el dictamen del Consejo Consultivo.

Finalmente, durante el año 2014, 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:

- Dictamen número 194/2014, de 12 de junio, solicitado por la Consejería de Empleo y Economía, sobre el anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 9/2001, de 6 de junio, de Creación del Consejo Regional de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha y de la Ley 8/2008, de 4 de diciembre, de Creación de la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos.

- Dictamen número 261/2014, de 29 de julio, solicitado por la Consejería de Empleo y Economía, sobre el anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 2/2010, de 13 de mayo, de Comercio de Castilla-La Mancha.

- Dictamen número 301/2014, de 18 de septiembre, solicitado por la Consejería de Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Castilla-La Mancha para 2015.

- Dictamen número 319/2014, de 24 de septiembre, solicitado por la Consejería de Hacienda, por la que se adoptan medidas en el ámbito tributario de la comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

RESUMEN

En este trabajo, de carácter anual, se recoge la labor del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 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. Dicha labor se ha concretado, en el año 2014, en la emisión de diez dictámenes sobre Anteproyectos de Ley, de los que se destacan seis de ellos, en los que el Consejo realizó consideraciones de carácter esencial que conviene recordar como doctrina más significativa referida a la materia que nos ocupa.

El esquema que se sigue en cada uno de los apartados del presente trabajo se estructura, a su vez, en tres bien diferenciados, referidos a la finalidad del anteproyecto, consideraciones fundamentales emitidas por el Consejo y, en su caso, nivel de atención que dichas observaciones hayan tenido en el texto normativo aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha.

ABSTRACT

In this paper, on an annual basis, the work of the Advisory Council of Castilla-La Mancha referred to the exercise of their constitutional and statutory powers conferred by-Law 11/2003 of 25 September, which regulates this body and the government picks in our region. This work has resulted, in 2014, ten in issuing opinions on draft bills, of which stand out six of them, in which the Council made essential character considerations that should be remembered as the most significant doctrine referred to the matter at hand.

The scheme followed in each of the sections of this paper is structured, in turn, into three distinct, referring to the purpose of the draft, fundamental considerations issued by the Council and, where appropriate level of care that such observations have had in the regulatory text approved by the Castilla-La Mancha.

PALABRAS CLAVE

Museos, remisión normativa, supletoriedad, técnica normativa, infancia, adolescencia, reproducción de normativa estatal, incompetencia material, invasión de competencias, inconstitucionalidad, normativa básica, competencia exclusiva, Estatuto de Autonomía, régimen sancionador, contratación pública, discapacidad,

graduación de sanciones, infracciones, Caza, titular cinegético, autorización, seguridad jurídica, mediación familiar, homologación de títulos.

KEYS WORDS

Museums, regulatory reference, supplementary, technical regulations, childhood, adolescence, reproduction of state regulations, materials incompetence, invasion of powers, constitutional, basic rules, exclusive competence Autonomy Statute, sanctions regime, government procurement, disability, graduation of sanctions, infringements, Hunting, hunting holder, authorization, legal security, family mediation, recognition of qualifications.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
AUTONÓMICO Y PARLAMENTARIO.
(1 ENERO DE 2014 A 1 DE ENERO DE 2015)

Dra. M^a Elena Rebato Peño
Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM.

Recibido: 1-3-2015
Aceptado: 16-6-2015

SUMARIO

1. Actividades sobre derechos fundamentales.

1.1. XIX. Jornadas de Derecho Constitucional: “los derechos de participación política”, Ciudad Real, 20 y 21 de noviembre de 2014

1.2 Mesa redonda: “derechos de los migrantes: el caso de México”. Toledo, 15 de diciembre de 2014.

2. Actividades relacionadas con el Sistema Autonómico:

2.1 XXIV. Seminario de estudios autonómicos: “luces y sombras del Estado Autonómico”. Toledo, 20 y 21 de marzo.

2.2 XVII. Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: “el futuro del Estado Autonómico”. Cuenca, 27 y 28 de marzo.

3. Actividades en materia de Justicia Constitucional.

3.1 II. Edición título de especialista en Justicia Constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución. Toledo, 7 a 25 de julio de 2014

3.2 XV. Jornadas de Justicia Constitucional: “Tribunal Constitucional y modelo territorial de Estado”. Toledo, 6 y 7 de noviembre.

1. ACTIVIDADES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES.

1.1. XIX. JORNADAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL: “LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA”, Ciudad Real, 20 y 21 de noviembre de 2014.

El campus de Ciudad Real acogió durante los días 20 y 21 de noviembre las tradicionales jornadas organizadas por el área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en materia de derechos constitucionales, que en esta edición abordó el estudio de los derechos de participación política.

Si algún tema en materia de derecho constitucional ha suscitado un interés que ha trascendido el ámbito puramente académico, además de la cuestión de la estructura territorial del Estado español, ha sido la de los derechos de participación política y en definitiva el de la vigencia de la democracia representativa en la actualidad.

Los últimos estudios del Centro de Investigaciones Sociológicas han confirmado que existe una sensación de apatía e incluso de rechazo hacia los políticos por parte de quienes deberían sentirse representados por ellos, - los ciudadanos-. En este contexto de desafección e incluso de ruptura respecto a la relación representante y representado, las análisis doctrinales que se vertieron en el Aula Magna del campus de Ciudad Real a lo largo de dos días, fueron de gran interés tanto para reflexionar sobre la tan comentada crisis de la democracia representativa, como para ofrecer soluciones e incluso entender la auténtica dimensión de los derechos políticos.

Ya desde la inauguración de las Jornadas tanto las autoridades académicas, como las políticas, entre las que destaca la alcaldesa de la ciudad Rosa Romero, insistieron en la necesidad de revalidar la importancia de entender el Parlamento como la institución representativa de la soberanía nacional.

La conferencia inaugural de las Jornadas corrió a cargo de D. Eduardo Espín Templado, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, quien con la temática sobre la crisis de la democracia representativa puso encima de la mesa la cuestión de la crisis en la relación entre los representantes – políticos- y los representados, - los ciudadanos-. En su ponencia, después de realizar un recorrido histórico en el que se examinaba la evolución o el paso de una democracia directa, sin intermediarios, ni representantes a una democracia representativa, se llegó a la conclusión de la necesidad de reforzar los

lazos entre representante y representados, a través de los distintos mecanismos que se ofrecen en derecho comparado y poniendo como ejemplo el sistema existente en Estados Unidos.

Pero las actuales democracias no son íntegramente o en su totalidad democracias representativas, aunque sí básicamente, sino que también se contemplan distintos mecanismos de democracia directa, como por ejemplo, el referéndum y la iniciativa legislativa popular.

Precisamente a estas dos instituciones, se dedicaron las intervenciones de D. Luis Aguiar Luque, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III y de D. Elviro Aranda Álvarez, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos II.

La dimensión autonómica de estos derechos de participación política también se puso de manifiesto en dos ponencias que hacían referencia a la modificación del sistema electoral autonómico, y en concreto a la reducción del número de diputados en las Cortes de Castilla- La Mancha y a la reforma del sistema electoral local para permitir la elección directa de los alcaldes. Cuestiones estas tratadas respectivamente por D. Fco. Javier Díaz Revorio, Vocal del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha y Catedrático de Derecho Constitucional y D. Carlos Vidal Prado, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UNED.

En el caso de la conferencia impartida por el consejero consultivo D. Fco. Javier Díaz Revorio, ésta tuvo algo de premonitoria. Al tiempo que examinaba la disminución a 33 diputados del Parlamento regional, operada por la reforma de la Ley Electoral de Castilla- La Mancha (que había tenido como precedente una reforma estatutaria que lo posibilitaba) y sus implicaciones respecto a la exigencia constitucional de que los sistemas electorales autonómicos sean proporcionales; anunciaba su convicción de que el Tribunal Constitucional, en base a la jurisprudencia existente hasta el momento, avalaría la reforma electoral castellano manchega, como así ha sido.

Las Jornadas contaron también con dos Mesas Redondas moderadas por el director de las Jornadas, D. Tomás Vidal Marín, Profesora Titular de D. Constitucional de la Universidad de Castilla- La Mancha y D^a María Martín Sánchez, Secretaria de las Jornadas, en la que participaron profesores de la propia Universidad como D. Enrique Belda Pérez- Pedrero, D. Jesús López de Lerma Galán y D. Jesús García- Minguillán Molina.

1.2. MESA REDONDA: “DERECHOS DE LOS MIGRANTES: EL CASO DE MÉXICO”. Toledo, 15 de diciembre de 2014.

El área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo se ha caracterizado siempre por su sensibilidad en relación con los temas constitucionales que trascienden del puro ámbito académico, así como por fomentar las relaciones de cooperación e intercambio con instituciones académicas y profesionales del mundo del Derecho en el ámbito latinoamericano.

Fruto de este intercambio, que se materializa en números programas académicos en México, Santo Domingo, Ecuador, Costa Rica o Perú entre otros, surgen las “visitas” de expertos juristas de otros países a la Universidad de Castilla-La Mancha en general y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo en particular, que los constitucionalistas toledanos quieren visibilizar para el enriquecimiento del alumnado y profesorado.

Por ello y con motivo de la presencia en Toledo de D^a Julieta Morales Sánchez, actual directora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México, profesora de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y autora de numerosas publicaciones en materia de derechos humanos; se organizó una Mesa Redonda sobre los derechos de los migrantes en el caso de México que tuvo lugar el 15 de diciembre en el Teatrillo de San Pedro Mártir.

En la Mesa Redonda, moderada por D^a M^a Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, participaron además de D^a Julieta Morales; D^a Rafaela Alonso Agüera, Coordinadora de Amnistía Internacional en Toledo y D. Francisco Javier Díaz Revorio, Consejero Consultivo de Castilla-La Mancha y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM.

En el acto, al que asistieron un centenar de alumnos y un gran número de profesores, se debatieron las cuestiones clásicas en relación a la migración, su vinculación con los derechos humanos y con el concepto de dignidad humana que subyace a todos los derechos siendo el sustento ontológico de los mismos.

Las numerosas preguntas de los asistentes, así como el profundo conocimiento de la materia por parte de los integrantes de la mesa, dotaron a la sesión de gran agilidad, dinamismo y profundidad.

2. ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL SISTEMA AUTONÓMICO:

2.1. XXIV. SEMINARIO DE ESTUDIOS AUTONÓMICOS: “LUCES Y SOMBRAS DEL ESTADO AUTONÓMICO”. Toledo, 20 y 21 de marzo.

La sombra de la consulta soberanista catalana ha marcado la celebración de numerosas Jornadas y Seminarios para analizar tanto su legitimidad constitucional como la relevancia que el perfeccionamiento de la misma tendría.

Uno de los primeros foros en los que esta se discutió fue en la vigésimo cuarta edición del Seminario de Estudios Autonómicos, que en esta ocasión llevaba por título *Luces y Sombras del Estado Autonómico* y que tuvo lugar en los días 20 y 21 de marzo.

Este Seminario ha mantenido durante más de veinte años la actualidad de su temática, tal y como pusieron de manifiesto en la inauguración del mismo y ante la presencia de la Vicerrectora de Relaciones Internacionales, D. Fátima Guadamillas; los directores D. Luis Ortega, Magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho Administrativo de la UCLM y D. Isaac Martín, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la UCLM.

Las sesiones, que corrieron a cargo de destacados ponentes de toda España, giraron en torno a dos grandes bloques; el bloque soberanista catalán y la reforma de la Ley del Régimen Local .

Así el primer día, inauguraría las Jornadas, el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, D. Juan J. Solozábal Echevarría, que disertaría sobre la cuestión de los referéndums de consulta sobre la estructura política territorial del Estado. Completarían las sesiones de este primer día, las intervenciones de D. Luis Ortega Álvarez, Catedrático de D. Administrativo de la UCLM, con el tema de la declaración soberanista del Parlamento de Cataluña; D. José Tudela Aranda, Letrado de las Cortes de Aragón que hablaría sobre el principio democrático y el diálogo entre los poderes públicos y D. Francisco Balaguer, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, que analizó las repercusiones de las crisis económica en el Derecho Constitucional europeo. La perspectiva más constitucionalista del tema quedaría cerrada en la primera sesión del día siguiente cuando el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, D. Javier García Roca abordó el tema de la reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla- La Mancha y los recursos existentes ante el Tribunal Constitucional.

Las tres últimas intervenciones se centrarían en la segunda temática del Seminario, como es la reforma de la Ley del Régimen Local, con ponencias relativas al marco general de la reforma de la Ley del Régimen Local, a cargo de D. Luciano Parejo, Catedrático de D. Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid; el nuevo reparto competencial en la Ley de Régimen Local, tema tratado por D. Francisco Velasco, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid y la reestructuración organizativa y de personal en el ámbito local, a cargo de D. Alberto Palomar, Magistrado de lo Contencioso-Administrativo y Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

2.2. XVII. JORNADAS SOBRE EL SISTEMA AUTONÓMICO DE CASTILLA- LA MANCHA: “EL FUTURO DEL ESTADO AUTONÓMICO”. Cuenca, 27 y 28 de marzo.

Tal y como hemos señalado con anterioridad, la descentralización territorial del poder que plasmó el constituyente en el año 1978, sigue siendo mucho tiempo después una fuente inagotable de asuntos de debate. El modelo territorial del Título VIII de la Constitución sigue estando a debate más de treinta años después de su implantación, bien por considerar que ha quedado totalmente desfasado y por tanto necesita una reforma, que implicaría la reforma del texto constitucional; o bien entendiendo que son disfunciones lógicas e inevitables que surgen en todos los modelos de organización territorial.

Si hace unos años, la duda estaba en el nivel competencial a adquirir, en las reformas estatutarias que se extralimitaban de lo previsto en el marco constitucional; ahora el debate afecta a la esencia misma del concepto de soberanía estatal y su posible división. Todo ello teniendo como telón de fondo la celebración el 9 de noviembre de una consulta popular en Cataluña.

Días antes de la celebración de las Jornadas, a las que ahora haremos mención, se conocía la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo por la que declaraba inconstitucional la atribución de la titularidad de la soberanía al pueblo catalán, realizado en el marco de un Acuerdo del Parlamento de Cataluña y reconducía el derecho a decidir del pueblo catalán al tradicional derecho de participación política de todos los ciudadanos y pueblos sin que esto significara que tuviera derecho a la autodeterminación.

En este contexto, puede sin duda entenderse la gran acogida que tuvieron estas

Jornadas y lo interesante de las reflexiones que en las ponencias, debates y mesas redondas surgieron.

Durante los días 27 y 28 de marzo, intervinieron, catedráticos de Derecho Constitucional como D. Eduardo Espín Templado, de la UCLM, también Magistrado del Tribunal Supremo; D. Marc Carrillo López de la Universidad Pompeu Fabra; D. Luis María Díez- Picazo Giménez, de la UCLM y Magistrado del Tribunal Supremo y D. Francisco Javier Díaz Revorio de la UCLM, miembro del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha y co- director de las Jornadas. Abordaron cuestiones relativas a la evolución del Estado Autonómico y sus perspectivas de futuro, la legislación sobre la crisis y recentralización del Estado de las Autonomías; la posibilidad jurídico- constitucional de una consulta popular de las Comunidades Autónomas o los diferentes matices entre autonomía, federalismo y confederación.

El profesor titular de Derecho Constitucional de la UCLM y vocal del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha, D. Enrique Belda Pérez – Pedrero reflexionó sobre la conveniencia de mantener inalterado el Estado de las Autonomías como garantía de la cohesión territorial.

Como viene siendo habitual en la mayoría de las Jornadas y en estas en concreto, las ponencias de los académicos mencionados supra, se vieron complementadas por las intervenciones en dos Mesas Redondas.

La primera de ellas, llevaba por título “*La cuestión territorial desde el Periodismo*” y fue moderada por la co- directora de las Jornadas, D^a Ana M^a Valero Heredia, Profesora Contratada Doctora de la UCLM. En ella intervinieron, D. Pepe Reig Cruanes, Profesor de Periodismo en la UCLM; D. Ignasi Muñoz Lladró, Periodista de Cataluña Radio y D. Diego Albaladejo, Periodista de Ser Cuenca.

La segunda, cerró la decimoséptima edición de estas Jornadas y aportó la visión de los políticos autonómicos sobre la evolución del Estado autonómico. Moderada por D. Francisco Javier Díaz Revorio, co- director de las Jornadas y consejero consultivo de Castilla- La Mancha, intervinieron: D. Francisco Cañizares Jiménez, Portavoz del Grupo Parlamentario Popular en las Cortes de Castilla- La Mancha y D. José L. Guijarro, Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en las Cortes de Castilla- La Mancha.

3. ACTIVIDADES EN MATERIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

3.1 II. EDICIÓN TÍTULO DE ESPECIALISTA EN JUSTICIA CONSTITUCIONAL, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Toledo, 7 a 25 de julio de 2014.

Sin lugar a dudas la palabra que definiría esta segunda edición del curso de postgrado en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución, sería el de éxito tanto por el número de alumnos que asistieron al mismo y que superaron los 150, como por el nivel y calidad de los ponentes nacionales e internacionales que participaron en el evento.

Este joven curso que se llevó a cabo en los días 7 a 25 de julio de 2014 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, se ha convertido en tan solo dos ediciones en un referente a nivel nacional e internacional en materia de justicia e interpretación constitucional, como acredita el hecho de la elevación exponencial del número de asistentes respecto a su edición anterior, así como el nivel académico de los cursantes, miembros en su gran mayoría de instituciones de alto nivel, como Tribunales Supremos Latinoamericanos , Tribunales Constitucionales , Comisiones de Derechos Humanos, etc.

A lo largo de tres semanas y con carácter intensivo se llevaron a cabo más de veinte sesiones ordinarias, junto con una decena de conferencias a cargo de los especialistas más importantes en la materia a tratar. 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 los Secretarios Académicos, D. Jesús López de Lerma, profesor asociado de Derecho Constitucional y D^a. Wendy M. Jarquín Orozco, profesora invitada 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. Las últimas tendencias en el ámbito del constitucionalismo, junto con el análisis de los problemas que se plantean en los procesos constitucionales, así como los procesos ordinarios en los que puede hablarse de una aplicación directa de la Constitución, fueron los temas tratados.

La conferencia inaugural, cuyo título era “HUMAN DIGNITY AND PROPORTIONALITY ANALYSIS “, corrió a cargo de D. Robert Alexy, Catedrático de Derecho Público y de Filosofía de Derecho de la Universidad de Kiel, Alemania. Iniciaba así un curso de postgrado de alto nivel en el que participaron

como conferenciantes: D. Luigi Ferrajoli, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Roma; 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.

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 Figuerola; 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 Pontificia Universidad Católica del Perú; D. Gorki Gonzales Mantilla, Profesor de Filosofía de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; D. Lucio Pegoraro, de la Universidad de Bolonia; D. Néstor Pedro Sagües, de la Universidad de Buenos Aires.

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

3.2 XV. JORNADAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: “*TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y MODELO TERRITORIAL DE ESTADO*”. Toledo, 6 y 7 de noviembre.

Dos días antes de la celebración de la consulta popular catalana, tuvieron lugar en Toledo las tradicionales Jornadas de Justicia Constitucional, que en esta ocasión abordaron como viene siendo habitual, un tema de máxima actualidad jurídica y política como es el modelo territorial español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La decimoquinta edición de las Jornadas, fue inaugurada por el Rector de la Universidad de Castilla- La Mancha, D. Miguel A. Collado Yurrita y el Presidente de las Cortes Regionales, D. Vicente Tirado, quienes pusieron de manifiesto la extraordinaria labor que la Universidad de Castilla- La Mancha en general (con el apoyo financiero de las Cortes) y el área de Derecho Constitucional del

campus de Toledo en particular están llevando a cabo organizando estos foros en los que la apertura al diálogo y a la exposición de posturas diferentes en un plano jurídico- constitucional son la tónica habitual. Siendo estos elementos muy necesarios que hay que transmitir a la sociedad actual.

Los más de trescientos inscritos en las Jornadas fueron testigos de cómo a lo largo de dos intensivas jornadas se desgranaron los elementos más importantes a tener en cuenta a la hora de hacer frente a cuestiones relativas a la estructura territorial del Estado español.

Algunas ponencias tuvieron un carácter general o de definición de conceptos básicos para entender el Estado Autonómico, como la de los Catedráticos de Derechos Constitucional, D. José M. Vera Santos de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, con el tema “Unidad de la Nación, soberanía y Constitución “; o D. Eduardo Espín Templado de la UCLM y Magistrado del Tribunal Supremo, en su disertación sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el Estado Autonómico.

Más específicas fueron las sesiones impartidas por los Profesores Titulares de Derecho Constitucional, D. Enrique Belda Pérez – Pedrero, de la UCLM y Consejero Consultivo de Castilla- La Mancha, que trató el tema de la reforma constitucional del modelo de Estado; y D^a. Camino Vidal Fueyo, de la Universidad de Burgos, que valiéndose de su experiencia como letrada del Tribunal Constitucional, realizó una visión general sobre el tratamiento del reparto competencial en los distintos procesos constitucionales.

El “caso catalán”, la consulta popular de Cataluña, la Ley de Consultas y el archimencionado en estas Jornadas derecho a decidir de los pueblos, fueron el núcleo de la sesión de D. Joan Vintró, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona.

La perspectiva comparada resulta siempre enriquecedora y en esta ocasión este ámbito fue abordado doblemente. En primer lugar con la ponencia de D. Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional de Ecuador, en cuya disertación explicó las competencias que la joven corte constitucional ecuatoriana tiene en relación a los conflictos de competencias territoriales.

En segundo término esta perspectiva estuvo presente en la Mesa Redonda sobre los Estados Descentralizados, moderada por el co- director de las Jornadas y Catedrático de Derecho Constitucional, D. Francisco Javier Díaz Revorio y en

la que intervinieron: D^a M^a Elena Rebato Peño, co- directora de las Jornadas y Profesora Titular de la UCLM; D. Jesús López de Lerma Galán, Profesor Asociado de D. Constitucional de la UCLM y secretario de las Jornadas; D^a M^a José Majano Caño, Profesora Asociada de Derecho Constitucional de la UCLM y D^a Wendy Mercedes Jarquín Orozco, letrada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Nicaragua y Profesora Invitada de la UCLM.

La posición de Castilla- La Mancha en el marco del Estado Autonómico fue también analizada en una Mesa Redonda que puso el punto final de la primera jornada, moderada por D^a. M^a Elena Rebato Peño y en la que intervinieron: D. Fco. Javier Díaz Revorio; D^a Alicia Segovia Marco, Directora del Gabinete Jurídico. Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha y D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM.

El encargado de dictar la conferencia de clausura de las Jornadas, fue D. Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y ex Magistrado del Tribunal Constitucional. Su ponencia se centró en la reflexión sobre las últimas decisiones del Tribunal Constitucional en relación con cuestiones territoriales, al tiempo que avanzaba cuál iba a ser en su opinión, la decisión del Tribunal Constitucional sobre el recurso pendiente sobre la Ley de Consultas Catalanas y sobre la consulta popular que en ese momento apuntaba, como efectivamente así fue, que iba a celebrarse.

