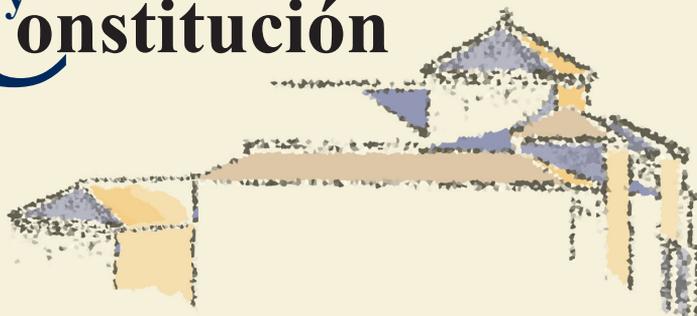




Parlamento y Constitución



Anuario

SUMARIO

I. ESTUDIOS

- Guillaume Tusseau, *La elección de un modelo de control de constitucionalidad: entre explicación y dogma*.
 Roberto Gargarella (Traducido del inglés original por Wendy M. Jarquín Orozco), *La interpretación y el diálogo democrático*.
 Gorki Gonzales, *Abogados y globalización en el Perú (1990-2014)*.
 Francisco Javier Donaire Villa, *Caracteres generales y atribuciones de la Asamblea de Extremadura en el Estatuto de Autonomía íntegramente reformado en 2011*.
 Enrique Belda Pérez-Pedrero, *Educación y otras necesidades prioritarias para un voto racional en Democracia*.

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

- Jesús López de Lerma Galán, *Libertad de Expresión y Derecho a la Información como garantías constitucionales. La colisión de derechos*.
 Luis María Romero Flor, *Deberes tributarios vs derechos humanos: el derecho a no autoinculparse en el procedimiento tributario*.
 Marc Carrillo, *Transparencia y derechos de acceso a la información en las administraciones públicas*.
 Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo, *La supervisión de las elecciones a la Asamblea nacional francesa*.

III. RECENSIONES

- José Manuel Vera Santos, *De la cultura de la queja al compromiso político (David Ortega)*.
 José Manuel Vera Santos, *Los controles estatales sobre las Comunidades Autónomas. Precedentes y regulación constitucional actual (Esther González Hernández)*.
 M^a del Pilar Molero Martín-Salas, *Right to Identity (Editor P. Tiedemann)*.
 Pere Ollers Vives, *El futuro territorial del Estado Español ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión? (Dir. Joan Oliver Araujo)*.

IV. CRÓNICAS

- Joaquina Guerrero Sanz, *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2015)*.
 M^a del Pilar Molero Martín-Salas, *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2015)*.
 M^a. Elena Rebato Peño, *Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2015)*.
 María Martín Sánchez, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2015)*.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Gregorio Jesús Fernández Vaquero,

Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Francisco Calvo Cirujano,

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.

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.

Manuel Antonio Mirón Ortega,

Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Elena Rebato Peño,

Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM.

Tomás Vidal Marín,

Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.

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 Contratada Doctor Acreditada 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 Albertí Rovira, *Universidad de Barcelona.*

José Asensi Sabater, *Universidad de Alicante.*

Francisco Bastida Frejedo, *Universidad de Oviedo.*

Paloma Biglino Campos, *Universidad de Valladolid.*

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

José Luis Cascajo Castro, *Universidad de Salamanca.*

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

Javier Corcuera Atienza, *Universidad del País Vasco.*

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

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

Javier García Roca, *Universidad de Valladolid.*

Ángel Garrorena Morales, *Universidad de Murcia.*

Ángel Gómez Montoro, *Universidad de Navarra.*

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

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

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

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

José Antonio Montilla Martos, *Universidad de Granada.*

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

Alberto Pérez Calvo, *Universidad Pública de Navarra.*

Javier Pérez Royo, *Universidad de Sevilla.*

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

Manuel Ramírez Jiménez, *Universidad de Zaragoza.*

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

Alejandro Saiz Arnaiz, *Universidad del País Vasco.*

Remedio Sánchez Férriz, *Universidad de Valencia.*

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

Manuel Terol Becerra, *Universidad Pablo de Olavide.*

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

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

Ernst Wolfgang Böckenförde, *Universidad de Friburgo.*

Allan Brewer-Carias, *Universidad Central de Venezuela.*

Ricardo Combellas, *Universidad Central de Venezuela.*

Krystian Komplik, *Universidad de Wrocław.*

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

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

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

José Xavier Garaicoa Ortiz, *Universidad de Guayaquil.*

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

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

Peter Häberle, *Universidad de Bayreuth.*

César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional de Perú.*

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

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 2015

Nº 17

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

Anuario



C y **P**arlamento
Constitución

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO.

Revista Jurídica de periodicidad anual.

Consulta de los números publicados:

http://www.cortesclm.es/paginas/detalle_nooficial.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: 2016

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2015 N° 17 —

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

Enrique Belda Pérez-Pedrero

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha. Presidente del Instituto para la Gobernanza y la Racionalidad del Voto.

Francisco Javier Donaire Villa

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

Gorki Gonzales

Profesor principal de Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Guillaume Tusseau

*Profesor de universidad de la Escuela de Derecho de Sciences Po.
Miembro del Instituto universitario de Francia.*

Jesús López de Lerma Galán

Profesor acreditado Contratado Doctor de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

M^a Joaquina Guerrero Sanz

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

José Manuel Vera Santos

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Luis María Romero Flor

Profesor Titular acreditado de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Marc Carrillo

Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra.

M^a del Pilar Molero Martín-Salas

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

M^a. Elena Rebato Peño

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

María Martín Sánchez

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

Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo

Profesor Contratado Doctor acreditado de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Pere Ollers Vives

*Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Universidad de las Islas Baleares.
Ltrado del Consejo Consultivo de las Islas Baleares.*

Roberto Gargarella

Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Wendy M. Jarquín Orozco

Profesora Doctora de la Universidad de Castilla-La Mancha.

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
I. ESTUDIOS	
Guillaume Tusseau, <i>La elección de un modelo de control de constitucionalidad: entre explicación y dogma.</i>	009
Roberto Gargarella (<i>Traducido del inglés original por Wendy M. Jarquín Orozco</i>), <i>La interpretación y el diálogo democrático.</i>	037
Gorki Gonzales, <i>Abogados y globalización en el Perú (1990- 2014).</i>	067
Francisco Javier Donaire Villa, <i>Caracteres generales y atribuciones de la Asamblea de Extremadura en el Estatuto de Autonomía íntegramente reformado en 2011.</i>	121
Enrique Belda Pérez-Pedrero, <i>Educación y otras necesidades prioritarias para un voto racional en Democracia.</i>	179
II. ARTÍCULOS Y NOTAS	
Jesús López de Lerma Galán, <i>Libertad de Expresión y Derecho a la Información como garantías constitucionales. La colisión de derechos.</i>	227
Luis María Romero Flor, <i>Deberes tributarios vs derechos humanos: el derecho a no autoinculparse en el procedimiento tributario.</i>	247
Marc Carrillo, <i>Transparencia y derechos de acceso a la información en las administraciones públicas.</i>	267
Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo, <i>La supervisión de las elecciones a la Asamblea nacional francesa.</i>	285
III. RECENSIONES	
José Manuel Vera Santos, <i>De la cultura de la queja al compromiso político (David Ortega).</i>	307
José Manuel Vera Santos, <i>Los controles estatales sobre las Comunidades Autónomas. Precedentes y regulación constitucional actual (Esther González Hernández).</i>	313
M ^a del Pilar Molero Martín-Salas, <i>Right to Identity (Editor P. Tiedemann).</i>	319
Pere Ollers Vives, <i>El futuro territorial del Estado Español ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión? (Dir. Joan Oliver Araujo).</i>	325
IV. CRÓNICAS	
Joaquina Guerrero Sanz, <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2015).</i>	337
M ^a del Pilar Molero Martín-Salas, <i>Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2015).</i>	371
M ^a . Elena Rebato Peño, <i>Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2015).</i>	381
María Martín Sánchez, <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2015).</i>	391

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **Guillaume Tusseau**, *La elección de un modelo de control de constitucionalidad: entre explicación y dogma.*
- **Roberto Gargarella** (*Traducido del inglés original por Wendy M. Jarquín Orozco*), *La interpretación y el diálogo democrático.*
- **Gorki Gonzales**, *Abogados y globalización en el Perú (1990- 2014).*
- **Francisco Javier Donaire Villa**, *Caracteres generales y atribuciones de la Asamblea de Extremadura en el Estatuto de Autonomía íntegramente reformado en 2011.*
- **Enrique Belda Pérez-Pedrero**, *Educación y otras necesidades prioritarias para un voto racional en Democracia.*

LA ELECCIÓN DE UN MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: ENTRE EXPLICACIÓN Y DOGMA¹

Guillaume Tusseau

*Profesor de Universidad de la Escuela de Derecho de Sciences Po
Miembro del Instituto Universitario de Francia*

Recibido: 02-09-2016
Aceptado: 24-09-2016

SUMARIO

Introducción.

I. La tesis explicativa de Mauro Cappelletti.

A. El problema de la uniformidad de la interpretación constitucional.

B. El problema de la ideología jurisdiccional dominante.

II. Observaciones críticas.

A. La crítica interna: factores explicativos contestables.

B. La crítica externa: factores explicativos desestimados.

Conclusión.

¹ La versión original de ese estudio pareció bajo el título «Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critiques sur un dogme explicatif de l'étude du contentieux constitutionnel», in *Jus politicum. Revue de droit politique*, Vol. VII, 2015, pp. 217-244. Agradezco a Paloma García Guerra por su traducción.

Introducción.

1. A lo largo de sus años de desarrollo, el estudio del contencioso constitucional ha visto surgir y solidificarse un cierto nombre de *topoi* doctrinales. Estos contribuyen a la estructuración de la disciplina y constituyen marcadores de su identidad¹. Por medio de su resiliencia relativa y el hecho que ofrecen una matriz intelectual relativamente estable para los desarrollos cotidianos de la disciplina, estos elementos terminan por sustraerse a discusión. Lejos de estar sometidos a los debates internos del campo de estudio, es precisamente desde el marco que delimitan que esos debates son hechos posibles y se desarrollan.

2. Ciertos de estos *topoi* son esencialmente de naturaleza descriptiva y tienen por objetivo organizar la exposición de datos de derecho positivo. Ese es el caso por ejemplo, a un nivel "macro", de la distinción entre modelos de justicia constitucional². Desde el punto de vista doctrinal y tal y como aparece en particular en la literatura comparatista, la dicotomía entre dos paradigmas – el americano y el europeo – de organización del control de constitucionalidad de las leyes pretende principalmente facilitar la ordenación de diversas formas de organización de este dispositivo que revela el análisis del derecho positivo. Aún cuando se expone a críticas cruciales en varios aspectos, esta distinción es esencial para la presentación y el análisis. Resulta un punto de partida necesario, incluso si es para ser superado, para la discusión y la argumentación. A un nivel "micro", los autores que admiten su predilección por la orientación del estudio del contencioso constitucional que se ha desarrollado a la vez en América hispanohablante³ y en Alemania⁴ bajo el

1 Vergara Blanco A., «Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los 'núcleos dogmáticos'», *Revista chilena de derecho*, Vol. 41(3), 2014, pp. 957-991.

2 Tusseau G., *Para acabar con los «modelos» de jurisdicción constitucional: Un ensayo de crítica*, 2ª ed., trad. esp. T. García Berrio Hernández, pres. E. Ferrer Mac-Gregor, México, Porrúa, col. «Biblioteca de Derecho Procesal Constitucional», Vol. 50, 2011, xix+171 p.; Bagni S. (a cura di), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bologna, Bononia UP, coll. «Ricerche di diritto pubblico comparato», 2013, 245 p.

3 Ferrer Mac-Gregor E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, pról. Fix-Zamudio H., 5a ed., 4 Vol., México, Porrúa, 2006, lviii+4094 p.; Ferrer Mac-Gregor E., Zaldívar Lelo de Larrea A. (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, 12 Vol., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008.

4 Häberle P., «Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts», *Juristenzeitung*, 1973, pp. 451-455; Häberle P., «Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», *Juristenzeitung*, 1976, pp. 377-384; Sachs M., *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2004, 192 p.; Heimann H.M., Kirchhof G., Waldhoff C., *Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht*, München, Beck, 2004, xiv+279 p.; Hillgruber C., Goos C., *Verfassungsprozessrecht*, 3e Aufl., Heidelberg, Hamburg, Müller, Verl.-Gruppe Hüthig, Jehle, Rehm, 2011, xx+386 p.; Benda E., Klein E., Klein O., *Verfas-*

nombre de "derecho procesal constitucional" frecuentemente estructuran el estudio alrededor de un tríptico fundamental. Este distingue entre (i) la jurisdicción, es decir el rol del juez, la organización jurisdiccional del Estado, los derechos y las obligaciones de los magistrados, etc.; (ii) la acción, es decir las vías de acceso al juez constitucional, las demandas hechas durante el proceso, las condiciones para formular la solicitud, etc.; (iii) el proceso, es decir los plazos para los recursos las anulaciones, etc. Nuevamente, el objetivo de estos conceptos es principalmente la ordenación racional de los diferentes elementos presentados.

3. Otros topoi resultan más de un registro explicativo que de un registro estrictamente expositivo. En lo relativo a modelos de justicia constitucional, este es el caso especialmente de la manera en la que frecuentemente es explicada la elección de las autoridades de un Estado a favor de una o la otra solución tipo. Con arreglo a éste y muchos otros elementos que estructuran la disciplina hoy en día, los especialistas de contencioso constitucional están en deuda con Mauro Cappelletti (1927-2004). Mauro Cappelletti se mostró particularmente creativo con respecto a los conceptos necesarios para el estudio comparativo de los recursos jurisdiccionales destinados a garantizar el respeto de los derechos fundamentales. Así, identificó la "jurisdicción constitucional de la libertad"⁵, que representa una de las ramas esenciales del estudio del contencioso constitucional. Fue uno de los primeros en intentar sistematizar la materia ofreciendo matrices de comprensión operativas de un punto de vista comparativo⁶. Contribuyó de manera remarcable a la comprensión de la nueva forma de sociedad política jurisdiccionalizada, de la cual estudió el establecimiento⁷. La recepción y la audiencia de sus traba-

sungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch, 3e Aufl., Heidelberg, Müller, 2012, xxx+viii+624 p.

5 Cappelletti M., *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano, A. Giuffrè, coll. «Quaderni dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile», Vol. 7, 1955, 154 p. Cappelletti M., *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco, traducción y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana por Fix-Zamudio H.*, pról. Azuela M., México, Imprenta universitaria, col. «Publicaciones del Instituto de derecho comparado», 1961, 247 p. V. également p. ex. Cascajo Castro J.L., «La jurisdicción constitucional de la libertad», *Revista de estudios políticos*, n° 199, 1975, pp. 149-198; Brage Camazano J., *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, Porrúa, col. «Biblioteca Porrúa de Derecho procesal constitucional», 2005, 264 p.; Fix-Zamudio H., «Introducción al derecho procesal constitucional», http://www.colegionacional.org.mx/SACSCMS/XStatic/colegionacional/template/pdf/1997/03%20-%20Hector%20Fix-Zamudio_%20Introduccion%20al%20derecho%20procesal%20constitucional.pdf, pp. 67-73 ; Ferrer Mac-Gregor, «Mauro Cappelletti y la jurisdicción constitucional de la libertad», *El siete*, Vol. 3, n° 13, 2008, pp. 49-52.

6 Cappelletti M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, A. Giuffrè, coll. «Studi di diritto comparato», Vol. 1, 1968, xii+134 p.

7 Cappelletti M., *Le pouvoir des juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, coll. «Droit public positif», 1990, 397 p.

jos son tales que algunas de sus propuestas doctrinales parecen hoy evidencias insuperables. En la esfera de los topoi explicativos a los que recurren algunos constitucionalistas, este es innegablemente el caso de la tesis que elaboró sobre las razones por las que ciertos constituyentes eligen dotarse de una corte constitucional ad hoc, situada al margen del aparato jurídico tradicional y caracterizada por un cierto grado de especialización⁸, en lugar de confiar a los jueces ordinarios el contencioso constitucional.

4. Las páginas que siguen estarán precisamente consagradas a algunos comentarios sobre el tema de dicha tesis. En este sentido, la ambición de este texto es sumamente modesta. No discutirá el supuesto implícito de esta construcción, es decir la oposición entre un modelo europeo y un modelo americano de justicia constitucional, del que conocemos la escasa pertinencia científica. Basta en este contexto con recordar brevemente los diferentes tipos de dispositivos de control de constitucionalidad que identificó Humberto Nogueira Alcalá en América del Sur en 2003⁹:

- "1. Sistema judicial difuso que ejercen los tribunales ordinarios de justicia (Argentina).
2. Sistema judicial concentrado en Corte Suprema (Uruguay).
3. Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema y en su Sala Constitucional (Paraguay, Venezuela).
4. Sistemas mixtos.
- 4.1. Sistema de control judicial difuso en tribunales ordinarios y control concentrado en Tribunal Supremo (Brasil).
- 4.2. Sistema de control judicial difuso y control concentrado en Tribunal Constitucional (Colombia).
5. Sistema de control de constitucionalidad dualista de tribunales ordinarios y control concentrado en tribunales constitucionales (Perú, Ecuador).

8 Favoreu L., *Les cours constitutionnelles*, 3e éd., Paris, coll. «Que sais-je ?», Vol. 2293, 127 p., pp. 3, 5-30 ; Id., «La notion de cour constitutionnelle», in Zen-Ruffinen P., Auer A. (dir.), *De la Constitution. Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle, Helbing & Lichtenhan, 1996, xx+714 p., pp. 15-27.

9 Para una visión actualizada véase Frosini J.O., Pegoraro L., «Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?», in Harding A., Leyland P. (ed.), *Constitutional Courts. A Comparative Study*, London, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2009, 385 p., pp. 345-376 ; Storini C., Escudero Soliz J., «El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano», *Revista general de derecho público comparado*, n° 9, 2011, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=410613&d=; Actualisation dans Nogueira Alcalá H., «El estatuto de los jueces constitucionales en Chile», in Fix-Zamudio H., Astudillo C. (coord.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro homenaje a Jorge Carpizo*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, 830 p., pp. 319-361, pp. 319-323.

6. Sistema de doble control concentrado de constitucionalidad en Tribunal Constitucional (preventivo) y Corte Suprema (represivo) (Chile).
7. Sistema de control concentrado únicamente en Tribunal Constitucional (Bolivia)¹⁰."

No se trata de discutir directamente la posibilidad, las modalidades y el interés de la introducción de un planteamiento de tipo explicativo o causal¹¹ en el análisis jurídico comparativo, tratados de manera remarcable en un texto de Ran Hirschl¹². No se trata tampoco de formular teorías destinadas a identificar las causas del desarrollo de la justicia constitucional de manera general¹³. De este punto de vista resulta del todo indiferente considerar que éste obedezca a una necesidad lógica¹⁴, responda a una necesidad práctica de garantizar una separación de poderes vertical¹⁵, se base en un interés generoso por la protección de los de-

10 Nogueira Alcalá H., «Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales», *Revista de derecho*, Vol. 14, 2003, pp. 43-66, p. 62. V. également Nogueira Alcalá H., «Los tribunales constitucionales de América del Sur y sus competencias», *Provincia*, 2005, pp. 27-93 ; Sagüés N.P., «Reflexiones sobre las variables de éxito y fracaso de un Tribunal Constitucional», *Pensamiento constitucional*, Vol. VIII (8), 2002, pp. 431-444, pp. 435-436. Para propuestas alternativas véase Mezzetti L., «Sistemi e modelli di giustizia costituzionale», in Id. (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, pref. De Vergottini G., Padova, Cedam, 2009, x+815 p., pp. 1-98; Tusseau G., *Para acabar con los «modelos» de jurisdicción constitucional*, op. cit., pp. 111-144.

11 Von Wright G.H., *Explanation and Understanding*, Ithaca, New York, Cornell UP, 1971, xvi+230 p.

12 Hirschl R., «On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law», in Choudhry S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge UP, 2006, x+448 p., pp. 39-66.

13 Shapiro M., «The Success of Judicial Review», in Kenney S.J., Reisinger W.M., Reitz J.C. (ed.), *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, foreword Weiler J.H.H., Basingstoke, London, MacMillan Press, New York, St. Martin's Press, 1999, xix+254 p., pp. 193-219; Shapiro M., «The Success of Judicial Review and Democracy», in Shapiro M., Stone Sweet A., *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, Oxford UP, 2002, xi+417 p., pp. 149-183 ; Silverstein G., «Sequencing the DNA of Comparative Constitutionalism: A Thought Experiment», *Maryland LR*, Vol. 65, 2006, pp. 48-67 ; Von Brünneck A., «Constitutional Review and Legislation in Western Democracies», in Landfried C. (ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, 264 p., pp. 219-261, pp. 249-251.

14 Criticando ese argumento, véase Troper M., «Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste», in Zoller E. (dir.), *Marbury v. Madison: 1803-2003. Un dialogue franco-américain. A French-American Dialogue*, Paris, Dalloz, coll. «Thèmes et commentaires», 2003, ix+228 p., pp. 215-228.

15 Friedrich C.J., *La démocratie constitutionnelle*, trad. fr. Bertrand A. (dir.), Paris, PUF, coll. «Bibliothèque de la science politique», 1958, xvi+564 p., pp. 127-128 ; Beaud O., «De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral», in Grewe C., Jouanjan O., Maulin E., Wachsmann P. (dir.), *La notion de «justice constitutionnelle»*, Paris, Dalloz, coll. «Thèmes et commentaires», 2005, ix+188 p., pp. 49-72 ; Smith E., «The Legitimacy of Judicial Review of Legislation – A Comparative Approach», in Id. (ed.), *Judicial Review Under Old Constitutions*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1995, xix+402 p., pp. 363-402, p. 367; Silverstein G., «Sequencing the DNA of Comparative

rechos humanos, resulte de una solapada empresa por substituir la "juristocracia" o la "kriararquía" a la democracia¹⁶, o incluso derive, al ejemplo de lo que respondió Gouverneur Morris (1752-1816) a un Senador de Kentucky para justificar el poder de los jueces para controlar la constitucionalidad de las leyes, de "una autoridad superior que esta Constitución [, ...] de la constitución del hombre, de la naturaleza de las cosas, del progreso necesario de los asuntos humanos"¹⁷."

El enfoque elegido es esencialmente meta-doctrinal. No se interesa tanto al estudio del contencioso constitucional positivo sino a la elección de los instrumentos intelectuales de tal estudio. En este sentido, se trata menos de examinar las mismas causas respectivas del establecimiento de una jurisdicción constitucional ad hoc o del empoderamiento de jueces ordinarios para garantizar el respeto de la constitución, que de estudiar la tesis desarrollada sobre este tema por un autor particular, y reproducida de manera relativamente constante por los autores que se encargaron de estudiar la aparición de nuevas maneras de organizar la justicia constitucional. También se trata de examinar, por medio de su presentación (I) y formulando algunas observaciones críticas respecto a él (II), la consistencia de un elemento anclado firmemente en el conjunto de los instrumentos intelectuales de la dogmática del contencioso constitucional.

I. La tesis explicativa de Mauro Cappelletti.

5. Los especialistas del contencioso constitucional concuerdan que la explicación de la existencia y de la difusión de la justicia constitucional a través de Estados extremadamente diversos del punto de vista político, económico, social, cultural, jurídico, geográfico, etc. conlleva ciertas dificultades. Cuando un fenómeno, como la adopción de sistemas de garantía jurisdiccional de la constitución,

Constitutionalism: A Thought Experiment», op. cit., pp. 52-53; Shapiro M., «The Success of Judicial Review», op. cit., pp. 194-196; Shapiro M., «The Success of Judicial Review and Democracy», op. cit., pp. 149-150; Schor M., «Mapping Comparative Judicial Review», Washington University Global Legal Studies Law Review, Vol. 7, 2008, pp. 257-287, p. 264 ; Rivero J., «Rapport de synthèse», in Favoreu L. (dir.), Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, préf. Tunc A., Paris, Economica, Aix-en-Provence, PUAM, coll. «Droit public positif», 1987, 540 p., pp. 517-529, p. 518 ; Ehrmann H.W., Comparative Legal Cultures, Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall, 1976, xiv+172 p., p. 139; Scholler H., «La juridiction constitutionnelle et la jurisprudence», Revue de la recherche juridique, 1993, pp. 1163-1172, p. 1164.

16 Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism, Cambridge (Mass.), London, Harvard UP, 2004, 286 p.

17 In Debates in the Senate of the United States on the Judiciary, during the First Session of the Seventh Congress, Philadelphia, Thos. Smith, 1802, 324 p., p. 317.

es presentado en forma de olas, como lo hacen numerosos autores¹⁸, se pueden básicamente dar cuatro tipos de explicaciones¹⁹: (i) una única causa puede explicar los diferentes ejemplos del fenómeno; (ii) un desarrollo paralelo de las distintas situaciones radica en causas locales idénticas; (iii) un efecto de "bola de nieve" que conduce a que el surgimiento de un sistema de justicia constitucional en un Estado resulta un factor determinante de su instauración en otro; (iv) distintas causas conducen diferentes Estados a adoptar respuestas parecidas, por causa de la creencia compartida de su eficacia para un cierto objetivo. También se considera que ninguna explicación unívoca permite explicar por sí sola la cuasi-universalización de la justicia constitucional.

6. Al contrario, las razones por las que los constituyentes deciden dotar su sistema de justicia constitucional con una arquitectura concentrada o una arquitectura desconcentrada parecen haber sido identificadas desde hace mucho tiempo por Mauro Cappelletti²⁰, del cual el análisis ha sido ampliamente reproducido por un gran nombre de autores. Según él,

"Las razones por las que confiar el control de constitucionalidad a las jurisdicciones ordinarias son bastante convincentes. Todos los jueces deben aplicar el derecho al caso que debe ser juzgado. Cuando aparecen aplicables normas incompatibles, el juez debe decidir cuál debe prevalecer. Existen criterios tradicionales a este fin, como *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis derogat legi generali*. Cuando existe una constitución escrita que no puede ser modificada por la legislación ordinaria, una jerarquía de normas se encuentra establecida, y de la misma manera que una ley prevalece sobre un acta administrativa, una disposición constitucional prevalece sobre una ley ordinaria: *lex superior derogat legi inferiori*. Según este razonamiento, cuando las jurisdicciones declaran una ley incompatible con una disposición constitucional, no hacen más que cumplir con su función ju-

18 Mavčič A., *The Constitutional Review*, 2nd ed., Lake Mary, Fl., Vandeplass Publishing, 2013, 237 p., pp. 18-21.

19 Huntington S.P., *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman, Okla., University of Oklahoma Press, 1991, xvii+366 p., pp. 31-34.

20 Cappelletti M., Clarke Adams J., «Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations», *Harvard LR*, Vol. 79, 1966, pp. 1207-1224, pp. 1215-1216; Cappelletti M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, op. cit., pp. 61-70; Id., «Judicial Review in Comparative Perspective», *California LR*, Vol. 58(5), 1970, pp. 1017-1053, pp. 1038-1050; Cappelletti M., «Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle», in Favoreu L. (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, op. cit., pp. 461-693, pp. 463-464; Id., «Communication orale», *ibid.*, pp. 494-501, pp. 496-499.

risdiccional normal y fundamental que consiste en ‘aplicar el derecho’. La sencillez y la lógica de este razonamiento es tal que puede parecer difícil a primera vista comprender por qué un gran número de Estados europeos que han adoptado constituciones escritas no consiguieron emplear el sistema americano y debieron pasar por el establecimiento de una corte constitucional especial externo al aparato jurisdiccional ordinario²¹."

La oposición entre los sistemas desconcentrados y los sistemas concentrados se mezcla sustancialmente con la oposición entre los sistemas jurídicos de common law y de "derecho escrito", también llamado "romano-germánico" o de "derecho civil". Entre las distintas presentaciones que Cappelletti ofrece de su tesis, dos principales grupos de factores explicativos pueden ser distinguidos. El primero concierne los tipos de dispositivos institucionales que pueden garantizar uniformidad en la interpretación constitucional (A), mientras que el segundo guarda relación con la cultura jurídica del país en cuestión, particularmente con la mentalidad de los jueces (B).

A. El problema de la uniformidad de la interpretación constitucional

7. Garantizar el predominio de la constitución implica asegurarse que se dé una interpretación unívoca de ella y que esta se imponga al conjunto de los actores jurídicos. Se puede decir que los sistemas jurídicos de common law disponen en este aspecto de un modo de funcionamiento que, espontáneamente, consigue ese resultado. Por el contrario, los Estados que conocen un sistema de derecho escrito no conocen el principio de *stare decisis*²². Ese mecanismo asegura que las jurisdicciones interiores queden vinculadas por las decisiones de las jurisdicciones superiores, de modo que la multiplicidad de órganos de aplicación de derecho no conlleve la multiplicidad de soluciones adoptadas y una inseguridad jurídica desmesurada. En el marco del control de constitucionalidad, las decisiones de inconstitucionalidad dictadas por las jurisdicciones supremas en un caso concreto producen por lo tanto un efecto general o *erga omnes*, incluso si el efecto de la decisión reconocido oficialmente se limita al caso específico. Los eventuales desacuerdos entre jurisdicciones inferiores sobre la constitucionalidad de

21 Cappelletti M., Adams J.C., «Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations», *op. cit.*, p. 1214.

22 Duxbury N., *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge UP, 2008, xv+189 p.; Gerhardt M.J., *The Power of Precedent*, Oxford, New York, Oxford UP, 2008, 340 p. ; Gascón Abellán M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, 107 p. ; Bustamante T., Bernal Pulido C. (ed.), *On the Philosophy of Precedent*, Stuttgart, Franz Steiner, 2012, 144 p.

uno u otro dispositivo jurídico tarde o temprano se resuelven de manera uniforme por la jurisdicción suprema, una vez agotados los recursos jurídicos.

Al contrario, en los sistemas de tradición romano-germánica, la ausencia de *stare decisis* excluye cualquier medio jurídico para lograr una interpretación uniforme de la constitución. El efecto relativo de cosa juzgada conduce a que una sola y única ley pueda ser declarada constitucional y aplicada en un litigio dado por un juez particular, mientras que es considerada inconstitucional y por lo tanto no aplicada en otro litigio por otro o el mismo juez. Graves dificultades de incoherencia entre las soluciones de derecho adoptadas resultaron en Brasil²³ o en Japón, que eligieron un sistema desconcentrado sin *stare decisis*²⁴. En Argentina, en un caso juzgado el 17 octubre 1923 que impugnaba la constitucionalidad de una ley fiscal, la Corte suprema afirmó expresamente en el sumario de un fallo que "Al pronunciarse el Poder Judicial sobre la constitucionalidad de una ley, lo hace con referencia exclusivamente al caso traído a su jurisdicción; es decir, que no resuelve en abstracto el punto constitucional controvertido en el juicio, pues ello importaría entorpecer la acción independiente de los otros departamentos del gobierno, por lo que, por idéntica que fuese la situación del demandante relativamente a las nuevas cuotas pagadas del impuesto, con lo que existía respecto a las que fueron materia del pleito, la inconstitucionalidad declarada no tiene efecto sino sobre aquellas cuya devolución fue demandada y sentenciada²⁵." Esta parte dispositiva produjo consecuencias particularmente perjudiciales para los justiciables durante los periodos de crisis económica, ya que la decisión de los jueces constitucionales que obligaba dejar a los ciudadanos acceder sus activos en los bancos valía solo para el solicitante y solo para la cuenta de banco en cuestión²⁶.

8. Al mismo tiempo, la frecuente presencia de varias clases de jurisdicción (judiciales, administrativas, militares, financieras etc.) o de un orden jurisdiccional único encabezado por una jurisdicción suprema extremadamente numerosa,

23 Castro e Camargo M.A., «A influência estrangeira na construção da jurisdição constitucional brasileira», *Revista general de derecho público comparado*, n° 3, 2008, pp. 1-31, pp. 6-9.

24 Cappelletti M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, op. cit., pp. 63-64; Hayashida K., «Constitutional Court and Supreme Court of Japan», in Bracher K.D., Dawson C., Geiger W. (Hrsg.), *Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz Zum 65. Geburtstag*, Bd. 2 «Staats-und Verfassungsrecht», Tübingen, J.C.B. Mohr, 1966, xiv+999 p., pp. 407-426.

25 Pereyra Iraola, Fallos 139:65 (1923). Véase Zemba de Fiamberti, Fallos 183:76 (1939); Gregorinsky y Cia, Fallos 202:184 (1945); Malenky, Fallos 264:364 (1973).

26 Navia P., Ríos-Figueroa J., «The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America», *Comparative Political Studies*, Vol. 38, 2005, pp. 189-217, p. 207.

y que por lo tanto funciona en formaciones más o menos autónomas, aumenta la necesidad para los Estados de esta tradición de dotarse de una jurisdicción ad hoc.

Según Cappelletti, el único modo para los constituyentes europeos de conseguir el efecto erga omnes que tienen en la práctica las decisiones constitucionales de las jurisdicciones de common law es renunciar a la descentralización – vertical o horizontal – del control. Siguiendo este razonamiento, para alcanzar los resultados del modelo americano, sería necesario, en el contexto jurídico europeo, crear otro modelo de control de constitucionalidad y confiar la garantía de la constitución de manera exclusiva a un órgano ad hoc especializado. Esta "regla técnica", que define el medio necesario para llegar al resultado de la interpretación uniforme de la constitución, también es impuesta por un segundo grupo de factores explicativos.

B. El problema de la ideología jurisdiccional dominante

9. A los ojos de Cappelletti, es necesario insistir en ciertos elementos de la sociología de los miembros del personal judicial y la ideología que los impulsa. En los sistemas de common law, los jueces están perfectamente acostumbrados a la idea que ejercen un poder normativo distinto que el del legislador, y que es relativamente autónomo del mismo. Convencidos de esta concepción de la separación de poderes, demuestran ser menos escrupulosos a la hora de interferir con las funciones de los representantes elegidos, a tal punto que, a veces, no dudan invalidar las normas que estos produjeron por ser contrarias a la constitución.

Esta no es la actitud de los jueces de los Estados de derecho romano-germánico. Estos no son contratados a través de un largo proceso marcado por consideraciones políticas. De manera general, entran en la magistratura poco después de terminar los estudios y ahí desarrollan su carrera. La evolución de sus carreras depende particularmente de su socialización a una concepción según la que su misión es aplicar la ley. Consecuentemente, resultan notablemente incapaces de desprenderse de su papel de "bouches de la loi", como los presenta Montesquieu²⁷, para dedicarse a operaciones de interpretación constitucional. La orientación política o moral de los textos constitucionales contemporáneos los distingue claramente de las leyes ordinarias. Su lazo con valores abstractos es más nítido y requiere otros métodos que los que aplican a la interpretación legislativa. Según

²⁷ Montesquieu C. de [1748], *De l'esprit des lois*, Goldschmidt V. (éd.), Paris, GF Flammarion, 1979, Vol. 1, 507 p., pp. 298-301 (I, XI, VI).

los dos grandes tipos de razonamiento jurídico que establece Robert Alexy, los jueces continentales pueden aplicar el derecho en un contexto de subsunción, pero no consiguen realizar las operaciones de conciliación y ponderación que la aplicación de las normas constitucionales requiere²⁸. Llegar a considerar censurar una ley, considerada como la fuente de derecho por excelencia, no parece "culturalmente correcto"²⁹. Algunos autores también estiman poder establecer una forma de ethos profesional en particular para los jueces constitucionales³⁰, que sería ajeno a los magistrados europeos, de modo que ciertos jueces judiciales que se convierten en jueces constitucionales notan ellos mismos la necesidad de modificar su actitud³¹. Por esta razón, al momento de querer establecer jurisdicciones constitucionales, los constituyentes no pudieron apoyarse en los jueces ordinarios, que no eran susceptibles de tomar en cuenta la dimensión política de esta actividad. En vez, tuvieron que confiar la garantía de la constitución a una institución más adaptada a esta tarea: una jurisdicción constitucional ad hoc, compuesta según criterios específicos³². En este sentido, Paul Duez observa que en Francia las costumbres judiciales, la timidez histórica de los jueces y su falta de prestigio social, constituyen un obstáculo al control de constitucionalidad³³.

10. Estos dos conjuntos de elementos explican a los ojos de Cappelletti la manera particularmente insatisfactoria en la que ha funcionado la justicia cons-

28 Alexy R., «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Juris*, Vol. 16, 2003, pp. 433-449.

29 Mastor W., «Opiner à voix basse... et se taire: réflexions critiques sur le secret des délibérés», in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, xlv+1166 p., pp. 725-751, p. 734.

30 Bautista Bardelli Lartirigoyen J., «El juez constitucional», *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2008, pp. 15-42.

31 Martens P., «Le métier de juge constitutionnel», in Delpérée F., Foucher P. (dir.), *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, coll. «Centre d'études constitutionnelles et administratives», Vol. 13, 1998, 201 p., pp. 25-42, pp. 30-31.

32 Lambert E., «Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour suprême des Etats-Unis», in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, xiii+832 p., pp. 469-505, pp. 504-505; Nogueira Alcalá H., «Los tribunales constitucionales de América del Sur y sus competencias», op. cit., p. 29; Nogueira Alcalá H., *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, col. «Biblioteca Porrúa de derecho procesal constitucional», Vol. 2, 2004, xx+303 p., p. 44; Vanberg G., *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge, New York, Cambridge UP, 2005, xii+193 p., pp. 79-80; Fernandes de Andrade G., «Comparative Constitutional Law: Judicial Review», *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, 2001, pp. 977-989.

33 Duez P., «Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question», in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, xiii+832 p., pp. 211-249, pp. 244-245.

titucional en Europa cuando ha sido organizada de manera desconcentrada. Así, la séptima disposición transitoria de la Constitución italiana preveía que "Hasta que no entre en funcionamiento el Tribunal Constitucional, las decisiones sobre las controversias a que se refiere el artículo 134 se llevarán a cabo en la forma y con los límites previstos en las disposiciones anteriores a la entrada en vigor de la presente Constitución." Entre 1948 y 1956, ante el fracaso de las autoridades políticas de reunir las mayorías necesarias para la nominación de los jueces constitucionales, fueron entonces los jueces ordinarios que se encargaron de la aplicación de la Constitución. Sin embargo, según varios juristas, esta experiencia resultó ser desastrosa. La Corte de casación más bien intentó obstaculizar la aplicación de la Constitución. En particular, distinguió, entre las normas constitucionales, entre "norme precettive", que podrían ser aplicadas por los jueces, y "norme programmatiche", consideradas servir únicamente como guías para las acciones de los poderes públicos, sin poder ser sometidas a sanciones jurisdiccionales antes de haberse adecuadamente concretizada³⁴. Sin embargo, los constituyentes pretendían precisamente que las normas ideales, que incluyen numerosos derechos fundamentales, pudieran servir después de la Segunda Guerra Mundial a la renovación del derecho italiano. Por esta razón, al contrario de la jurisdicción judicial suprema, la Corte constitucional rechazó, desde su primera decisión, esta distinción y afirmó la plena justiciabilidad de todas las normas constitucionales y su carácter como parámetros del control de constitucionalidad:

"La distinción entre normas prescriptivas y normas ideales puede resultar determinante para decidir la derogación de una ley o su mantenimiento en vigor, pero no es decisiva en el cuadro de las decisiones de legitimidad constitucional, porque la inconstitucionalidad de una ley puede resultar también, en casos determinados, de su incompatibilidad con normas que son denominadas ideales, y ello tanto más que en esta categoría se incluyen frecuentemente las normas constitucionales de contenidos muy variados: aquellas que se limitan a esbozar ideales genéricos de los que la realización es incierta, porque esta subordinada a la presencia de condiciones que lo permiten, a normas de las que el ideal, si se desea darle ese nombre, es tan concreto que no puede comprometer inmediatamente al legislador y repercutirse sobre la interpretación de la legislación precedente y sobre el mantenimiento de la eficacia de algunas de sus partes; existen por lo tanto

34 Cass. Pen., secciones unidas, 7 février 1948, Foro italiano, II, 1948, p. 57. Véase Calamandrei P., «Come si fa a disfare una Costituzione», in Aa. Vv., Dieci anni dopo: 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana, Bari, Laterza, 1955, x+598 p., pp. 209-316; Cappelletti M., Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, op. cit., p. 77.

normas que fijan principios ideales, y que tienen una incidencia sobre el conjunto de la legislación³⁵."

Además, la instauración de una jurisdicción constitucional específica, diferente de las jurisdicciones ordinarias, se opondría menos a una concepción relativamente rígida de la separación de los poderes, según la que no corresponde a los jueces censurar la acción del legislador que exprime, en acuerdo con la mística rousseauiana, la voluntad general³⁶. Dejando idéntico el papel de los jueces ordinarios de aplicar la ley, el establecimiento de una jurisdicción constitucional ad hoc permite nuevamente mantener la concepción dominante en esos Estados de la separación de poderes. Tal y como observó por ejemplo un presidente de la Corte constitucional federal alemana, el respeto de la majestad de la ley impone que "Solo un tribunal, que ocupa una posición particular en el ámbito del derecho constitucional debe poder declarar la inconstitucionalidad de los actos del legislador³⁷."

11. Es sobre el fundamento de este análisis, que clarifica indudablemente ciertos elementos mayores de la trayectoria de diferenciación de los sistemas de justicia constitucional, que se apoya gran nombre de autores³⁸. A este respecto, las

35 Sent. 1/1956.

36 Fonseca D., *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, Th. Droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2009, 790 p.

37 Müller G., «La Cour constitutionnelle fédérale de la République fédérale d'Allemagne», *Revue de la Commission internationale des juristes*, Vol. 6 (2), 1965, pp. 211-238, p. 224.

38 Ludwikowski R.R., «Constitution Making in the Countries of Former Soviet Dominance: Current Developments», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 23, 1993, pp. 155-268, pp. 258-259; Ludwikowski R.R., *Constitution-Making in the Region of Former Soviet Dominance*, Durham, London, Duke UP, 1996, ix+641 p., p. 214 ; Schwartz H., «A Brief History of Judicial Review», in Shedler A., Diamond L., Plattner M. (ed.), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Boulder, Co., Lynne Rienner, 1999, x+393 p., pp. 145-150, p. 148 ; Schwartz H., «Surprising Success: The New Eastern European Constitutional Courts», op. cit., pp. 197-198 ; Ruiz Miguel A., «Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional», *Doxa*, n° 23, 2000, pp. 145-160, p. 148; Utter R.F., Lundsgaard D.C., «Comparative Aspects of Judicial Review: Issues Facing the New European States», *Judicature*, Vol. 77, 1994, pp. 240-247, p. 241 ; Von Beyme K., «The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems», op. cit., pp. 25, 30-31 ; Garlicki L., «Constitutional Courts versus Supreme Courts», *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5(1), 2007, pp. 44-68, p. 45 ; Garlicki L., «La légitimité du contrôle de constitutionnalité : problèmes anciens c/ développements récents», *RFDC*, n° 78, 2009, pp. 227-246, p. 231 ; Ríos-Figueroa J., «Institutions for Constitutional Justice in Latin America», in Ríos-Figueroa J., Helmke G. (ed.), *Courts in Latin America*, Cambridge, New York, Cambridge UP, 2011, x+342 p., pp. 27-54, p. 37; Vanberg G., *The Politics of Constitutional Review in Germany*, op. cit., pp. 79-80 ; Harding A., Leyland P., Groppi T., «Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective», in Harding A., Leyland P. (ed.), *Constitutional Courts*, op. cit., pp. 1-27, pp. 11-12 ; Landau D., «The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modeling Judicial Behavior in Latin America», *The*

causas que Cappelletti presenta para explicar la elección de los constituyentes a favor de uno u otro modelo de justicia constitucional son consideradas puntos de anclaje imprescindibles para el análisis constitucionalista. Estas desempeñan un papel estructurante para la disciplina y la determinación del cuadro intelectual en el que las hipótesis de investigación pueden ser formuladas. En el ámbito de la política institucional, estas consideraciones contribuyeron indiscutiblemente de manera significativa a intervenir en los procesos constituyentes de los Estados del antiguo bloque soviético para el establecimiento de cortes constitucionales ad hoc. Sin embargo, el poder explicativo de esta tesis se enfrenta a cierto número de límites.

II. Observaciones críticas.

12. Sin querer poner a prueba empíricamente cada uno de los diferentes factores explicativos tradicionalmente desarrollados³⁹, dos tipos de observaciones pueden ser formuladas. Desde un punto de vista interno al planteamiento de Cappelletti, parece que, ante todo, ciertas hipótesis explicativas consideradas carecen o de solidez, o de precisión (A). De un punto de vista externo, es importante llamar, al igual que una corriente importante del estudio del contencioso constitucional, la atención sobre factores explicativos ignorados indebidamente por su tesis (B).

A. La crítica interna: factores explicativos contestables

13. En primer lugar, no son tan excepcionales los ejemplos de Estados que pueden ser vinculados a la familia de los derechos romano-germánicos y que desarrollaron formas de control de constitucionalidad cercanos al modelo americano. En Grecia, el poder de controlar de manera incidente la constitucionalidad de

George Washington International LR, Vol. 37, 2005, pp. 687-744; Favoreu L., Mastor W., Les cours constitutionnelles, Paris, Dalloz, coll. «Connaissance du droit», 2011, 161 p., pp. 9-14 ; Rosenn K.S., «The Protection of Judicial Independence in Latin America», Miami Inter-American LR, Vol. 19, 1987-1988, pp. 1-35, p. 33; Fernandes de Andrade G., «Comparative Constitutional Law: Judicial Review», op. cit. ; Jackson V.C., Tushnet M., Comparative Constitutional Law, 2nd ed., New York, Foundation Press, 2006, lxxv+1776 p., pp. 467-468 ; Hausmaninger H., «Judicial Referral of Constitutional Questions in Austria, Germany, and Russia», Tulane European & Civil Law Forum, Vol. 12, 1997, pp. 25-37; Barsotti V., Varano V., «Standing to Raise Constitutional Issues in Italy», in Kay R.S. (ed.), Standing to Raise Constitutional Issues. Comparative Perspectives, Bruxelles, Bruylant, 2005, x+365 p., pp. 41-65, p. 44; Asmal K., «Constitutional Courts – A Comparative Survey», The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 24(3), 1991, pp. 315-340, spéc. pp. 317-318.

39 Ramos Romeu F., «The Establishment of Constitutional Courts: A Study of 128 Democratic Constitutions», Review of Law & Economics, Vol. 2(1), 2006, pp. 103-135.

las leyes se desarrolló desde mitades del siglo XIX⁴⁰. Así, es posible relativizar la idea que los jueces europeos, y de manera general aquellos que se desempeñan en un contexto de derecho civil, no están culturalmente capacitados a ejercer el control de constitucionalidad⁴¹. En Portugal, fue durante la misma época que los tribunales afirmaron su poder de apartar la ley inconstitucional. Bajo la influencia de la justicia constitucional que se había desarrollado en su antigua colonia brasileña, la antigua metrópolis adoptó un sistema de control difuso. La Constitución de 1911 confirmó este poder en su artículo 63: "El Poder Judicial, en el caso de que, con motivo de hechos sometidos a juicio, cualquiera de las partes impugne la validez de la ley o de los diplomas emanados del Poder Ejecutivo o de las corporaciones con autoridad pública, que hubieren sido invocados, apreciará su legitimidad constitucional o conformidad con la Constitución y principios en ella consignados." La reflexión constitucional suiza es igualmente muy rica. A partir de 1848 se organizó un control difuso de constitucionalidad únicamente de las leyes cantonales, mientras que la soberanía de la ley federal quedaba intacta. Además, reflejando las preocupaciones sensibles durante el mismo periodo en América latina, se estableció un recurso de protección de derechos humanos (art. 105 C 1848; art. 113.3 C 1874). Sin autorización expresa alguna, la Corte suprema noruega admitió el control de manera incidente de la constitucionalidad de las leyes⁴². A pesar que la historiografía dominante remonta esta práctica a una decisión del 10 de noviembre de 1866, parece que es muy anterior⁴³. Posteriormente, los tribunales islandeses se reconocieron el mismo poder en 1900 (Lyrð. VI.176), y los de Dinamarca en los años 1910, aún sobre la base de la influencia estadounidense (UfR. 1913.457)⁴⁴. Así fue de forma pretoriana que los jueces ru-

40 Veleris P., «La Constitution, la loi et les tribunaux en Grèce», *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1967, pp. 439-477; Papanikolaou C., «Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Grèce (l'art. 93 al. 4 de la Constitution hellénique du 9 juin 1975)», in Giudicelli J., Papanikolaou C., *La justice constitutionnelle: Italie-Grèce*, préf. Goyard C., Paris, LGDJ, coll. «Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II», 1997, xii+196 p., pp. 115-196, pp. 129-138; Spiliotopoulos E., «Judicial Review of Legislative Acts in Greece», *Temple Law Quarterly*, Vol. 56 (2), 1983, pp. 463-502, pp. 469-475; Kastanas E., *Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1993, viii+127 p.

41 Papanikolaou C., «Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Grèce (l'art. 93 al. 4 de la Constitution hellénique du 9 juin 1975)», op. cit., p. 180; Brewer-Carias A.R., «Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law» in Id. (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge, New York, Cambridge UP, 2011, xxviii+933 p., pp. 5-191, p. 14.

42 Husa J., *Nordic Reflections on Constitutional Law. A Comparative Nordic Perspective*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, Peter Lang, 2002, 209 p., p. 127.

43 Slagstad R., «The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System», in Smith E. (ed.), *Judicial Review Under Old Constitutions*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1995, xix+402 p., pp. 81-111.

44 Husa J., *Nordic Reflections on Constitutional Law*, op. cit., p. 127.

manos se confirieron competencia para controlar la constitucionalidad de las leyes en el caso llamado de los "tranvías", antes de que la Constitución les otorgue ese poder de manera explícita⁴⁵. La primera sección de la Alta Corte de casación y de justicia decidió, en su fallo n° 261 del 16 de marzo de 1912 que confirmaba la decisión de los jueces inferiores, que los jueces ordinarios tenían la facultad de declarar las leyes contrarias a la Constitución. Según la Corte, cuyo razonamiento se basa ampliamente en la consultación de Henri Barthélemy y Gaston Jèze así como en la argumentación de John Marshall,

"Considerando que cuando una ley invocada por cualquier causa es contraria a la Constitución, el juez no puede, en presencia de este conflicto, sustraerse a la resolución del procedimiento; que tal y como en un caso de contradicción entre dos leyes ordinarias, es el derecho y el deber del juez de interpretar y decidir cuál de las dos puede ser aplicada, y que al igual es su deber actuar incluso en el caso que una de esas dos leyes sea la Constitución: considerando que dentro de estos límites no se puede negar al poder judicial el derecho de verificar la constitucionalidad de una ley, que en efecto este derecho resulta en primer lugar y de manera natural y lógica de la naturaleza y de las atribuciones de este poder que es aplicar la ley y por lo tanto también la ley constitucional, que no existe en la Constitución ninguna disposición que rehúse este derecho al poder judicial."

Ulteriormente, la Constitución ratificó esta evolución, concentrando el control (art. 103 C 1923). El control descentralizado no parece por lo tanto intrínsecamente ajeno a la cultura civilista.

14. En segundo lugar, la oposición que establece Mauro Cappelletti relativa a la aplicación del principio de precedente es un tanto artificial. Los países de derecho romano-germánico no lo ignoran, en la medida que las jurisdicciones

45 Jèze G., «Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionnalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux», *Revue du droit public*, 1912, pp. 138-156; Duguit L., *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913, xix+285 p., pp. 100-101; Miclesco E., «Technique de la Cour de cassation roumaine pour l'examen de l'inconstitutionnalité des lois», in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, 3 Vol., Paris, Sirey, 1934, xxxi+309 p., ix+573 p., xvii+546 p., Vol. 3, pp. 69-76. Véase el texto de la decisión «L'inconstitutionnalité des lois en Roumanie», *Revue du droit public*, 1912, pp. 365-368. Véase también Radulesco A.R.F., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Roumanie*, Paris, Les presses modernes, 1935, 140 p.; Conac G., «Une antériorité roumaine: le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois», in *Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2007, xxii+1148 p., pp. 399-427.

inferiores son conducidas, por medio de la sucesión de recursos judiciales, a plegarse a las decisiones de las jurisdicciones supremas. Así resulta que una decisión de la corte suprema de uno de estos Estados en un caso concreto, que tiene autoridad de cosa juzgada, puede igualmente tener un efecto erga omnes⁴⁶. Así lo observa por ejemplo Antonis Manitakis relativo a la larga tradición de control difuso de los tribunales griegos, a pesar del principio del efecto inter partes de las sentencias, "las declaraciones de inconstitucionalidad de las Cortes superiores, y particularmente las del Consejo de Estado en asamblea general, tienen frecuentemente un impacto considerable y crean, por medio de la autoridad de que goza la alta jurisdicción administrativo, un precedente jurisprudencial⁴⁷." En este sentido, la Corte suprema argentina, aunque se considere una de las más apegadas al principio del efecto inter partes de sus decisiones, básicamente impuso desde su creación que "Los juzgados de sección deben conformar sus resoluciones a las decisiones que, en casos análogos, dicte la Suprema Corte haciendo jurisprudencia⁴⁸."

A la inversa, el principio de *stare decisis et quita non movere* funciona en Estados Unidos de un modo que no tiene nada de rígido, y que en particular no excluye los cambios de jurisprudencia y así los cambios en la interpretación de la Constitución. En las palabras del presidente Rehnquist, "El *stare decisis* no constituye un mandamiento inexorable, sino un 'principio de política (policy) y no una fórmula mecánica de adhesión a la última decisión' [...] Esto es particularmente el caso en materia constitucional, porque en estos casos, 'la corrección por el legislador es prácticamente imposible'⁴⁹." Esto no excluye oposiciones con

46 MacCormick D.N., Summers R.S. (ed.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth, Ashgate, 1997, x+585 p.; Pegoraro L., *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, pról. Figueroa Mejía G.A., presentación Pérez Colunga J.J., Santiago de Querétaro, Fundación universitaria de derecho, administración y política, 2011, 650 p., pp. 275-277; Pegoraro L., *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, Bononia UP, coll. «Ricerche di diritto pubblico comparato», 2014, 318 p., p. 109; Duez P., «Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question», op. cit., pp. 222-223; Brewer-Carias A.R., «Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law», op. cit., p. 15; Marinoni L.G., *Precedentes obrigatórios*, 3a ed., São Paulo, Editora Revista dos tribunais, 2013, 544 p.

47 Manitakis A., «Fondement et légalité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce», *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 40, 1988, pp. 39-55, p. 52. V. de même Spiliotopoulos E., «Judicial Review of Legislative Acts in Greece», op. cit., pp. 486-487.

48 García Aguilera, Fallos 9:53 (1870). Véase Halabi, Fallos 332:111 (2009). Véase Sagüés N.P., «Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n° 12, 2008, pp. 333-356; Sánchez Sánchez J., «Efectos de la sentencias constitucionales en el derecho argentino», *Cuestiones constitucionales*, n° 21, 2009, pp. 295-318.

49 Payne v. Tennessee 501 US 808 (1991). Véase Zoller E., «Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006 ; Brenner S., Spaeth H.J.,

las jurisdicciones inferiores⁵⁰, o incluso verdaderos movimientos en favor de una mayor autonomía de las jurisdicciones estatales en el cuadro de un "nuevo federalismo jurisdiccional"⁵¹.

15. En tercer lugar, las cuestiones del efecto personal de las decisiones de constitucionalidad, por un lado, y la de la concentración del control de constitucional en las manos de un solo órgano o al contrario su difusión a favor de varias jurisdicciones, son totalmente independientes la una de la otra, tanto desde el punto de vista conceptual como práctico. Es perfectamente posible que un control de constitucionalidad totalmente desconcentrado conduzca a decisiones con efecto erga omnes, mientras que un control concentrado resulte en decisiones con un efecto inter partes. Se conocen ejemplos de la primera hipótesis en Paraguay y en Nicaragua⁵². En lo relativo a la segunda, es posible tomar el ejemplo de las decisiones de cortes constitucionales adoptadas sobre recursos directos abstractos o sobre recursos prejudiciales de los jueces ordinarios. Su efecto es erga omnes si declaran la inconstitucionalidad. Tal es el caso en Alemania (art. 31 LCCF), en Italia (art. 136 C), en Bolivia (art. 78 CPC), en Colombia (art. 48.1 Ley estatutaria de la administración de la justicia n° 270 del 7 de marzo de 1996; art. 21 Deceto 2067 de 1991), o en Ecuador (art. 95 LOGJCC). pero en Bélgica, una decisión de la Corte constitucional ad hoc emitida sobre recurso prejudicial nunca tiene un efecto erga omnes. Según el artículo 28 de la Ley especial sobre la Corte constitucional, "La jurisdicción que ha sometido la cuestión prejudicial, así como toda jurisdicción que deba pronunciarse en el mismo caso, deben, para la resolución del litigio durante el cual fueron sometidas las cuestiones contempladas en el artículo 26, conformarse a la sentencia dictada por la Corte constitucional." Se trata

Stare Decisis, New York, Cambridge UP, 1995, xii+151 p.; Knight J., Epstein L., «The Norm of Stare Decisis», *American Journal of Political Science*, Vol. 40(4), 1996, pp. 1018-1035.

50 Beatty J.K., «State Court Evasion of United States Supreme Court Mandates During the Last Decade of the Warren Court», *Valparaiso University LR*, Vol. 6, 1972, pp. 260-285 ; Choper J.H., *Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980, xviii+494 p., pp. 140-142 ; Caminker E.H., «Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?», *Stanford LR*, Vol. 46, 1994, pp. 817-873.

51 Williams R.F., «In the Supreme Courts's Shadow: Legitimacy of State Rejection of Supreme Court Reasoning and Result», *South Carolina LR*, Vol. 35, 1984, pp. 353-404 ; Morawetz T., «Deviation and Autonomy: The Jurisprudence of Interpretation in State Constitutional Law», *Connecticut LR*, Vol. 26, 1994, pp. 635-657 ; Friedman L., «The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism», *Hastings Constitutional LQ*, Vol. 28, 2000, pp. 93-144.

52 Lösing N., «La justicia constitucional en Paraguay y Uruguay», *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2002, pp. 109-133, pp. 115-116 ; Pérez Tremps P., «La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América latina», *Revista del Foro constitucional iberoamericano*, n° 2, 2003, pp. 66-81.

únicamente de una autoridad relativa – pues solo afecta el caso concreto – que es llamada "reforzada"⁵³ – porque se impone a otras jurisdicciones que pueden conocerlo⁵⁴. De manera muy clara, también, los procesos de acción de inaplicabilidad que los jueces ordinarios plantean ante el Tribunal constitucional chileno nunca desembocan en decisiones que surten efectos generales. Según el art. 92 LOCTC "La sentencia que declare la inaplicabilidad solo producirá efectos en el juicio en que se solicite".

Al contrario, en la mayoría de los sistemas concentrados, la decisión generalmente solo vale en relación al tipo de argumentación desarrollado por los demandantes, tanto en lo que concierne las disposiciones cuestionadas como los parámetros de control movilizados, si se decide a favor de la constitucionalidad y por lo tanto el recurso es rechazado⁵⁵. El artículo 38.2 LOTC español prevé en este sentido que "Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional." Así ocurre igualmente en Italia (v. p. ej. sent. 225/1994)⁵⁶, en Portugal (STC 85/85; 15/88; 473/92)⁵⁷ y en Perú (art. 37 LOTC). En efecto, tal y como lo observa Gustavo

53 Van Compernelle J., Verdussen M., «La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel. L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique», *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14, 2003, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/cahiers-du-conseil/cahier-n-14/la-reception-des-decisions-d-une-cour-constitutionnelle-sur-renvoi-prejudiciel-l-exemple-de-la-cour-d-arbitrage-de-belgique.52019.html>.

54 Existe un dispositivo similar en Luxemburgo (art. 1SLCC). Pero al mismo tiempo, el art. 6LCC establece que un tribunal no puede recurrir a la Corte Constitucional si ella ya se ha pronunciado sobre la pregunta con el mismo objeto. Una forma de efecto de precedente es proporcionada por la ley misma. Kuhn N., Rousseaux E., «La Cour constitutionnelle luxembourgeoise: dernière pierre à l'édifice des cours constitutionnelles en Europe occidentale», *RIDC*, 2001, pp. 453-482, pp. 467-468.

55 Francia, en materia de cuestiones prioritarias de constitucionalidad (art. 23-2 Ordonnance n°58-1067 de 7 de noviembre de 1958), así como Turquía, donde el art. 152 C prohíbe que durante un periodo de diez años cualquiera nueva cuestión de inconstitucionalidad a propósito de una disposición declarada constitucional sea planteada de nuevo, ofrecen contra-ejemplos.

56 Ricci R., *Le procès constitutionnel en Italie. L'élaboration d'un droit processuel constitutionnel*, préf. Escarras J.-C., Paris, Aix-en Provence, Economica, PUAM, coll. «Droit public positif», 1996, 160 p., pp. 85-86; Romboli R., «La tipología de las decisiones de la Corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental», *Revista española de derecho constitucional*, Vol. 16, n° 48, 1996, pp. 35-80, pp. 60-61.

57 Martín de la Vega A., «Sentencia desestimatoria y reversibilidad del pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley. Una perspectiva desde el derecho comparado», in Ferrer Mac-Gregor E., Zaldívar Lelo de Larrea A. (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, op. cit., Vol. 5, xl+850 p., pp. 485-509, p. 496. Medeiros R., *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos*

Zagrebelsky, "mientras que las decisiones que admiten los recursos [prejudiciales] se pronuncian sobre la ley, y declaran su inconstitucionalidad, las decisiones desestimatorias se pronuncian únicamente sobre la cuestión, que es declarada infundada⁵⁸." Estas últimas simplemente alejan la argumentación desarrollada por el juez y – eventualmente – las partes afín de expresar las dudas acerca de la constitucionalidad de los textos o las normas en juego. No confieren un título irremediable de constitucionalidad a las actas atacadas. No excluyen en modo alguno que una argumentación distinta pueda convencer a la jurisdicción constitucional. Por lo tanto, estas decisiones solo tienen efecto sobre el juez que ha planteado la pregunta, dentro del marco del procedimiento pendiente. La desconexión entre la existencia de una jurisdicción constitucional establecida según el modelo europeo, por una parte, y el efecto erga omnes de sus decisiones incluso puede presentarse de manera más general. Así, en Portugal, cuando una cuestión de constitucionalidad es planteada ante un tribunal ordinario y luego transmitida por medio de un recurso al Tribunal constitucional (art. 280 C), este – a pesar de ser una jurisdicción constitucional ad hoc – emite una decisión con un efecto meramente inter partes. Asimismo, el efecto de las decisiones emitidas por uno de los primeros tribunales constitucionales concentrados, un arquetipo histórico de la construcción doctrinal de los modelos de justicia constitucional, el Tribunal de Garantías Constitucionales español de la Segunda República, se limitaba al litigio resuelto. La extensión del efecto personal de sus decisiones funcionaba de manera pragmática, cuando resultaba necesaria, por medio de decretos del poder ejecutivo⁵⁹. La estructura orgánica de la justicia constitucional y el efecto de las decisiones son por lo tanto independientes uno del otro.

16. En cuarto lugar existe, de manera general, como lo demuestra este ejemplo español, muchas otras maneras en las que un sistema descentralizado de garantía de la constitución que no conoce el principio anglo-americano del precedente puede asegurar el efecto general de las decisiones emitidas a este respecto, además del establecimiento de una jurisdicción constitucional ad hoc. Por ejemplo, en México el procedimiento de "suplicia de la queja deficiente" permite de extender el alcance de decisiones con un simple efecto inter partes, previsto de principio por el artículo 107.II C. El artículo 73 de la Ley de Amparo confirma el efecto rigurosamente limitado de las decisiones en este ámbito. Pero el artículo 76 permite de cierta manera eludir esta limitación. Prevé que los jueces deberán

da decisão de inconstitucionalidade da lei, Lisboa, Universidade católica editora, 1999, 945 p.

58 Zagrebelsky G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, 392 p., pp. 183-184.

59 Cruz Villalón P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, op. cit., pp. 336, 398.

colmar los vacíos de la demanda formulada por el justiciable, con el fin de evitar que le sean aplicadas normas estimadas inconstitucionales en otras decisiones que carecen de efecto erga omnes⁶⁰. Además, a pesar del hecho que ninguna jurisdicción ad hoc exista y que México se inscriba resueltamente en la tradición del derecho civil supuestamente desprovisto de *stare decisis*, es previsto que si cinco decisiones de inconstitucionalidad idénticas son emitidas sucesivamente, la invalidación de la norma tendrá de entonces en adelante un efecto erga omnes (art. 222 y s. Ley de Amparo). De manera aún más clara, la Constitución de Honduras afirma simplemente que "las sentencias [de la Corte suprema] en que se declare la inconstitucionalidad de una norma será de ejecución inmediata y tendrán efectos generales" (art. 316 C). Así, la necesidad para los Estados dotados de un sistema jurídico romano-germánico de instituir una jurisdicción ad hoc si desean alcanzar un efecto general atribuido a las decisiones de la Corte suprema de los Estados Unidos, por medio de la fuerza del *stare decisis*, no queda establecida.

17. En quinto lugar, la existencia de una jurisdicción ad hoc no constituye una garantía segura de uniformidad en la interpretación de la constitución. Esto se debe en particular a que es posible que las jurisdicciones ordinarias conserven ciertas facultades de interpretación de la constitución que continúan a dejar abiertas las posibilidades de divergencias o incluso conflictos. Este es especialmente el caso en sistemas "dualistas", "integrales" o "paralelos", como los de Venezuela⁶¹, Perú⁶² o, por la negación por la Corte suprema de admitir el monopolio de la Corte constitucional en esta materia, la Federación de Rusia⁶³.

18. Estos diferentes elementos conducen por lo tanto a matizar fuertemente el alcance explicativo de la tesis formulada por Mauro Cappelletti sobre las razones por las que los constituyentes se orientan hacia uno u otro de los dos modelos de justicia constitucional. Además de sufrir de la debilidad de los factores observados posteriormente por numerosos especialistas del contencioso constitucional,

60 Fix-Zamudio H., «Síntesis del derecho de amparo», in Aa. Vv., *Panorama de derecho mexicano*, t. 1, México, Universidad nacional autónoma de México, 1965, 358 p., pp. 146-147 ; Castro J.V., *La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo*, pról. Tena Ramírez F., México, Editorial Jus, col. «Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales. Colección de estudios jurídicos», n° 4, 1953, 148 p.

61 Brewer-Carías A.R., *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 1995, 120 p.

62 García Belaunde D., «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo», in «La justicia constitucional a finales del siglo XX», *Revista del Instituto de ciencia política y derecho constitucional*, Vol. 7, n° 6, 1998, pp. 139-154.

63 Krug P., «Departure from the Centralized Model: The Russian Supreme Court and Constitutional Control of Legislation», *Virginia Journal of International Law*, Vol. 37, 1996-1997, pp. 725-787.

debe señalarse que esta tesis descuida importantes razones por las que se puede buscar el establecimiento de una jurisdicción ad hoc.

B. La crítica externa: factores explicativos desestimados.

19. El estudio del design de las instituciones constitucionales⁶⁴ y, entre ellas de las jurisdicciones constitucionales, cobra considerablemente mayor poder explicativo si utiliza un doble movimiento. El primero consiste en evitar las generalizaciones para atraer la atención sobre estudios de caso más especializados⁶⁵, pudiendo, en una segunda etapa, generalizar. El segundo concierne el uso de una forma de hermenéutica de la sospecha⁶⁶, que conduce, tal y como lo sugieren las explicaciones estratégicas del desarrollo de la justicia constitucional⁶⁷, a no desestimar los factores de orden estrictamente político que pueden llevar a elegir uno u otro modelo de justicia constitucional.

20. Primero, a veces es posible, como lo demuestran los ejemplos de diferentes Estados durante el proceso de descolonización, que la integración de la justicia constitucional dentro de las funciones de los jueces ordinarios pueda ser explicada, de manera muy pragmática, no por las razones anteriores, sino por el

64 Lutz D.S., *Principles of Constitutional Design*, Cambridge, New York, Melbourne, Cambridge UP, 2006, xiv+261 p.; Voigt S. (ed.), *Design of Constitutions*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, Edward Elgar, 2013, xx+758 p.

65 Sobre esos dos métodos véase Przeworski A., Teune H., *The Logic of Comparative Social Inquiry*, New York, London, Toronto, Sydney, Wiley-Interscience, 1970, xiv+153 p. Tusseau G., «A Plea for a Hint of Empiricism in Constitutional Theory: A Comment on Cesare Pinelli's 'Constitutional Reasoning and Political Deliberation'» *German Law Journal. Review of Developments in German, European and International Jurisprudence, Special Issue: Constitutional Reasoning*, Vol. 14(8), 2013, pp. 1183-1194, <http://germanlawjournal.com/pdfs/Vol14-No8/14.8.11.pdf>.

66 Ricœur P., *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Paris, Seuil, coll. «Points. Essais», Vol. 298, 1965, 575 p., pp. 30-46.

67 Ginsburg T., *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, New York, Cambridge UP, 2003, xi+295 p.; Hirschl R., «The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional revolutions», *Law & Social Enquiry*, Vol. 25, 2000, pp. 91-149; Id., *Towards Juristocracy*, op. cit.; Finkel J., «Judicial Reform as Insurance Policy: Mexico in the 1990s», *Latin American Politics and Society*, Vol. 47, 2005, pp. 87-113; Finkel J.S., *Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*, Notre Dame, Ind., University of Notre Dame Press, 2008, x+157 p.; Shambayati H., Kirdiş E., «In Pursuit of 'Contemporary Civilization': Judicial Empowerment in Turkey», *Political Research Quarterly*, Vol. 62, 2009, pp. 767-780; Mandel M., «Legal Politics Italian Style», in Tate C.N., Vallinder T., (ed.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, London, New York UP, 1995, xii+556 p., pp. 261-286; Volcansek M.L., «Bargaining Constitutional Design in Italy: Judicial Review as Political Insurance», *West European Politics*, Vol. 33(2), 2010, pp. 280-296; Pasquino P., «Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy», *Ratio Juris*, Vol. 11, 1998, pp. 38-50, pp. 46-47.

costo, en términos financieros, de la instauración de una estructura institucional adicional. Ciertos Estados no siempre disponen de suficiente personal para poder considerar la posibilidad de establecer, además de un sistema jurisdiccional eficaz en todo el territorio, una jurisdicción constitucional ad hoc compuesta por jueces especializados⁶⁸.

Esto tipo de limitaciones tienen no obstante un efecto sobre la estructura institucional de la garantía de la constitución. Es así que varios Estados africanos fueron conducidos a recurrir a un sistema que, haciendo caso omiso a la distinción binaria entre el modelo americano y el modelo europeo, apareció en Cuba en 1940 (art. 171 y 172 C)⁶⁹. Este dispositivo lo ilustró por ejemplo la Constitución de Burundi, que prevenía que la Corte suprema incluía (i) una cámara de casación, competente en materia de recursos contra las decisiones emitidas en última instancia por las jurisdicciones no administrativas, (ii) una cámara judicial, competente para las infracciones cometidas por los mandatarios políticos o públicos, (iii) una cámara administrativa competente en materia electoral y en materia de recursos contra las decisiones de las jurisdicciones administrativas y (iv) una cámara constitucional que supervisaba la elección presidencial y las operaciones de referéndum, y decidía sobre la constitucionalidad de las leyes y de los compromisos internacionales a solicitud del Presidente de la República⁷⁰. Bajo distintas apelaciones, una cuádruple división de las cortes supremas en cámara judicial, administrativa, financiera y constitucional existía, en los años sesenta, en el Chad⁷¹, en Malí (art. 49 C 1959; art. 43 et 44 C 1960), en Gabón (art. 59 C 1961)⁷², en Costa de Marfil (art. 57 C 1960), en Marruecos (Título X C 1962), en

68 Ould Bouboutt A.S., «Les juridictions constitutionnelles en Afrique. Evolutions et enjeux», AIJC, n° 13, 1997, pp. 31-45, p. 33 ; Diallo I., «A la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle», AIJC, no 20, 2004, pp. 93-120, p. 104 ; Mangin G., «Enquête comparative sur les juridictions suprêmes en Afrique francophone», in G. Conac (dir.), Les cours suprêmes en Afrique, Vol. I Organisation, finalités, procédure, Paris, Economica, coll. «Université de Paris I. Centre d'études juridiques et politiques du monde africain», 1988, ix+437 p., pp. 131-155, p. 135.

69 García Belaunde D., El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba, 1940-1952, estudio preliminar y epílogo Palomino Manchego J.F., Lima, Instituto iberoamericano de derecho constitucional, Col. Biblioteca peruana de derecho constitucional, Vol. 27, 2002, 186 p. ; Prieto Valdés M., «El sistema de defensa constitucional cubano», Revista cubana de derecho, n° 26, 2005, pp. 27-55.

70 Rutake P., Sigejeje C., «Les juridictions suprêmes en Afrique francophone. Le cas du Burundi», in Conac G. (dir.), Les cours suprêmes en Afrique, Vol. I, op. cit., pp. 159-180, spéc. pp. 161-162.

71 N°Garbaye A., «La Cour suprême du Tchad», *ibid.*, pp. 351-365.

72 Pambou-Tchivounda G., «Une juridiction constitutionnelle au Gabon (A propos de la chambre constitutionnelle de la Cour suprême au Gabon)», in Conac G. (dir.), Les cours suprêmes en Afrique, Vol. II La jurisprudence : Droit constitutionnel, Droit social, Droit international, Droit financier, Paris, Economica, coll. «Université de Paris I. Centre d'études juridiques et politiques du monde africain», 1989, xvi+299 p., pp. 96-105.

Dahomey (art. 47 C 1959; art. 57 C 1960), en Alto Volta (art. 57 C 1960), en el Senegal (art. 62 C 1960; art. 82 C 1963), en Níger (art. 48 C 1959 ; art. 57 C 1960), en Sudán (art. 44 à 47 C 1959), en Togo (art. 70 C 1963) o también en el Congo (art. 58 C 1961).

21. Segundo, la singularización orgánica de la función de garantía de la constitución posee un importante alcance simbólico, que expresa por ejemplo Gerardo Eto Cruz cuando menciona la constitución como «emotio»⁷³. En lugar de convertirlo en un apéndice necesario de la función de juzgar, puede parecer deseable al constituyente de presentarla como una función en sí misma del Estado. Como lo sugieren las disposiciones constitucionales francesas (Título VII C), belgas (Título III, Cap. V C), mauritanas (Título VI C), rumanas (Título VI C), croatas (Título V C), moldavas (Título V), búlgaras (Cap. VIII C), ucranias (Título XII C), gabonesas (Título VI C), beninesas (Título VC), malienses (Título IX C), marfileñas (Título VII C), surcoreanas (Cap. VI C), peruanas (Título V C), chilenas (Cap. VIII C) o húngaras (art. 24 C), que distinguen entre normas relativas al poder judicial y las relativas a la justicia constitucional, las cortes constitucionales ad hoc pueden entonces parecer como un cuarto poder o un poder neutro o preservador⁷⁴ como lo imaginó Benjamin Constant⁷⁵.

22. Tercero, la existencia de un órgano ad hoc distinto permite confiarle, en el marco de la protección del orden constitucional, misiones que, según la cultura dominante hic et nunc, podrían parecer inadecuadas para los jueces. Es así que se multiplicaron, con el establecimiento de nuevas jurisdicciones constitucionales, sus "otras funciones"⁷⁶, es decir aquellas que no resultan del control de la validez

73 Eto Cruz G., *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, epílogo García Belaunde D., Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2008, 299 p., p. 72.

74 Ferreres Comella V., «The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism», *Texas LR*, Vol. 82, 2003-2004, pp. 1705-1736, pp. 1711-1712 ; Zurn C.F., *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge, Cambridge UP, 2007, viii+366 p., p. 282.

75 Constant B., *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, Paris, H. Nicolle, Gide, 1814, xvi+166 p., pp. 1-8; Constant B., *Cours de politique constitutionnelle*, Intro. Laboulaye E., 2e éd., Vol. 1, Paris, Guillaumin et Cie, 1872, lxiv+563 p., pp. 18-29 ; Constant B., *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, Grange H. (éd.), Paris, Aubier, coll. «Bibliothèque philosophique», 1991, 506 p., pp. 359-453 ; Constant B., *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, Paris, Alexis Eymery, 1815, xii+321 p., pp. 33-57.

76 Baldin S., *Le «altre» funzioni delle corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particola-*

de la ley ordinario únicamente, pero que conciernen por ejemplo el control de elecciones, la formulación de diversas opiniones consultativas, la legalidad de las actividades de formaciones políticas, la extinción de derechos fundamentales, el impedimento de las autoridades supremas del Estado, etc.

23. Cuarto, desde el punto de vista de los gobernantes, una de las ventajas esenciales de una jurisdicción constitucional ad hoc concierne el hecho que conduce a retirar la garantía de la constitución a las profesiones jurisdiccionales ordinarias, de las que las autoridades constituyentes pueden tener más que razones de desconfiar⁷⁷. Este elemento es el punto de partida de una explicación estratégica de la instauración de una jurisdicción constitucional ad hoc. Según Ran Hirschl, por ejemplo, esta "se interesa a las luchas relativas al poder político, a los intereses de las élites y de otras partes interesadas, a los conflictos entre concepciones del mundo y a las preferencias políticas, así como a las elecciones concretas y a las incitaciones, y las contempla como las principales determinantes de la constitucionalización⁷⁸." Tal fue por ejemplo la experiencia italiana⁷⁹. Asimismo, en Alemania, la autopotenciación del Reichsgericht el 5 noviembre 1925 fue respaldada sobre todo por la clase extremadamente conservadora de los jueces. El establecimiento de una jurisdicción constitucional específica, en cuyas manos hubiera sido concentrado el contencioso constitucional, fue solicitado sobre todo por los demócratas. Esta también es una de las explicaciones que se pueden dar para la posición de Kelsen a favor de una jurisdicción constitucional distinta de las jurisdicciones ordinarias, compuestas por jueces hostiles a los valores que

re riferimento all'Est europeo, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2000, 154 p.

77 Ferreres Comella V., «The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism», op. cit., pp. 1706-1707 ; Ferreres Comella V., «The Spanish Constitutional Court: Time for Reforms», in Harding A., Leyland P. (ed.), *Constitutional Courts*, op. cit., pp. 174-195, pp. 175-176; Ferejohn J.E. «Constitutional Review in the Global Context», *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, Vol. 6, 2002-2003, pp. 49-59; Navia P., Ríos-Figueroa J., «The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America», op. cit., p. 198; Schwartz H., «A Brief History of Judicial Review», in Shedler A., Diamond L., Plattner M. (ed.), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Boulder, Co., Lynne Rienner, 1999, x+393 p., pp. 145-150, p. 147 ; Harding A., Leyland P., Groppi T., «Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective», op. cit., p. 13; Lach K., Sadurski W., «Constitutional Courts of Central and Eastern Europe: Between Adolescence and Maturity», in Harding A., Leyland P. (ed.), *Constitutional Courts*, op. cit., pp. 52-80, p. 59; Asmal K., «Constitutional Courts – A Comparative Survey», op. cit., pp. 317-318.

78 Hirschl R., «The Realist Turn in Comparative Constitutional Politics», *Political Research Quarterly*, Vol. 62, 2009, pp. 825-833, p. 826.

79 Romboli R., «La relación entre la Corte constitucional y la autoridad de la jurisdicción común en el control de constitucionalidad de la ley», *Revista peruana de derecho público*, Vol. 13(25), 2012, pp. 13-31, p. 15.

prefería⁸⁰. En Egipto, fue sobre todo para evitar que los jueces ordinarios, que se habían habilitado ellos mismos a este fin, ejercieran el control de la constitucionalidad, que fue creada una Corte constitucional suprema⁸¹. Este tipo de reflexión tampoco fue ajena a la decisión del constituyente sudafricano. A pesar de haberse mostrado hostil a lo largo del siglo XX y haber hecho prevalecer la soberanía del parlamento que dominaba, la minoría blanca veía, en el momento de la transición democrática, el interés de establecer un control de constitucionalidad que podía preservar sus derechos fundamentales contra el legislador, que estaría desde entonces probablemente dominado por sus adversarios políticos. En 1991, la ANC organizó un debate sobre la cuestión del establecimiento del control de constitucionalidad. Lo decidió a pesar del interés que pudo tener de establecer una legislatura omnipotente. Pero esta competencia no debía corresponder a los jueces ordinarios en ejercicio. Desacreditados y comprometidos con el régimen del apartheid, no se podía considerar confiarles el establecimiento de un nuevo orden constitucional. Este rol, que tiene una importante dimensión política, fue por lo tanto confiado a una Corte constitucional ad hoc, que podía asegurar el éxito de la transformación constitucional entablada⁸². En Japón, algunas de las propuestas para superar el conservatismo de la Corte suprema en materia de contencioso constitucional se basan precisamente sobre la instauración de una Corte constitucional ad hoc⁸³.

De manera general, son muchos los Estados que, al momento de elaborar una nueva constitución, particularmente al salir de un periodo de autoritarismo político, perciben todo el interés de establecer una jurisdicción constitucional específica, en lugar de confiar a jueces profesionales, que frecuentemente están comprometidos con el antiguo sistema, la tarea de terminar de derrocarlo en el plano jurídico⁸⁴. De este punto de vista, la posibilidad de nombrar dentro del nue-

80 Wachsmann P., «Sur la composition du Conseil constitutionnel», *Jus politicum. Revue de droit politique*, n° 5, 2010, p. 3, http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP5_Wachsmann_Cseil-constit_corr02.pdf.

81 Lombardi C.B., «Egypt's Supreme Constitutional Court: Managing Constitutional Conflict in an Authoritarian, Aspirationally 'Islamic' State», in Harding A., Leyland P. (ed.), *Constitutional Courts*, op. cit., pp. 217-241, pp. 217-219.

82 Oomen B., «Soul of a Nation? The Inception, Interpretation and Influence of South Africa's 1996 Constitution», in Frishman M., Muller S. (ed.), *The Dynamics of Constitutionalism in the Age of Globalisation*, The Hague, Hague Academic Press, coll. «From Peace to Justice Series», 2010, xvii+205 p., pp. 57-70, pp. 60-61, 65 ; Spitz R., Chaskalon M., *The Politics of Transition. A Hidden History of South Africa's Negotiated Settlement*, Oxford, Hart Publishing, 2000, xviii+461 p., pp. 191-209 ; Ginsburg T., *Judicial Review in New Democracies*, op. cit., pp. 55-57 ; Hirschl R., *Towards Juristocracy*, op. cit., pp. 89-97.

83 Matsui S., «Why Is the Japanese Supreme Court So Conservative?», *Washington University LR*, Vol. 88, 2010-2011, pp. 1375-1423, pp. 1416-1419.

84 Hausmaninger H., «Judicial Referral of Constitutional Questions in Austria, Germany, and Rus-

vo órgano constitucional otras personas que únicamente los jueces profesionales constituye una ventaja considerable. Permite en particular, tal y como lo permite el modo de nombramiento de los jueces de la Corte suprema de los Estados Unidos, según un modo que no es el de la carrera, asegurarse una cierta conexión entre mundo y preocupaciones políticas, por una parte, y ejercicio de la justicia constitucional, por otra parte.

Conclusión.

24. La tesis explicativa enunciada por Mauro Cappelletti no pretendía ciertamente detallar las causas necesarias y suficientes de la elección entre el modelo americano y el modelo europeo de justicia constitucional. Nos limitemos igualmente a presentar, de una manera que tampoco tiene nada de sistemático ni de exhaustivo, un cierto número de contraargumentos destinados a poner a prueba su pertinencia.

La refutación resultante no debe ser únicamente comprendida como un fracaso. Presenta varios intereses significativos del punto de vista de la metodología del estudio del contencioso constitucional. Primero, comprendida como una teoría científica según la epistemología de Popper, toda explicación se expone a una refutación. La posibilidad misma de apartarla una vez concluida una argumentación empírica constituye una de las marcas de su carácter realmente científico. Tampoco puede desestimarse el valor de este punto de vista de su propuesta explicativa⁸⁵. Además, el análisis de Cappelletti tiene el inmenso mérito de ilustrar

sia», op. cit., pp. 26-27 ; Hoffmann-Riem W., «Two Hundred Years of Marbury v. Madison: The Struggle for Judicial Review of Constitutional Questions in the United States and in Europe», German LJ, Vol. 5(6), 2004, pp. 685-701, pp. 696, 698 ; Horowitz D.L., «Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers», Journal of Democracy, Vol. 17(4), 2006, pp. 125-137, p. 126 ; Garlicki L., «Constitutional Courts versus Supreme Courts», International Journal of Constitutional Law, Vol. 5(1), 2007, pp. 44-68, p. 45 ; Vasilescu F., «Le rôle et les compétences de la Cour constitutionnelle», in Commission européenne pour la démocratie par le droit, Le rôle de la cour constitutionnelle dans la consolidation de l'Etat de droit, Bucarest, 8-10 juin 1994, CDL-STD(1994)010, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-STD\(1994\)010-f.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-STD(1994)010-f.aspx); Ríos-Figueroa J., «Institutions for Constitutional Justice in Latin America», op. cit., pp. 37-38; Sabaliunas L., «Comparative Perspectives on Judicial Review in Lithuania», European Asia Studies, Vol. 48, 1996, pp. 783-795, p. 785 ; Krug P., «Departure from the Centralized Model: The Russian Supreme Court and Constitutional Control of Legislation», op. cit., pp. 739, 784.

85 Popper K., La logique de la découverte scientifique, trad. fr. Thyssen-Rutten N., Devaux P., préf. Monod J., Paris, Payot, coll. «Bibliothèque scientifique», 1973, 480 p., spéc. pp. 36-39, 76-91 Popper K.R., Conjectures et réfutations. La croissance du savoir scientifique, trad. fr. De Launay M.-I., De Launay M.B., Paris, Payot, coll. «Bibliothèque scientifique», 1985, 610 p.

un razonamiento del estudio causal de los fenómenos jurídicos⁸⁶. También alienta la renovación de los métodos, instrumentos y de la imaginación de los juristas, invitándolos a asociar a los planteamientos puramente internos del campo jurídico el estudio de factores externos que pueden tener una incidencia sobre la técnica del derecho positivo. Como resultado, representa, sobre todo del punto de vista comparativo, una invitación bienvenida a la reflexión sobre sus propios métodos que debe imponerse la ciencia jurídica⁸⁷. A este fin, por último, una vez refutada como tesis científica, esta explicación de la elección de un modelo de justicia constitucional por los constituyentes, tan extendida que sirve de topos de la disciplina, ya no puede perdurar dentro de la doctrina constitucionalista. Si lo hace, es únicamente porque ha cambiado el estatuto de tesis científica por aquel de un dogma⁸⁸.

86 Véase en otro sentido, Troper M., *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. «Léviathan», 2011, 294 p.

87 Véase recientemente Pegoraro L., *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, op. cit.; Champeil-Desplats V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, xiii+432 p.

88 En el mismo sentido, v. Benabentos O.A., «Nociones sobre una teoría general unitaria del derecho procesal», *Cartapacio*, n° 2, 2004, <http://cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/21/39>.

LA INTERPRETACIÓN Y EL DIÁLOGO DEMOCRÁTICO

Roberto Gargarella

Profesor de Filosofía de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Traducción del inglés original por Wendy M. Jarquín Orozco, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 01-09-2016

Aceptado: 26-09-2016

SUMARIO

I. Introducción.

II. La dimensión del problema.

III. El originalismo.

IV. El nuevo originalismo.

V. El constitucionalismo vivo/ La interpretación dinámica.

VI. El originalismo vivo (living originalism).

VII. Dworkin, la lectura moral y la "novela en cadena".

VIII. El diálogo democrático y la interpretación en una comunidad de iguales.

IX. Bibliografía.

I. Introducción.

En "La ardua virtud de la fidelidad" publicada en 1997, el profesor Ronald Dworkin escribió el siguiente párrafo:

La responsabilidad final para decidir lo que requiere la fidelidad en casos particulares se debe asignar a estos órganos -cortes, asambleas legislativas, u otras personas que actúan a través de un referéndum-. Es perfectamente posible para una Nación que tiene una Constitución escrita limitar el poder de las asambleas legislativas en lo relativo a asignar la responsabilidad final de la interpretación de esa Constitución a algunas instituciones -incluyendo al mismo legislador- distintas de las cortes. Mi pregunta es anterior a la designación institucional: ¿Qué debemos responder a la pregunta sobre el significado de nuestra Constitución, sin importar qué o quién tendrá la responsabilidad final de interpretarla? Dworkin (1997, 1251).

En ese sentido, Dworkin distingue dos preguntas fundamentales, una referida a la interpretación, y la otra relacionada con la autoridad (que tiene la responsabilidad de interpretar la Constitución). Más precisamente, la primera pregunta se refiere al significado de la Constitución y la otra se refiere a las cuestiones relacionadas con la designación institucional -básicamente, quién debería estar a cargo de interpretar la Constitución-. Aunque estas son cuestiones que se pueden analizar de manera separada, el hecho es que muchos de nosotros pensamos que deberían ser tratadas en conjunto. Por ejemplo, para aquellos que creemos que la mejor interpretación constitucional es la que resulta de un colectivo, inclusive, de un proceso de diálogo, la pregunta acerca de cuál es la mejor interpretación (la pregunta sobre el significado de la Constitución), está íntimamente relacionada con la cuestión institucional de la que se ha hecho mención.

Sin embargo, dado que es común tratar esas cuestiones por separado, voy a hacer lo mismo en las siguientes páginas, lo cual me permitirá mostrar los problemas relacionados con las principales estrategias interpretativas. Finalmente, abordaré la cuestión relacionada con la autoridad.

II. La dimensión del problema.

La pregunta acerca de la interpretación es quizás la más relevante de todas las cuestiones legales. Si las facultades de Derecho tuviesen que enseñar una única materia -un solo curso- este debería estar relacionado con la teoría de la

interpretación. Y esto es así, en primer lugar, porque debido a la omnipresencia de la interpretación: no podemos dar una respuesta constitucional a un problema legal sin participar en un ejercicio de interpretación en torno a la Constitución. En segundo lugar, y dada la omnipresencia de la interpretación, la vida, la libertad o la propiedad de "Nosotros, el pueblo" depende fundamentalmente de la manera en la que interpretamos la Constitución. Por ejemplo, dependiendo de la interpretación que se haga de la cláusula constitucional sobre la prohibición de "tratos crueles e inusuales", una persona podría ser condenada, o no, a la pena de muerte.

Ahora, si las leyes y los textos constitucionales fuesen totalmente o casi totalmente transparentes; o si la interpretación legal solo estuviese reservada a los casos extremos (muy "duros"), entonces no estaríamos frente a un gran problema -la interpretación no precisaría ocupar una posición central dentro de la teoría del derecho, y no tendríamos que preocuparnos por quién interpreta la Constitución. Desafortunadamente, este no es el caso: ya que razonablemente discrepamos acerca del significado de algunas cuestiones constitucionales (Waldron 1999a). Del mismo modo, si compartiéramos las mismas teorías o fórmulas interpretativas, no tendríamos que preocuparnos por la interpretación de la Constitución, o sobre las cuestiones relativas a quién la interpreta. Desafortunadamente, esto no es así. Por el contrario, existen numerosas teorías interpretativas, que hacen que nuestro problema sea todavía más preocupante. Con el fin de comprender la gravedad de este asunto, permítanme hacer algunas observaciones preliminares.

En primer lugar, las teorías sobre la interpretación son muy diferentes en cuanto a su naturaleza, contenido y consecuencias. Por el momento, podemos clasificar las teorías existentes principalmente en dos grupos. Uno de los grupos, denominado *originalismo*, incluye enfoques tradicionales o conservadores, para reconocer cuál era el significado original de la Constitución. Otro grupo, denominado *constitucionalismo vivo* (*living constitutionalism*) incluye enfoques prospectivos, que tratan de mantener "vivo" el sentido de la Constitución, en lugar de dejarlo anclado en un momento del pasado.

En segundo lugar (aunque no necesariamente) con mucha frecuencia, las teorías originalistas nos llevan a interpretaciones muy diferentes, si no opuestas, a las sugeridas por el constitucionalismo vivo (de hecho, es probable que este hecho explique la aparición y persistencia de uno y otro enfoque). La razón por la cual, en principio, se obtienen resultados tan diferentes, parece obvio, sobre todo cuando se tiene en cuenta la edad de las Constituciones. Por lo general, una interpretación de la Constitución que está anclada en el pasado va a producir resultados que están en tensión con los producidos por las teorías interpretativas

ancladas en el presente o en el futuro. Por ejemplo, imaginemos la cuestión sobre si el derecho a la privacidad impide o no que la homosexualidad sea criminalizada. Lo más probable, es que las teorías que buscan una respuesta en el origen -imaginemos lo que pensaban los constituyentes acerca de esta cuestión un siglo o dos siglos atrás- van a plantear respuestas más bien conservadoras; entonces para una respuesta contraria deberíamos tratar de plantear la cuestión enfocándonos en el presente (más liberal, en general, en materia de moralidad personal).

En tercer lugar, con el fin de decidir un caso, los intérpretes en general, y los jueces en particular, pueden elegir entre uno u otro enfoque interpretativo, sin ningún problema, ningún reproche, ninguna amenaza institucional: nadie los va a responsabilizar o sancionar por haber elegido una interpretación o la opuesta. Peor aún, nadie les va a llamar la atención, incluso si eligen un enfoque interpretativo hoy y mañana el contrario, y si presentan una tercera opción pasado mañana -ni siquiera por el uso, de manera inconsistente, de ambas aproximaciones interpretativas en el mismo caso. Solo excepcionalmente nos encontraremos con jueces, particularmente de las Supremas Cortes de Justicia, que van a utilizar constantemente una sola aproximación interpretativa a fin de decidir todos los asuntos. En este sentido, el juez conservador del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Antonin Scalia, puede ser uno de esos casos excepcionales de un juez fuertemente comprometido con una sola teoría interpretativa -en su caso, la teoría originalista-. La ventaja que ello presenta es que (aun cuando no compartamos su punto de vista), al menos sabemos cómo va a actuar este juez en los asuntos que le son asignados, pero el hecho es que esta situación particular -conocer el camino interpretativo que elegirá el juez- es muy poco común.

Ahora, la situación anterior crea un tremendo problema para el estado de derecho, sobre todo si se quiere mantener su promesa de tratar a todos como iguales ante la ley. Lo manifestado anteriormente significa que, ante cualquier caso difícil, el intérprete/juez puede -jubilosa y discrecionalmente- elegir una ruta interpretativa o la contraria, sabiendo que nadie va a ser capaz de reprocharle institucionalmente el resultado de su elección y que no importa si su elección de hoy fuera diferente a la que hizo ayer o a la que va a hacer mañana. Sin embargo, para la persona que está esperando una respuesta de la ley -para la persona que está pidiendo justicia- la elección del intérprete de la teoría A en lugar de la B, es simplemente decisiva. Lo más probable, es que cuando un juez conservador se decanta por la teoría originalista, esto lo llevará lejos de donde puede llegar un juez liberal a favor del constitucionalismo vivo. Particularmente en cuestiones tales como el control de armas, el consumo personal de drogas, el aborto, la eutanasia, la sodomía, etc., etc., el significado de la ley parece totalmente depen-

diente de los puntos de vista teóricos e ideológicos de los jueces, y de las teorías interpretativas que usa (Sunstein, Schkade *et al* 2006). Por lo tanto, para aquellos que nos preocupamos por el Estado de Derecho y la igualdad, esto es una situación terrible, un resultado inaceptable: la ley parece no estar bien preparada para cumplir su promesa principal de igualdad, que por cierto es la que le dota de legitimidad. La ley parece no estar bien preparada para tratarnos como iguales.

III. El originalismo.

Bien es cierto que la situación anterior podría hacernos desear tener jueces como Scalia, que al menos parece estar comprometido con el uso de una única vía interpretativa. La mala noticia es que las principales teorías interpretativas que tenemos a la mano también parecen ser incapaces de cumplir lo que prometen. Y esto es así porque muchas de ellas son internamente defectuosas y, peor aún, también se aplican de manera inconsistente. Voy a tratar de ser un poco más preciso a este respecto, revisando primero algunos enfoques originalistas, y luego algunas alternativas al originalismo, relacionadas con el constitucionalismo vivo.

A pesar de que no es posible identificar un solo momento como el origen del originalismo, existe una obra que parece haber sido decisiva en el renacimiento y en el desarrollo de esta teoría: *El Gobierno de los jueces* de Raoul Berger. En este sentido, resulta interesante observar que Berger, al igual que muchos doctrinarios de su época, fue muy crítico de la Corte Warren, es decir, de la Corte que, con razón o no, llegó a simbolizar la igualdad racial y la protección de las "minorías discretas e insulares". El punto es relevante, entre otras cosas, porque también muestra la forma en la que el originalismo, al menos tradicionalmente y en sus orígenes, estaba vinculado con el conservadurismo -(re)apareció como una reacción en contra de un grupo de jueces y doctrinarios que consideraron que la ley existente no apoyaba la discriminación racial u otro tipo de opresión de las minorías desfavorecidas¹. Para muchos de estos defensores del originalismo, lo que sus adversarios estaban haciendo era utilizar el texto de la Constitución como excusa para imponer su propia ideología (liberal): querían hacer (lo que creían) justicia, en lugar de aplicar la ley. En palabras de Berger, a través de la forma discrecional en la que estaban leyendo la Constitución, «los jueces, que son prácticamente inexplicables, inamovibles, e irreversibles, se han apoderado

1 A pesar de que el mismo Berger afirmó que él reivindicaba compartir "los principios políticos estándar de la izquierda moderada del partido demócrata." Quería colaborar con los jueces que tuvieran la "pretensión de identificarse (los principios liberales) con los mandatos constitucionales."

del control del propio destino del pueblo» -una idea que se convirtió en el centro del desarrollo de la doctrina jurídica moderna-. Para los originalistas comprometidos, la democracia requiere aplicar la Constitución, o cambiarla en caso de que no la compartamos en absoluto. Lo que resulta inaceptable es acomodarla a nuestro gusto a través de la interpretación legal (en lugar de modificarla a través de la política).

Hay muchos argumentos que se pueden ofrecer en defensa del originalismo. En primer lugar, se podría hacer referencia a los mismos testimonios de la «generación de los padres fundadores», muchos de los cuales parecían estar abiertamente en favor del originalismo. Por ejemplo, James Madison o Alexander Hamilton creían que la estabilidad política y la coherencia dependían en gran medida de este ejercicio originalista. Del mismo modo, James Wilson declaró que la primera y más importante máxima de interpretación legal requiere «descubrir el significado» dado por los constituyentes a una cláusula en particular (Berger 1977, 20).

Una segunda y más relevante línea de argumentación en defensa del enfoque originalista es aquella que está basada en la democracia: el originalismo garantizaría la soberanía del pueblo. La idea sería que los intérpretes siguieran la voluntad democrática del pueblo, como se expresa en un momento determinado, es decir, en el momento en el que fue escrita y ratificada. Este es el enfoque que ha seguido, por ejemplo, Robert Bork -que presentó su punto de vista en *The Tempting of America*-. Para Bork, los jueces están limitados en su tarea a través de "la única cosa que se puede llamar ley", es decir, los textos legales y constitucionales, tal como se entendían en general, en el momento de ser aprobados" (Bork 1990, 9).

Un tercer argumento, se deriva de la oposición a la discreción judicial. La idea sería evitar que los jueces ocupen el lugar de los políticos y de las ramas políticas -tendencia que ha ido adquiriendo importancia con los años-. El originalismo ofrece una manera interesante para evitar que los jueces puedan sustituir a los políticos por su propia (buena) voluntad. Se pide a los jueces "que atenen sus manos" al "mástil" de la historia, en lugar de hacer esfuerzos para encontrar lo que ellos creen que es la mejor lectura posible de la Constitución, se pide a los jueces que se limiten a estudiar la historia legal y que aprendan de ella: esto es lo que se supone que deberían hacer en el caso de que tuviesen problemas para entender lo que la ley dice en la actualidad.

Por supuesto, se podría objetar que los originalistas son conservadores; que no quieren que las cosas cambien, sino que continúen siendo como lo eran en el pasado, no obstante, estos no son buenos argumentos en contra pues los origina-

listas podrían responder que lo que quieren es tomar en serio la voluntad de la gente (tal y como se manifiesta en la Constitución). Es decir, que el originalismo no se planta en contra de la reforma legal o constitucional, ni a favor de las tradiciones *per se*. La idea es, en cambio, lo siguiente: si se quiere cambiar la Constitución, porque no gusta más, o porque se está profundamente en desacuerdo con ella, entonces debería reformarse, en lugar de intentar modificarla por asalto, a través de métodos ilegales y no democráticos.

A pesar de todo esto, el hecho es que la defensa del originalismo es tarea bastante difícil de realizar, ya que incluso los argumentos más interesantes que se pueden ofrecer en su defensa parecen ser demasiado frágiles. Piénsese, por ejemplo, en los argumentos esgrimidos en los párrafos anteriores. El primero, relacionado con los testimonios de la "generación de los padres fundadores," parece fatalmente circular: ¿Por qué debemos buscar las respuestas a nuestros problemas de interpretación en nuestra historia constitucional, más aún cuando nos cuestionamos si es adecuado mirar de nuevo la historia en busca de respuestas legales? (Además -y esto no es sorprendente- otros estudiosos del derecho niegan el hecho de que la mayoría de los constituyentes estadounidenses favorecieron la comprensión originalista de la Constitución. Véase, por ejemplo, Jefferson Powell 1985).

En cuanto al segundo argumento, el democrático, la respuesta obvia es la siguiente: «¿Qué se quiere decir con la democracia» O, más precisamente, ¿Por qué asociar la democracia con lo que «el pueblo» dijo hace doscientos años, y no con aquello con lo que puede estar de acuerdo colectivamente hoy? ¿Por qué debemos pensar que el «pueblo» habló una sola vez, y hace tanto tiempo? ¿En qué sentido respetamos la democracia, cuando mantenemos que la única expresión de la voluntad fundamental del pueblo es la que surge en la convención constitucional o mediante una enmienda constitucional? (Ackerman 1993). Para aquellos de nosotros que asociamos la democracia con un debate público e inclusivo, el argumento democrático presentado por los originalistas parece innecesario e injustificadamente limitado.

Así mismo, no está claro lo que significa tomar en serio el originalismo -en otras palabras, lo que significa seguir las intenciones originales de los constituyentes- o el significado que debe darse al hecho de que todas las convenciones constituyentes en las sociedades democráticas fueron y van a ser reuniones plurales, compuestas de grupos que se diferencian fuerte y razonablemente en relación con la mayoría de las cuestiones públicas básicas. Es decir: es propio de la naturaleza de una convención constituyente reunir a miembros de los diferentes sectores de la sociedad, con ideas diferentes o incluso opuestas. Por ejemplo, en

América, la mayoría de las convenciones constituyentes fundamentales se forman con representantes de los grupos liberales y conservadores, que difieren significativamente en sus puntos de vista tanto sobre la organización de los poderes cuanto sobre la declaración de los derechos. Como resultado de ello, es de esperar, naturalmente, encontrar demandas sociales, políticas y jurídicas en tensión, que probablemente se recogen en el texto constitucional. En muchas ocasiones, el texto permitirá la inserción de demandas que son comunes entre todos los participantes; en otras ocasiones se incluirá algunas de las peticiones que provienen de un grupo y algunas otras demandas procedentes de otros grupos; todavía en otros casos, incluirá algunas afirmaciones abstractas o generales, destinadas a permitir a un acuerdo que sería imposible en un nivel más básico. Un ejemplo típico de los tipos de acuerdos que salen de los conjuntos plurales aparece en este párrafo escrito por Cass Sunstein en su libro "La Segunda Declaración de Derechos", Sunstein ilustra brevemente las discusiones que tomaron parte en la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Él dice:

El filósofo Jacques Maritain jugó un papel importante en las deliberaciones que llevaron a la declaración. Sorprendentemente, la gente con puntos de vista radicalmente opuestos habían podido ponerse de acuerdo sobre los derechos humanos fundamentales. Maritain solía decir, "Sí, estamos de acuerdo acerca de los derechos, pero con la condición de que nadie nos pregunte por qué." Según Maritain, el único objetivo viable era llegar a un acuerdo "no sobre la base de las ideas especulativas comunes, sino sobre la base de las ideas prácticas comunes, no en la afirmación de una y la misma concepción del mundo, del hombre y del conocimiento, sino en la afirmación de un único cuerpo de creencias que orientase la acción.» (Sunstein 2006, 179).

La historia es interesante porque revela el funcionamiento real, que se espera de los órganos plurales: pues muy probablemente, los acuerdos serán demasiado básicos, vagos e imprecisos. Estas dificultades, por lo general acuerdos ambiguos, presentan un problema significativo para los originalistas dispuestos a encontrar el único y preciso significado de una determinada cláusula. Bajo la luz de las historias de este tipo, la búsqueda está condenada al fracaso: una investigación histórica adecuada revelará la presencia de puntos de vista opuestos, en lugar de puntos de vista individuales o sintéticos.

Sin embargo, los problemas para el originalismo son por lo general mucho más complejos que los mencionados. Permítanme ilustrar esta afirmación con algunos ejemplos y preguntas. La cuestión es cómo tomar las «intenciones ori-

ginales» en serio, a pesar de la pluralidad que distingue a estos debates constitucionales. Tomemos el caso en el que existan dudas acerca de cómo interpretar el alcance de las facultades del Poder Ejecutivo definidos en la Constitución ¿Deberíamos tratar de resolver esa controversia mediante la investigación de la voluntad del redactor principal o la ideología de la Constitución (por ejemplo, James Madison, que promueve un sistema de «pesos y contrapesos»)? ¿O debemos ceder ante la voluntad del redactor que presentó la defensa más articulada de esa institución en particular -el Ejecutivo- (por ejemplo, Alexander Hamilton, que prefiere tener un sistema inclinado a favor del Ejecutivo)? ¿O debemos prestar más atención a la voluntad del redactor más influyente en la redacción de esta cláusula en particular (por ejemplo, Governour Morris)? ¿O deberíamos preferir o tomar en consideración las opiniones prevalentes dentro del grupo político dominante? O tal vez preferimos las opiniones que prevalecieron en el grupo que fue más influyente en la redacción de esta cláusula en particular. Y, ¿qué pasa con los puntos de vista de esas mentes constitucionales que fueron muy influyentes en la Convención Constituyente, pero que permanecieron ausentes en los debates (por ejemplo, Thomas Jefferson)? La Constitución Argentina de 1853, por ejemplo, fue básicamente el producto del gran jurista Juan Bautista Alberdi, que no estuvo presente en los debates ¿Qué importancia se debe dar a estos puntos de vista, vis a vis los puntos de vista de los que realmente participaron en la Convención Constituyente?

Ahora, imaginemos que decidimos dar prioridad a la voluntad de uno de los miembros de la Convención que fue decisiva en la redacción de una cláusula particular de la Constitución ¿Cómo tomar en serio las opiniones de este redactor? ¿Se deberían considerar sus opiniones desde la perspectiva de su participación en los debates de un artículo determinado, o de la generalidad de la Constitución, o se debería tomar desde la perspectiva de su teoría general...? ¿Cómo podemos analizar todo aquello que esta persona dijo o escribió tanto en razón del medio (cartas, artículos en los periódicos) como del tiempo (antes o después de la Convención Constituyente)? Piénsese, por ejemplo, en los documentos del *El Federalista*, que normalmente se toman como documentos interpretativos decisivos: estas piezas fueron escritas en los periódicos locales, únicamente por tres miembros de la Asamblea Constituyente, que sostenían diferentes puntos de vista, por lo que una vez cerrado el debate llegaríamos a la conclusión de que todos los elementos de los que se ha venido hablando (tiempo, lugar, modo) plantean problemas adicionales relevantes para una visión originalista.

Todavía hay muchos problemas más en los que se debería pensar. Por ejemplo: ¿En qué nivel de abstracción o generalización deberíamos leer las cláusulas

particulares que están en juego? En este sentido Ronald Dworkin escribió: en un nivel bajo de abstracción, la cláusula de la igualdad puede entenderse como referida únicamente a los miembros del grupo afroamericano. No obstante, si utilizamos un alto nivel de abstracción, la lectura de dicha cláusula incluiría otros conflictos significativos en materia de igualdad -incluyendo, por ejemplo, la igualdad de género, la igualdad entre nacionales y extranjeros, etc. (Dworkin, 1986).

Además existen otros problemas relacionados, por ejemplo, con las «intenciones» de los redactores ¿Cómo podemos conocer esas intenciones? ¿deberíamos tener en cuenta únicamente sus palabras expresas? ¿o sería necesario considerar sus planes, esperanzas o expectativas? ¿podríamos hacer hipótesis tratando de descubrir su voluntad no explícita, en los casos en que no encontramos las respuestas explícitas? ¿por qué? ¿cómo?

Al final, el problema es que el originalismo no puede darnos lo que prometió dar -esto es, aquello que dio sentido y atracción al punto de vista u opinión, o lo que se conoce como la certeza interpretativa-. Siguiendo a Mark Tushnet, el originalismo apela, por una parte, a un método hermenéutico basado en la historia y que a la vez es contrario a toda arbitrariedad, pero por otro lado, pretende dejar de lado dicho método con el fin de seleccionar las opiniones constitucionales pertinentes. En esta tarea, el originalismo no solo está obligado a reconstruir el pasado, sino que debe hacerlo de manera creativa, subvirtiendo la certeza que proclama. En consecuencia, se produce que la discreción del intérprete que los originalistas pretenden evitar, entra en el terreno de juego por la puerta de atrás (Tushnet 1988, 36-9). En palabras de Cass Sunstein, resulta prácticamente imposible que los intérpretes constitucionales consigan evitar la adopción de decisiones morales. El originalismo requiere (como todas las teorías interpretativas) basarse en una moral o en una teoría política -como la teoría de la democracia- que va más allá de la historia (Sunstein 1993, 101). Por tanto, para realizar una adecuada decisión interpretativa no basta con "tomar clases de idioma» o con «consultar un diccionario».

IV. El nuevo originalismo.

Como consecuencia de las graves dificultades que afectan a las formas predominantes del originalismo, muchos de sus discípulos comenzaron a buscar alternativas capaces de evitar algunos de sus principales defectos. Un ejemplo relevante a este respecto aparece en la obra del juez Antonin Scalia. Scalia ha instado a los originalistas a abandonar el enfoque tradicional, basado en las "intenciones

originales" de los redactores, y sustituirla por una versión parcialmente diferente del originalismo que él llamó "significado público original". La idea principal de este punto de vista sería que el significado original de la Constitución está en el "significado público original" de su texto. En palabras de Scalia,

A quienes se ciñen estrictamente al texto no les preocupa la intención del autor, a mi no me preocupa si los autores de la Constitución tenían algunas intenciones secretas cuando expresaron su opinión en palabras. Yo tomo las palabras tal y como fueron promulgadas para el pueblo de los Estados Unidos, conforme al justo significado de las mismas. (Citado en Allen Murphy 2014, 246).

Así tratando de distinguir su propio enfoque del enfoque de la "intención original", Scalia ofrece estos dos ejemplos:

Dos personas que únicamente hablan inglés ven esculpida en la arena del desierto las palabras "sal de aquí o morirás.» Es muy posible que las palabras fueran el resultado del efecto fortuito del viento, pero el mensaje que transmiten es claro, y creo que dichos sujetos no se arriesgarían a que realmente hubiese sido el resultado de un hecho fortuito... Si se ha activado la alarma en un edificio en particular, el edificio debería ser evacuado, o al menos ese sería el significado que se transmitiría incluso si la alarma hubiese sido activada por un mono (Scalia de 2005, 11).

La conclusión de Scalia es clara: «Lo que se necesita para que un símbolo transmita un significado no es un autor inteligente, sino una comprensión convencional por parte de los lectores u oyentes de los conceptos que ciertos signos o ciertos sonidos representan. En el caso de los textos legales, no siempre conocemos a los autores, y cuando lo hacemos estos a menudo son numerosos por lo que la obra colectiva podría reunir varios significados. Pero si sabemos cuándo y dónde se promulgaron las palabras, podríamos decir normalmente sin la menor dificultad lo que significaban para los que las leen o las escuchan» (Ibid.). De esta forma, Scalia avanza su propio punto de vista y defiende al originalismo contra las críticas tradicionales (lo concerniente a la pluralidad de autores; pluralidad de significado; intenciones ocultas; intenciones irreconocibles; etc. etc.).

Sin embargo, esta versión de Scalia es vulnerable a ser objeto de objeciones similares o incluso más profundas que la versión tradicional, la versión de la intención original. Todos podemos entender cuál es el significado de un mensaje que dice «sal de aquí o morirás», esculpido en el desierto. Sin embargo, tendemos a estar en desacuerdo sobre el significado de las palabras «libertad de expresión», in-

corporadas en una Constitución que pretende hablar en nombre de todos. Nuestros desacuerdos presentes en ese sentido son profundos, debido a que seguramente lo eran hace doscientos años. En estas circunstancias, resulta extremadamente difícil definir nuestro actual conocimiento acerca de la «libertad de expresión» o expresiones similares: es difícil demostrar que hoy podemos compartir una comprensión profunda sobre estas cuestiones. Mucho más difícil es demostrar el significado y el contenido de tales entendimientos, por ejemplo, hace doscientos años.

Además, la intención de atar el significado de la Constitución a lo que se dijo o asumió hace cientos de años parece muy problemático. Por ejemplo, para los semántico-originalistas, es simplemente irrazonable negar que una Constitución que prohíbe el «castigo cruel e inusual» no impide la aplicación de la pena de muerte, si nuestro progreso teórico determina que la pena de muerte es, de hecho, «cruel e inusual» sin importar lo que la gente en su momento habría reconocido como tal. Para Dworkin, es a través de sus cláusulas abstractas, que la Constitución invita a participar en la filosofía moral y, por lo tanto, a dar contenido a los valores incorporados en el documento (véase más adelante).

A pesar de las serias críticas que ha recibido, todavía hay numerosos jueces y estudiosos que defienden una u otra versión de este enfoque, hasta el punto de que algunos de ellos han proclamado que «ahora todos somos originalistas» (Bennett & Solum 2011). En este sentido Keith Whittington ha manifestado que mientras los antiguos originalistas eran en su minoría conservadores, los nuevos lo son en su mayoría. Su objetivo no es ni debe ser (lo que fue el objetivo de los originalistas de Estados Unidos, durante décadas) desprestigiar la filosofía judicial dominante de la Corte Warren, sino más bien desarrollar una nueva «filosofía de gobierno» (Fleming 2015, 6-7). Para Whittington, esta nueva versión del originalismo es menos contundente en su antiguo compromiso con la restricción judicial; menos (pretendidamente) deferente a las mayorías legislativas; y mucho más concentrado en asegurar la fidelidad a la antigua Constitución (Fleming 2015, 7; Whittington de 2004, 608-9). Solum comparte muchos de estos renovados puntos de vista, incluyendo la nueva apuesta de los originalistas hacia el «significado público original» (en lugar de las «intenciones originales» o de las formulaciones del estilo): La idea central es que el significado original de la Constitución es su significado público original. Al igual que Randy Barnett o Keith Whittington, también reconoce que la indeterminación constitucional, exige un proceso de construcción constitucional que, hace tiempo, los originalistas encontraron inadmisibles. La pregunta es cuánto sigue existiendo del antiguo originalismo, después de que reconocemos estas concesiones cruciales. Hoy podríamos ser «originalistas», pero quizá a costa de privar al originalismo de todo

aquel contenido que una vez lo hizo reconocible como una teoría diferente de la interpretación (Fleming 2015).

V. El constitucionalismo vivo/ La interpretación dinámica.

La principal alternativa al originalismo ha sido siempre el constitucionalismo vivo, que en términos generales sostiene que el significado de la Constitución no viene fijado por el pasado -es decir, en el momento en que fue escrita o ratificada- sino que evoluciona con el tiempo. Como expresó David Strauss: "Una Constitución viva es aquella que evoluciona, cambia con el tiempo, y se adapta a las nuevas circunstancias, sin necesidad de ser reformada formalmente." (Strauss 2010).²

En una carta dirigida a H. Tompkinson, el 12 de julio de 1816, Thomas Jefferson dio un poderoso argumento a favor de una interpretación "dinámica" de la Constitución:

Algunos hombres miran a las Constituciones con fanática reverencia y las consideran como el arca del pacto, como algo demasiado sagrado para ser tocado. Ellos atribuyen a los hombres antiguos una sabiduría sobrehumana y suponen que sus actos no deberían ser enmendados. Yo conocí esa época; pertencí y trabajé en ella. Se merece el respeto de su país. Era muy parecida a la actual, pero sin la experiencia del presente; y cuarenta años de experiencia en el gobierno equivalen a un siglo de lecturas; esto es lo que se dirían a sí mismos si pudiesen resucitar de entre los muertos. - Carta al H. Tompkinson 12 de julio de 1816 (citado en Tushnet 1999, 40).

Aquí nos encontramos con un primer argumento a favor del constitucionalismo vivo, relacionado con el conocimiento y la experiencia que se ha adquirido a través de los años y siglos que han seguido a la promulgación de la Constitución. En *Youngstown Sheer Tube Co. v. Sawyer*, el juez Felix Frankfurter ofreció un argumento que fue similar al presentado por Jefferson. Afirmó que se trataba de una "concepción estrecha inadmisibile" del derecho constitucional el ceñirse únicamente a "las palabras de la Constitución", ignorando de este modo "el brillo con el cual ha sido escrita la vida a través de ellas."³ Algún tiempo antes de Frankfurter, en *Missouri v. Holland*, el juez Holmes había adelantado un argumento similar:

2 <http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/fall10/strauss>.

3 Así, en "Youngstown Sheer Tube Co. v. Sawyer," 343 U.S. 579 (1952).

Con respecto a lo que podemos añadir cuando se trata de palabras que son también un acto constitutivo, al igual que la Constitución de los Estados Unidos, debemos darnos cuenta que ellas fueron puestas a fin de ser desarrolladas de una manera no prevista incluso por el más brillante de sus creadores. Para ellos fue suficiente darse cuenta o esperar que habían creado un organismo; pero ha tomado un siglo y ha costado mucho sudor y sangre demostrar que crearon una nación. El caso que nos ocupa debe ser considerado a la luz de nuestra experiencia, y no solamente en lo que se dijo hace cien años.

Para Holmes, la Constitución tiene que ser adaptada a los nuevos tiempos, teniendo en cuenta tanto sus palabras y la forma en que esas palabras se desarrollan con el paso del tiempo.⁴ De hecho, estas palabras de Holmes parecen ser las que dieron origen a la expresión misma del constitucionalismo vivo.

Los principales argumentos a favor del constitucionalismo vivo provienen de la teoría democrática. Se podría sostener, por ejemplo, la necesidad de mantener "viva" la Constitución que, para una sociedad democrática, parece mucho más atractiva y razonable que la posibilidad de ser gobernados por la "mano muerta" del pasado. Por supuesto, ante esto un originalista podría defenderse diciendo: "Tampoco estamos comprometidos con la prevalencia del pasado, sino más bien con la prevalencia de la voluntad del pueblo. No obstante, si no se está de acuerdo con la voluntad del pueblo, tal y como se manifiesta en la Constitución, es necesario cambiarlo, en lugar de sustituirlo por la propia voluntad." Esta respuesta típica originalista, sin embargo, parece también poco atractiva: pues este punto de vista nos plantea la duda de si ¿estaríamos obligados a participar en un proceso difícil, complejo y costoso como lo es la reforma constitucional, cada vez que tengamos algo nuevo que decir, en relación con la Constitución?.

Al igual que en el caso del originalismo, existen también diferentes versiones del constitucionalismo vivo, y no todas ellas son particularmente atractivas. En principio, la idea de que el significado de la Constitución varía con el tiempo y que los jueces, en consecuencia, deben interpretar su contenido, parece vulnerable a las críticas que son similares en especie a las que se dirigen en contra del originalismo. El problema es: ¿Cómo reconocer lo que una determinada cláusula de la Constitución significa hoy? ¿Se supone que los jueces deben mirar alrededor y ver lo que la gente (sus colegas, sus vecinos, etc.) dice acerca de un determinado tema? Mi impresión es que esto es lo que muchos jueces afines

⁴ "Gompers v. United States," 233 U.S. 604 (1914).

al constitucionalismo vivo realmente hacen, concluyendo que si bien les resulta irrazonable «congelar» el significado de la Constitución en el momento de su promulgación, finalmente se involucran en un diverso -pero igualmente arbitrario- ejercicio de interpretación. Al final, el hecho de que muchos intérpretes de la Constitución actúen de tal manera -e impongan lo que finalmente, es su propia visión de lo que la Constitución debería ser- explica la reacción y, en parte, la vitalidad del originalismo. Por supuesto, tenemos que mirar a esta comprensión de la interpretación constitucional en su «mejor luz», y tratar de reconocer mejores enfoques para este punto de vista, pero parece claro que el caso del constitucionalismo vivo también es difícil, y no es fácil de defender.

En efecto, ¿Cómo vamos a determinar el significado actual de la Constitución? ¿Se supone que deberíamos empezar a investigar, a indagar, tratando de averiguar lo que la mayoría de la sociedad opina -o dice- en relación a si el derecho a la privacidad protege las relaciones homosexuales? ¿Se supone que deberíamos recurrir a «Gallup» o a otra empresa para ayudarnos a realizar una encuesta de opinión? ¿Podríamos inferir las preferencias de la sociedad a partir de la última elección presidencial? ¿A partir de la última elección nacional o local? ¿A partir de lo que la mayoría en el Congreso parece mantener hoy? ¿Y cómo vamos a desarrollar dicha conclusión?.

El problema no solo es metodológico, sino que va más allá de la metodología. Desde esta perspectiva, permítanme mencionar al menos dos problemas graves con este primer, común pero poco sofisticado enfoque del constitucionalismo vivo. Un primer problema es que la sola idea de tener una Constitución con el fin de prevenir futuros «males» podría hacerle perder su significado, pues ¿cómo la Constitución nos ayudaría a evitar las dificultades previsibles, si todos los conflictos podrían definirse de acuerdo con la ocasional, circunstancial y actual voluntad de «algunas personas»? (Ely 1980 XXX).

El segundo problema (que también ha sido discutido por John Ely) se refiere a la función de los jueces -los principales intérpretes de la Constitución- en este tipo de labor de interpretación. Parece paradójico delegar en los jueces la tarea de adaptar la Constitución a la actual voluntad del pueblo, dada la forma en que se ha organizado esta rama del poder. En primer lugar, queremos hacer nuestro mejor esfuerzo para separarlos de las personas y de las ramas políticas y los dotamos de estabilidad, y luego pedimos a los jueces que interpreten la Constitución de acuerdo con la comprensión actual de la sociedad. En otras palabras, les pedimos que presten atención a las voces de la comunidad después de hacer todo lo posible con el fin de separarlos de la población en general. Ya decía Ely,

que la idea de que los «valores auténticos» de la comunidad puedan ser «discernidos» por una «élite no democrática» resulta fuertemente inverosímil. Si lo que queremos es proteger las convicciones actuales de la ciudadanía, entonces «el legislador» aparece mucho mejor situado que el judicial (Ely 1980, 68-9).

Algunos defensores del constitucionalismo vivo, entre ellos William Eskridge han apoyado la idea de contar con jueces encargados de la readaptación del significado de la Constitución, a través de argumentos basados en la *teoría de la elección pública*. Para él, el hecho mismo de que los jueces no sean elegidos democráticamente favorecería esta misión porque de esa manera no son vulnerables a la presión de ciertos grupos -como los políticos-. En conclusión, habría menos posibilidades de que el significado de la Constitución venga definido por esas presiones no deseables (Eskridge 1987, 1479). A pesar de ser consciente de que el análisis sobre la opinión de Eskridge requiere más tiempo y espacio, en este punto sí me gustaría plantear dos objeciones: En primer lugar, si los jueces están llamados a redefinir el contenido y los límites de la Constitución en cada una de sus decisiones, ellos podrían -previsiblemente- convertirse en objeto de más presiones por parte de los grupos de interés. En segundo lugar, la presencia y la importancia de esas presiones pueden ser un buen argumento a favor de la ampliación del alcance de la democracia y de la interpretación democrática, en lugar de limitarlo a unas pocas personas, que no rinden cuentas.

VI. El originalismo vivo (living originalism).

Entre las recientes e interesantes novedades en materia de interpretación constitucional, una de las más originales, por así decirlo, es el crecimiento de lo que Jack Balkin ha denominado como originalismo vivo -lo que podría considerarse como una "tercera vía" en el constitucionalismo americano- (Balkin 2011). En su opinión, las dos principales y opuestas teorías de la interpretación constitucional, que son el originalismo y el constitucionalismo vivo, no deben ser entendidas como unas teorías en tensión, sino que, -defiende- los dos puntos de vista son compatibles. Para Balkin, la Constitución exige intérpretes que respeten el significado original del texto constitucional -que incluye no solo reglas, sino también normas y principios abstractos-, pero no por su aplicación original prevista. Así, Balkin entiende que para interpretar correctamente la Constitución tenemos que hacer juicios morales y políticos relacionados con nuestra mejor comprensión de tales compromisos.

Para Balkin, la Constitución establece un marco básico de gobierno, el cual

"contiene las previsiones políticas" (Balkin 2011, 3), y al mismo tiempo establece "las formas distintivas de restricción y delegación" (Ibid., 35). "La base del originalismo" considera que, al final, la Constitución establece un marco jurídico básico que restringe futuras decisiones a través de reglas estrictas, y que también abre el espacio para el trabajo de las futuras generaciones de intérpretes mediante el establecimiento de principios y normas.

En una parte importante de su libro, afirma:

El texto de nuestra Constitución contiene diferentes tipos de lenguaje. Contiene reglas determinadas (el presidente debe tener treinta y cinco años, hay dos cámaras en el Congreso). Contiene normas («se prohíben los registros y las detenciones arbitrarias», se reconoce el derecho a un juicio «rápido»). Y contiene principios (la no prohibición del libre ejercicio de la libertad de la religión, la no limitación de la libertad de expresión y la no denegación de la igualdad de protección). Si el texto establece una regla determinada, debemos aplicar la regla, porque eso es lo que el texto nos ofrece. Si se establece una norma, hay que aplicar la norma. Y si se establece un principio general, hay que aplicar el principio (Balkin de 2011, 6).

Por lo tanto, el método de Balkin se basa en el "texto y en los principios", lo que significa que al momento de interpretar la Constitución, lo primero que hay que ver si el texto ofrece una regla clara -intentando ser fiel al significado semántico original del texto constitucional- y si eso no da resultados, entonces se tendrá que ir al principio subyacente al que se refiere. En otras palabras, si los redactores eligieron deliberadamente formulaciones abiertas ("castigo cruel e inusual") el significado semántico original se vuelve consistente con las construcciones interpretativas: el intérprete estaría entonces autorizado para determinar las consecuencias que tienen los principios y las normas en los casos concretos. En esta construcción, no solo participan los jueces, sino que por el contrario, Balkin -que rechaza, al igual que la mayoría de los "constitucionalistas populares", la supremacía judicial- cree que los movimientos políticos y sociales (el movimiento de derechos civiles, el movimiento feminista, el movimiento de los derechos de los homosexuales) también participan en el proceso de construcción constitucional. De hecho, para él, más allá de los jueces son "las fuerzas sociales, políticas y económicas", las que juegan un papel fundamental -si no decisivo- en la interpretación constitucional (Ibíd., 278).

Ahora, para muchos comentaristas simpatizantes del originalismo, el punto de vista de Balkin parece muy difícil de aceptar en la medida en la que sus opinio-

nes son "funcionalmente indistinguibles del constitucionalismo vivo". Y esto es así, en primer lugar, porque un intérprete no razonable de la Constitución negaría la obligación de leer seriamente el texto de la Constitución (y, por lo tanto, leería «cuatro» cuando dice «cuatro»). Lo que los originalistas no admiten es la interpretación jurídica según la cual «hay que sentirse libre para torcer las palabras de la Constitución a fin de adaptarlas a nuestros deseos presentes -que es precisamente lo que dice el Sr. Balkin-» (Verbruggen 2012, 2).

En mi opinión, los problemas con la teoría de Balkin no son los denunciados por los originalistas, sino más bien que son otros similares a los que afectan en general al constitucionalismo popular. El hecho es que, a pesar de que se abogue por un proceso más colectivo e integrador de la interpretación legal -lo que suscribo-, puntos de vista como el propuesto por Balkin exigen confiar demasiado -y de manera excesiva- en la labor de los jueces y legítima -a pesar de sus afirmaciones- una débil intervención de la sociedad civil en dicha materia.

Esto es particularmente cierto en el contexto de muchas de nuestras sociedades, caracterizadas por las desigualdades económicas, sociales y políticas, donde las posibilidades de participación popular significativa resultan muy limitadas. No estoy afirmando que, en el contexto de las sociedades desiguales, las personas tiendan a participar menos -posiblemente es todo lo contrario-. Lo que estoy tratando de decir es que en condiciones de profundas desigualdades, las posibilidades de las personas para influir en la política a través de su participación se reducen sustancialmente. Y esto sería así por numerosas razones.

En primer lugar, el costo de la acción colectiva es usualmente alto (especialmente en los países con sociedades divididas y desiguales), y las oportunidades para la participación popular tienden a estar limitadas a los casos más extremos o controvertidos (es decir, situaciones de injusticia grave, aborto). En segundo lugar, los participantes en las conversaciones legales provienen por lo general de diferentes sectores sociales, lo que tiende a crear serias dificultades en las instancias de diálogo: la deliberación se produce entre los actores minoritarios poderosos (normalmente procedentes de las clases altas), y los grupos mayoritarios pero más débiles de marginados. En tercer lugar, en el contexto de la injusticia antes reseñada, los sectores populares tienen una probabilidad desigual para hacer prevalecer sus opiniones (así encontramos ejemplos en los que los manifestantes son legalmente procesados, y sus demandas son raramente tomadas en cuenta).⁵ A

5 Helen Fenwick, "The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation"

esto podríamos sumar, la existencia de un sistema institucional que se reserva el uso legítimo de la violencia. En suma, opiniones como las manifestadas por Balkin pasan por una práctica informal, la cual a lo largo -y esto no es sorprendente- tiende a ser más perjudicial que beneficioso para los intereses de la población en general.⁶ Esta es la razón por la que urge la adopción de reformas institucionales igualitarias -entre otras cosas- capaces de cambiar la estructura básica de nuestro sistema institucional: no existen razones para sostener una práctica social que normalmente ha sido hostil con la movilización popular.⁷

VII. Dworkin, la lectura moral y la "novela en cadena".

Tal vez la versión más sofisticada de la Constitución viva es la presentada por el filósofo del derecho Ronald Dworkin. La postura de Dworkin en este ámbito es particularmente interesante debido a su capacidad para resistir a la crítica tradicional que existe en contra de esta concepción interpretativa. Específicamente, la presentación de Dworkin ofrece buenas razones para no temer al constitucionalismo vivo, y especialmente a la discreción de los jueces en esta materia. Él denomina su postura como *la lectura moral de la Constitución*, y se refiere a la misma con estas palabras:

Existe una forma particular de leer y de aplicar una Constitución política, a la que he denominado como *lectura moral*. La mayoría de las Constituciones contemporáneas declaran los derechos individuales frente al gobierno en un lenguaje muy amplio y abstracto, como la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la cual establece que el Congreso no hará ley alguna que coarte "la libertad de expresión". La

(1999) 62 *The Modern Law Review* 4, 491; Roberto Gargarella, "Law and Social Protests" (2012) 6 *Criminal Law and Philosophy* 15.

6 Debo reconocer que se trata de una afirmación fundamentalmente intuitiva: el punto necesita un apoyo empírico que no soy capaz de proporcionar en esta etapa de mi argumento.

7 Como ha sostenido Jeremy Waldron (describe el carácter "insultante" de una práctica institucional que aún conserva un papel central en la práctica judicial): "Es posible escribir en el periódico, levantar una petición y organizar un grupo de presión o lobby. Pero incluso podríamos tener éxito, más allá de los sueños más desbocados, y llegar a orquestar el apoyo de un gran número de hombres y mujeres que piensen igual, y es posible que lleguemos a imponer esa opinión en la legislatura, no obstante, la medida podría ser cambiada o desechada bajo el argumento de que nuestra visión de los derechos no concuerda con la de los jueces". Jeremy Waldron, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights" (1993), 13 *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 51. Por supuesto, Waldron estaba desafiando los sistemas tradicionales de control judicial. Sin embargo, lo que dice es todavía aplicable a los sistemas que se basan en una relación más fluida entre las movilizaciones populares y el tradicional sistema de pesos y contrapesos.

lectura moral propone que todos -jueces, abogados y ciudadanos- interpreten y apliquen estas cláusulas abstractas a partir del entendimiento que merezcan los principios morales sobre la decencia política y la justicia. La Primera Enmienda, por ejemplo, reconoce un principio moral -no es correcto para el gobierno censurar o controlar lo que digan o publiquen los ciudadanos- y lo incorpora en la ley estadounidense. Así que cuando surja alguna polémica o controvertida cuestión constitucional -acerca de si, por ejemplo, la Primera Enmienda permite leyes en contra de la pornografía- las personas indicadas deberán decidir cómo debe ser entendido el principio moral abstracto. Ellos deben decidir si el verdadero fundamento del principio moral que condena la censura, en la forma en que este principio se ha incorporado a la legislación estadounidense, se extiende al caso de la pornografía. (Dworkin 1996, 1).

La "lectura moral" va adquiriendo una mayor influencia entre los estudiosos del derecho. Sotirios Barber y James Fleming, por ejemplo, han adoptado un enfoque bastante similar, que se basa directamente en la postura de Dworkin y que ha sido llamado enfoque filosófico de la interpretación constitucional.⁸

Dworkin describe su comprensión de esta teoría a través de un ejemplo atractivo y pertinente, que se conoce como el ejemplo de la "novela en cadena". La "novela en cadena" ayuda a demostrar que los jueces pueden hacer lo que todos los ciudadanos conscientes harían en tal posición: el constitucionalismo vivo, por consiguiente, no implicaría un elitismo ni una discreción.

Voy a utilizar al ejemplo de la "novela en cadena" para introducir la visión interpretativa de Dworkin, que nos propone reflexionar sobre la tarea de la interpretación judicial de la Constitución como análoga a la participación en la redacción de una "novela en cadena". Imaginemos, por ejemplo, que somos veinte personas que toman parte de esta tarea colectiva, y que cada uno de nosotros debe escribir cinco páginas de la novela. Así, imaginemos que estamos en el medio de la fila, y recibimos unas 40 páginas del manuscrito. La cuestión en la

⁸ En un libro reciente, James Fleming ha ampliado su punto de vista sobre la materia, y define su enfoque filosófico sobre la concepción de la Constitución "como la personificación de una moral abstracta y de unos principios políticos -no como la codificación concreta de normas históricas o prácticas- y la interpretación de esos principios requiere juicios normativos acerca de la forma en que se entienden mejor -no se trata simplemente de una investigación histórica para descubrir los significados originales relativamente específicos" (Fleming 2015, 3). Y también sugiere que, a través de "examinar las concesiones espectaculares que los originalistas han hecho a sus críticos" puede demostrar "el grado en el cual hoy todos somos lectores morales" (Ibid.).

que Dworkin está interesado en dar una respuesta es la siguiente: ¿Qué se supone que debemos hacer cuando recibimos esas páginas? ¿Qué es lo que debemos de hacer, con el fin de participar en esa empresa de forma consciente y responsable? La respuesta es -y esto también es muy importante para la propuesta explicativa de Dworkin- bastante obvia. Lo primero que vamos a hacer, obviamente, es leer las páginas que nuestros predecesores escribieron, e inmediatamente después -parece claro- daremos sentido a lo que ellos han escrito, tratando de encontrar un hilo común en la novela, tratando de entender su significado: ¿Es una novela histórica? ¿es un drama? ¿es una historia de misterio? Acto seguido, escribiremos nuestras cinco páginas, intentando dar a la novela la mejor continuación posible -una que haga honor a lo que está escrito y prepare el camino para los siguientes participantes-. Pensado en paralelo con la tarea (judicial) de la interpretación legal, la "novela en cadena" resulta un ejemplo muy revelador sobre el enfoque de Dworkin, y su riqueza. Déjenme explicar.

En primer lugar, el ejemplo sugiere que la tarea de interpretación legal no requiere de intérpretes con cualidades sobrehumanas. Puntualizando más, no necesitamos a super-humanos, como Hércules (como muchos críticos de Dworkin habrían dicho) con el fin de participar en esta tarea (para una crítica similar, Ely 1980). Muy por el contrario: el ejemplo sugiere que en realidad cualquier persona va a reaccionar y actuar de forma similar ante la misma misión. En segundo lugar, el ejemplo sugiere algo muy importante, que es que la tarea pertenece a una tarea colectiva -que comienza antes de que uno llega y continúa después que uno se va- que tenemos que desarrollar en consecuencia. Pensemos que un escritor famoso -como Jorge Luis Borges o Gabriel García Márquez- participa en la redacción de la "novela en cadena", intentando demostrar en cada línea que sus capacidades son muy superiores a las de los demás, entonces habría fracasado en la misión que se le encomendó. Para participar en una obra colectiva de estas características se requiere en principio, mejorar nuestra capacidad de trabajar en equipo, abandonando la postura de destacar nuestras propias habilidades y conocimientos como si estuviésemos escribiendo el capítulo de manera individual.

Tal vez un ejemplo todavía más ilustrativo sería el de la construcción de una catedral a lo largo de diferentes generaciones (que también ha sido utilizado para entender a Dworkin y a la interpretación legal, véase por ejemplo Nino 1991). Los que participan en la tarea de continuar con esa empresa, después de cien años de construcción, tendrán que mirar en primer lugar hacia atrás y tratar de dar sentido a la catedral -digamos, por ejemplo, una catedral gótica, como la de Barcelona-. En este ejemplo se refuerza la idea de una tarea colectiva, en la que cada participante actuará de manera similar: todo el mundo -incluso un turista

que se tome seriamente esta tarea- entenderá que la catedral tiene, digamos, un estilo gótico, y también reconocerá lo apropiado o no de continuar con el mismo. El seguimiento adecuado de la obra podría incluso requerir la demolición de columnas de un estilo románico que se reconocería como una decisión equivocada de un participante que no entendió el sentido de la obra colectiva.

Lo mismo sucede con la interpretación legal. Lo primero que se hace es leer la ley y tratar de entender lo que esta dice. En caso de conflictos, se deberán resolver reflexionando, sobre las posibles continuaciones que puedan darle sentido a la obra colectiva (la ley) en el tiempo presente. Para Dworkin, por lo general, hay diferentes respuestas que pueden "encajar" con la historia anterior. Por lo tanto, la idea es elegir un camino que nos permita ofrecer la mejor continuación posible a lo que se ha escrito hasta el momento -la respuesta debe permitirnos reconstruir nuestra ley de la "mejor manera"-. Más significativamente, Dworkin invita a que el intérprete lea la Constitución "en su conjunto", tratando los casos similares por igual y haciendo un esfuerzo en la dirección de la integridad: la ley, según él, tiene que hablar con una sola voz, tratando a todos con igual consideración y respeto. De hecho, esa idea -de tratar a todos con igual consideración y respeto- constituye para Dworkin, el principal hilo unificador de la ley (EE.UU.) -la idea que nos permite reconstruir la ley de la mejor manera-.

Resulta interesante indicar cómo y de qué manera la propuesta de Dworkin se diferencia de las versiones más comunes del originalismo y del constitucionalismo vivo. En cuanto al originalismo, el enfoque de Dworkin también requiere de intérpretes que analicen seriamente el pasado. Sin embargo, su teoría no plantea la defensa de las tradiciones *per se*, ni sugiere una lectura acrítica del pasado. Todo lo contrario, propone una lectura crítica de la historia, entendida en su "mejor manera". Al mismo tiempo, su defensa particular de una "Constitución viva" no implica descuidar o descartar el pasado. Por el contrario, las decisiones pasadas representan -o deberían representar- una parte crucial de las decisiones presentes.

A pesar de que la opinión de Dworkin sobre el tema es -a mi entender- una de las mejor articuladas que encontramos, también parece claro que es vulnerable a muchas críticas. Para empezar, los ejemplos de guía que utiliza también son engañosos, pues para comprender el sentido de la "novela" o reconocer el estilo de la catedral, solo tenemos que leer unas pocas páginas, o ir alrededor de la construcción -unas pocas horas o algunos minutos-. Por el contrario, la comprensión correcta de la ley puede requerir toda una vida y seguir siendo insuficiente. Además, en algún sentido es cierto que "todos" participamos en los procesos colecti-

vos de construcción, tales como escribir una novela, construir una iglesia o en la formación de una ley, pero también es cierto que los escritores, los arquitectos y los jueces juegan un papel totalmente decisivo en esos aspectos. Probablemente, lo que realmente importa en estos ejemplos es el hecho de que todo el mundo estaría llamado a hacer básicamente lo mismo -que no se requieren habilidades extraordinarias a fin de participar en el proceso de manera responsable-. Sin embargo, aun aceptando parte de la pretensión -no necesitamos la ayuda de científicos para leer la ley- me resisto a su conclusión principal, a saber, la tendencia a estar de acuerdo en nuestro compromiso de leer la ley. Más precisamente, mi conjetura es si vamos más bien a estar en desacuerdo en lo sustancial de la materia: no solo en relación con los principales hilos conductores de la ley (digamos, la misma consideración y respeto), sino también (y más específicamente) acerca de cómo deberíamos aplicar esos principios tan amplios a los casos concretos. En palabras de Jeremy Waldron, existe -desafortunadamente- el hecho del desacuerdo razonable, lo que nos hace más difícil alcanzar conclusiones similares en relación con la mayoría de los casos.

Ahora, podemos estar de acuerdo con Dworkin sobre la necesidad de seguir discutiendo y debatiendo, frente a esos desacuerdos: no podemos renunciar, discutir o decidir arbitrariamente. Mi problema es, sin embargo, lo habitual, es decir, el problema democrático. Más específicamente, la pregunta es por qué, dado esos desacuerdos profundos, debemos dar a los jueces la autoridad para decidir en nuestro nombre ¿Por qué, si no nos representan democráticamente? ¿por qué, si tienden a estar en desacuerdo entre ellos en la Corte como nosotros lo estaríamos fuera de ella? (Waldron XXX).

En palabras de Waldron, este tipo de problemas nos llevan a reflexionar sobre la interpretación a un nivel diferente, es decir, a nivel de la autoridad, aquí la pregunta correcta no es acerca de cómo interpretar, sino más bien de quién va a decidir en estos casos. Y de esta manera, volvemos al párrafo de Dworkin con el que abrimos este análisis, y volvemos allí para contradecirlo, y así conectar -en lugar de separar- las preguntas acerca de la autoridad y las preguntas sobre la interpretación.

VIII. El diálogo democrático y la interpretación en una comunidad de iguales.

Para muchos de nosotros que asociamos la democracia con la democracia deliberativa, y tomamos en serio el hecho del desacuerdo, la interpretación constitucional debe ser abordada en una forma diferente -una que asocie las preguntas en materia de interpretación y de la autoridad que deba realizarla. Para ilustrar lo

que digo, y dar una primera aproximación a lo que sería mi propuesta particular en materia interpretativa, voy a ofrecer un ejemplo. El mismo, según entiendo, puede darnos pautas apropiadas para pensar debidamente sobre la cuestión.

Imaginemos que somos un pequeño grupo de amigos y conocidos, que estamos cansados de la forma en que la ley organiza nuestra comunidad (por ejemplo, creemos que la ley responde a impulsos autoritarios y se aplica de manera arbitraria), y decidimos irnos a otro sitio para comenzar una nueva vida. Somos solamente unos pocos, y decidimos construir lo que llamamos una "comunidad de iguales" en medio de cualquier sitio. En esta comunidad, organizaríamos nuestras vidas en común, de acuerdo con lo que decidimos informalmente entre algunos, o de acuerdo a lo que decidimos todos juntos en una asamblea general, en los casos en que necesitemos tomar las decisiones más importantes. Por ejemplo, podríamos decidir en asamblea que todas las personas mayores de 18 años tendrán que contribuir con la producción de alimentos trabajando en el cultivo de la tierra desde las primeras horas de la mañana. Así, estaríamos a gusto con los resultados de esta decisión, hasta que un día María se enferma y comienza a tener problemas para trabajar todas las mañanas que hace frío. Por lo tanto, alguien se preguntaría si María debería ser relevada de esta obligación común. Hablamos entre nosotros y decidimos que, por supuesto, ella debe ser autorizada a permanecer en casa, haciendo otras cosas que sea capaz de hacer. Otro día, Pedro cumple 18 años de edad, y su padre pregunta al resto si Pedro también podría quedarse en casa, dado que él nació con problemas físicos que le impiden hacer tareas pesadas. Una vez más, nadie duda acerca de la respuesta: "Por supuesto, Pedro también estaría autorizado para quedarse en casa".

En suma, día tras día tendríamos pequeños problemas y preguntas sobre las reglas que organizan nuestra vida en común, y las resolveríamos hablando el uno con el otro, más o menos de manera informal. Confiamos el uno en el otro y tratamos a los demás como iguales: nosotros no proclamamos la igualdad como un principio general, sino que simplemente nos tratamos con consideración y respeto. Después de algún tiempo, nuestra comunidad de iguales llegaría a ser conocida y admirada por los extranjeros, y vendrían personas a pedirnos la autorización para participar en nuestra comunidad. Poco a poco, aumentaríamos el número de nuestros miembros y cada vez se haría más difícil solventar nuestros conflictos de manera informal, o incluso de manera conjunta en una asamblea general. Así, un día (por ejemplo, en el décimo aniversario de nuestra comunidad de iguales) seleccionamos a un grupo (a quienes llamaríamos "los elegidos") quienes estarían a cargo de solucionar los conflictos fundamentales en relación con nuestras reglas comunes, los cuales también se habrían incrementado (por

ejemplo, tenemos reglas relativas a cómo gastar nuestros recursos o cómo distribuir los alimentos que producimos en común, etc.).⁹

Ahora bien, es importante tener en cuenta que no designamos a "los elegidos" bajo el supuesto de que solo ellos sabrían cuáles son las reglas de la comunidad, o cómo se deben interpretar esas normas. Por el contrario, nuestra posición común seguiría siendo que todos somos iguales y que estamos comprometidos a resolver nuestros conflictos juntos, hablando el uno con el otro, no obstante, ya no tendríamos el suficiente tiempo y espacio para resolver todos nuestros conflictos importantes juntos, como solíamos hacerlo.

Como resultado de estos supuestos, si un día, uno de "los elegidos" viene a nosotros y nos dice: "Ahora voy a decirles a todos ustedes cómo entender correctamente las reglas comunes", nosotros permaneceríamos asombrados pues tal pretensión sería completamente ajena al espíritu de nuestra comunidad. La idea inicial fue y sigue siendo que hemos creado estas normas con el fin de vivir juntos, que somos los "dueños" de esas reglas, y que hemos resuelto nuestros conflictos hablando unos con los otros. Del mismo modo, si uno de "los elegidos" nos dice que las reglas deben ser interpretadas de acuerdo con lo que se dijo o se entendió en el Año Uno de nuestra comunidad, también nos sorprenderíamos y estaría claro para todos nosotros que esa persona está equivocada con respecto a su trabajo. Parecería que esa persona no entiende de lo que se trata su trabajo. La idea, por tanto, no es recordar o averiguar qué fue lo primero que dijo o que podría haber dicho la comunidad original sobre el punto en conflicto, sino más bien pensar colectivamente sobre el problema y decidir cómo queremos solucionarlo. Lo mismo ocurriría si alguien viene y nos dice que tenemos que leer "18 años" de acuerdo a lo que nuestra comunidad de iguales entendería en el Año Uno, cuando se estableció la regla. Una vez más, esto implicaría que esta persona no entiende la tarea que se le ha asignado. Recurrir al pasado puede ser importante a fin de reconocer nuestra identidad común, para ver cómo hemos crecido y evolucionado, y para identificar cómo hemos tratado a otras personas en situaciones similares. Pero nunca hemos tomado ni tomaremos el pasado como algo decisivo, como si pudiese ofrecer las respuestas definitivas a nuestras preguntas: necesitamos encontrar esas respuestas en el presente, colectivamente, hablando entre nosotros, como siempre lo hemos hecho.

⁹ Una historia parcialmente similar, sobre la emergencia de las "reglas primarias" y "secundarias", en Hart 1961, ch. 5.

Permítanme ilustrar esto con otro ejemplo. Imagínese que un día un grupo de personas se une a nuestra comunidad, y después de una semana nos damos cuenta que, por razones religiosas, no trabajan durante los sábados. En ese caso, lo que tenemos que hacer es decidir cómo vamos a afrontar este problema, en lugar de pretender resolverlo a través del verdadero significado de "todos los mayores de 18 años tienen que contribuir con la producción de alimentos". En casos extremos, lo mejor que se podría hacer para resolver el problema de interpretación en juego, sería participar nuevamente en una conversación colectiva, aunque seamos conscientes de que no será tan exhaustiva y profunda como solía ser cuando éramos solo unos pocos. En casos menos dramáticos, podríamos permitir que el "los elegidos" decidan, pero suponiendo que lo harán respetando los principios básicos de nuestra "comunidad de iguales". Permítanme especificar esto un poco más. En primer lugar, debe quedar claro que es "nosotros colectivamente", en lugar de "ellos en solitario", los "dueños" e "intérpretes finales" de las normas comunes. En segundo lugar, no esperamos que ellos estudien la historia o lean el diccionario o realicen ejercicios lingüísticos, con el fin de tomar una decisión. En tercer lugar, sí esperamos que decidan reproduciendo, de la mejor manera posible, la conversación colectiva que solíamos tener con el fin de resolver los problemas comunes. Por esta razón, esperamos que hablen con todas las partes afectadas; que reciban opiniones de todos los interesados en decir algo sobre el caso; que llamen a audiencias públicas, con el fin de obtener toda la información y opiniones pertinentes a fin de resolver los casos más difíciles; y que organicen los procesos de consulta y discusión colectiva, siempre que fuera posible y necesario con el fin de encontrar salidas a los conflictos más difíciles.

Por supuesto, podemos (y debemos) agregar complejidad al ejemplo, con el fin de trazar una analogía apropiada entre el boceto inicial y nuestras democracias constitucionales, permítanme explicarme: Imaginemos que en nuestro "período de fundación" se estableció una nueva regla, que va más en línea con lo que ahora llamamos los derechos individuales, diciendo que "nadie debería hacer daño a otro". Entonces, un día nos enteramos que Juan ha lesionado gravemente a su hija Alicia, porque ella le mintió, pero él entiende que no se ve afectado por esa regla, porque debería estar permitido que los padres corrijan a sus hijos. A la vista de este conflicto, que es también un conflicto de interpretación, podemos hacer cosas diferentes. Podemos decir a Juan: "Juan, te conocemos bien, sabemos que eres un buen hombre, pero este no es el tipo de cosas que hacemos en nuestra comunidad". Siempre hemos dicho que aquí nadie debe agraviar a los otros, ante lo cual -si él insiste en no ser reprochado- podríamos intentar persuadirlo sobre lo inapropiado de su actuación, y sobre nuestro repudio a la violencia, en la línea de nuestro compromiso inicial con no hacer daño a nadie. Podríamos tener éxito con

este intento o no, pero, en cualquier caso nos resultaría muy extraño que alguien (por ejemplo, un miembro de "los elegidos") venga y le diga a Juan: "Juan, mira en el diccionario" o "Juan, usted no ha leído suficiente historia, "o" Juan, este es el significado exacto de la palabra "daño". Y esto es así por diversas razones, entre ellas, en primer lugar, por el hecho de que en nuestra comunidad resolvamos nuestros problemas (en particular los problemas relativos a las normas que nos importan) a través del diálogo; y segundo, porque para todos nosotros sería poco atractivo ver que Juan desiste de lastimar a su hija en obediencia a una orden o porque así lo leyó en un diccionario. Nosotros queremos que cambie su actitud porque ha entendido nuestras razones y porque se ha visto persuadido por lo que entendemos acerca de las reglas básicas de nuestra comunidad.

Pienso que todas estas historias también dicen algo acerca de cómo se podría entender la democracia, de cómo la democracia podría estar conectada con la comunidad, y también acerca de cómo esa comunidad no está basada en las tradiciones o en los viejos mandatos autoritarios, sino más bien en nuestra constante comunicación. En este sentido, el ejemplo también dice algo acerca de la «naturaleza» de la Constitución en esta comunidad: de un modo significativo, este es el tipo de democracia de Jefferson, organizada bajo reglas básicas que persiste a través del tiempo, pero que al mismo tiempo eso no supone que deba mantenerse durante largos períodos (no queremos que «nuestra generación» ate a las «futuras generaciones»; no queremos que nuestras «generaciones futuras» se vean severamente limitadas por la «mano muerta del pasado»). En otras palabras, la democracia es compatible con tener reglas y Constituciones, a pesar de que se supone que estas reglas son relativamente flexibles (bien podría ser el caso, por ejemplo, en el que si nuestros hijos crecieron bien, decidamos integrarlos a nuestras fuerzas productivas a la edad de 17 años, en lugar de a los 18, cambiando una de nuestras reglas básicas).

Lo expresado en el párrafo anterior también dice algo acerca de las reglas básicas («reglas secundarias») que definirán nuestra organización de los poderes. Esas reglas (que están implícitas y no están escritas en el ejemplo inicial e imaginario de la comunidad de iguales) pueden convertirse en reglas explícitas y escritas, pudiendo llegar a generar nuevos problemas de interpretación. Pero, en ese caso, como en todos los demás casos alternativos, lo más importante es que debemos mantener la conexión entre los principios básicos que organizan nuestra vida en común con la igualdad, la comunidad y la democracia.

En mi opinión, el ejemplo de la «comunidad de iguales» puede ser una buena ilustración de lo que muchos de nosotros -que estamos comprometidos con la

democracia deliberativa- pensamos sobre la interpretación legal. Creemos que «el pueblo» es y debe continuar siendo el «soberano»; que somos y debemos ser tratados como iguales; que los conflictos acerca de la ley deben ser decididos colectivamente; que nadie tiene las capacidades intelectuales o epistémicas que le pongan en una posición privilegiada a la hora de interpretar la ley; que las controversias interpretativas deberían resolverse a través del diálogo democrático, o de una manera que honre y reproduzca nuestro compromiso con el diálogo democrático: las cuestiones interpretativas fundamentales deben ser resueltas de acuerdo con nuestras presunciones básicas sobre la autoridad democrática.

IX. Bibliografía.

Ackerman, B. (1993), *We the People*, Cambridge: Belknap Press.

Allen Murphy, B. (2014), *Scalia: A Court of One*, New York: Simon & Schuster.

Bennett, R. & Solum, L. (2011), *Constitutional Originalism: A Debate*, New York: Cornell University Press.

Berger, R. (1977), *Government by Judiciary*, Cambridge: Harvard University Press.

Bork, R. (1990), *The Tempting of America*, New York: Simon & Schuster.

Dworkin, R. (1986), *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press.

Dworkin, R. (1997), "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve," *Fordham Law Review*, vol. 65, (1997).

Ely, J. (1980), *Democracy and Distrust*, Cambridge: Harvard University Press.

Fleming, J. (2015), *Fidelity to Our Imperfect Constitution*, Oxford: Oxford University Press.

Hart, H. (1961), *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.

Jefferson Powell, H. (1985), "The Original Understanding of Original Intent," *Harvard Law Review* 98: 897.

Nino, C. (1991), *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

Scalia, A. (2005), "Law and Language," *First Things* 11.

Strauss, D. (2010), *The Living Constitution*, Oxford: Oxford University Press.

Sunstein, C. (1993), *The Partial Constitution*, Cambridge: Harvard University Press.

Sunstein, C. (2006), *The Second Bill of Rights*, New York: Basic Books.

Sunstein, C.; Schkade, D.; et al (2006), *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*, New York: Brookings Institution Press.

Tushnet, M. (1988), *Red, White and Blue*, Cambridge: Harvard University Press.

Tushnet, M. (1999), *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press.

Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.

Waldron, J. (2014), "Five to Four: Why do Bare Majorities Rule on Courts?" *The Yale Law Journal*, vol. 123, n. 6, 1626-2133.

ABOGADOS Y GLOBALIZACIÓN EN EL PERÚ (1990-2014)¹

Gorki Gonzales Mantilla²

Recibido: 01-09-2016
Aceptado: 30-09-2016

SUMARIO

Presentación.

1. El ejercicio de la profesión legal y la globalización como proceso complejo.

1.1. Cultura jurídica y práctica legal como preludeo de la globalización.

1.2 Cultura legal y globalización autoritaria en la década de los 90'.

2. El espacio laboral de los abogados con la restauración de la democracia.

2.1 El escenario de la profesión legal: crecimiento económico y una agenda laboral en expansión.

2.2 Variables y actores de un escenario legal estratificado.

2.2.1 Un escenario profesional con asimetrías y desigualdad.

2.2.2 Los actores del campo profesional:

2.3 La ampliación de la demanda y la exigencia de la especialización en un contexto de crecimiento económico.

2.4 La organización de los estudios de abogados en un contexto de globalización.

2.5 El caso de las firmas boutique.

3. La práctica legal en un mundo globalizado y el interés público.

Reflexión final.

¹ Este trabajo es parte del “Stanford Law School Research Project on the Future of the Legal Profession (PFLP)”. Ha sido elaborado para estudiar la globalización de las profesiones jurídicas en América Latina y comprender los cambios que están teniendo lugar en el sector de servicios jurídicos corporativos alrededor del mundo, así como su impacto en la educación jurídica y en la profesión de abogado durante la última década.

² Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa – Italia. Profesor principal de Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinador del Centro de Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional – CEFT (Grupo de Investigación de la PUCP). Coordinador del Programa de Posgrado en "Derechos fundamentales y constitucionalismo en América Latina" de la PUCP.

Presentación.

Este trabajo tiene por objeto establecer los cambios producidos en las últimas dos décadas en el espacio profesional de los abogados en el Perú y como resultado de las políticas de reformas institucionales, sin perder de vista el proceso de globalización del que forman parte.

Se valora la importancia de la globalización como fenómeno complejo y al mismo tiempo la necesidad de entender los cambios en el proceso histórico que delinea prácticas y derroteros culturales. En este contexto, el déficit de igualdad y la exclusión en el diseño de las instituciones públicas, son factores que no deben soslayarse a la hora de apreciar el significado del ejercicio de la profesión legal.

Se exploran las dinámicas y las prácticas involucradas por la actividad de los abogados para hacer frente a las exigencias de las demandas profesionales derivadas de los negocios y transacciones globales. Las firmas legales, su organización interna, los tipos de incursión y articulación con el mercado global, así como el carácter de la responsabilidad política que se deriva de la actividad de estas empresas, son materia del trabajo y el pretexto para la reflexión implicada directamente por el conjunto.

1. El ejercicio de la profesión legal y la globalización como proceso complejo

Un conjunto de transformaciones remueven las bases del orden social moderno con particular énfasis desde la década de los noventa. Es como la fase superior de un proceso de antigua configuración secular, si nos remontamos a la idea del Renacimiento o al arribo español en el siglo XVI (SUPIOT 2012: 243) para el caso de nuestro país.

El punto de referencia de este fenómeno llamado globalización es la forma en la que se producen los bienes y servicios, y el modo en que actúan los mercados internacionales en el proceso de la economía mundial (SANTOS 2001: 152-153.). En este nuevo orden, los poderes fácticos de la economía de los países industrializados "han adquirido una preeminencia inédita y sin precedentes como actores internacionales", al punto de haber desplazado, subordinado y quizás difuminado a los órdenes políticos locales (STIGLITZ 2006, p. 48).

La globalización tiene una estructura "policéntrica" (TEUBNER 2010: 68), pues compromete todas las dimensiones de la vida social. No sólo la economía, también la política y la cultura en general, reflejan la influencia de los cambios que ella propicia. Estos cambios se movilizan e implican en forma recíproca. Se trata de un fenómeno que lleva consigo un sistema de valores y normas necesarias para hacerlos legítimos y hegemónicos en la vida de las comunidades.

Precisamente, las normas jurídicas buscan representar los intereses que la globalización implica y, al mismo tiempo, son un instrumento para garantizar los cambios que ésta involucra. En la dimensión práctica de este proceso que compromete al campo de "lo jurídico", aparecen los abogados como actores institucionales de enorme gravitación en el significado que la globalización adquiere en cada espacio de la vida social.

En efecto, la posición privilegiada que los abogados tienen respecto del conocimiento del Derecho y del campo de "lo jurídico" resulta crucial para la existencia de la propia comunidad. La práctica legal incide sobre el sistema de garantías que dan sentido a los derechos y libertades. En otras palabras, contribuye a justificar y delimitar el ejercicio de los poderes individuales y sociales como parte del orden que legitima al sistema político.

Las consecuencias que la globalización produce en el campo jurídico son un reto para la profesión legal. Esta nueva realidad y los intereses concretos que la articulan, exigen un ajuste en la perspectiva cultural de los abogados, en su forma de entender y ejercer el Derecho. La profesión legal debe estar en capacidad de asumir la relevancia que tiene el dominio de los instrumentos y técnicas que el proceso de globalización reclama. Sin embargo, estos desafíos se producen en un contexto marcado por la estratificación social que ciertamente se representa también en la realidad del campo jurídico. Las brechas sociales y económicas que, con mayor o menor intensidad, marcan la historia y la realidad de la vida de nuestras comunidades, son parte inevitable de la forma que adquiere la globalización, de la cultura legal y del lugar que los abogados pueden cumplir en su ejercicio profesional.

En las líneas que siguen se busca explorar esta línea de análisis en el itinerario que ha tenido el ejercicio de la profesión legal en el Perú de las últimas dos décadas. En términos muy precisos, se pretende identificar y valorar los cambios más relevantes que han ocurrido en las prácticas de los abogados para enfrentar este nuevo contexto.

1.1 Cultura jurídica y práctica legal como preludio de la globalización.

Hacia inicios de la década de los 90' el Perú transitaba por una crisis profunda que había afectado todos los espacios de la vida nacional. La difícil situación económica provocada por las desacertadas políticas económicas de los años previos, junto a las profundas dificultades creadas por el fenómeno de la violencia política desatada con el terrorismo, contribuyeron a poner en evidencia la crisis de las instituciones públicas y la inoperancia del derecho para hacerle frente. (GONZALES 2000: 17-25).

Estos rasgos definen la fase última del proceso a partir del cual se inicia el flujo de la denominada globalización en el Perú. Sin embargo, su reconocimiento a través de ciertas variables presentes en la formación histórica de la república, es una condición esencial para comprender el significado de la cultura legal y su relación con la impronta globalizadora.

En efecto, la historia de la crisis institucional en el Perú puede rastrearse desde los orígenes de la república. Las instituciones políticas y la economía en general, emergieron debilitadas de la guerra de la independencia (CONTRERAS, 2011: 12). A ello se suma que la estructura del Estado republicano no ofreciera un cuadro orgánico de construcción de la sociedad y del Estado sino un esquema de desintegración y fragmentación que persiste en el desarrollo de una estructura social excluyente y estamental. (BERNALES, 1981: 31 y sgtes.).

Hoy es posible afirmar que la república no se gestó a partir de una convicción pública sobre la pertenencia de todos los habitantes del país al Estado nación que se pretendía fundar. En consecuencia, fue parcial o muy débil la participación de los miembros de la comunidad en la definición de las reglas y derechos que conformaron el marco institucional y el sistema para la distribución de los beneficios y deberes económicos, políticos y morales. En la práctica, el Estado nación en el Perú sirvió como un instrumento para mantener la hegemonía de las élites dominantes aún antes de la independencia (ABUGATTAS, 1987: 68-69).

A lo largo del siglo XIX la historia del país estuvo marcada por un predominio de regímenes autoritarios e inestabilidad política. Fueron escasos los gobiernos elegidos democráticamente que terminaron sus períodos sin sobresaltos autoritarios. El Estado moderno no trajo consigo una preocupación visible por lograr que las mayorías pobres y excluidas del país se acercaran a las promesas de derechos e igualdad auspiciadas por la República.

El escenario económico del Estado nación sólo permite la posibilidad de participar en el sistema productivo a ciertos sujetos. Este rasgo va de la mano con el sistema de exclusión cultural respecto de importantes grupos sociales a quienes se les margina debido a sus diferentes códigos básicos de interacción y comunicación: idioma, alfabetización, valores éticos y religiosos, son aspectos usados para crear una relación de hegemonía y discriminación respecto de dichos sectores en forma grupal o individual. (FIGUEROA, ALTAMIRANO Y SULMONT 1996: 19).

El campo jurídico fue usado para legitimar aquella realidad. Su configuración desde las normas constitucionales, códigos o leyes, pero también en la práctica de jueces y abogados fue decisiva para imponer el orden que serviría a los intereses de los grupos sociales dominantes. Un ejemplo de ello, son las constituciones de 1826, 1828, 1838, 1856, 1860 y 1933 que, con matices, configuran el marco normativo para privar de la participación política a las mayorías excluidas del país.

La teoría legal predominante, aquella que provino del imaginario liberal revolucionario, se insertó en un ambiente institucional donde el derecho, su práctica, interpretación y principios, correspondían aún al trazo cultural del Virreinato. Pero este contacto se produjo, al mismo tiempo, a través de un proceso político que iba abriendo el paso a una realidad profundamente escindida por la desigualdad y la exclusión social. A lo largo de la república, esta caracterización ha incidido en la configuración de las instituciones públicas y, de manera específica, en el campo de lo jurídico. Los rasgos de la actividad legal, su práctica y el propio discurso teórico e interpretativo son, pues, el resultado de este proceso de sincretismo e interacción cultural (BASADRE 1968: 244).

Recuérdese que la cultura jurídica alude a un conjunto de convicciones teóricas e ideológicas que, a su vez, justifican el desarrollo de la práctica expositiva e interpretativa del derecho (TARELLO 1995: 181-182). En otras palabras, la cultura jurídica contiene las ideas jurídicas y extra-jurídicas que concurren en un contexto histórico determinado para la configuración del cuadro normativo y la práctica del derecho (DYER 2015:). No se excluye de esta realidad la existencia de intereses particulares y la forma cómo éstos se manifiestan o influyen en la actividad judicial concreta.

Por lo tanto, junto a los rasgos relativos a la configuración del Derecho republicano y al influjo virreinal sobreviviente, la ineficacia instrumental o renuencia exhibida por la práctica legal y judicial para corregir las injusticias reclamadas por las demandas sociales en casi todos sus extremos, son también expresión de la cultura jurídica dominante desde aquellos años. Esta perspectiva permanecerá

como un rasgo invariable incluso hasta fines del siglo XX. La distancia entre el derecho y la realidad resume bien la idea. De esta manera, al margen de puntuales excepciones, ciertos reconocimientos normativos o posturas críticas desde la teoría, la cultura jurídica del país se mostraba refractaria a los cambios sociales y a la necesidad de responder a las demandas ciudadanas de justicia.

A este contexto, responde también la enseñanza universitaria del derecho, que forjada con mayor o menor intensidad desde el formalismo jurídico, reivindicaba la escisión entre la teoría legal y la práctica. Las fuentes del saber jurídico que se imparte desde las facultades de derecho no responden, sino en forma débil y parcial, al conocimiento de la realidad.

La actividad concreta de los abogados se realiza en un mundo de aparente neutralidad normativa, cuya subordinación a los ritos y formas no son casuales. En general esas formas se mueven en un contexto de tensión con la realidad, para encubrir intereses específicos y legitimar prácticas inconsistentes con los valores de la propia Constitución política. (GONZALES 2008: 30 – 32). El punto de mayor tensión de esta forma de entender el ejercicio de la profesión legal, en la segunda mitad del siglo XX, puede ubicarse hacia fines de los 60'. A partir de este momento se articula un nuevo mapa institucional y social en el Perú, producto de los acelerados cambios y las transformaciones que se venían produciendo en el país como resultado del gobierno militar del Juan Velasco Alvarado (LÓPEZ 1995: 549).

Un escenario de cambios en todo orden acompaña al proceso de la educación legal y la práctica de los abogados a partir de aquel momento. De la crisis y erosión del poder oligárquico a las reformas del régimen militar y a la expansión del Estado en la década de los 70'; y del fracaso de las políticas populistas y liberales (1980 1985) al colapso de institucional provocado por el régimen aprista (1985 1990), en esta última década, además, bajo el fenómeno de la violencia política.

Los abogados de aquellos años están vinculados en su actuación a un escenario jurídico-institucional avasallado por la dinámica de los hechos: la informalidad como resultado de la debilidad institucional del Estado y como fenómeno creciente desde tiempo atrás, determina la existencia de espacios institucionales de clandestinidad, arbitrariedad y corrupción; las violaciones de los derechos humanos con cifras terribles de desapariciones y ejecuciones extrajudiciales desde inicio de los 80'; la escasez de recursos para satisfacer las necesidades básicas de todos los peruanos y la ausencia de políticas públicas para revertir las cifras de pobreza y pobreza extrema que definen el escenario público y privado de inicios de los años 90'.

Los rasgos descritos producen espacios en donde el ejercicio concreto de la profesión legal está subordinado a la realidad y las circunstancias. En la mayor parte de los casos, oficinas individuales, como aparatos de subsistencia, en un contexto en el que el sistema de justicia está abiertamente desacreditado, pero también se observan "pequeños estudios integrados por unos pocos abogados agrupados en torno a compartir gastos administrativos. Estas oficinas eran en la mayor parte abogados independientes entre sí, que no contaban con una contabilidad unificada, ni con una misma filosofía de atención al cliente o con un marco ético que tenían que asumir"³. No se tenía una visión de empresa de servicios, salvo excepciones, pues también existían 3 o 4 estudios con un alto nivel organizativo en Lima⁴.

Este escenario de inamovilidad no se vio alterado por el incremento que sufre la demanda de los estudios de derecho en esa década. En efecto, entre 1980 y 1986 el número de estudiantes matriculados en las facultades de derecho se eleva de 16,412 a la cifra de 35,503 alumnos (GONZALES 1988: p. 34). En seis años la cifra se había incrementado en casi el 110%. Por su parte, la profesión legal se presenta ya como una de las más pobladas del país, llegando a un total aproximado de 45,198 conforme a la Encuesta Nacional de Hogares del año 1995⁵. Pero este crecimiento cuantitativo no se ve acompañado de un correlato en la calidad. La cultura jurídica dominante no asimila la necesidad de repensar sus bases frente a la crisis institucional. En este contexto se explica la escasa credibilidad del sistema de justicia, hecho del que los abogados también son responsables en forma indirecta o bien directa, como en el caso de la corrupción.

Los abogados actuaban en esta misma atmósfera. Eran parte del problema y promotores de su configuración y permanencia en el tiempo. Su actividad estaba principalmente volcada al litigio (sobre todo al micro-litigio). Se trata de una práctica ajena a la interacción con el mundo y provista de una concepción formalista del derecho, muchas veces desvinculada de los valores públicos. Así, los abogados eran parte inevitable de la crisis del sistema institucional.

3 Entrevista realizada al abogado Nelson Ramírez Jiménez, Socio Emérito del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez – Taiman & Olaya abogados, 10 de octubre de 2014.

4 Entrevista realizada al abogado Ricardo Herrera Vásquez, Socio Principal del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez – Taiman & Olaya abogados, 12 de octubre de 2014.

5 Véase: Instituto Nacional de Estadística. Características del Empleo Urbano. Población profesional ocupada por principales profesiones, 1995. Véase 4.3.2 documento en línea: <http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0177/n00.htm>

1.2 Cultura legal y globalización autoritaria en la década de los 90´.

Producido el auto-golpe de Estado del presidente Alberto Fujimori, el 5 de abril de 1992, se concluye el período institucional abierto con la Constitución de 1979 y se inicia un nuevo ciclo que permite la continuidad de Fujimori en el poder político y la instauración de un régimen de democracia -autoritaria. La Constitución de 1993 aprobada en este período representa un hito definitivo del mismo.

Con el golpe se produce el cierre del Parlamento y la represión de los partidos políticos, la intervención del Poder Judicial, del Ministerio Público y el cierre del Tribunal de Garantías Constitucionales. Aún se recuerda que en el discurso con el que el presidente Fujimori anuncia el golpe, declara su decisión de: "Reorganizar totalmente el Poder Judicial, el Consejo Nacional de la Magistratura, El Tribunal de Garantías Constitucionales y el Ministerio Público para una honesta y eficiente administración de justicia".⁶

El anuncio se consumó con el cese de 134 magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público: 33 de la Corte Superior de Lima, 8 vocales del Callao, 19 fiscales provinciales de Lima, 10 fiscales provinciales del Callao y 6 jueces de primera instancia. En los días sucesivos se siguieron dictando decretos leyes anunciando la destitución de más vocales, jueces y fiscales⁷. El escaso grado de confianza que la ciudadanía tenía en el Poder Judicial aparecía como soporte social de aquella decisión (BRANDT, 1990: p. 151). Esta percepción se hace más fuerte años después, cuando en 1993, junto al 72 % de la población de Lima que considera que el Poder Judicial no garantizaba credibilidad en el ejercicio de su función, más de un 50% consideraba que la corrupción era su principal problema, seguido por la interferencia política (12%) y bajo presupuesto (9%).⁸

La presión interna y externa, obligó a Fujimori a "reinsertarse" dentro del sistema democrático formal. Este requisito era fundamental para no perder el apoyo internacional para la reforma económica, que era parte central de su agenda política y que se había visto paralizada desde el día del golpe de Estado. Los Estados Unidos y principalmente la OEA, le habían puesto como imperativo, "volver a la democracia" (GARCÍA BELAUNDE 1993: pp 43).

6 <http://www.blogcyh.com/2012/04/causas-del-autogolpe-del-5-de-abril.html#sthash.ViERqrZj.dpuf>.

7 Los ceses se efectuaron mediante los decretos leyes 25423, 25425, 25442, 25443, 25446, 25471, 25492, 25529, 25563, 25580 y 26618. (GONZALES, 1998: p. 56).

8 Debate, Revista del Instituto Apoyo. Vol. XVI, N° 17, diciembre 1993 – enero 1994, pp. 43-47.

A más de veinte años de aquellos acontecimientos, estos son los rasgos que el régimen fujimorista hizo suyos: La intervención política en todas las instituciones estatales, la desarticulación de los partidos políticos y el establecimiento de una estrategia populista para que el presidente se pudiera relacionar con el pueblo sin ninguna mediación institucional. En este esquema la libertad de expresión fue degradada, pues se compró y capturó la línea editorial de los principales medios de comunicación, incluyendo periódicos, radios y canales de televisión del país.

El gobierno autoritario debía su poder real a la alianza con las fuerzas armadas. Estas cumplieron un papel definitivo en la sostenibilidad política del régimen en un contexto social que reclamaba orden, paz y seguridad. Así fue posible también, que se pudiera llevar a la práctica el Programa de Ajuste Económico que implicaba reformas económicas e institucionales. Signo evidente de la extensión globalizadora que marca el inicio de este episodio es la presencia activa del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo. Este extremo reclamaría en forma insoslayable la orientación del ejercicio de la profesión legal.

Pero las políticas de ajuste y la concentración arbitraria del poder político profundizaron la crisis institucional, entre el ensanchamiento de la franja de pobreza y la corrupción que propició la caída del régimen. Refiriéndose a lo primero, el economista Pedro Francke ha puesto en relieve que: "hacia fines de la década se podía apreciar que la pobreza había aumentado respecto de 1997 en un 50%". Así las cosas, la mitad de la población peruana se encontraba bajo la línea de pobreza. La política económica del gobierno fujimorista "(...) no había podido recuperar en diez años lo que se perdió en la crisis y la hiperinflación de 1988/1990". (FRANCKE, 2001: 30).

En efecto, el modelo económico de ajuste estructural del gobierno del presidente Fujimori, como ha sido anotado por Efraín Gonzales de Olarte, produjo principalmente la total desregulación de los mercados, la privatización de las empresas y actividades públicas, la liberalización extrema del comercio exterior, la reducción de la política económica al uso de muy pocos instrumentos de gestión y centrada básicamente en la política fiscal para condicionar la política monetaria (GONZALES DE OLARTE, 1998: 9-10).

A partir de 1993 el programa económico del régimen, a cargo en ese entonces del Ministro de Economía, Jorge Camet, mantuvo una articulación muy intensa con Washington y se presentó como el más ortodoxo y radical de América Latina. En 1996 se produjo un acuerdo de reestructuración de la deuda externa con

un saldo muy desfavorable para el Perú. A inicios de la década de los noventa la deuda ascendía a 6 mil millones de dólares, pero con este acuerdo la suma se elevó por encima de los 16 mil millones dólares.

El cuadro social del país también se ve erosionado por el creciente proceso de informalidad. En efecto, la ausencia de respuesta estatal ante las demandas sociales, que implican ciertamente derechos y garantías para ejercerlos, provoca la emergencia de distintas prácticas al margen del sistema legal, con el propósito de enfrentar dicha falta de respuesta. Se trata de un fenómeno multidimensional pues afecta todos los espacios sociales, económicos y políticos del país, y se encuentra muy ligado a los contextos de pobreza y exclusión (DELGADO, s/a).

Asistimos entonces a un proceso de cambios cuyos objetivos son: redefinir el rol del Estado, reducir su injerencia en la economía, privatizar la actividad económica y afirmar un sistema de libre mercado. En el ideario del régimen, este proceso tendría que ir acompañado de un marco institucional que permitiera consolidar los cambios y para ello era preciso fortalecer el sistema legal en función de garantizar los derechos, principalmente el derecho de propiedad y el cumplimiento de los contratos, crear autoridades e instrumentos idóneos para cautelar el cumplimiento del sistema legal en forma predecible y propiciar las condiciones para el desarrollo de una cultura legal articulada por su contracción a los valores involucrados en este proceso de cambios (BULLARD, 1997: 243).

Desde un punto de vista sustantivo, las reformas que este modelo de globalización trajo consigo, provocaron un conjunto de alteraciones económicas, sociales y políticas que, en muchos casos, profundizaron las condiciones de pobreza, desigualdad y desprotección de los derechos de importantes sectores sociales del país.

En ese resultado, la teoría y la práctica de los abogados, llegó a cumplir un papel fundamental por su incidencia en la legitimación de las instituciones. Sin embargo, no se trata de modo alguno de una práctica legal homogénea. Como se ha dicho, una profunda fragmentación social, como resultado de las políticas económicas de este período, produce un arraigo de la pobreza y, con ello, un escenario de rigidez en la movilidad social⁹, en medio de un profundo debilitamiento de los derechos. Estos factores son parte insoslayable de la cultura jurídica que se

⁹ En: Ajuste estructural en América Latina. Costos sociales y alternativas. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2001, p.30. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20101003014732/3cap02.pdf>

articula como parte de los cambios promovidos por el régimen de los 90'.

La cultura jurídica incorpora en su imaginario y como prioridades la necesidad de garantizar el libre mercado, los derechos de propiedad y los contratos, pero al mismo tiempo resta importancia al problema de la desigualdad y la exclusión social. Esta visión del Derecho está armada a partir de elementos reciclados y debilitados de teorías jurídicas y económicas, por ejemplo, la exaltación del Derecho como sistema de reglas claras o la creencia en que lo económico determina el sentido de la vida pública y los derechos. Ambas posturas convergen ideológicamente en la necesidad de legitimar jurídicamente las reformas económicas por encima de las demandas sociales y, claro está, por encima de los derechos fundamentales como valores medulares de la democracia liberal (GONZALES: 2010 ps 299).

Con lo dicho se entiende en qué forma el ejercicio de la profesión legal contribuyó a legitimar los rasgos esenciales de las reformas económicas de los noventa. Los grandes estudios de abogados buscaron optimizar sus servicios para lograr que el ordenamiento legal sirviera a los fines de las reformas económicas. Después de todo, los intereses de sus clientes estaban comprometidos con el resultado de dichos cambios. Sin embargo, un tipo de asimetría es el que se observa en el caso de los abogados que no logran desarrollar unidades de trabajo corporativo ni alcanzan a establecer vínculos concretos con firmas extranjeras. Este segmento, ciertamente mayoritario de la profesión legal, se incorpora en la línea residual de transformaciones provocadas por las reformas económicas. Es el efecto, negativo de la globalización que se traduce en crisis institucional, incertidumbre, pobreza e informalidad. Aquí adquiere visibilidad un problema que si bien hace parte de la historia del país, ahora encuentra los factores que lo hacen detonar: la fragmentación en el ejercicio de la profesión legal se acentúa en forma inevitable.

La cultura jurídica que se produce por efecto de la globalización económica, se ve influenciada también por el problema de la corrupción. Ésta encuentra una oportunidad estratégica para su expansión en el ámbito de las instituciones públicas y como efecto de las propias políticas derivadas de la globalización económica. Es cierto que se trata de un rasgo presente a lo largo de toda la historia de la República, pero a partir de la década de los noventa adquiere perfiles muy graves.

Y es probable que el narcotráfico se proyecte como el ejemplo más claro de este vínculo. Su expansión en la vida económica del país refleja con extrema

crudeza uno de los escenarios de la corrupción, como un resultado inevitable que ciertamente habrá de involucrar a las distintas agencias del Estado directamente comprometidas con el problema: la policía, las fuerzas armadas y el aparato judicial. La conexión del fenómeno del narcotráfico con el ejercicio de la abogacía y cierto tipo de práctica legal es pues inevitable.

Si bien las cifras de la corrupción son difíciles de estimar, el profesor Alfonso Quiroz en su estudio sobre la corrupción en el Perú, advierte que ésta en el largo plazo que va de 1820 al año 2000, ha representado un costo de características estructurales y ha sido "consistentemente alto o muy alto, pese a las variaciones cíclicas". En ese mismo período de tiempo, se precisa que el impacto económico de la corrupción bordea como promedio alrededor del 30 y 40 por ciento de los gastos del presupuesto, y entre el 3 y 4 por ciento del PBI (QUIROZ 2013: 554). En todo caso, el período trazado entre 1990 y 2000 está caracterizado como uno de los períodos de "alta corrupción" en nuestra vida republicana. Los datos estimados por Alfonso Quiroz señalan que los fondos desviados por efecto de la corrupción durante la década del gobierno del presidente Fujimori fueron equivalentes a una cifra que bordea el 20 y 29 por ciento del presupuesto anual y a 2,1 y 3,9 por ciento del PBI.

Precisamente, como resultado de la puesta en marcha de la política económica en materia de privatización, se estima que aproximadamente el 78 por ciento de los 4,359 millones de dólares que ingresaron por la privatización realizada por el gobierno entre los años 1992 y 2000, se desviaron para financiar acuerdos de la deuda externa, compras de armas y gastos políticamente afines (QUIROZ, 2013: 494).

El régimen del presidente Fujimori, contó con el apoyo del sistema judicial como parte de su inmensa red de corrupción. Aproximadamente 50 jueces de todo el país formaron parte de este aparato (QUIROZ, 2013: 477).¹⁰.

10 Un aliado esencial para esta articulación fue el magistrado de la Corte Suprema, Alejandro Rodríguez Medrano. Este juez era quien convocaba a otros colegas para presionarlos y obtener así dictámenes y sentencias favorables a los requerimientos del asesor presidencial Vladimiro Montesinos. Rodríguez Medrano fue condenado a la pena de prisión de 8 años en el 2001, por los delitos de corrupción activa de funcionarios y tráfico de influencias. Véase: <http://www.larepublica.pe/17-07-2008/ex-vocal-supremo-alejandro-rodriguez-medrano-salio-en-libertad>. Otro caso notable de conexión entre la corrupción y el aparato de justicia fue el de la Fiscal de la Nación Blanca Nélida Colán quien fue condenada a 10 años de cárcel y el pago de una reparación civil de 2 millones de soles, por poner el Ministerio Público al servicio de la corrupción fujimontesinista y encubrir las actividades ilícitas de Vladimiro Montesinos. El tribunal encontró responsable a Colán de los delitos de encubrimiento personal, omisión de denuncia y enriquecimiento ilícito, además mientras fue Fiscal de la Nación se demostró que recibió diez mil dóla-

Pero la corrupción refiere un espacio mucho más amplio y complejo. Se trata de un conjunto diverso de prácticas que forman convicciones y compromisos respecto de lo correcto y lo legal. Es la cultura de la corrupción "no como una práctica objetiva, con índices estandarizados y mensurables, sino como "categoría cultural", con significados distintos para personas diferentes y por razones diferentes. Significados que varían con el tiempo y que pueden ser comprendidos sólo en su contexto sociocultural e histórico específico (HUBER: 2005, 23).

La relación entre el fenómeno de la corrupción y la práctica legal durante la década de los noventa fue muy consistente. Y debido a su permanencia en la dinámica de las instituciones, se puede haber convertido en una "variable controlada" o "normalizada" en el contexto institucional que emerge con la globalización. Esta especie de adaptación de la corrupción permite considerarla como un factor concurrente de la cultura jurídica que involucra a los abogados de todos los segmentos profesionales.

2. El espacio laboral de los abogados con la restauración de la democracia.

El sentido de las reformas iniciadas durante el régimen de la década de los 90', responde a una forma autoritaria de entender la globalización. En este modelo se prioriza la creación del mercado y la hegemonía de los intereses de las empresas transnacionales en las relaciones comerciales, por encima de las condiciones para la democracia, de la necesidad de mejorar y ampliar la educación o mejorar las oportunidades sociales de los más pobres. (SEN, 2007:18-19). Tampoco fueron ajenas a estas reformas la corrupción y la manipulación de las instituciones públicas desde el poder. Y en todos los casos, el discurso de legitimación tuvo que apoyarse en el Derecho y la práctica legal.

El retorno a la democracia implicaría enfrentar un conjunto vasto de desafíos en diversos planos. Si se trataba de fortalecer y reorientar las instituciones en clave constitucional, sería necesario retomar las premisas de igualdad y justicia social. (SEN, 2007:19). Pero ello no sería posible sin la cuota reconstructiva, paradójicamente, también en manos del saber jurídico y la profesión legal.

Esta realidad tuvo que ser enfrentada por la democracia constitucional que se

abría paso, primero con el gobierno del presidente Valentín Paniagua, quien asumió el encargo de llevar adelante el gobierno de Reconstrucción Nacional desde el 22 de noviembre del 2000 y luego con la elección del Presidente del Presidente Alejandro Toledo a partir del 28 de julio de 2001.

Como dato formal únicamente, el ejercicio de la abogacía en el Perú exige tener el Título de abogado, para ello es necesario aprobar un examen de suficiencia profesional en la respectiva Facultad de Derecho. Este examen puede consistir en un análisis de expedientes judiciales o en la defensa de un trabajo de investigación ante una comisión evaluadora compuesta por tres profesores. El título de abogado debe ser inscrito en la Corte Superior de Justicia más cercana y en el Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente y si no lo hubiere en el Distrito Judicial más cercano¹¹.

Los requisitos enunciados no son una condición que garantice en términos sustantivos la calidad del ejercicio de la profesión legal. La crisis institucional que antecede y que también atañe a las facultades de derecho advierte sobre la necesidad de no valorar tales condiciones sino desde un punto de vista formal.

En cualquier caso, interesa conocer cuáles son los rasgos que mejor definen el espacio laboral de los abogados a partir de la caída del régimen fujimorista. Este análisis, por cierto, no debe pasar por alto la influencia que el proceso de reformas institucionales, ha tenido sobre el escenario en el que se produce el ejercicio de la profesión legal.

2.1 El escenario de la profesión legal: crecimiento económico y una agenda laboral en expansión.

Un elenco amplísimo de consecuencias heredadas de la década de los noventa definirá el marco para la actuación del ejercicio de la profesión legal con el retorno a la democracia. Como advierte Nelson Ramírez: "(...) miles de procesos pensionarios, la creación de la institución para la defensa del consumidor desde una perspectiva administrativa y no judicial, al igual que la salida del mercado por insolvencia; en general, las grandes inversiones en diferentes sectores, que pusieron a prueba (...) los sistemas legales y el comportamiento del sistema judicial".

¹¹ Conforme a lo previsto por la ley N° 30220 (Ley Universitaria). También es necesario tener en cuenta lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y su modificatoria (Ley 27020), Art. 285°.

Este marco institucional estuvo directamente implicado por la aprobación de diversos dispositivos legales entre fines de los 90' y la siguiente década. Se pueden mencionar los siguientes dispositivos: Ley General de Sociedades, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley del Mercado de Valores, Ley Orgánica de la SBS y del Sistema Financiero y de Seguros, Ley de Arbitraje, Ley de Contrataciones del Estado, Ley de Libre Competencia, Ley del Sistema Concursal, entre otros¹². Se trata de un conjunto normativo de estricta vinculación con las exigencias del modelo económico impulsado desde el régimen de los noventa, que se convierte en un espacio de prioritaria atención para el ejercicio de la profesión legal.

Pero la restauración del sistema democrático trajo consigo también un conjunto de expectativas que ampliaron el elenco de temas para el ejercicio profesional. En la línea de lo anterior, con la restauración de la democracia se intensifica la preocupación por la defensa de la Constitución, tantas veces vulnerada en los años previos. Ello produjo una intensa actividad del Tribunal Constitucional¹³ y abrió un espacio profesional antes de escasa importancia.

Al mismo tiempo, los abogados ven nuevos horizontes para la práctica legal, cuando el poder judicial interviene para controlar la actividad de los demás poderes, en particular del Parlamento¹⁴. Ocurre algo semejante con la valoración de la jurisprudencia, que obliga al conocimiento de su evolución, sobre todo cuando se trata del control de convencionalidad derivado de la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, la creación de sub especialidades judiciales, también ha incidido en el ejercicio de la profesión en forma específica¹⁵. Las reformas en los códigos procesales "(...) igualmente tienen un enorme impacto, pues la introducción del principio de oralidad cambia el paradigma de la defensa clásica".¹⁶

Y como se anticipó, el crecimiento de la economía en su relación con el mercado internacional aparece como telón de fondo de una agenda en expansión para el ejercicio de la profesión legal. Las exigencias producidas por los cambios forzados durante la década de los noventa, tendrán que reconducirse a través de las exigencias institucionales que la democracia implica. En los hechos, se abren mayores oportunidades para la práctica legal, en un espacio institucionalizado pero abierto a la internacionalización.

12 Entrevista al abogado Carlos Carpio. Socio del Estudio Rodrigo, Elias & Medrano. 30 de mayo del 2015.

13 Entrevista al abogado Nelson Ramírez Jiménez.

14 Entrevista al abogado Nelson Ramírez Jiménez.

15 Entrevista al abogado Nelson Ramírez Jiménez.

16 Entrevista al abogado Nelson Ramírez Jiménez.

La emergencia y expansión de la demanda legal es parte de un proceso de recuperación económica que se inicia con la restauración de la democracia en el Perú. En este contexto se produce una convergencia entre el desarrollo económico multinacional y la apertura de los sistemas institucionales de nuestros países para acceder al ingreso de las inversiones de capital e infraestructura.

El crecimiento de la economía peruana ha mantenido un ritmo de aceleración importante desde el año 2000. La crisis que impactó negativamente en la economía de los principales países industrializados del mundo fue asimilada por el proceso peruano en el cual se observa una evolución en ascenso del PBI a lo largo de la última década, según estimados del Instituto Nacional de Estadística - INEI. Es como parte de este proceso que se produce la suscripción de los Tratados de Libre Comercio, principalmente con Estados Unidos. Estos acuerdos son un factor clave en la lógica de valorar el peso que adquiere la práctica profesional de los abogados por el espacio de regulación que esta importante arista de la globalización económica inaugura como parte de las propias políticas estatales.

El crecimiento del PBI peruano entre 2000 y 2010 ¹⁷

En 2000	3.0%.
En 2001	0.2%.
En 2002.	5.0%.
En 2003.	4.0%.
En 2004	5.0%.
En 2005	6.8%.
En 2006	7.7%.
En 2007	8.9%.
En 2008	9.8%.
En 2009	1.1%.
En 2010	8.8%

Para el año 2011 el incremento fue de 6.9%, en el 2012 fue de 6.3 %, en el 2013 el PBI creció en 5.3 %y en el 2014 cayó a 2.35 %. Sin embargo, cabe reconocer –como explica Gonzales de Olarte- que estamos frente a un crecimiento basado en el modelo primario-exportador y de servicios. Este modelo neoliberal surge de la reforma económicas en el Perú y en los hechos produce un esquema

¹⁷ <http://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/economia/>

de desigualdad en el reparto de los beneficios del crecimiento. Se benefician los sectores con mayor productividad y con mayores escalas productivas. Esto explica que la pobreza no se haya reducido a la par que el crecimiento, y "(...) la desigualdad parece incommovible, aunque sus determinantes hayan ido variando con el tiempo".¹⁸ Así, sobresalen como línea de actividad económica, la derivada de la construcción, el crecimiento del sector financiero y, sin duda alguna, la minería.

En el caso de la construcción se advierte un proceso **de varios años de crecimiento continuo. Se trata de** la edificación de viviendas, centros comerciales, rehabilitación y mejoramiento de la red vial y obras de infraestructura. Este sector ha pasado de un crecimiento del 6.39% del PBI en el 2001 a un 17.44 % en el 2010. En el 2011 la cifra se representó en un 11.3 % y con ello una caída sucesiva en el 2012 con un 10.6%, 8.56% en el 2013 y 2.26% en el 2014. Estos últimos resultados, pese a todo, superan el ritmo del crecimiento de sectores semejantes en el contexto de América Latina y, de otro lado, se estima que en los próximos años se debe retomar un ritmo de crecimiento considerable.

En la misma dirección desde 1999 a 2013 las colocaciones y depósitos de la banca múltiple casi se han cuadruplicado, mientras que el sistema financiero (incluye principalmente cajas, edpymes y financieras) se ha multiplicado por 4.25 y 4.7 veces, en colocaciones y depósitos, respectivamente¹⁹. Por estas razones, a fines del 2013, el sector Financiero y Seguros fue uno de los más dinámicos al crecer 9,07%. En el sector se observa un importe incremento de los ahorros en 21,4%, mediante depósitos a la vista (29,2%), Compensación por Tiempo de Servicios CTS (22,2%), a plazo (18,2%) y de ahorro (17,1%); así como por las mayores colocaciones de créditos hipotecarios (21,1%), de consumo (12,3%) y créditos a empresas (18,2%) especialmente los destinados a los sectores mineros (57,6%), industria manufacturera (20,5%), transporte y comunicaciones (20,4%), agricultura y ganadería (19,4%), que se han dado mayoritariamente en moneda nacional.

Los rasgos que explican y modelan la ampliación de la demanda profesional para los abogados tienen igualmente una razón que la justifica en la expansión de la actividad minera. El volumen de negocios, procesos y transacciones de una actividad que hacia el año 2007 implicaba un 14.5 por ciento del PBI (tres veces el estimado de 1994), ha abierto un espacio obligado para el ejercicio de la abogacía.

¹⁸ <http://blog.pucp.edu.pe/item/101618/milagro-peruano-crecimiento-desigualdad-pobreza-y-democracia>

¹⁹ Según estudio de Ernst & Young en: <http://gestion.pe/mercados/mirada-al-sector-bancario-ultimos-15-anos-2111606>

El propio rigor formal del sistema legal peruano en esta materia, exige que para poner en marcha un proyecto minero se requieran un número significativo de permisos y autorizaciones ante diversas entidades estatales. Frente a esta realidad, los inversionistas se ven obligados a contratar más abogados que ingenieros²⁰.

Conforme a lo dicho, parece innegable reconocer que como resultado del conjunto de cambios en la economía, tenemos hoy la presencia de nuevos segmentos sociales, profesionales, empresarios y técnicos relacionados al sector servicios. Sin embargo, en el conjunto, la marca clara del sector privado se sobrepone a la presencia de un aparato estatal débil y ambiguo, sin capacidad para ordenar el sistema institucional ni actualizar sus procesos y menos para reformarse.

Estas parecen ser las bases económicas sobre las que se configura la ampliación de la demanda profesional de la abogacía en los últimos años, y ello explica también, el ingreso de firmas extranjeras en el mercado nacional. Todo esto se confirma con la encuesta realizada por Perú Top Lawyer y la Revista Rumbo Económico a empresarios y comerciantes del país en el 2012. Para este momento el crecimiento de la economía bordeaba el 7% anual y en ese contexto se confirmaba que las firmas de abogados y boutiques legales eran protagonistas de importantes operaciones financieras, al punto que se había triplicado el número de firmas de alta calidad, pero además habían logrado extender sus redes en el país y en el extranjero²¹.

El panorama en cifras que la profesión legal ofrece como resultado de todo este proceso se grafica en el siguiente cuadro:

20 En opinión del abogado Francisco Tong, socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano, este rigor representa un excesivo control de la administración pública y rigidez en la normativa, particularmente a éste sector productivo que exige entre 200 y 400 permisos legales para su funcionamiento. <http://gestion.pe/economia/se-necesita-mas-abogados-que-ingenieros-abrir-mina-peru-2100008>. Lo cierto es que la minería representaba el 59% del total de las exportaciones del país en el 2011. En la economía de las regiones del interior del país, sin considerar Lima, la participación de la minería sube hasta el 28% para ese mismo año. La inversión pública se incrementó de 2.9 del PBI entre el 2000 y el 2005 a 4.4% entre 2006 y 2011. En el 2011 más 820 mil trabajadores estuvieron involucrados con la minería. En: Impacto económico de la actividad minera en el Perú". Sociedad Nacional de Minería, petróleo y Energía. Documento elaborado por Macroconsult. Versión digital publicada en la página web <http://www.snmpe.org.pe>, Primera Edición, junio de 2012, ps. 2 -3. Más aún, el crecimiento minero para el 2013 registró una tasa de crecimiento de 2,91% y alcanzó niveles históricos en la producción de cobre, de hidrocarburos líquidos y de gas natural. En: <http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/01-produccion-nacional-dic-2013.pdf>

21 Véase: <http://rumboeconomico.com/index.php/rankings/item/87-los-mejores-estudios-de-abogados-estudios-penalistas-y-boutiques-legales-del-peru-2013>

Número de Abogados hábiles por departamento al 2015

N	Departamento	Abogados Hábiles	Habitantes	Ratio (abogados/habitantes)
1	Lima	59.968	9.685.490	162
2	Cusco	5.449	1.308.806	240
3	Tacna	1.324	337.583	255
4	Arequipa	4.839	1.273.180	263
5	Lambayeque	4.487	1.250.349	279
6	Moquegua	636	178.612	281
7	La Libertad	6.356	1.836.960	289
8	Puno	4.106	1.402.496	342
9	Ica	1.965	779.372	397
10	Huánuco	2.043	854.234	418
11	Callao	2.375	999.976	421
12	Ancash	2.677	1.142.409	427
13	Ayacucho	1.400	681.149	487
14	Junín	2.748	1.341.064	488
15	Apurímac	915	456.652	499
16	Madre de Dios	198	134.105	677
17	Ucayali	633	489.664	774
18	Tumbes	293	234.638	801
19	Piura	2.002	1.829.496	914
20	Cajamarca	1.617	1.525.064	943
21	Amazonas	287	421.122	1.467
22	Loreto	606	1.028.968	1.698
23	San Martín	370	829.520	2.242
24	Huancavelica	185	491.278	2.656
	Totales	107.479	30.512.187	284

Fuente: Elaboración propia sobre la base de <http://laley.pe/not/1215/los-abogados-en-el-peru/>; <http://www.web.onpe.gob.pe/modMarco-Legal/Resoluciones/RJ-011-2015.pdf>.

No se considera Pasco por no registrar más de 100 abogados hábiles.

Como se observa, el mayor número de abogados registrados se encuentra en Lima y Callao. El resto se distribuye principalmente entre La Libertad, Cusco, Arequipa, Lambayeque y Puno. El gran número de abogados que reúne la ciudad de Lima, ciertamente se vincula al mayor peso demográfico de la capital, pero se explica también por el centralismo y la evidente concentración de poder económico que caracteriza la evolución del país a lo largo de toda la república.

Adicionalmente, valorando el ratio de abogados por número de habitantes, es posible identificar el desarrollo económico regional como una de las variables que incide en el mayor número de abogados en cada departamento. Sin embargo, en Lima se toman las grandes decisiones y las firmas legales de esta ciudad están directamente involucradas con los grandes negocios y proyectos de desarrollo económico con sede en las ciudades del interior del país.

2.2 Variables y actores de un escenario legal estratificado

El carácter abierto y en expansión del espacio laboral que emerge de las reformas económicas, está marcado por las asimetrías del desarrollo económico en nuestro país. Como se advirtió líneas atrás, este es un aspecto que incide sobre la posición que desempeñan los abogados y también sobre los rasgos que van a definir su práctica profesional.

2.2.1 Un escenario profesional con asimetrías y desigualdad

Los abogados desempeñan una posición estratégica desde el punto de vista profesional, debido a su relación con el sistema legal y el orden social como conjunto. El tipo de actividad que desempeñan les permite incidir en los límites de las funciones públicas y privadas y, de hecho, actúan como soporte de ambas (BERGOGLIO y CARBALLO 2005: 202).

Desde cierta perspectiva se asume que la comunidad de los abogados está formada en una cultura poseedora de una competencia específica (SILVA GARCÍA 2001: TII, 104) para hacer frente al conflicto y legitimar ciertos poderes individuales o sociales: está dotada, para ello, de un elenco amplio de herramientas conceptuales y destrezas articuladas entre sí.

Una teoría implícita articula el discurso y la práctica legal. Esta perspectiva se sitúa por encima del andamiaje y las especificidades, las conecta a través de un lenguaje común que comparte los mismos conceptos y categorías. Sin embargo,

la coherencia que refiere esta idea de la profesión legal ha sido puesta en cuestión por la propia realidad. Los cambios sociales, económicos y culturales ocurridos en el Perú durante las últimas décadas, son los ejes gravitantes de un proceso de estratificación de la profesión.

Una primera señal del tipo de práctica legal que se desarrolla en el país desde inicios de los años noventa, se hereda como parte de las políticas orientadas a fomentar la inversión privada en educación, durante el fujimorato. En efecto, la posibilidad de crear universidades gracias al Decreto Legislativo 882 "Ley de Promoción de la Inversión Privada en la Educación" del 9 de noviembre de 1996, no tiene aparejado algún tipo control sobre los estándares de calidad en la oferta educativa. En este contexto, las facultades de derecho se convierten hacia el año 2000 en la segunda carrera más poblada del país, con 36,477 alumnos matriculados.

Antes del mencionado Decreto se contaban 14 facultades de derecho de universidades públicas y 6 de universidades privadas, pero luego de su entrada en vigencia, el número total se elevó a 34 facultades de derecho, de las cuales 20 eran públicas y 14 privadas (GONZALES, 2008: p. 68)²². La ausencia de control sobre esta realidad incide en forma negativa en la formación de los futuros abogados y eso repercute significativamente en la práctica legal.²³

Todo lo dicho explica la altísima oferta de abogados. Para el 2014, en el Perú se cuenta un aproximado de 130,000²⁴ abogados colegiados (agrupados en 30 colegios profesionales)²⁵. Alrededor de 72,521²⁶ abogados, ejercen en Lima y Callao. La cifra se traduce en un abogado por cada 250 habitantes. En el Perú, entonces, hay más abogados que policías²⁷.

22 Es importante anotar que hacia el año 2008, el crecimiento de las facultades de derecho de universidades privadas sobrepasa ampliamente a las públicas. Las privadas llegan a ser 34 mientras que las públicas permanecen en 20. (Gonzales, 2008: p. 68-69).

23 Entrevista al abogado Nelson Ramírez.

24 <http://laley.pe/not/1215/los-abogados-en-el-peru>. No existe información oficial.

25 <http://www.conab.org/colegios>

26 <http://laley.pe/not/1215/los-abogados-en-el-peru>. No existe información oficial.

27 Según información del Instituto Nacional de Estadística para el 2012, habían sólo 34 mil 805 policías trabajando en comisarías. En Lima hay 1 policía por cada 953 habitantes. Lima Provincia cuenta con el mayor número de efectivos, 9 mil 686 que representan el 27,8%, seguido de Arequipa 3 mil 122 (9,0%) y Cusco 2 mil 115 (6,1%); en tanto que el menor número de efectivos se observa en los departamentos de Tumbes 326 (0,9%), Ucayali 321 (0,9%) y Madre de Dios 276 (0,8%). <http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/censos/cenacomResultadosDefinitivos/index.html>, también <http://peru21.pe/opinion/hay-policia-cada-953-habitantes-lima-2181945>

En consecuencia, resultan inocultables las diferencias entre los abogados a partir de un cúmulo de variables: la universidad de procedencia, los segmentos socio económicos a los que pertenecen los clientes, por ejemplo, son diferencias que inciden en el grado de conceptualización jurídica, en las estrategias legales para enfrentar las causas, en la relación con el sistema judicial o con las instituciones implicadas. La agenda profesional será influida por todas estas variables.

Al final, se trata de un espacio profesional modelado por la globalización económica impulsada desde los años 90`. Esta es una característica que implica en mayor o menor grado a todos los actores y el contexto en el que éstos deben operar. Al mismo tiempo no son ajenas la informalidad ni la corrupción.

2.2.2 Los actores del campo profesional:

Una de las expresiones más claras de la estratificación del mundo profesional en el que se mueven los abogados, es la aparición de un segmento que empieza a organizarse mediante enormes oficinas o corporaciones que, en muchos casos, se asemejan a las grandes compañías a las que se buscaba patrocinar. Este proceso, descrito para el caso de los Estados Unidos de mediados del Siglo XX (WRIGHT MILLS, 1973: p. 164), adquiere vigencia para el proceso abierto en el Perú a partir de los años noventa y forma parte del universo de abogados que corresponden a la estructura profesional actual.

Junto a los abogados que cumplen como agentes de los cambios propiciados por las reformas económicas, se distinguen los abogados que no logran formar parte de este proceso y que se articulan en formas diversas de ejercicio profesional y subsistencia. Podría afirmarse que el espacio profesional ofrece, en términos generales, una estructura jerarquizada, con una movilidad interna escasamente relevante. Y aunque es posible que algunos espacios residuales por los casos y litigios no asumidos por los segmentos superiores se redistribuyan entre los segmentos inmediatamente cercanos, siempre serán excepciones de la forma como está organizada la agenda profesional.

En el punto más bajo de la estructura están los excluidos. Estos abogados no lograron ser incorporados en el proceso de cambios económicos, lo que seguramente les hubiera demandado una participación profesional diferente. Sin embargo, son parte del proceso como conjunto. En otras palabras, corresponden a los efectos negativos de la globalización económica, tal cual se presenta en nuestro país.

La estratificación del espacio profesional de los abogados no surge repentinamente. El impacto de las reformas económicas de inicios de los años noventa es un factor que termina de fracturar la débil institucionalidad política, profundiza las diferencias sociales, crea desigualdad y exclusión, incluso en el campo de la profesión legal.

a) Abogados globalizados: rasgos y matices

Según los informes de Legal 500 o Chambers and Partners, los principales rasgos que definen a las firmas de abogados mejor evaluadas, entre las cuales están algunas de las más grandes y antiguas del país, permite tomar conciencia de la nueva realidad laboral que se abre para el ejercicio legal en el segmento más alto del campo profesional y, en ese sentido, algunos matices se proyectan en el análisis del conjunto.

El siguiente cuadro muestra en orden alfabético el listado de las firmas con más de 25 abogados, lo que las convierte más grandes del mercado legal peruano.

ESTUDIOS / FIRMAS	SOCIOS	ASOCIADOS	TOTAL
Barrios & Fuentes, Abogados	9	27	36
Benites, Forno&Ugaz	12	35	47
Estudio Echeopar, miembro de Baker & McKenzie International	33	71	104
Ferrero Abogados, Estudio	11	17	28
García Sayán Abogados	15	22	37
Grau, Estudio	18	19	37
Hernández & Cía. Abogados	12	18	30
Lazo, De Romaña&Gagliuffi Abogados	7	23	30
Miranda & Amado Abogados	21	94	115
Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman& Olaya Abogados	22	70	179
Olaechea, Estudio	51		51
Osterling Abogados	13	14	27
Payet, Rey, Cauvi, Pérez & Mur	17	48	65
Rebaza, Alcázar & De Las Casas Abogados Financieros	9	34	43
Rodrigo, Elías & Medrano, Abogados	40	90	140
Rubio Leguía Normand	11	32	49
TOTAL	364	734	1098

La dimensión de las firmas de abogados ciertamente refleja el tamaño de las operaciones y el tipo de carteras de clientes. Este dato también tiene incidencia en la forma de organización y en la metodología del trabajo, tal como se verá más adelante.

Las alianzas con firmas internacionales son también un factor de diferenciación importante en este contexto. No se trata de un indicador necesario del grado de globalización, pues éste también puede provenir de la conformación de la cartera de clientes. Sin embargo, la asociación con pares del extranjero puede potenciar una tendencia y abrir en forma específica espacios de oportunidad para la actividad profesional.

En realidad, la ampliación del mercado legal por efecto de la globalización es un proceso que combina dimensión y complejidad, como productos requeridos por las empresas multinacionales. Éstas "(...) buscan asesoría en los estudios jurídicos donde encuentren reunidos a todos los abogados especializados en las ramas del derecho respecto a las cuales necesitan asesoría"²⁸.

Por esa razón, junto al tamaño de las firmas, se valora el hecho de que hayan logrado establecer lazos con el exterior. Esto se inscribe dentro de una exigencia impuesta, en gran medida, por la evolución de los mercados en el mundo y en nuestros países. Estas firmas buscan responder a las expectativas de sus clientes internacionales, pero también a la dinámica de las grandes firmas internacionales de abogados que se globalizan y tienen presencia en donde estén los negocios de sus clientes.

Un ejemplo concreto de lo dicho es el Estudio Echeopar, una de las firmas de abogados más representativas de la abogacía en el Perú desde su fundación el 2 de enero de 1950. El 1 de noviembre de 2012 se dio inicio a la asociación entre el Estudio Echeopar y Baker & McKenzie. Esta alianza es un hito en el mundo de los servicios legales en el país, sobre todo por la relevancia global que tiene esta última. La firma Baker & MacKenzie nace en 1949 en Estados Unidos y en la actualidad se ubica en los primeros puestos de los rankings jurídicos del mundo. Cuenta con una red de más de 4.000 profesionales entre abogados, economistas, asesores en materia de impuestos y otros expertos que ejercen sus actividades a lo largo de sus 77 oficinas en 47 países alrededor del mundo²⁹. Sólo para el año

28 Entrevista al abogado Julio César Pérez Vargas. Socio del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez". October 2014.

29 http://www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/Latin%20America/br_la_pacificalliance_dec14_spanish.pdf

fiscal 2012, se estimaba que los ingresos globales de esta firma ascendieron a la suma de 2,313 millones dólares³⁰. Por lo demás, Baker & McKenzie es la única firma con presencia en cada uno de los países miembros de la Alianza del Pacífico en América Latina, para lo cual cuenta con una red de ocho oficinas. Este acuerdo económico representa el 35% del volumen que implica la producción económica de esta región³¹, lo que explica ampliamente su impacto sobre la demanda de servicios legales.

No deja de llamar la atención la forma como Baker & Mackenzie percibe el rol de los abogados que conforman sus oficinas, en particular cuando enfatiza su relación no sólo con los actores del mundo privado más importantes de los países miembros de la Alianza, sino con los líderes gubernamentales, las autoridades de las comunidades locales y también con las autoridades judiciales de estos países³². Por eso resulta indispensable reconocer la responsabilidad de los abogados -por la posición que ocupan en el sistema institucional- en el sentido que adquieren los derechos (GONZALES, 2003: p. A-33). Como se desprende de la propia oferta de Baker & Mackenzie, los abogados mantienen una relación con la actividad política para mejorar su propia posición laboral, y en esa perspectiva, se puede reconocer su vínculo con los intereses que motivan el diseño y ejecución de las políticas públicas y no sólo con la resolución de los conflictos privados (LASSWELL, y MCDUGAL, 1999: pp. 75-76)

En cualquier caso, esta alianza ha permitido que el Estudio Ehecopar agregue a su posición de líder en el Perú, una inédita proyección e impacto en el mercado legal internacional³³. La experiencia y el conocimiento local junto a los recursos globales, permiten hacer frente a la demanda y crecer institucionalmente con ella. Esta alianza no ha generado la necesidad de que se produzcan cambios en la estructura interna de la firma local ni en las reglas para la toma de decisiones, que seguirán siendo asumidas por los socios locales, aunque ahora con mejores herramientas³⁴.

Una relación de menor implicancia asociativa se identifica en el acuerdo de representación que la firma de abogados Payet, Rey, Cauvi, Pérez & Mur³⁵, man-

30 <http://gestion.pe/impresa/estudio-ehecopar-se-asocia-baker-mckenzie-2013856>

31 http://www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/Latin%20America/br_la_pacificalliance_dec14_spanish.pdf

32 Loc. Cit.

33 Véase: <http://www.ehecopar.com.pe/content/index.php?PID=1547>.

34 Así lo sostiene Ismael Noya de la Piedra, Socio director del Estudio Ehecopar. Véase: <http://www.ehecopar.com.pe/content/index.php?PID=1359>

35 <http://prc.com.pe/en/the-firm>

tiene desde 1997 con la firma española Uría Menéndez. Esta última es una de las más importantes firmas de Europa. Fue creada en la década de 1940 y en la actualidad cuenta con más de 500 abogados repartidos en 16 oficinas situadas en las más importantes plazas financieras de Europa, América y Asia. En septiembre de 2014, Uría Menéndez decidió tener una mayor presencia en el mercado latinoamericano con una hoja de ruta, que estaría completa en cinco años y que la convertiría, en palabras de su socio director, Luis de Carlos, «en una única firma global iberoamericana, que facture la mitad en España y la otra mitad en el resto del mundo»³⁶.

Como advierte Julio César Pérez, "el ejercicio de la profesión ha sido modificado por los cambios que ha vivido nuestro país en las últimas décadas". Y "(...) los grandes abogados, en su mayoría, se han adecuado a las nuevas estructuras mediante alianzas estratégicas (...)".³⁷

Este acuerdo de representación supone la presencia permanente de un abogado del Uría Menéndez en la firma peruana³⁸. Al margen de ello, es posible asumir que la relación entre ambas firmas debe producir un contexto favorable para responder a las demandas del mercado legal. El vínculo con una mega empresa como Uría Menéndez, por lo menos ha de generar una tendencia en el perfil de los clientes y en la evolución de los negocios hacia el futuro.

En este segmento también se identifican las firmas legales que han desarrollado una evolución institucional atenta a las exigencias del mercado global, aunque no mantengan vínculos o alianzas institucionales con firmas internacionales. En estos casos, incluidos los anteriores, se identifican rasgos semejantes en casi todos los planos, con excepción del énfasis en las especialidades.

Una primera referencia compartida por todos los estudios de este nivel, se proyecta en el perfil de los clientes. El patrocinio debe enfrentar los requerimientos de empresas con actividades económicas muy complejas y con elevado grado de especialización. Son clientes que desarrollan sus operaciones en diversas partes del mundo y por ello requieren de una asesoría preventiva y atenta a los cambios jurídicos y su evolución en los ordenamientos en donde se produzcan las actividades (BERGOGLIO y CARBALLO 2005: 204).

36 <http://www.expansion.com/2015/02/27/juridico/1425057797.html>

37 Entrevista Julio César Pérez Vargas

38 <http://www.uria.com/es/oficinas/lima>

En general, las actividades de todas estas firmas legales están asociadas a las operaciones de inversión y financiamiento derivadas de los procesos de privatización y apertura del mercado local a las dinámicas internacionales de la economía durante las últimas dos décadas. Esto ha permitido gestar carteras en sectores de la economía en constante ascenso y crecimiento como petróleo, gas, mercado de capitales, laboral, inmobiliario, marcas, electricidad, telecomunicaciones o pesquería. Como efecto de lo anterior, se ha desarrollado un elenco de clientes en los mercados de las principales capitales del mundo como Nueva York, Londres Madrid, Toronto y diversas plazas del Asia y Latinoamérica³⁹.

La afinidad de estas firmas con las exigencias del mercado legal se puede describir en la idea: "Nuestro negocio es el negocio de nuestros clientes"⁴⁰ en un país que se ha convertido el lugar propicio para los negocios internacionales.

Las firmas legales de este segmento, buscan ser vistas como "un aliado de primer orden para conectar a los inversionistas con los mercados globales y a la inversión internacional con el gran ciclo de internacionalización y crecimiento que vive el Perú"⁴¹. A esa perspectiva responde el modelo de asesoría que ofrecen a lo largo de todo el ciclo de creación de valor, en forma integrada a la propia gestión corporativa para generar rentabilidad al negocio de sus clientes⁴².

En los términos de Carlos Carpio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano, podría decirse que esa es la vía que caracteriza la práctica legal y que define los valores que se proponen como esenciales en el compromiso de todas estas firmas legales con sus clientes. No está demás reconocer que esta firma creada en el año 1965⁴³, ha sido la primera del país interesada en abrir su mercado hacia el extranjero. En 1973 creó una oficina en Madrid bajo el nombre L.C. Rodrigo Abogados con el propósito de ofrecer "servicios de enlace a los clientes españoles interesados en invertir en el Perú o viceversa"⁴⁴. En este caso se enfocaron las áreas de litigios, Corporativo, Seguros y Derecho Tributario⁴⁵. Esta firma refleja también el sentido común practicado por este estrato de la profesión legal, es decir, la

39 <http://www.mafirma.com.pe/index.php/nuestra-firma/el-estudio>

40 <http://www.mafirma.com.pe/index.php/nuestra-firma/el-estudio>

41 <http://www.mafirma.com.pe/index.php/nuestra-firma/el-estudio>

42 <http://www.mafirma.com.pe/index.php/nuestra-firma/el-estudio>

43 <http://www.chambersandpartners.com/latin-america/firm/2447/rodrigo-elias-medrano-abogados#LightboxEditorial>.

44 <http://www.estudiorodrigo.com/portada/es/index.php/areas-trabajo/index>

45 <http://www.estudiorodrigo.com/portada/es/index.php/areas-trabajo/index>

idea de estar presentes "en todas las áreas del derecho"⁴⁶ que las exigencias de la globalización han provocado.

En una línea concurrente con lo dicho se observa que algunas de estas firmas legales han sido construidas a partir de varias experiencias previas. Como afirma Nelson Ramírez del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez – Taiman & Olayala, éste fue el resultado de fusiones sucesivas de 4 pequeñas firmas: "Los socios fueron conscientes de que hay sumas que multiplican y que la individualidad no tenía cabida en un mercado como el que ya se vislumbraba al momento de crearlo"⁴⁷. Y en esta línea había que estar en la capacidad de brindar asesoría a empresas de todos los sectores.

El funcionamiento de estas firmas debe permitir ofrecer soluciones que respondan al entorno legal peruano e internacional⁴⁸ en forma concurrente. Esto es indispensable pues en este tipo de mercado, se observa que "Los estudios con presencia mundial tienen la preferencia y, a partir de esa relación, se suelen contratar estudios importantes en cada plaza nacional. No suele ocurrir que las grandes empresas contacten de manera directa a los estudios locales", sostiene el entrevistado.

Como parte del proceso de globalización del mercado legal, se observan algunas iniciativas internacionales que han ingresado directamente al país, es decir, prescindiendo de socios locales. El caso más significativo y reciente es el de Garrigues de España que opera en Lima desde abril del 2014⁴⁹. Esta es una institución de exitoso desempeño por su alto nivel de facturación⁵⁰ en España, con oficinas en Nueva York, Shangai, Londres, Sao Paulo, México, Madrid, Barcelona, Bruselas, entre otras capitales.

La presencia de esta firma refleja el interés por estar cerca de las inversiones precisamente en mercados emergentes y, al mismo tiempo, de la cartera de clientes que busca un servicio legal con estándares de su país de origen⁵¹. Sin embargo, es muy probable que esta demanda se amplíe y que el servicio de esta firma legal se expanda para competir con las firmas legales del país. De hecho, en un

46 <http://www.estudiorodrigo.com/portada/es/index.php/areas-trabajo/index>

47 Entrevista a Nelson Ramírez Jiménez

48 <http://www.bfu.pe/nosotros.php?p=0&d=89>

49 <http://www.garrigues.com/es/Paginas/Home.aspx>

50 En el ranking de firmas españolas de la publicación especializada "Expansión" de España, el Estudio Garrigues se ubica en el primer lugar por su nivel de facturación al año. Véase en línea: <http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2015/07/06/559a8ee822601d6c5c8b459a.html>

51 <http://archivo.larepublica.pe/20-01-2015/abogados-sa>

corto tiempo de operaciones, cuenta con una "cartera de clientes que viene creciendo y corresponde al sector financiero, infraestructura, fondos de inversión, minería, educación, telecomunicaciones del propio Estado peruano"⁵²

Esfuerzos de menor intensidad que el de Garrigues se observan en la línea de tener presencia en el mercado legal peruano. La competencia en España se ha hecho exigente desde que existen más de 25 firmas extranjeras ejerciendo con abogados locales. Se explica, por ello, el movimiento de firmas medianas y pequeñas⁵³ que en los últimos años buscan tener presencia en América Latina y particularmente en el Perú⁵⁴. En el primer caso, aunque con estrategias diferentes, se observa la incursión de Ontier⁵⁵ y Broseta⁵⁶. Mientras Ontier ha desarrollado una presencia física con abogados locales, Broseta intenta proyectarse a través de una corresponsalía con la firma Benites, Forno&Ugaz.

También en los dos últimos años, otras firmas españolas, más bien pequeñas, han buscado situarse con oficinas propias en el Perú. Es el caso de Gaona Abogados y Bufete Marín. En ambos casos, se cuenta con abogados locales.

b) La globalización de los abogados de abajo

Como se anticipó, la desigualdad y la exclusión son parte de la forma que adquieren los procesos de globalización en nuestros países (SANTOS, 2001: 155). La estratificación que deriva de este enfoque de desarrollo económico influye en la conformación del mercado legal y también sobre la cultura jurídica.

A esta realidad corresponde el caso de los abogados que, en el caso peruano, forman parte del segmento inferior del ejercicio profesional. Estos abogados no han logrado insertarse favorablemente, al punto que las reformas económicas y la ampliación de los mercados internacionales no han sido factores que propicien convergencias ni beneficios para su actividad o desempeño.

52 Diario Gestión del 10 de octubre del 2014. Véase en línea: <http://gestion.pe/empresas/comenzamos-cero-fichando-talentos-experimentados-2110857>

53 Véase el ranking de abogados en España. http://estaticos.expansion.com/opinion/documentosWeb/2014/07/01/despachos_ranking_espana.pdf

54 Véase la publicación especializada del Diario Expansión del 28 de febrero de 2015. <http://www.expansion.com/2015/02/27/juridico/1425057797.html>

55 <http://pe.ontier.net/equipo/es/>

56 <http://www.broseta.com/internacional/latinoamerica/red-latinoamericana/>

La estratificación del espacio profesional de los abogados no surge repentinamente. El impacto de las reformas económicas de inicios de los años noventa es un factor que termina de fracturar la débil institucionalidad política, profundiza las diferencias sociales, crea desigualdad y exclusión, incluso en el campo de la profesión legal.

Se explica así la estratificación en el ejercicio profesional tanto como el desarrollo de un tipo de práctica legal que se adscribe al mundo de la informalidad. Desde años atrás en varias ciudades del país, se observaba la presencia de profesionales del derecho que en los alrededores del Palacio de Justicia "llamaban" a los transeúntes, es decir, sus potenciales clientes, para ofrecerles sus servicios. Los interesados en su mayoría eran personas de escasos recursos económicos urgidas por la necesidad de obtener la protección de sus derechos y estos abogados estaban dispuestos a ofrecerles sus servicios por sumas accesibles a sus posibilidades.

En el caso de Lima, la llamada "Asociación de Abogados Ambulantes – AAA"⁵⁷, es una muestra clara de esta realidad que se afianza con el proceso de ajuste económico de inicios de los 90'. Un porcentaje de estos abogados, eran vistos como si fueran mercaderes de la calle, provistos de una máquina escribir estaban en disposición de formular escritos o recursos para la ocasión.⁵⁸

El ejercicio profesional de estos abogados reproduce las prácticas que daban vida a la informalidad como fenómeno social y la ausencia de reglas que garantizan la vigencia de las instituciones jugaba a su favor. Este aspecto cuyo origen se observa en la propia configuración histórica del sistema judicial, se agrava con la eclosión y fractura institucional que arriba a los años 90'. La práctica del derecho se moverá entonces en un escenario abierto a la discrecionalidad y a los favores (MUJICA, 2011: p. 88.). No en vano, los abogados involucrados en este tipo de ejercicio muestran como un valor central de su posición para captar clientes, el conocimiento del sistema judicial y su proximidad a los funcionarios de las oficinas judiciales⁵⁹.

57 La Asociación de Abogados Académicos está presidida por el abogado Alejandro Rojas Jaime y su Secretario de Relaciones Públicas y Asuntos Internacionales, Víctor Díaz Oyola y su Secretario de Organización, Orlando Reyes La Chira y su Secretario de Defensa y Asuntos Femeninos, Angela Lu Chirinos.

58 Se ha dicho al respecto: "En la profesión como en farmacia, encuentras de todo. Existen abogados encumbrados en famosas y elegantes oficinas corporativas como otros viven o sobreviven en los pasillos del Palacio de Justicia y son conocidos como la triple "A" (Asociación de Abogados Ambulantes)". Véase <http://elpacificador2008.blogspot.com/2009/03/reflexiones-de-un-abogado-en-el-dia-del.html>, también: http://elobservador.perublog.net/2008/01/21/el_colegio_de_abogados_de_lima/

59 Entrevista a los abogados Oscar Soria Limaylla y Robert Torre Tenorio, ambos miembros de la

Los abogados de este segmento en principio se encargan de formular escritos o recursos. Dificilmente asumen la responsabilidad del caso como conjunto. En consecuencia, su participación es generalmente circunstancial. Este rasgo define la forma preponderante que adquiere el litigio en este espacio, es decir, cargado de incertidumbre, compartimentalizado y sin una perspectiva que valore en forma cercana los derechos en el proceso como conjunto.

En un comunicado reciente de la Asociación se afirma que son alrededor de 20 mil los abogados que la integran en Lima⁶⁰. Al margen de que esta cifra puede no ser del todo real, refleja un nivel de segmentación interna visible en las calles. En otras palabras, hoy buena parte de estos abogados trabaja en pequeñas oficinas, muchas de ellas hacinadas, en los edificios aledaños al Palacio de Justicia, pero ello no cancela posibilidad de que puedan salir a la calle a "jalar" clientes⁶¹.

En cualquier caso, el monto de los honorarios que el extremo inferior de estos abogados recibe por su trabajo, describe la profunda estratificación en el espacio de la profesión legal en el Perú. Una demanda o recurso en un proceso de alimentos puede costar entre 17 y 20 dólares si el cliente es mujer y hasta 35 dólares si es varón. En materias civiles o comerciales el rango de los recursos oscila entre los 70 y 100 dólares.⁶² Y como correlato de este cuadro, esta situación refleja el débil significado que adquieren la igualdad, la justicia y el acceso a los derechos en un sistema social que tolera y auspicia tales contrastes (PIKETTY 2015: 10), más allá, incluso de sus implicancias en este segmento de la profesión legal.

Este espacio profesional debe enfrentar, en medio de la precariedad e informalidad, el impacto de las políticas que hicieron posible crear universidades bajo formas asociativas con fines lucro de la década de los noventa que, entre otras cosas, ha influido en el incremento del número de abogados. Los abogados de la AAA ciertamente sienten que esta realidad no los favorece⁶³, pues se trata del

Asociación de Abogados "AAA". El primero indicó que su especialidad es el Derecho civil. El segundo de los entrevistados ejerce en Derecho penal. Entrevista realizada el miércoles 25 de febrero del 2015.

60 Su número significativo tiene una relación directamente proporcional con el grado de influencia en la posibilidad de definir la elección del Decano del Colegio de Abogados de Lima. Véase sobre el particular: http://aeronoticias.com.pe/noticiero/index.php?option=com_content&view=article&id=55182:asociacion-de-abogados-academicos-triple-aaa-organiza-cena-de-lanzamiento-de-julian-palacin-al-cal-este-viernes-24-de-julio&catid=97:noticias-cal&Itemid=635

61 Entrevista realizada a los abogados Oscar Soria Limaylla y Robert Torre Tenorio.

62 Entrevista realizada a los abogados Oscar Soria Limaylla y Robert Torre Tenorio.

63 Entrevista a los abogados Oscar Soria Limaylla y Robert Torre Tenorio.

segmento más afectado por el incremento de la población de abogados. Los egresados de las numerosas facultades de derecho se instalan y buscan sus clientes en los espacios de los grupos sociales de menos recursos económicos, dicho sea de paso, situados en los márgenes de la institucionalidad emergente del proceso de globalización.

2.3 La ampliación de la demanda y la exigencia de la especialización en un contexto de crecimiento económico

El crecimiento de la demanda por efecto de la dinámica propiciada desde la actividad económica se refleja en el incremento visible de las firmas de abogados a nivel nacional. Sin embargo, lo que se remarca con este incremento es la influencia del centralismo que gobierna gran parte del desarrollo social, económico y político del país a lo largo de la historia como república.

Y este rasgo parece verse reforzado por la forma que adquiere la globalización en la realidad. Se puede advertir, en efecto, que prácticamente el 80 %, es decir, 375 de un aproximado de 470 firmas de abogados que se registran a nivel nacional, tiene su sede en Lima⁶⁴. Esto guarda relación con la cantidad de abogados en esta ciudad, que concentra a más de la mitad del país, pero sin duda es un reflejo particular del mayor grado de impacto que las relaciones y transacciones económicas ha producido como mercado, para el ejercicio profesional de los abogados.

Algunos ejemplos específicos de lo que este proceso ha significado, se pueden verificar en el reconocimiento público de las firmas de abogados que han buscado articular sus capacidades a las exigencias del complejo proceso de crecimiento económico y expansión de la demanda en el terreno de los servicios legales para el 2014⁶⁵. Las cualidades que se remarcan como factores del éxito en esta línea se asocian a las competencias legales y técnicas, como respuesta a los nuevos problemas que la globalización representa, el profesionalismo, la calidad del servicio de atención al cliente, la diligencia y el compromiso. Todas estas firmas tienen su sede en Lima y ofrecen como común denominador, tal como se ha dicho antes, su carácter corporativo.

64 Fuente: Legal 500 <http://www.legal500.com/c/peru/legal-market-overview>

65 Esa es la perspectiva que se pone en evidencia desde los *ranking* anuales y el análisis derivado de las revistas *Legal 500*, así como *Chambers and Partners*. Véase al respecto en línea <http://www.legal500.com/c/peru> y http://www.chambersandpartners.com/171/49/editorial/9/1#RankedLawyers_Tab

Sin embargo, el carácter corporativo del modelo exige la especialización en la mayor medida de lo posible, pues de ello depende la capacidad articular soluciones integrales a los problemas que configuran una demanda en expansión. Este es el rasgo más representativo de estas firmas legales.

Las reformas que la globalización económica trajo consigo son un factor indiscutible para el desarrollo de nuevas áreas del ejercicio de la profesión legal. La necesidad de regular temas tales como la explotación de recursos naturales y su confrontación con el medio ambiente, es un buen ejemplo de todo ello⁶⁶. En consecuencia, la especialización es una condición influida por las exigencias del proceso globalizador. Una primera aproximación a este hecho tiene como punto de referencia una encuesta llevada a cabo en marzo del 2014 en la Revista La Ley de Gaceta Jurídica, las especialidades que marcan el sentido de la oferta, ciertamente se vinculan en términos generales al desarrollo económico:

Estratificación del ejercicio legal por especialidades generales

Especialidades	%Abogados
Penal	25%
Civil	24%
Laboral	17%
Administrativo	14%
Constitucional	7%
Corporativo/ Mercantil	5%
Otros	5%
Tributario	3%
Total	100%

66 Entrevista a Jorge Toyama del 21 de octubre de 2014

En efecto, las especialidades que concentran el mayor número de abogados se mueven entre el derecho penal, civil, laboral y administrativo y, sobre todo en los últimos tiempos, el derecho corporativo y mercantil ha hecho su aparición con nitidez. La oferta en el caso del derecho penal puede estar asociada a la expansión de las inversiones públicas y privadas del país y un escenario signado por la corrupción. Esta realidad ha configurado el surgimiento de nuevas y más complejas formas de criminalidad.

La especialidad en materia civil mantiene una línea de comportamiento funcional al mercado del litigio, que seguramente se ha intensificado en los años recientes como resultado del incremento de las transacciones económicas y la contratación en general fuertemente influida por los grandes negocios internacionales.

El derecho laboral parece tener una relación específica con el proceso de flexibilización laboral iniciado en la década de los 90, las reacciones de los gremios empresariales y las luchas reivindicativas de los trabajadores. Se observa igualmente un crecimiento de la oferta legal en materia de derecho administrativo que responde al papel que el Estado ha asumido a través de los organismos supervisores y reguladores.

No se puede pasar por alto la enorme importancia que adquiere el surgimiento del derecho corporativo y mercantil, particularmente en Lima, como expresión del peso que adquiere la actividad económica desde las empresas como tales y por su relación con sus pares internacionales.

En el plano más específico de la globalización, estas especialidades delimitan en forma concreta el ejercicio de la profesión legal. La relación de los principales estudios con sede en la ciudad de Lima, confirman esta perspectiva, según se puede ver en el siguiente cuadro:

Especialidades Predominantes ⁶⁷	Firmas de Abogados			
	Rodrigo, Elías & Medrano	Miranda & Amado	Echecopar, miembro de Baker & McKenzie International	Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya
I.- Banca y Finanzas	X	X	X	X
II.- Organización y Reestructuración	X	X	X	X
III.- Competencia y Antimonopolio	X	X	X	X
IV.- Corporativo Fusiones & Adquisiciones	X	X	X	X
IX.- Medioambiente	X	X	X	X
V.- Resolución de Disputas	X	X	X	X
VI.- Recursos naturales y energía: Electricidad	X	X	X	X
VIII.- Recursos naturales y energía: Petróleo y gas	X	X	X	X
X.- Seguros	X	X	X	X
XI.- Propiedad Intelectual	X	X	X	X
XII.- Trabajo y empleo	X	X	X	X
XIII.- Proyectos	X	X	X	X
XIV.- Derecho Público y Regulación	X	X	X	X
XV.- Inmobiliario	X	X	X	X
XVI.- Tributario	X	X	X	X

67 Fuente: Legal 500 <http://www.legal500.com/c/peru/legal-market-overview>

Este panorama circunscrito a sólo cuatro de las principales firmas de abogados de Lima, revela el grado de articulación entre la oferta profesional y las demandas del mercado globalizado. Y un énfasis en la globalización como fenómeno prioritariamente económico se sobrepone como proyección de la imagen de esta realidad: banca y finanzas, organización y reestructuración empresarial, competencia y antimonopolio, corporativo y adquisiciones, medioambiente, recursos naturales y energía, electricidad, petróleo, gas, seguros, propiedad intelectual, tributario, entre otras especialidades, en realidad, dibujan el nuevo escenario del mercado legal.

Estas especialidades se reparten en forma alternativa entre los estudios más importantes de Lima, pero no todos estos espacios laborales absorben todas las especialidades. Existen estudios que en el extremo opuesto son reconocidos principalmente por una especialidad predominante. Entre varios, por ejemplo, el caso de los estudios Monroy o el Benites, Forno&Ugaz por su presencia en el terreno del litigio, o el estudio Laub & Quijandía reconocido por su especialidad en recursos naturales, petróleo y gas.

Como se ha dicho, el abogado de estas firmas debe estar enfocado en la "(...) habilidad para resolver problemas complejos en corto tiempo e identificar problemas de otras áreas (...)"⁶⁸ para derivarlos a los expertos. Y hasta cierto punto la especialización técnico-legal, va de la mano con las capacidades de gestión y liderazgo⁶⁹.

La especialización es una de las condiciones que "(...) constituyen un estándar para ser un abogado competente"⁷⁰ y marca el resultado que una firma legal corporativa debe ofrecer como producto⁷¹. La especialización delinea el perfil del abogado que se necesita en este tipo de estas firmas. Especialidades acotadas que se vinculan al conocimiento de nuevas tecnologías de la información y al manejo de idiomas extranjeros, junto a los estudios de posgrado en universidades del exterior, mejor si son anglosajonas. Estas parecen ser las condiciones requeridas para los abogados de estas empresas jurídicas.

Sin embargo, la creciente complejidad de la demanda legal, la invasión de la tecnología, la elevada extensión y singularización del saber jurídico, a la vez que cuestionan la figura del abogado "todista" que claramente resulta reprochable

68 Entrevista a Jorge Toyama.

69 Entrevista a Carlos Caro Coria

70 Entrevista a Carlos Caro Coria

71 Entrevista a Carlos Carpio.

en este nuevo escenario, han influido en forma determinante para adelgazar el enfoque humanista que toda actividad profesional debería llevar consigo. (SILVA GARCÍA, 2001: T II, 116)

Una visión humanista no es sinónimo de ausencia de conocimiento específico, débil experticia, falta de destrezas para el razonamiento articulado a los problemas concretos o ineficiencia en el desempeño general. Se corre el riesgo que esa perspectiva sea reemplazada por una visión tecnocrática y a-valórica del ejercicio profesional. Este hecho es sumamente grave debido a la posición que ocupa el derecho y los abogados que lo ejercen en la sociedad. El siguiente cuadro ha sido construido sobre la base de la información provista por Gaceta Jurídica, encuesta a 1010 abogados entre los días 20 al 24 de marzo del 2014.

Rentabilidad por especialidad en el servicio legal⁷²

Especialidades	%Rentabilidad
Corporativo/ Mercantil	23%
Penal	22%
Tributario	20%
Civil	14%
Laboral	11%
Otros	4%
Administrativo	3%
Constitucional	3%
Total	100%

La especialización incide en el perfil económico del estudio de abogados. Como se observa en el cuadro anterior, el derecho corporativo – mercantil es la especialidad más rentable según el 23% de abogados entrevistados. Sin embargo esta misma especialidad concentra solo el 5% de abogados (véase cuadro 4). Algo semejante ocurre con la especialidad en derecho tributario que con-

⁷² Este cuadro ha sido construido sobre la base de la información provista por Gaceta Jurídica, encuesta a 1010 abogados entre los días 20 al 24 de marzo del 2014. En: Gaceta Jurídica, Revista La Ley. Los abogados en el Perú, Lima, marzo del 2014.

centra únicamente el 3% de abogados, pero está considerada como la tercera más rentable con un 20%. Para Julio César Pérez Vargas, el Derecho Mercantil, en particular, se ha visto profundamente influenciado por la globalización en la medida que las operaciones comerciales ahora implican el conocimiento y empleo de distintas legislaciones, distintas culturas y distintos idiomas⁷³. No deja de llamar la atención la aparición del derecho penal en este cuadro, nada menos que el 22% de los abogados entrevistados considera rentable el ejercicio en esa especialidad. Este dato da cuenta de las propias debilidades institucionales en las que se desarrolla el proceso de globalización. Al final, existe un fuerte vínculo entre el ejercicio del derecho penal y las prácticas criminales que han comenzado a identificarse en el contexto de la globalización económica.

Como dato adicional, la publicación Chambers & Partners del 2014 destacó el ranking de firmas de abogados por áreas de especialización. En este informe, la especialidad de Banca y Finanzas está liderada por el Estudio Echeconar, seguido por Miranda & Amado y la firma Payet, Rey, Cauvi, Pérez & Mur, respectivamente. Mientras que en organización y reestructuración, Rebaza, Alcázar & De La Casa y Rodrigo, Elías Medrano, son los que destacan.

En el área de Derecho Corporativo, Fusiones & Adquisiciones, se ubican el Estudio Echeconar, el Miranda & Amado y el Payet, Rey, Cauvi, Pérez & Mur, en Arbitraje, el Estudio Bullard Falla & Ezcurra lidera el ranking colocándose en el primer lugar en esta especialidad y también en Competencia y Antimonopolio junto con la firma Payet, Rey, Cauvi, Pérez & Mur

En Litigios, el Estudio Echeconar y Rodrigo, Elías & Medrano comparten el primer lugar, y en Lavado de Activos, Benites, Forno & Ugaz, seguido por Caro & Asociados son las firmas legales más reconocidas.

De igual manera, diversas firmas especializadas en una sola rama recibieron la atención en el ranking tanto en Chambers & Partners⁷⁴. Precisamente el Estudio Santivañez Abogados y Laub & Quijandría se mantienen como consultoras líderes en temas energéticos.

Otro rubro importante considerado por Chambers and Partners fue el Derecho Medioambiental, especialidad que aparece liderada por las firmas de Ada Alegre

⁷³ Entrevista a Julio César Pérez.

⁷⁴ <http://gestion.pe/empresas/chambers-partners-publica-ranking-mejores-abogados-y-firmas-2109232>

y De La Puente. En materia laboral, los Estudios Miranda & Amado, junto a Rodrigo, Elías & Medrano conservan la mejor posición.

La firma De La Flor, García, Montufar Arata & Asociados se ha mantenido a la cabeza de temas inmobiliarios. Por su parte, el Estudio Barreda Moller tiene el primer lugar como consultora legal en materia de Propiedad Intelectual.

El fenómeno de la especialización reviste rasgos muy particulares en un contexto de crecimiento de los estudios corporativos, en número de abogados, facturación y también en expansión hacia provincias e internacionalización⁷⁵.

2.4 La organización de los estudios de abogados en un contexto de globalización.

La globalización incide también sobre las formas de organización y las estrategias para el crecimiento y desarrollo institucional de las firmas legales. Ahora se hace necesaria una metodología de trabajo especializada desde todo punto de vista, y la especialización profesional—como se ha visto— es un común denominador a la hora de definir la organización. Ésta última debe acompañar el perfil de los abogados, de los practicantes, del personal de apoyo, de los valores institucionales y de la imagen que se espera proyectar en el mercado legal.

Se recuerda aún que en la mayor parte de los estudios de abogados antes de los 90', primaba la práctica del abogado único. Apenas se contaba con un asistente o secretaria que usualmente era la mecanógrafa. Excepcionalmente se podía encontrar una oficina donde dos o más abogados compartían gastos, pero difícilmente se asociaban para la práctica legal en común⁷⁶. En este tipo de espacio laboral casi no había cabida para la especialización y, probablemente, la atención a la calidad del servicio no tenía la relevancia de hoy⁷⁷.

Las exigencias de la práctica legal por efecto de la globalización requieren de un conjunto de condiciones al margen de las estrictamente técnico-legales. El tipo de cliente de hoy no satisface sus exigencias con las destrezas técnicas del abogado. Ahora es necesario contar con capacidades para la gestión del talento humano, pues se debe proyectar y planificar el trabajo en equipo. Para este pro-

75 Entrevista a Ricardo Herrera Vásquez.

76 Entrevista al abogado Paul Paredes del 20 de octubre de 2014.

77 Entrevista a Carlos Caro Coria.

pósito se hace indispensable crear y optimizar las estructuras logísticas desde todo punto de vista.

Ahora bien, la mayor parte de firmas legales presentan una estructura interna que junto a las especialidades, valoran los méritos académicos, pero también la antigüedad en el ejercicio de la función como abogado en la firma. De hecho, son los abogados socios quienes ostentan la mayor jerarquía en la organización. De una muestra de los principales 34 estudios de Lima⁷⁸, obtenida a partir de sus plataformas virtuales, se observa la siguiente composición:

	ABOGADOS SOCIOS	ABOGADOS ASOCIADOS
Total	351	610
Promedio	10	18

Al interior de este tipo de organización, dependiendo de cada caso, se identifican las siguientes jerarquías o línea de carrera profesional: Socio Senior, Socio, Asociado Senior, Asociado, Asociado Junior, Asistente Legal, Practicantes.⁷⁹ En una línea aparte aparece el personal profesional, administrativo y técnico de formación no legal, que cumple un papel clave si la idea de la idea del servicio esperado por los clientes tiene un carácter integral, pero además porque la respuesta legal requiere de un soporte instrumental identificable en disciplinas distintas al derecho, como la economía, la antropología, la historia, la ingeniería, la psicología, la contabilidad, entre otras. La nueva organización de las firmas legales debería estar en disposición de mostrar la flexibilidad necesaria para cooperar e interactuar con éstos y otros profesionales.

Sobre el particular, se ha dicho que el ejercicio de la profesión no configuraba un "mercado complejo"⁸⁰, pues estaba circunscrito únicamente al asesoramiento general, por lo tanto, no se prestaba atención a la calidad del servicio. No se marcaba la preocupación por la estructura para este fin. Sin embargo, el abogado de hoy debe reunir competencias técnicas y también habilidades para la gestión de la estructura administrativa, de las finanzas, de las comunicaciones y prevalentemente de las personas que integran el equipo de trabajo⁸¹.

78 Fuente: Data recogida de las websites de 35 de las mejores firmas de abogados, conforme al ranking de Chambers & Partners'

79 Entrevista a Julio César Pérez.

80 Entrevista a Carlos Caro Coria.

81 Entrevista a Carlos Caro Coria.

Precisamente la práctica legal se articula en gran medida a través de una forma de organización del trabajo. La división de funciones, la especialización, el énfasis corporativo, la automatización de los procedimientos administrativos, la estandarización de ciertas prácticas, incluida la atención a los clientes, y los grados de intensidad que estos rasgos adquieren en cada caso o modelo de organización son parte de la cultura con la que los abogados se comprometen y comparten como condición para la vida de la firma legal.

En esta nueva forma de organización, la división del trabajo se profundiza y la informalidad en los métodos de trabajo deja de tener espacio, pero al mismo tiempo puede servir para que la jerarquía organizacional se reproduzca en las relaciones de trabajo. Esta característica está asociada a la perspectiva que deriva de la sobre especialización y las consecuencias de ello pueden contribuir a acentuar la desigualdad (BERGOGLIO y CARBALLO 2005: 204).

Hay un rasgo adicional que marca el escenario laboral – organizacional de los estudios legales en este nuevo contexto: sobre todo en el caso de los estudios considerados se empieza a notar la existencia de un mercado profesional en el que la lealtad a la "casa" no es más una característica del ejercicio legal en los estudios de abogados. Como enfatiza Ricardo Herrera, hoy los abogados pueden pasar de un estudio a otro, "lo que antes era impensable, mi Estudio era mi único trabajo, allí me jubilaba o, en todo caso, ponía mi propio Estudio"⁸²

De otro lado, la formalidad jurídica que las firmas adoptan se inclina mayoritariamente por la sociedad de responsabilidad limitada, conforme a una muestra de los principales 34 estudios, a partir de la información brindada por sus mismas plataformas web. Véase el siguiente cuadro:

Formas de asociación jurídica de los estudios legales

SRL	85.29%	29
SAC	8.8%	3
EIRL	6%	2
	100	34

82 Entrevista a Ricardo Herrera

Conforme a la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, la preferencia que los estudios legales muestran por la Sociedad de Responsabilidad Limitada, guarda relación con el hecho de que esta forma de asociación permite mantener el patrimonio personal de los socios exento de responsabilidad. Al mismo tiempo, es verdad que esta forma de organización societaria incide en la ausencia de movilidad desde el punto de vista laboral al interior de las firmas legales.

2.5 El caso de las firmas boutique.

Las denominadas firmas boutiques constituyen un caso singular, pues si bien deben su origen al escenario globalizador, marchan a contracorriente de lo que significa la expansión en el terreno de las especialidades, tal como se observa en la evolución de la mayor parte de firmas legales antes mencionadas. En la firma boutique prevalece la idea de la especialización acotada: pocas áreas del Derecho, estrechamente relacionadas entre sí, como conjunto específico que implica una especie de nicho de mercado. Es decir, un tópico selecto para ofrecer, igualmente, un servicio de calidad por el grado de especialización, conocimiento y experiencia profesional, pero también por el nivel de involucramiento de los abogados con los clientes y los casos.

Las boutiques legales son parte del proceso de crecimiento y especialización de la oferta de servicios profesionales en materia jurídica que se vive en el país. Y entre las firmas legales que han logrado mayores reconocimientos en los últimos años aparecen algunas que responden precisamente al modelo boutique en materias tales como la regulación de mercados y la competencia, así como en los aspectos de orden penal implicados en la actividad empresarial.

En las firmas más representativas de este segmento, se observan rasgos similares: un equipo profesional reducido en comparación con los previstos en las grandes firmas, pero sobre todo un alto grado de especialización que combina la relevancia de la formación académica y una nutrida experiencia profesional también especializada. Como resultado de estos valores propios, también resulta interesante ver cómo los abogados de estas firmas suelen ser muy influyentes en el mercado legal y, por ello, altamente valorados por los estándares de su desempeño profesional⁸³.

⁸³ Véase: http://www.bullardabogados.pe/blog/wp-content/uploads/2012/09/bfe_Chambers-and-Partners2012.pdf

El tipo de trabajo que exige la organización de una firma boutique, incrementa la especialización en términos individuales, pues los abogados concentran su atención en un conjunto delimitado de áreas con vasos comunicantes entre sí. Ello genera un proceso de retroalimentación permanente que incide en la especialización de la firma. Este es uno de los valores más representativos de las boutiques legales que los casos antes mencionados exhiben con claridad.

La organización de las firmas boutique presenta ciertas particularidades. La menor dimensión de su estructura es un rasgo que define la gestión institucional. Por ello, es probable que los costos para el funcionamiento integral de una firma grande y corporativizada, disminuyan cuando se trata de una firma boutique. Sin embargo, la especialización puede exigir una singular dedicación para el caso de una boutique legal. Este es un énfasis indispensable en la definición del servicio que se espera de este tipo de firma, y traducido en términos de organización tiene que ver con las condiciones prácticas que los abogados requieren para brindar una atención personal y especializada.

En segundo lugar, se observa un grado de horizontalidad en el esquema organizacional que puede originarse en la menor dimensión de la estructura profesional, pero que también puede deberse a la diferente perspectiva de la práctica legal de estas firmas, donde los abogados valoran antes que las carreras ascendentes, la idea de trabajar en proyectos interesantes⁸⁴. La visión de la firma Bullard, Falla & Ezcurra traduce con claridad lo dicho: "Crear un espacio donde podríamos hacer lo que más nos gusta". Y agregan: "Nos enfocamos en las personas. Nos propusimos crear un ambiente de trabajo horizontal e informal, donde "pasarla bien" fuera sinónimo de trabajar bien. Y también funcionó. Comprobamos los efectos positivos de un equipo motivado e integrado"⁸⁵

Lo dicho nos remite a la perspectiva cultural que, sin duda, está presente en la organización de las oficinas de abogados. Los cambios en los paradigmas legales, que por cierto, van más allá de las reformas legales, traducen su impacto en la conceptualización del derecho y en la práctica propia de los abogados. Esta ha sido una constante en la realidad de los últimos 20 años en el Perú.

⁸⁴ http://www.larepublica.co/asuntos-legales/las-boutiques-le-quitan-mercado-las-grandes-firmas-legales_112921

⁸⁵ <http://www.bullardabogados.pe/nosotros.htm>

3. La práctica legal en un mundo globalizado y el interés público.

Los negocios y la actividad empresarial no son asuntos que puedan examinarse únicamente desde una óptica privada. Los intereses individuales requieren de instituciones públicas que garanticen su realización, y para ser legítimos, deben articularse al conjunto de valores públicos que dan sentido a la vida de una democracia constitucional. El caso de las firmas de abogados no se aleja de lo dicho.

El nuevo enfoque de la práctica legal no puede soslayar que el derecho es por sobre todo una profesión pública. De este modo, la organización corporativa de una firma legal debe ser un medio para hacer frente a los retos de una realidad donde el propósito es siempre público.

Además, la globalización es un proceso que acentúa el carácter público de los intereses que se defienden en las firmas legales. El impacto de las transformaciones que la globalización produce, con mayor o menor incidencia, en la vida de nuestras comunidades, se traduce en la restricción o ampliación de las libertades y derechos, de nuevas herramientas y límites para la acción humana. Estos aspectos son medulares para el sentido que adquiere el interés público como estructura compleja que contiene a las instituciones y garantías que hacen posible el ejercicio de los derechos y libertades individuales. El interés público propicia su vigencia y al mismo tiempo los delimita.

En esta realidad se reclama de los abogados un compromiso abierto con el sentido público de la profesión. El abogado "representa al cliente ante el sistema jurídico, pero también representa al sistema jurídico ante el cliente" (GORDON 1999: 173). Es posible que esta resulte ser una visión ideal, pero en todo caso, también puede ser valorada como una perspectiva para mejorar la eficiencia y la competitividad de la práctica legal. Es obvio que si la actividad de los abogados se desvincula de todo fin relacionado con lo "público", más allá, de una opción moral, será la plataforma para asumir que cualquier cosa es posible si se trata de defender los intereses de los clientes (GORDON 1999: 175). Este enfoque no es precisamente el paradigma de la eficiencia y la competitividad, sino más bien todo lo contrario.

Esta expectativa tiene mucho sentido si tiene en cuenta el significativo número de conflictos sociales generados en los últimos 20 años en el Perú. Estos conflictos son el resultado de una combinación de factores tan antiguos como la República, pero en su extremo reciente se integran a la compleja dinámica que

la globalización económica ha creado en países como el nuestro: la presencia de grandes capitales y empresas multinacionales en busca de invertir en la extracción de recursos naturales.

El beneficio que este tipo de actividad económica puede generar para las partes comprometidas, se ha visto comprometido por la ausencia de acuerdos con las poblaciones afectadas con la actividad extractiva. En los hechos, según información de la Defensoría del Pueblo, para el mes de mayo se contabilizan 211 conflictos sociales (152 activos y 59 latentes). Los casos nuevos se presentaron en Áncash, donde pobladores de la provincia de San Marcos denuncian que la compañía minera Antamina no está cumpliendo los acuerdos en materia ambiental, en Cajamarca, los pobladores de Hualgayoc, importante centro minero, exigen a la Dirección de Salud la entrega de los resultados de análisis de plomo en la sangre, en Ica, trabajadores de la empresa minera Shougang exigen atención de su pliego de reclamos, y en Lambayeque, trabajadores activos y jubilados exigen a la empresa azucarera Tumán el pago de remuneraciones vencidas.⁸⁶

Los antecedentes más recientes de la conflictividad social por efecto de la presencia de empresas extractivas en diversas partes del país, nos recuerdan también una secuela de muertos y heridos: Los hechos suscitados recientemente en Islay, Arequipa, debido al proyecto minero Tía María de la empresa Southern Perú, con decenas de heridos y 5 muertos en los seis años de duración del conflicto son un testimonio de lo dicho. Casos semejantes y dolorosos han ocurrido en los últimos años en Bagua, Conga en Cajamarca, Espinar en el Cusco, Pichanaki, Ocuwiri, entre otros⁸⁷.

Según la Defensoría del Pueblo, desde el 2006 hasta la fecha se han registrado 257 personas fallecidas y 4.318 heridos en conflictos sociales⁸⁸. En todos ellos, el común denominador ha sido la indiferencia estatal, pero también la actuación consciente de la actividad empresarial. Y es en este punto en el que se podría llamar la atención sobre el significado que adquiere el ejercicio de la profesión legal.

Es evidente que cuando las firmas de abogados más acreditadas del país, ase-

86 Véase Informe de la Defensoría del Pueblo en línea: <http://www.defensoria.gob.pe/blog/la-defensoria-registro-210-conflictos-sociales-en-junio/>

87 Véase el Diario El Comercio en línea: http://elcomercio.pe/peru/pais/conflictos-sociales-panorama-infografia-interactiva-noticia-1824294?ref=flujo_tags_25465&ft=nota_3&e=titulo

88 Véase el Diario La República en Línea: <http://larepublica.pe/politica/5305-baguazo-radiografia-de-un-conflicto-sin-culpables-en-su-sexto-aniversario>

soran a las empresas globales que realizan actividades extractivas, buscan potenciar sus intereses. Los abogados tienen la capacidad de influir en las decisiones empresariales o de limitar las expectativas, aun cuando no tengan la última palabra.

En la brecha creada por los intereses empresariales y los intereses de las comunidades, el ejercicio de la profesión legal tiene una agenda pendiente y seguramente una cuota de responsabilidad. Los abogados globalizados son parte de un orden que requiere de su compromiso constructivo, pues de lo contrario, la actividad extractiva terminará absorbida por una dinámica de conflictividad que la hará costosa e ineficiente, y en el peor escenario, es probable que la vertiginosa dinámica del conflicto termine por destruir las propias bases del orden necesario para el desempeño de las inversiones.

Reflexión final.

El papel que los abogados cumplen en la sociedad tiene por finalidad constituir ciertos poderes individuales o sociales como legítimos y prevalentes. Su discurso para tal efecto, tiene la capacidad de influir, a veces de modo determinante, en el sentido del derecho y las razones que justifican el ejercicio de tales poderes y derechos. Por esa razón, la profesión legal adquiere una gran relevancia en medio de los contrastes que la globalización impone en países como el nuestro.

En efecto, no es posible pasar por alto que la globalización, además de la carga cultural y económica que lleva consigo, adquiere el significado que cada realidad le facilita. La desigualdad social, la pobreza o la debilidad institucional son factores que se entretajan con el influjo globalizador, multiplicando su efecto devastador en la constitución de las prácticas de convivencia locales.

Pues bien, la racionalidad que emerge de la actividad que los abogados realizan, lleva consigo un poder estratégico que le permite influir sobre cualquier funcionario, empresario, dirigente gremial o persona que deba tomar una decisión implicada por el derecho, llegando incluso al punto de crearlas. Está claro que no es poco frecuente que el asesor legal de ayer se convierta en el político de hoy y viceversa, con la anomalía que esto puede significar para la transparencia de las instituciones públicas (LASSWELL y MCDUGAL. 1999, pp. 75-76). Se explica entonces cómo el conjunto de reformas que la globalización trae consigo, puede incidir negativamente en las bases institucionales del propio sistema democrático, sobre todo cuando cuenta con el auspicio de la práctica legal.

La defensa legal de ciertos intereses privados y la articulación, para ello, de un discurso específico que valora la necesidad instrumental de la eficiencia, pero deja en un segundo plano los valores públicos que deberían ser representados por el Derecho (FISS, 2007: 266), es un enfoque profesional que, potenciado por la globalización, tendrá un efecto pernicioso sobre la legalidad misma, con las consecuencias negativas de ello en el escenario de las instituciones públicas (GARCIA RAGGIO, 2004: 104).

Esta posibilidad es notoria, por ejemplo, en el caso de la corrupción, cuya práctica podría haberse convertido en una variable normalizada de las relaciones en las que interactúan los grupos empresariales, las agencias públicas y los abogados. Siendo así, la corrupción constituiría un aspecto central de la cultura legal, es decir, un componente de la actividad profesional en un contexto de globalización.

La reconfiguración de la cultura legal por efecto de la impronta globalizadora tiene una repercusión específica en el ámbito de la especialización. Este es un tópico de enorme importancia, pues permite reflexionar sobre el "valor público" del derecho como elemento indispensable de una cultura legal abierta a las demandas de la globalización, asumiendo la prioridad de los intereses de las comunidades locales. La ausencia de un equilibrio en este sentido, puede tener un impacto muy negativo si la idea de la "especialización" se subordina a los requerimientos de las dinámicas económicas y soslaya las exigencias en materia de derechos del contexto local. Una perspectiva integral de los problemas legales que permita la especialización como enfoque metodológico no desprovisto de los valores implicados por el proceso y del contexto del mismo desde los derechos, debe impedir que la especialización se convierta en un enfoque compartimentalizado y refractario a los valores y principios constitucionales como fundamento de la cultura legal.

El significado adquirido por el conglomerado de las firmas legales influidas por el proceso de globalización, representa, en síntesis, la ruta de estratificación y fragmentación presentes en la conformación social del país. En términos demográficos estas firmas constituyen una población de menos del 1% del universo de abogados. Sin embargo, el impacto económico que su actuación implica para el conjunto del país es grande, sobre todo, como efecto del proceso globalizador de la economía y el derecho. Estos rasgos indican la forma que adquiere el ejercicio de la profesión legal en general, pero sobre todo la manera como se pronuncian las asimetrías estructurales de la sociedad legitimadas por la práctica legal.

Tiene sentido, por ello, apreciar el tipo de relación que el proceso de globalización guarda con la desigualdad social, las fracturas y debilidades institucionales y su reflejo en la educación legal. Esto se deriva de asumir que las mejores herramientas y condiciones para la formación jurídica, así como las opciones más favorables para el ejercicio de la profesión se encuentran en un segmento muy reducido de la profesión legal.

Es necesario examinar las relaciones que emergen de esta configuración profesional que es al mismo tiempo institucional. Está claro que enfrentamos una realidad muy compleja, pues al margen de los abogados "globalizados", el gran universo está repleto de matices y superposiciones derivadas, en algunos casos del proceso de globalización en el sentido más negativo, como en los casos de informalidad y corrupción, pero también es posible que se identifique un conjunto considerable de abogados que responden en su actividad profesional a la fuerza de los hechos: oficinas unipersonales o de un pequeño grupo de abogados que comparten gastos, en algunos casos con carteras importantes de clientes, pero sin que de todos ellos se pueda predicar que forman parte directa del proceso globalizador, aunque indirectamente sean parte del mismo.

Referencias Bibliográficas.

Abugattas, Juan (1987): "Ideología de la emancipación" En: Adrianzén, Alberto. (Ed.) *Pensamiento Político Peruano*. Lima, DESCO, 1987, pp. 47-71.

Basadre, Jorge (1968): *Historia de la República del Perú 1822- 1933*. Sexta edición aumentada y corregida. Lima. Editorial Universitaria.

Bergoglio, María Inés y J. Carballo (2005): "Segmentación en la profesión jurídica. Cambios ocupacionales de los abogados argentinos, 1995-2003". *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*. Año 3, Número 5.

Bernales, Enrique y M. Rubio (1981): *Perú: Constitución y sociedad política*.

Lima: DESCO, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo.

Brandt, Hans-Jürgen (1980): *En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú*. Lima: Fundación Friedrich Naumann – Centro de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República, Lima.

Bullard, Alfredo (1997) "Las acciones de interés público en defensa de la libre competencia y la protección al consumidor: el caso peruano". En Felipe González (ed): *Las acciones de interés público. Argentina Chile, Colombia y*

Perú. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, pp. 243-244.

Chiba, Masaji (1999): "Una definizione operativa di cultura giuridicanella prospettiva occidentale e non occidentale". En: *Sociología del derecho*. Rivista-Quadrimestrale. XXVI/1999/3, Francoangeli, 1999.

Contreras Carranza, Carlos –ed. (2011): *Compendio de historia económica del Perú IV: economía de la primera centuria independiente*. Lima, IEP; BCRP.

Delgado Narro, Augusto R. (-----) "La Informalidad en el Perú". Centro Nacional de Planeamiento Estratégico. <http://tasadeinteres.org/La-informalidad-en-el-Peru.pdf>

Dyer, (2015) El precedente constitucional – Análisis cultural del derecho. Ara Editores.

Figuroa, Adolfo; T. Altamirano y D. Sulmont (1996): *Exclusión social y desigualdad en el Perú*. Organización Internacional del Trabajo.

Fiss, Owen (2007). *El derecho como razón pública*. Madrid, Parcial Pons.

Francke , Pedro (2001): "Políticas Públicas y Pobreza en el Perú de los noventa" En: *Ajuste estructural en América Latina. Costos sociales y alternativas*. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20101003014732/3cap02.pdf>

García Belaunde, Domingo y P. Planas Silva (1993): *La Constitución traicionada. Páginas de historia reciente*. Lima. Seglusa.

García Raggio, Ana (2004): Ciudadanía y política en el orden global emergente. En: *La política en conflicto*. Buenos Aires. Prometeo Libros.

Gonzales de Olarte, Efraín. *El neoliberalismo a la peruana. Economía política del ajuste estructural 1990-1997*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1998.

Gonzales de Olarte, Efraín (2010): *¿Milagro peruano? Crecimiento, desigualdad, pobreza y democracia*. 2010.

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/economiaperuana/2010/06/09/milagro-peruano-crecimiento-desigualdad-pobreza-y-democracia/>

Gonzales Mantilla, Gorki (1998). *Poder Judicial, Interés Público y Derechos Fundamentales en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad Diego Portales de Chile.

Gonzales Mantilla, Gorki (2000): *Pluralidad cultural, conflicto armado y Derecho en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Gonzales Mantilla, Gorki (2008): *La enseñanza del derecho o los molinos de viento. Cambios resistencias y continuidades*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gonzales Mantilla, Gorki (2010): "La enseñanza del derecho como política pública". En *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*. 65.

Gordon, Robert W (1999). "La práctica del derecho empresarial como servicio público". En M. Böhmer (compilador): *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía..* Barcelona. Gedisa.

Huber, Ludwig (2005). "*Una interpretación antropológica de la corrupción*" en <http://cies.org.pe/files/active/0/LHuber-Corrupcion.pdf>

Keskleich, F. (2012): Causas del Autogolpe del 5 de Abril, 2012.

<http://www.blogcyh.com/2012/04/causas-del-autogolpe-del-5-de-abril.html>

Lasswell, Harold y M. McDougal (1999): "Enseñanza del derecho y políticas públicas". En M. Bohmer (compilador): *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona. Gedisa.

López, Sinesio (1995): "Estado, régimen político e institucionalidad en el Perú (1950-1994)". En: G. Portocarrero y M. Valcárcel (eds): *El Perú frente al siglo XXI*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mills, Wright. *White collar: Las clases medias en Norteamérica*. Madrid: Editorial Aguilar, 1973.

Mujica, Jaris (2011): *Micropolíticas de la corrupción*. Lima. Asociación Nacional de Rectores.

Quiroz, Alfonso W. (2013): *Historia de la corrupción en el Perú*. Traducción de Javier Flores Espinoza. Lima: Instituto de Estudios Peruanos e Instituto de Defensa Legal.

Santos, Boaventura de Sousa (2001). "Derecho y democracia: la reforma global de la justicia", En: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I. Bogotá: Conciencias – Ediciones UNIANDES. Universidad de Coimbra/ Instituto Colombiano de Antropología e Historia/ Universidad Nacional de Colombia / Siglo del Hombre Editores.

Sen, Amartya (2007): *Primero la gente. Una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado*. Barcelona. Ediciones Deusto.

Silva García, Germán (2001): *El mundo real de los abogados y de la justicia. Las prácticas jurídicas*. Tomo II. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia/ILSA.

Stiglitz, Joseph E. (2006): *Cómo hacer que funcione la globalización*. México: Taurus.

Supiot, Alain (2012): *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función de la antropología del derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Tarello, Giovanni (1995): *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. México. Fondo de Cultura Económica.

Teubner, G., S. Sassen & S. Krasner (2010): *Estado, soberanía y globalización*. Estudio preliminar por Laura Saldivia. Bogota: Siglo del Hombre/Universidad Javeriana/Universidad de Los Andes.

Entrevistas.

"Entrevista con César Azabache, Socio del Estudio Azabache Caracciolo". Octubre 2014.

"Entrevista con Carlos Caro Coria. Socio Fundador del Estudio Caro & Asociados". Octubre 2014.

"Entrevista con Carlos Carpio. Socio del Estudio Rodrigo, Elias & Medrano". Octubre 2014.

"Entrevista con Ricardo Herrera. Socio Principal del Estudio Muñiz". Octubre 2014.

"Entrevista con Paul Paredes. Socio del Estudio Cano Paredes Abogados". Octubre 2014.

"Entrevista con Julio César Pérez. Socio del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez". Octubre 2014.

"Entrevista con Nelson Ramírez. Socio Emérito del Estudio Muñiz". Octubre 2014.

"Entrevista con Jorge Toyama. Socio del Estudio Miranda & Amado". Octubre 2014.

"Entrevistas con Oscar Soria Limaylla. Asociación de Abogados Académicos". Febrero de 2015.

"Entrevista con Robert Torre Tenorio. Asociación de Abogados Académicos". Febrero de 2015

RESUMEN

El presente estudio busca reflexionar sobre los cambios producidos recientemente en el espacio profesional de los abogados en el Perú, como resultado de las políticas de reformas institucionales, y como parte del proceso de globalización del que forman parte.

El ejercicio de la profesión legal en el Perú ha cumplido un papel relevante en el escenario cultural abierto con el proceso de globalización. En efecto, ha contribuido a crear los diseños institucionales para el desarrollo de las políticas públicas que han permitido la expansión de las dinámicas globalizadoras, en medio de profundas brechas de desigualdad y exclusión social.

El estudio examina la configuración de las estrategias más representativas para enfrentar las exigencias derivadas de los negocios y transacciones globales. Las firmas legales, su organización interna, los tipos de incursión y articulación con el mercado global, así como el carácter de la responsabilidad política que se deriva de la actividad de estas empresas, son materia del trabajo y el pretexto para la reflexión implicada directamente por el conjunto. No es ajeno a este trabajo, la ejercicio de la profesión legal en el espacio

ABSTRACT

The aim of this article is to discuss the changes produced in the last two decades in the Peruvian legal market. It also purports to situate these changes in the broader context of the institutional reforms that are part of the process of globalization.

The article provides an assessment of the importance of globalization as a complex phenomenon and of the need to understand the changes in the historic process that informs practices and cultural paths. In this context, the equality deficiency and the exclusion from public institutions' design are elements that have to be reckoned with when it comes to appreciate the importance of the legal practice.

Furthermore, it purports to analyze lawyer's activities that aim at reckoning with the requirements of professional demands from international markets and global transactions. The law firms, their organization, their articulation with the global market, and the political implications derived from the activity of these corporations, will be the focus of our discussion and reflections.

PALABRAS CLAVE / KEY WORDS

Globalización, Cultura jurídica, Práctica legal, interés público, estudios de abogados y mercado profesional

Globalization, Legal culture, Legal profession, public interest, law firms and marketing

CARACTERES GENERALES Y ATRIBUCIONES DE LA ASAMBLEA
DE EXTREMADURA EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA
ÍNTegramENTE REFORMADO EN 2011

Francisco Javier Donaire Villa
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 01-02-2016
Aceptado: 01-06-2016

SUMARIO

1. *La Asamblea de Extremadura tras la íntegra reforma del Estatuto de Autonomía en 2011: Aspectos generales.*
2. *Rasgos estatutarios esenciales de la Asamblea de Extremadura.*
 - 2.1. *Una premisa conceptual: la Asamblea de Extremadura como institución parlamentaria unicameral de la Comunidad Autónoma.*
 - 2.2. *Representatividad, naturaleza electiva y duración del mandato. La reestructurada regulación estatutaria de la facultad presidencial de disolución anticipada de la Asamblea y su (discutible) desarrollo normativo infraestatutario.*
3. *Inviolabilidad y autonomías reglamentaria, presupuestaria, administrativa y disciplinaria de la Asamblea de Extremadura.*
 - 3.1. *Inviolabilidad,*
 - 3.2. *Autonomía reglamentaria, administrativa, presupuestaria y disciplinaria.*
 - 3.2.1. *Autonomía reglamentaria.*
 - 3.2.2. *Autonomía administrativa.*
 - 3.2.3. *Autonomía presupuestaria.*
 - 3.2.4. *Autonomía disciplinaria.*

4. *Panorama general de las atribuciones de la Asamblea de Extremadura (Artículo 16.2 del Estatuto de Autonomía).*
 - 4.1. *Las funciones «típicamente parlamentarias» de la Asamblea de Extremadura: legislativa, presupuestaria y de control del Ejecutivo.*
 - 4.1.1. *Función legislativa.*
 - 4.1.2. *Funciones presupuestaria y de impulso y control de la acción del Presidente y la Junta de Extremadura.*
 - 4.2. *Funciones de iniciativa normativa: de reforma constitucional o estatutaria y de «iniciativa de la iniciativa» legislativa estatal.*
 - 4.3. *Autorización o tramitación de Convenios y Acuerdos de Cooperación con otras Comunidades Autónomas.*
 - 4.4. *Funciones de designación o participación en la designación de componentes de altas instituciones estatales o autonómicas.*
 - 4.4.1. *Elección de los Senadores comunitarios.*
 - 4.4.2. *Participación en la designación de (otros) componentes de instituciones del Estado y autonómicas.*
 - 4.5. *Legitimación y personación ante el Tribunal Constitucional.*
5. *Consideraciones finales*

1. La Asamblea de Extremadura tras la íntegra reforma del Estatuto de Autonomía en 2011: Aspectos generales

El presente trabajo examina las características generales y las funciones atribuidas a la Asamblea de Extremadura en el vigente Estatuto de Autonomía, tras su íntegra reforma en 2011¹. El necesario punto de partida, a este efecto, es el primer apartado del artículo 15 de la actual norma institucional básica extremeña. Encabezando el Título II, dedicado a las Instituciones, establece el precepto que "[l]a Comunidad Autónoma ejercerá sus poderes a través de la Asamblea, del Presidente y de la Junta de Extremadura", siguiendo en este aspecto lo señalado en el originario Estatuto de 1983².

La mención en primer lugar a la Asamblea efectuada en el precepto expresa y resume la central posición institucional que el Estatuto de Autonomía extremeño de 2011 confiere a la Cámara³. Ello resulta acorde con la opción del propio legislador estatuyente de 1983 (como los de las demás Comunidades Autónomas, inicialmente y con las sucesivas reformas estatutarias parciales y totales acaecidas hasta el momento), por la recepción de una forma de gobierno parlamentaria⁴, que queda mimetizada con los patrones funcionales y organizativos del Congreso de los Diputados⁵.

1 En general, acerca de la completa reformulación del Estatuto de Autonomía de Extremadura a resultas de la Ley orgánica 1/2011, de 28 de enero, cumple remitir a los trabajos de ÁLVAREZ GARCÍA, V., *Cinco estudios sobre el nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura*, Iustel, Madrid, 2012, o de SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (coord.), *El nuevo Estatuto de Extremadura*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

2 Sobre el (anterior) Estatuto de Autonomía de Extremadura aprobado en 1983, es obligada la referencia al estudio de GONZÁLEZ AYALA, M. D., *El Estatuto: norma institucional básica de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 1988. Asimismo son de mencionar los siguientes comentarios colectivos, igualmente relativos al Estatuto de 1983, los dos últimos incorporando las sucesivas reformas parciales a la inicial norma estatutaria extremeña: TORRES DEL MORAL, A. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Extremadura*, UNED, Mérida, 1985; LÓPEZ GUERRA, L. M. y SORIANO GARCÍA, J. E. (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, INAP, Madrid, 1992; o, más recientemente, BLANCO-MORALES LIMONES, P. y MORENO HURTADO, D. M. (coords.), *El Derecho de Extremadura: Estudios sobre el Estatuto y el Derecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, Asamblea de Extremadura, Mérida, 2005.

3 La "centralidad" (permítase el término) de los Parlamentos regionales en el contexto institucional de la respectiva Comunidad Autónoma es puesta de relieve, entre otros y por ejemplo, en NAVARRO MÉNDEZ, J. I., "Algunas propuestas para la mejora del rendimiento institucional de las Asambleas Legislativas autonómicas españolas", *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 29, 2003, pág. 67.

4 Así lo subraya GONZÁLEZ AYALA, M. D., *El Estatuto: norma institucional básica de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, cit., especialmente pp. 176 y siguientes, y también en "Artículo 19", LÓPEZ GUERRA, L. M. y SORIANO GARCÍA, J. E. (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, cit., pp. 609 y ss.

5 Es lugar común doctrinal señalar esta mimesis o inspiración de la configuración estatutaria de los

Esta opción o decisión política fundamental del originario legislador estatuyente extremeño, cuyo nexo causal con los Acuerdos Autonómicos de 1981 ha sido subrayada entre otros por L. LÓPEZ GUERRA⁶, ha permanecido inalterada tras las sucesivas reformas parciales, y queda asumida con idéntica formulación literal (artículo 15, como se viene indicando) en la norma estatutaria íntegramente reformulada en 2011. Debe destacarse, no obstante, la inclusión en el Estatuto extremeño, tras su total revisión en 2011, de algunas modificaciones relevantes relativas a la configuración y fisonomía concretas de la forma de gobierno parlamentaria, en línea común con todos los Estatutos de Autonomía completamente reformados a partir de 2006⁷, y que suponen una profundización en los esquemas del parlamentarismo racionalizado.

De un lado, no la introducción (pues tal cosa se hizo, con alcance limitado, en la reforma parcial al Estatuto de 1983 aprobada por la Ley orgánica 12/1999), pero sí la generalización de la facultad de disolución anticipada de la Asamblea de Extremadura, conferida al Presidente de la Comunidad Autónoma. De otro lado, la atribución, por vez primera, de la potestad legislativa gubernamental de urgencia al Ejecutivo regional, la Junta de Extremadura⁸, igualmente una característica compartida con los Estatutos íntegramente reformados entre 2006 y 2011⁹.

Parlamentos Autonómicos en las pautas del Congreso. Entre otros trabajos, cabe citar en este sentido, el de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "Naturaleza de la función de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas: algunas consecuencias críticas", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 230, 1986, pág. 248.

6 LÓPEZ GUERRA, L. M., "La organización de los poderes públicos autonómicos. La forma de gobierno de la Comunidad Autónoma de Extremadura" en BLANCO-MORALES LIMONES, P. y MORENO HURTADO, D. M. (coords.), *El Derecho de Extremadura. Estudios sobre el Estatuto y el Derecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, cit., pág. 138.

7 Sobre este rasgo compartido en las reformas estatutarias íntegras acometidas entre 2006 y 2011, BIGLINO CAMPO, P., "La reforma de los Estatutos de Autonomía: un problema que se desplaza, otro que se agudiza y otros por resolver", *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 25, 2011, especialmente en pp. 27 y ss.

8 Sobre la figura del Decreto-ley autonómico en la Comunidad Autónoma de Extremadura, es útil acudir a la caracterización que de los mismos se ha realizado por el Consejo Consultivo Autonómico. En este sentido, pueden citarse los Dictámenes 596 /2012 de 4 de 2012 (Expediente sobre Anteproyecto de Decreto-Ley para la implementación en la Comunidad Autónoma de Extremadura de las medidas de reordenación y racionalización de las Administraciones Públicas aprobadas por el Estado) y 336/2012 de 17 de mayo de 2012 (Expediente sobre Decreto-Ley de medidas urgentes para la reducción del déficit público de la Comunidad Autónoma de Extremadura), accesibles en la página web de la institución (cfr. <http://www.ccex.es/index.php/dictámenes>).

9 Acerca la introducción de la figura del Decreto-ley en los ordenamientos autonómicos, en perspectiva comparada, DONAIRE VILLA, F. J., *Las normas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas. Las figuras del Decreto legislativo y del Decreto-ley autonómicos*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2012, pp. 111 a 173. Asimismo, entre otros, cfr. DE LA IGLESIA CHAMARRO, A. "Los Decre-

Completan ambas modificaciones el círculo de la asimilación o mimetismo de la Asamblea de Extremadura con el Congreso de los Diputados, o si se quiere, de la forma de gobierno autonómica extremeña a la estatal, en su esquema de vinculaciones, dependencias recíprocas y relaciones entre legislativo y ejecutivo.

Junto a esta cardinal posición en el juego institucional de poderes de la Comunidad Autónoma, el Estatuto vigente dedica a la Asamblea de Extremadura el Capítulo I del Título II, que encabeza el artículo 16, disposición en la que se definen los caracteres generales y se enumeran las atribuciones de la Cámara parlamentaria regional en su condición de institución básica de autogobierno de la Comunidad Autónoma, precepto cuyo análisis constituye el eje central del presente estudio. A la tríada funcional clásica de los órganos parlamentarios (ejercicio de la potestad legislativa, examen, enmienda y aprobación del Presupuesto, e impulso y control de la acción del Ejecutivo autonómico), el artículo 16 del Estatuto extremeño suma atribuciones adicionales, como la designación de los Senadores «comunitarios», o el nombramiento o participación en la designación de componentes de altas instituciones estatales o autonómicas, por citar ahora sólo algunas, y sin perjuicio del desarrollo posterior de todas ellas más adelante, en este mismo trabajo.

2. Rasgos estatutarios esenciales de la Asamblea de Extremadura

La caracterización fundamental de la Asamblea de Extremadura, como acaba de adelantarse, es trazada en el primer apartado del artículo 16 del vigente Estatuto extremeño. Para una cabal comprensión del sentido y formulación del precepto, resulta útil evocar que el tenor de dicha norma se vio sucesivamente enriquecido a lo largo del doble trámite procedimental de reforma estatutaria,

tos-leyes autonómicos en España: una aproximación crítica", en *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1/2013 (http://www.osservatoriosullefonti.it/component/docman/cat_view/45-saggi), CHECA GONZÁLEZ, C. y JOVER LORENTE, F., "La viabilidad de los Decretos-leyes autonómicos. Especial consideración de los límites a que los mismos están sujetos en las materias presupuestaria y tributaria", *Nueva Fiscalidad*, n.º 6, 2012, págs. 9-39, HERRÁIZ SERRANO, O., "Teoría y práctica del Decreto-ley autonómico tras su incorporación al sistema de fuentes de algunas Comunidades Autónomas", *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 25, 2011, pp. 105-16, TARDÍO PATO, J. A., "La introducción de los Decretos-Leyes autonómicos en España", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 160, 2013, pp. 319-362; TUR AUSINA, R., "A propósito de los Decretos-leyes autonómicos: perspectivas y posibilidades", *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 7, 1999, pp. 289-306. En términos críticos sobre la validez constitucional de esta fuente del Derecho, BOIX PALOP, A. "La inconstitucionalidad del Decreto-ley autonómico", *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 27, 2012, pp. 121-148.

con respecto a la primera redacción sugerida en el Documento de la Comisión de Expertos creada en 2007 con fines, entre otros, de asesoramiento y propuesta en la reforma del Estatuto de Autonomía de 1983¹⁰.

En efecto, la citada Comisión de Expertos proponía como únicos caracteres la condición representativa del pueblo extremeño y la inviolabilidad de la Asamblea, en el precepto del que finalmente resultaría el vigente artículo 16.1 del Estatuto (artículo 34 del Documento de dicha Comisión)¹¹. Por su parte, la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía que la Asamblea de Extremadura aprobó y remitió a las Cortes Generales para su examen, enmienda y aprobación, añadió a esos rasgos, que mantuvo, la duración del mandato y la posibilidad de disolución anticipada de la Cámara en las condiciones reguladas en el propio Estatuto¹².

Finalmente, y amparándose en una muy escueta invocación a motivos de, textualmente, "mejora técnica", la aprobación de la Enmienda n.º 28, suscrita conjuntamente por los Grupos Parlamentarios Popular y Socialista en el Congreso de los Diputados¹³, sumó al texto de la propuesta de reforma estatutaria presentada

10 Creada y designada por Decreto 295/2007, de 14 de septiembre, de la Comisión de Expertos para el estudio y deliberación de las cuestiones relacionadas con la reforma del Estatuto de Autonomía y la financiación autonómica (*Diario Oficial de Extremadura* núm. 109, de 20 Septiembre de 2007).

11 Numerado en el Documento elaborado por esta Comisión de Expertos como artículo 34 el precepto homólogo al definitivo artículo 16.1 del Estatuto de Autonomía de 2011 (debido a la antecedente inclusión de una declaración de derechos que no pasaría a tener reflejo el texto estatutario finalmente aprobado a resultas de la reforma), su apartado 1 quedaba redactado en los siguientes términos: "1. La Asamblea representa al pueblo extremeño y es inviolable". (Vid. "PROPUESTA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS PARA EL ESTUDIO Y DELIBERACIÓN DE LAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA Y LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA", www.asambleaex.es/descargas/pdfs/reforma_estatuto/DOCUMENTO_DE_TRABAJO_III.pdf, pág. 86). Acerca de la creación y trabajo de esta Comisión, y sobre el contenido y sentido de las reformas propuestas en el Documento en que se plasmó su labor, JOVER LORENTE, F., "Proposición de Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura", en SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., *El nuevo Estatuto de Extremadura*, cit., pp. 91-124.

12 Artículo 16.1 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura: "La Asamblea, que representa al pueblo extremeño, es elegida por cuatro años, es inviolable y no podrá ser disuelta salvo en los supuestos previstos en el presente Estatuto" (*Boletín Oficial de la Asamblea de Extremadura* n.º 256, 11 de septiembre de 2009).

13 Enmienda n.º 28, suscrita por los Grupos Parlamentarios Popular y Socialista en el Congreso de los Diputados, al artículo 16.1 de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía elevada por la Asamblea de Extremadura: "La Asamblea, que representa al pueblo extremeño, es elegida por cuatro años, es inviolable y no podrá ser disuelta salvo en los supuestos previstos en el presente Estatuto. Goza de autonomía reglamentaria, presupuestaria, administrativa y disciplinaria, en los términos del presente Estatuto": *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso. IX Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley*, números 199-26,

por el legislativo regional el explícito reconocimiento de la inviolabilidad de la Asamblea de Extremadura, y también el de su autonomía reglamentaria, presupuestaria, administrativa y disciplinaria, dando al citado artículo 16.1 del Estatuto de Autonomía el tenor literal que en la actualidad se halla vigente.

En definitiva, el precepto estatutario hoy dedicado a la caracterización general de la Asamblea de Extremadura (el artículo 16.1, como se viene manifestando) adjudica a la Cámara regional los siguientes rasgos básicos: representatividad, carácter electivo, duración máxima del mandato (cuatro años) con posibilidad de disolución anticipada en los términos definidos en el propio Estatuto, prerrogativas colectivas de la Cámara y reconocimiento a ésta de diversas autonomías de organización y funcionamiento, típicamente caracterizadoras, asimismo, de los órganos parlamentarios en nuestro sistema jurídico-constitucional. Esto es, las autonomías reglamentaria, presupuestaria, administrativa y disciplinaria, que serán objeto de análisis en los lugares correspondientes de este estudio.

2.1. Una premisa conceptual: la Asamblea de Extremadura como institución parlamentaria unicameral de la Comunidad Autónoma.

Quizás la primera precisión a realizar sobre la caracterización efectuada de la Asamblea de Extremadura en el artículo 16.1 del Estatuto de Autonomía es que, si bien el precepto no define a ésta, *nominatim*, como un órgano parlamentario, tal condición dimana de la conjunción de los rasgos definitorios trazados en el propio precepto, junto con varios de los cometidos o atribuciones que ella se confían en el apartado siguiente del mismo artículo. Así, en primer término, la naturaleza parlamentaria de la Asamblea deriva de la proclamación del carácter representativo y electivo de la institución (dedicando el Estatuto su artículo 17 a las elecciones a la Asamblea), así como del recién mencionado reconocimiento de las autonomías típicamente parlamentarias (reglamentaria, administrativa, presupuestaria y disciplinaria), aspectos todos ellos recogidos en el apartado 1 del artículo 16 del Estatuto de Autonomía.

A todo ello debe sumarse, con carácter fundamental, la atribución estatutaria de las funciones más característicamente propias de un órgano parlamentario, en el segundo apartado del mismo artículo, especialmente la función legislati-

va, el control político del Ejecutivo regional y la aprobación de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma. Complementan esta esencial caracterización otras previsiones del propio Estatuto de Autonomía, relativas a esas mismas funciones intrínsecamente parlamentarias de la Asamblea, desarrollándolas (artículos 22 y 23, referentes a la función legislativa; artículos 25, 28, 29 y 31.2, reguladores de la función, confiada al legislativo regional, de investidura del Presidente de la Junta de Extremadura y de control político de la labor del Ejecutivo Autonómico). O bien, disposiciones referentes a la organización interna de la Cámara, de nuevo en los términos característicos de una institución parlamentaria (artículo 19: órganos de gobierno interno de la Asamblea; artículo 20: Grupos Parlamentarios; artículo 21: reglas básicas de trabajo, con la distinción entre Pleno y Comisiones, y la alusión a los períodos de sesiones).

Como doctrinalmente se ha hecho notar, hubo debate en la Asamblea, durante el trámite de reforma que condujo a la aprobación del nuevo texto estatutario de 2011, en torno a (re)denominar expresamente a la Cámara regional como "Parlamento", al igual que otros legislativos autonómicos (Andalucía, País Vasco, Cataluña). Obvio es que la decisión final fue la de conservar el nombre de Asamblea de Extremadura, en línea de continuidad con el Estatuto de Autonomía de 1983, y sus sucesivas reformas parciales¹⁴.

No obstante, y relativizando el dato de la denominación concreta (ante la diversidad que al respecto puede hallarse en un plano comparado interautonómico)¹⁵, tanto la configuración institucional y orgánica, cuanto las funciones o el sistema de elección, así como el contar con el reconocimiento de atributos típicamente propios de las Cámaras legislativas (inviolabilidad, autonomías reglamentaria, administrativa, etc.), como ya se ha referido, determinan con claridad la naturaleza parlamentaria de la Asamblea de Extremadura.

14 En este sentido, MORENO HURTADO, D. M., "El Parlamento extremeño", en BLANCO-MORALES LIMONES, P. y MORENO HURTADO D. M. (coords.), *El Derecho de Extremadura...*, cit., pág. 99.

15 La heterogeneidad reinante entre las diversas Comunidades Autónomas en cuanto a la denominación de las respectivas Asambleas legislativas, sin que este dato empañe la naturaleza parlamentaria de todas ellas, es puesta de relieve por GONZÁLEZ AYALA, M. D., en su comentario al precepto homólogo del actual artículo 15 del Estatuto de Autonomía en la anterior norma estatutaria extremeña. *Vid.*, de la citada autora, "Artículo 19", en LÓPEZ GUERRA, L. M. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, cit., pág. 608.

2.2. Representatividad, naturaleza electiva y duración del mandato. La reestructurada regulación estatutaria de la facultad presidencial de disolución anticipada de la Asamblea y su (discutible) desarrollo normativo infraestatutario.

Conceptúa primeramente el artículo 16.1 de la actual norma estatutaria a la Asamblea como institución representativa del pueblo extremeño¹⁶, optando una vez más, y en línea de continuidad desde la inicial redacción del Estatuto de 1983, por una organización esencial de la Comunidad Autónoma fundada en los principios de la democracia representativa¹⁷. En sentido estático, tal caracterización como institución representativa del pueblo supone la composición plural de la Cámara, de conformidad con las preferencias políticas expresadas por los ciudadanos a través del correspondiente proceso electoral (cuya norma estatutaria de cabecera es, según lo ya dicho, el artículo 17, y cuyo desarrollo infraestatutario se encuentra en la Ley 2/1987, 16 de marzo, de Elecciones a la Asamblea de Extremadura, de la que su última modificación se remonta a 1991¹⁸).

Por su parte, y desde una perspectiva dinámica, la condición representativa comporta la intervención de los Diputados autonómicos en todas las funciones globalmente atribuidas a la Asamblea, y en los órganos en que ésta se estructure su organización interna. Si bien, en lo que a esta misma perspectiva dinámica se refiere, con la modulación que determinan los esquemas del parlamentarismo racionalizado, esencialmente basados, por lo que a la organización interna y funcionamiento de la Asamblea respecta, en la incidencia de la adscripción de los Diputados a Grupos Parlamentarios, y en la importancia numérica de cada uno éstos en el Pleno de la Cámara.

El precepto ha de ponerse necesariamente en relación con el artículo 25.1 del vigente Estatuto extremeño, que atribuye al Presidente de Extremadura la más alta representación de la Comunidad Autónoma, cometido que debe entenderse referido a esta última en su calidad de corporación pública de base territorial y

16 Siguiendo la tendencia general en todos los Estatutos de Autonomía, una común caracterización que, entre otros trabajos doctrinales, quedaba ya puesta de relieve en FIGUERUELO BURRIEZA, A., "Apuntes en torno al significado y funciones de los Parlamentos autonómicos", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º extraordinario 22, 1998, pág. 38.

17 En expresión de GARCÍA ROCA, J. y MELLADO PRADO, P., "Título II. Organización institucional de Extremadura. Poderes de la Comunidad", en TORRES DEL MORAL, A. (dir.), *Estatuto de Autonomía de Extremadura. Comentarios al articulado*, cit., vol. I, pág. 205.

18 Por mor de la Ley 2/1991, de 21 de marzo, de modificación de la Ley 2/1987, de 16 de marzo, de elecciones a la Asamblea de Extremadura.

de naturaleza política (en terminología de la STC 25/1981, de 14 de julio, F.J. 3) integrante de la organización territorial del Estado de conformidad con el artículo 137 de la Constitución. La mejora técnica que supone el tenor del artículo 25.1 de la vigente norma estatutaria, al referir a la Comunidad Autónoma la condición representativa del Presidente, con respecto a su antecesor en el Estatuto de 1983, el artículo 33 en su última versión, que lo hacía, genéricamente, a Extremadura, fue puesta de relieve en el Dictamen del Consejo Consultivo sobre la reforma del Estatuto de Autonomía, de 2009.

En dicho parecer, el referido Consejo expresamente contraponía la condición representativa del pueblo que confiere el artículo 16.1 del vigente Estatuto a la Asamblea de Extremadura con la mencionada función representativa del Presidente en el plano institucional (tanto en la dimensión externa a la Comunidad Autónoma, en su relación con el Estado, con otras Comunidades Autónomas, o con la Unión Europea, cuanto en la interna, consistente en la interacción del Presidente de la Comunidad Autónoma con otras instituciones de esta última)¹⁹.

A la representatividad une inmediatamente el artículo 16.1 de la norma institucional básica extremeña el carácter electivo de la Asamblea. Previsión que debe interpretarse a la luz del siguiente artículo 17, ya mencionado con anterioridad, regulador de los aspectos fundamentales del sistema electoral a la Cámara, y reconocedor de los correspondientes derechos de sufragio a quienes ostentan la condición política de extremeño de conformidad con el artículo 3 de la norma estatutaria. Asimismo señala el citado artículo 16.1 que el mandato de la Cámara es de cuatro años, salvo los supuestos de disolución previstos en el propio Estatuto (concretamente, en su artículo 27).

Sobre este particular, cumple referir aquí la innovación estatutaria más significativa que deriva de la sistemática interpretación de ambos artículos: la no limitación del mandato de la nueva Asamblea electa a lo que quedase de la anticipadamente disuelta. Debe recordarse a este respecto que no preveía el tenor originario del Estatuto de Autonomía de Extremadura de 1983 la facultad presidencial de disolución (anticipada) de la Asamblea, siguiendo en este punto el Informe de la Comisión de Expertos que inspiró los Acuerdos Autonómicos de 1981²⁰, lo que doctrinalmente se subrayó que no empecía a la calificación como

¹⁹ *Vid.* Consejo Consultivo de Extremadura, Dictamen 132/2009 de 29 de julio de 2009, Expediente de Propuesta de Ley sobre Reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura, pág. 106 (accesible a través de la página web del Consejo: <http://www.ccex.es/files/132-2009.pdf>).

²⁰ En este sentido, GARCÍA ROCA, J., "Artículo 20", en A. TORRES DEL MORAL (dir.), *Estatuto*

parlamentaria de la inicial forma de gobierno autonómica²¹.

Tal facultad presidencial de disolución, como ya se ha dicho, sería introducida merced a la reforma estatutaria parcial de 1999, lo que doctrinalmente se consideró como parte de la normalización del sistema parlamentario extremeño²². Pero se trató de una incorporación limitada, consistiendo la principal constricción en que el mandato de la nueva Asamblea había de finalizar, en todo caso, cuando debiera haberlo hecho el de la disuelta (según la última versión del artículo 34 del Estatuto de 1983, a resultas de su mencionada reforma de 1999).

Por el contrario, y frente a la determinación expresa que en tal sentido efectuaba la redacción anterior del artículo 34 del Estatuto de Autonomía, nada dice al respecto su homólogo actual, el vigente artículo 27. De este modo, la única regla imperativa aplicable es la general dimanante del artículo 16.1: la duración máxima de cuatro años del mandato de la Asamblea (salvo nueva disolución anticipada dentro de los parámetros fijados en el referido artículo 27)²³. Circunstancia ésta, la no limitación del mandato de la Cámara electa a lo que quede del de la anticipadamente disuelta, que fue valorada positivamente en el Dictamen del Consejo Consultivo extremeño de 2009 sobre la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía²⁴.

Este importante elemento remodelador de la forma parlamentaria de gobierno autonómico, en clave de asimilación a la estatal, sin embargo, no fue objeto de específica alusión en los debates parlamentarios durante el trámite autonómico de reforma, en los que, como claves esenciales del nuevo Estatuto (y de manera

de Autonomía de Extremadura..., cit., pág. 226.

21 GONZÁLEZ AYALA, M. D., *El Estatuto: Norma institucional básica de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, cit., pág. 182. De la misma autora, y en igual sentido, "Artículo 19", en LÓPEZ GUERRA, L. M. y SORIANO GARCÍA, J. E. (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, cit., pág. 614.

22 LÓPEZ GUERRA, L. M., "La organización de los poderes públicos autonómicos. La forma de gobierno de la Comunidad Autónoma de Extremadura", cit., pp. 142 y 143.

23 De la misma opinión, ÁLVAREZ GARCÍA, V., *Cinco estudios sobre el nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura*, Iustel, Madrid, 2012, pág. 215.

24 Consejo Consultivo de Extremadura, Dictamen 132/2009 de 29 de julio de 2009, cit., pág. 109, que al respecto señala lo siguiente: "El precedente de este precepto se encuentra en el artículo 34 del texto estatutario vigente, cuya redacción fue introducida tras la reforma llevada a cabo mediante Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo. Debe destacarse de la redacción propuesta que mejora su sistemática y que suprime, a nuestro juicio acertadamente, el inciso referido a que el mandato de la nueva Asamblea finalizará, en todo caso, cuando debiera hacerlo el de la disuelta, en lógica congruencia con la facultad atribuida al Presidente de disolución anticipada de la Asamblea."

coincidente entre los dos grupos políticos a la sazón mayoritarios en la Cámara regional), se subrayó la mejora técnica y legibilidad del texto estatutario íntegramente reformado, la no inclusión en él de un catálogo estatutario de derechos a la vista de la jurisprudencia constitucional y como rasgo distintivo de la reforma estatutaria extremeña, el municipalismo, la regulación de las relaciones de cooperación, o la proyección exterior, europea y transfronteriza de la Comunidad de Extremadura²⁵.

Por lo que respecta al procedimiento de reforma ya en las Cortes Generales, la delegación tripartita de la Asamblea extremeña puso de relieve estos mismos caracteres básicos en el debate de totalidad celebrado en el Congreso de los Diputados²⁶, y la única mención concreta a la facultad de disolución de la Asamblea fue la realizada por *Convergència i Unió*, simplemente para caracterizarla, a juicio personal de su portavoz, como un elemento "federalizante", que, por ello, dicho Grupo acogía de manera favorable, como el resto de la iniciativa de reforma estatutaria²⁷. La propia Exposición de Motivos de la Ley orgánica 1/2011, de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura, no hace específica alusión a este aspecto en el párrafo dedicado a resumir los vectores fundamentales de la modificación estatutaria realizada, aunque pueda considerarse implícita en la genérica invocación a la incorporación "de mejoras técnicas dictadas por las nuevas tendencias de la técnica legislativa"²⁸.

25 Ver, en un sentido prácticamente coincidente, las intervenciones de los Sres. Presidente de la Junta de Extremadura (Sr. Sánchez Vara) y Portavoces de los Grupos Socialista (Sr. Sánchez Amor) y Popular (Sr. Monago Terraza) en el debate de totalidad de aprobación de la propuesta de reforma estatutaria, *Diario de Sesiones de la Asamblea de Extremadura*, VII Legislatura, Núm. 46-P, respectivamente, pp. 2124-2128.

26 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, IX Legislatura, Año 2009, n.º 122, pp. 2 a 7.

27 Intervención del Sr. Xuclà i Costa (del Grupo Parlamentario Catalán *Convergència i Unió*), *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados...*, cit., pág. 13.

28 La Exposición de Motivos de la Ley orgánica 1/2011, de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura, realiza una glosa de los objetivos y el contenido de la nueva redacción dada a la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma en términos similares a los del doble debate parlamentario para su tramitación, en la Asamblea extremeña y ulteriormente en el Congreso de los Diputados: "La presente reforma reordena las materias tradicionales del Estatuto e incorpora mejoras dictadas por las nuevas tendencias de la técnica legislativa, opta por no establecer un cuadro diferencial de derechos y deberes de los extremeños, refleja los nuevos objetivos políticos de los poderes públicos acordes con los cambios sociales, amplía el elenco competencial teniendo en cuenta las precisiones jurisprudenciales, refuerza la autonomía de las instituciones de autogobierno y crea otras de relevancia estatutaria, profundiza en los mecanismos de cooperación vertical y horizontal, refleja y ordena la actividad exterior de la región, reconoce y refuerza la autonomía política y financiera de las entidades locales, es exigente en materia de relaciones financieras con la hacienda estatal e introduce garantías para las sucesivas reformas del propio Estatuto".

En todo caso, la introducción en el texto estatutario de la facultad presidencial de disolución anticipada de la Asamblea sin restricciones temporales específicas al mandato de la elegida tras el consiguiente proceso electoral, que tal vez pudiera juzgarse de sorprendente por el riesgo de descoordinación estatal de calendarios electorales entre Comunidades Autónomas del artículo 143 de la Constitución²⁹, no es un rasgo privativo del vigente Estatuto extremeño. Puede hallarse, también, entre los de nueva generación, en el aragonés, y también en el valenciano, en una nueva clave más, ajena al terreno competencial y entrando en el ámbito del funcionamiento institucional, de igualación o equiparación con las Comunidades Autónomas del artículo 151, y de la subsistente vigencia del principio dispositivo³⁰, al menos en este aspecto.

Es de destacar, asimismo en relación con la facultad presidencial de disolución anticipada de la Asamblea, el desarrollo de las previsiones estatutarias recientemente realizado en el nuevo Reglamento de la Asamblea de Extremadura, aprobado el 19 de marzo de 2015³¹. Dispone concretamente el tercer apartado del artículo 235 de la referida norma reglamentaria que "en caso de disolución anticipada por voluntad del Presidente de la Junta de Extremadura, la nueva legislatura durará hasta el término natural de la legislatura originaria". Tenor éste discordante con las previsiones del Estatuto de Autonomía. Tanto en lo relativo a la facultad presidencial de disolución anticipada (artículo 27), donde, como ya se ha visto, nada se dice sobre la limitación del mandato de la nueva Asamblea electa a lo que quedase del de la disuelta, cuanto con las previsiones generales referentes a la duración del mandato parlamentario regional: el artículo 16.1 de la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, donde se establece que la Asamblea es elegida por cuatro años y que no podrá ser disuelta salvo en los supuestos previstos en el propio Estatuto.

29 Ver, en este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, V., *Cinco estudios sobre el nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura*, cit., pp. 33 y 34, y nota 17, quien, en síntesis, considera disfuncional la incidencia sobre el calendario electoral en el conjunto del Estado de esta ausencia de limitación del mandato de la nueva Asamblea extremeña electa a lo que le quedara a la anterior tras el ejercicio presidencial de la facultad de disolución anticipada.

30 Sobre la caracterización conceptual de esta noción, expresiva de la voluntariedad (limitada) que en la configuración de diversos aspectos de la autonomía territorial permite la Constitución, cabe citar aquí, por todos, el trabajo de FOSSAS, E., "El principio dispositivo en el Estado autonómico", *Revista de Derecho Político*, n.º 71-72, 2008 pp. 149-173.

31 Reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, aprobada por el Pleno de la Cámara en sesión celebrada el día 19 de marzo de 2015, *Diario Oficial de Extremadura*, número 70, de 14 de abril de 2015, pp. 11785 y ss.

Resulta llamativa la pervivencia, en una reforma del Reglamento parlamentario regional acaecida cuatro años después de la entrada en vigor del actual tenor íntegramente modificado del Estatuto de Autonomía, de una previsión, la referente a la limitación del mandato de la Asamblea electa tras una convocatoria anticipada de elecciones a lo que quedase del de la disuelta, que se halla en sintonía con la redacción antecedente de la norma institucional básica, (el antiguo artículo 34 del Estatuto de 1983, en su redacción resultante de la reforma parcial de 1999), pero en clara discordancia, por el contrario, con el vigente artículo 27 del Estatuto extremeño. Como se viene indicando, este último precepto estatutario no establece ninguna limitación temporal específica, por lo que da paso al juego de la regla general (artículo 16.1 de la norma institucional básica extremeña) de los cuatro años de mandato salvo nueva disolución anticipada en los casos previstos por el propio Estatuto de Autonomía.

La concordancia del artículo 238.3 del Reglamento parlamentario extremeño de 2015 también es clara con la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma, en cuyo artículo 43.1, in fine, se dice que "el mandato de la nueva Asamblea finalizará, en todo caso, cuando debiera hacerlo el de la disuelta", tras señalar que "El Presidente de la Junta de Extremadura, previa deliberación del Consejo de Gobierno y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá acordar la disolución de la Asamblea de Extremadura, mediante Decreto en el que se convocarán a su vez elecciones y se establecerán cuantos requisitos exija la legislación electoral aplicable". Pero conviene reparar en que la Ley extremeña de Gobierno y Administración es del año 2002.

Es por ello que el artículo 13.k) de dicho texto legislativo autonómico refiere la facultad del Presidente de la Junta de Extremadura para acordar la disolución de la Asamblea al artículo 34 del anterior Estatuto de Autonomía (que era el precepto regulador de la disolución anticipada cuando se aprobó dicha ley territorial). Este último dato no es baladí. Si el Reglamento de la Asamblea de Extremadura de 2015 ha tomado como referencia el artículo 43.1 de la Ley de Gobierno y Administración de 2002, se trata de un precepto legal que quedó privado de vigencia por la Disposición Derogatoria de la recién mencionada Ley orgánica 1/2011, de reforma total del Estatuto extremeño, conforme a la cual "A la entrada en vigor de la presente ley orgánica de reforma quedarán derogadas cuantas disposiciones de rango igual o inferior se opongan a la misma."

Algo similar sucede con la Ley 2/1987, de Elecciones a la Asamblea de Extremadura, cuyo artículo 21, respecto al mandato de la Cámara, dispone que "Se entenderá terminado el mandato de la Asamblea, salvo el supuesto de los aparta-

dos 4.y 5 del artículo 34 del Estatuto de Autonomía de Extremadura, a los cuatro años de la celebración de las elecciones en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 42 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General". Dicha redacción, debida a la reforma de la Ley extremeña de Elecciones a la Asamblea por la también extremeña Ley 2/1991, se aprobó mientras estaba vigente el inicial tenor del artículo 34 del Estatuto de 1983, cuando lisa y llanamente no se preveía en él la disolución anticipada del legislativo autonómico por decisión del Presidente de la Comunidad Autónoma.

De ahí que el artículo 21 de la Ley de Elecciones a la Asamblea remita también al tercer apartado del artículo 43 de la Ley electoral estatal, precepto este último referido, precisamente, a la fecha de las elecciones en las Comunidades Autónomas cuyo Presidente carezca de la facultad de disolución anticipada del respectivo Parlamento territorial, cuando hoy la tiene en virtud del artículo 27 del actual Estatuto de Autonomía. La conclusión respecto al artículo 21 de la Ley de Elecciones a la Asamblea es, por tanto, la misma que respecto a la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, al ser también norma anterior a la actual redacción estatutaria obra de la Ley orgánica 1/2011, y oponerse a ella, determinando igualmente el juego de la Disposición Derogatoria de dicha Ley orgánica.

Ahora bien, si los artículos 43.1 de la Ley territorial de Gobierno y Administración y 21 de la Ley de Elecciones a la Asamblea quedaron derogados por ser normas anteriores a la íntegra reforma del Estatuto de Autonomía de 2011, no sucede lo mismo con el artículo 238 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura de 2015. Respecto a este último precepto no puede jugar el instituto de la derogación, al ser disposición posterior a la vigente regulación estatutaria, sino el de la invalidez, por oponerse a dicha regulación (concretamente, a sus artículos 27 y 16.1). Tal es lo que resulta, en concreto, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Por una parte, de su artículo 28.1, a cuyo tenor "Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas." Y por otra parte, del artículo 28.2 de la citada Ley orgánica, toda vez que, conforme al mismo, "(...) el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo ochenta y uno de la Constitución los

preceptos de un Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido", siendo así que el Estatuto de Autonomía, como es bien sabido, se aprueba y reforma mediante ley orgánica (artículo 81.1 de la Constitución).

Y así lo ha puesto de manifiesto, también, la jurisprudencia constitucional, al destacar que el Estatuto de Autonomía en su integridad (y no sólo los preceptos de índole competencial del mismo) es fundamento, medida y límite de validez (constitucional) de cualquier normativa autonómica, a consecuencia de la definición, asimismo constitucional (artículo 147.1), del Estatuto de Autonomía como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma. Resulta significativo, dada la temática del presente trabajo, que esta afirmación la realizase el Alto Tribunal precisamente al declarar inconstitucional la reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura aprobada en mayo de 1997³² (STC 223/2006, de 6 de julio), al considerarla contraria al Estatuto de Autonomía entonces vigente, por cuanto en dicho Reglamento, a causa de su mencionada reforma, se atribuía al Pleno de la Asamblea la decisión final sobre el ejercicio de la facultad estatutaria de oposición de la Junta de Extremadura a la tramitación de enmiendas o iniciativas legislativas parlamentarias que supusieran aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios del ejercicio en curso.

Ni siquiera en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General puede hallar amparo el artículo 238.3 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura de 2015. Como es bien sabido, el artículo 42 de la LOREG se refiere a las fechas de convocatoria de las elecciones autonómicas. Y respecto a las que sean consecuencia del ejercicio de la facultad presidencial de disolución anticipada, las únicas previsiones, contenidas en el primer apartado del precepto, se limitan a establecer los plazos de publicación oficial y entrada en vigor del Decreto de convocatoria (día siguiente al de expedición, y el mismo día de publicación, respectivamente), y a la fecha de elecciones (quincuagésimo cuarto día posterior a la convocatoria).

Las (de otra parte, innecesarias) prescripciones, inconstitucionales por anti-

³² Reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura aprobada por el Pleno de la Cámara en sesión de 29 de mayo de 1997 (*Boletín Oficial de la Asamblea de Extremadura* de 9 de junio de 1997).

estatutarias según lo ya señalado, del nuevo Reglamento de la Cámara territorial extremeña aprobado en 2015, sobre la disolución anticipada y la duración del mandato de la Asamblea consecuentemente electa, pueden generar innecesarios conflictos jurídicos futuros, de producirse tal disolución anticipada. Conflictos de compleja depuración técnico-jurídica y de mayor dificultad procesal aún, si no media reforma del precepto reglamentario, o su derogación pura y simple, que en este punto restablezca la compatibilidad estatutaria del Reglamento parlamentario extremeño, al haber transcurrido ya el fugaz plazo legal de tres meses (artículo 33 de la LOTC) para la formulación del recurso de inconstitucionalidad, sin que haya sido éste efectivamente interpuesto.

3. Inviolabilidad y autonomías reglamentaria, presupuestaria, administrativa y disciplinaria de la Asamblea de Extremadura.

3.1. Inviolabilidad.

Una vez más siguiendo la tendencia de todos los Estatutos íntegramente reformados desde 2006³³, y en similares términos que en el originario de 1983, el actual artículo 16.1 de la norma institucional básica extremeña confiere colectivamente a la Asamblea de Extremadura el atributo parlamentario de la inviolabilidad, además de la inviolabilidad otorgada a los parlamentarios individualmente considerados en el artículo 18.2 de la misma norma estatutaria. Muestra más de la asimilación, no sólo a la forma de gobierno, sino también al modelo organizativo parlamentario estatal, el actual artículo 16.1 del Estatuto extremeño guarda una clara semejanza con el artículo 66.3 de la Constitución, a cuyo tenor "Las Cortes Generales son inviolables".

Como la doctrina ha puesto de manifiesto, esta formulación del precepto constitucional procede de una enmienda in voce defendida por el Diputado Peces-Barba. Y su finalidad era la de incluir en la Constitución una declaración de protección de las Cortes Generales que, en correspondencia con la importancia del proceso legislativo y las restantes funciones a ellas encomendadas, pretendía asegurar que la labor de las Cámaras no pueda ser coaccionada o interferida³⁴.

33 A este respecto, GONZÁLEZ DEL CAMPO, L., "Los parlamentos autonómicos después de las reformas estatutarias", en ARRANZ DE ANDRÉS, M. C. Y SERNA VALLEJO, M. (coords.), *Estudios de Derecho español y europeo: libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, Universidad de Cantabria, Santander, 2009, pág. 433.

34 Acerca de la Enmienda y el sentido de su definitiva inclusión en el precepto de la Norma Fun-

La inviolabilidad de la Asamblea se erige así en límite al derecho de reunión y manifestación, cuando su ejercicio pretenda o pueda interferir ilegítimamente en el adecuado funcionamiento de la Cámara de acuerdo con sus prescripciones reglamentarias. Pero, al tiempo, actúa como salvaguardia del derecho de sufragio activo del conjunto de ciudadanos que en su momento, a través del voto en los correspondientes comicios, eligieron a sus representantes en la Asamblea de Extremadura para que pudieran ejercer sus labores representativas. Y opera asimismo como salvaguardia del derecho de sufragio pasivo de los propios Diputados, en su vertiente de *ius in officium*, o desempeño sin indebidos impedimentos de las funciones inherentes al cargo para el cual se ha sido elegido.

La inviolabilidad de la Asamblea de Extremadura se presenta en estrecha relación con la autonomía administrativa³⁵, también reconocida en el artículo 16.1 de la norma estatutaria. Como parte de su contenido, según se señalará más adelante, corresponden a la Cámara, a través de su Presidente, los poderes de policía adecuados para la protección del correcto desenvolvimiento de los cometidos propios de la Asamblea, aspecto que adicionalmente patentiza el artículo 19.2 del actual Estatuto de Autonomía extremeño de 2011.

Otras determinaciones normativas extraestatutarias igualmente se hallan al servicio de la protección de la Cámara en su adecuado funcionamiento institucional. Se trata de la tipificación como delito de los comportamientos o actuaciones que perturben la inviolabilidad parlamentaria, tanto de las Cámaras que integran las Cortes Generales, como, en lo que aquí interesa, de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. Concretamente, en los artículos 493 a 499 del Código Penal³⁶.

damental, entre otros, LINDE PANIAGUA, E., "Artículo 66. Las Cortes Generales", en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VI, Cortes Generales / EDERSA, Madrid, 1998, pág. 117. Y específicamente sobre el mimetismo de la declaración estatutaria de inviolabilidad (colectiva) de la Asamblea con la efectuada en el artículo 66.3 de la Constitución respecto a las Cortes Generales, GONZÁLEZ AYALA, M. D., "Artículo 20", en LÓPEZ GUERRA, L. M. y SORIANO GARCÍA, J. E. (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, cit., pág. 641.

35 La conexión entre inviolabilidad colectiva de la Cámara con la autonomía de ésta en sus diversas vertientes (aunque en especial con la autonomía administrativa) es puesta de manifiesto por GONZÁLEZ AYALA, M. D., "Artículo 20", cit., pp. 640-641.

36 Para mayores detalles sobre esta cuestión, véase, entre otros, GARCÍA GONZÁLEZ, J., "La tutela penal de las Asambleas legislativas: los delitos contra las instituciones del Estado", *Corts. Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 16, 2005 pp. 229-250.

3.2. Autonomía reglamentaria, administrativa, presupuestaria y disciplinaria

Según se ha apuntado doctrinalmente, la potestad de autoorganización de los parlamentos autonómicos constituye la representación por excelencia de la potestad general de autogobierno de las Comunidades Autónomas, y consiguientemente, integra uno de los más emblemáticos signos de la autonomía política de estas últimas³⁷. Así, junto a la inviolabilidad, y de nuevo al igual que las demás normas estatutarias íntegramente reformadas desde 2006³⁸, otorga la vigente redacción del Estatuto de Extremadura a la Asamblea legislativa regional una serie de facultades de autoorganización expresivas de la genérica autonomía parlamentaria de la Cámara. Según se dijo al inicio de este trabajo, el reconocimiento explícito de estas potestades autónomas de la Asamblea como institución parlamentaria, no incluido en la propuesta de íntegra reforma estatutaria elevada a las Cortes por el legislador extremeño, fue producto de una enmienda consensuada en el Congreso de los Diputados por los Grupos Parlamentarios Popular y Socialista³⁹.

Constituye la autonomía parlamentaria una potestad de autogobierno en todos sus órdenes, que, siguiendo el modelo de las Cortes Generales (y al igual que en los demás Parlamentos autonómicos⁴⁰), se cifra en el derecho de la Asamblea a fijar por sí misma y sin interferencias externas sus propias normas de organización y funcionamiento (autonomía reglamentaria), a constituir y elegir sus propios órganos de gobierno (autonomía organizativa), al ejercicio de todas las facultades administrativas y de policía en el interior de la sede parlamentaria (autonomía administrativa y disciplinaria), a aprobar y aplicar autónomamente sus propios presupuestos (autonomía presupuestaria), y a seleccionar a su propio personal y ejercer con respecto a él todas las competencias pertinentes (autonomía de personal)⁴¹.

37 TOMÁS MALLÉN, B., "Potestad de autoorganización y reglamento parlamentario", en *Organización y funcionamiento de los parlamentos autonómicos*, ed. P. Oñate, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 10. El generalizado reconocimiento estatutario de estos poderes de autoformación y autoorganización de los Parlamentos autonómicos es puesta de relieve, asimismo, por MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. II, 2.ª edición, Iustel, Madrid, 2007, pág. 63.

38 A este respecto, de nuevo, GONZÁLEZ DEL CAMPO, L., *op. loc. cit.*

39 *Vid. supra*, nota 13.

40 Sobre este particular, cfr. el trabajo de VISIEDO MAZÓN, F. J., "La realidad de los parlamentos desde la aprobación de la Constitución española de 1978", *Revista Derecho del Estado*, n.º 27, 2012, pp. 148 y 149.

41 Una reconstrucción teórica de estas nociones y de su origen conceptual e histórico-político, en cuanto atributos parlamentarios, puede hallarse en DÍEZ-PICAZO, L. M., *La Autonomía Administrativa de las Cámaras Parlamentarias*, Cuadernos de los Studia Albornotiana, Zaragoza, 1985, y en GARCÍA PECHUÁN, M., "Potestad de organización y autonomía reglamentaria de las Cámaras Parlamentarias. Un apunte dogmático-histórico sobre la noción de autonomía en el ámbito del Derecho de autoorgani-

El artículo 16.1 del Estatuto extremeño expresamente se refiere a casi todas estas vertientes de la autonomía parlamentaria (concretamente, a la autonomía reglamentaria, administrativa, presupuestaria y disciplinaria). Y las restantes, o bien derivan de las funciones de la Asamblea previstas en el artículo 16.2, como la aprobación del Estatuto de Personal (autonomía de personal), o bien dimanar de otros preceptos estatutarios (así, la autonomía organizativa, que cabe vincular a las potestades reconocidas a la Cámara en el artículo 19).

3.2.1. Autonomía reglamentaria

La facultad de la Asamblea de Extremadura consistente en normar autónomamente su organización y funcionamiento, mediante la aprobación de su propio Reglamento con la única sujeción a la Constitución y al Estatuto de Autonomía (autonomía reglamentaria), se reconoce a la Cámara con el fin de proveer al adecuado ejercicio de sus funciones y competencias. La prerrogativa conlleva la delimitación de una reserva de Reglamento parlamentario⁴², como norma de detalle de la organización interna de la Asamblea que, en sus aspectos fundamentales, delinea el Estatuto extremeño (principalmente, en sus artículos 19 y 20), y de regulación, asimismo detallada, del funcionamiento del Parlamento autonómico, consistente en la configuración de los procedimientos para el ejercicio de sus funciones propias, o al menos, de las típicamente parlamentarias (principalmente, legislativa, presupuestaria y de control del Ejecutivo).

En cuanto a las materias objeto de la reserva, son, de un lado, aquéllas que, encajando en la noción de organización interna y funcionamiento de la Asamblea, se hallan explicitadas en otras disposiciones estatutarias. A las cuales deben añadirse además las que, aun no expresamente aludidas en el Estatuto de Autonomía, cabe considerar incluidas dentro del ámbito conceptual de la genérica categoría dogmático-jurídica «autonomía reglamentaria» acogida en el artículo 16.1 de la norma institucional básica extremeña, salvo expresa disposición estatutaria en contrario.

zación de los órganos constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 58, 2000, pp. 71-104.

42 Acerca de la reserva reglamentaria constitucional o (en el caso de los Reglamentos parlamentarios autonómicos) estatutariamente establecida, como correlato de la primariedad atribuida a los Reglamentos parlamentarios como tipo de fuente del Derecho, puede acudir, entre otros, al estudio de PUNSET, R., "La posición de los Reglamentos parlamentarios en el Ordenamiento español", en DA SILVA OCHOA, J. C., (coord.), *Instituciones de Derecho Parlamentario: I. Las fuentes del Derecho Parlamentario*, Parlamento Vasco, Vitoria, 1996, pp. 75-77.

Por lo que respecta a las explícitamente previstas en el Estatuto de Autonomía, pueden citarse las siguientes materias deferidas al Reglamento de la Cámara: desarrollo de los derechos y deberes de los Diputados (artículo 18.1), régimen jurídico y de elección de los principales órganos de gobierno de la Asamblea (Presidente, Mesa y Junta de Portavoces, artículo 19.1), número y funciones de Vicepresidentes y Secretarios de la Mesa (artículo 19.3), número mínimo de Diputados para la Constitución de Grupo Parlamentario (artículo 20), régimen de funcionamiento, períodos y sesiones del Pleno y las Comisiones (artículo 21.1), condiciones para la válida convocatoria y reunión de Pleno y Comisiones (artículo 21.2), procedimiento de delegación del Pleno en las Comisiones para el ejercicio de la potestad legislativa autonómica (artículo 22.1), iniciativa legislativa de Diputados y Grupos Parlamentarios (artículo 23.1), solicitud de dictámenes, en su caso, por parte de la Asamblea, acerca de las iniciativas legislativas no gubernamentales (artículo 45.3), o la regulación del procedimiento legislativo especial para la reforma del Estatuto de Autonomía (artículo 91.2.a).

Por el contrario, la ordenación del régimen de comparecencias de autoridades y funcionarios de la Comunidad Autónoma, típico contenido de la función parlamentaria de control político, estatutariamente se encomienda a una ley de la Asamblea, extrayéndola, pues, del ámbito material de la reserva reglamentaria (artículo 21.3). Y si bien cabe relativizar esta extracción, habida cuenta del carácter unicameral de la Asamblea de Extremadura, tiene la importante consecuencia de que el propio sujeto de control, o uno de ellos (el Ejecutivo autonómico), cuenta con capacidad para formular el proyecto de ley por el que se establezca su propio régimen de comparecencia parlamentaria.

Pero, más allá de estas fragmentarias determinaciones estatutarias explícitas, es claro que dentro del núcleo de la autonomía reglamentaria de la Cámara se halla la regulación del procedimiento legislativo, a pesar de que no haya en el Estatuto una directa caracterización del trámite ordinario, con su normal secuencia de intervención de Comisiones, Ponencias y el propio Pleno, sino, tan sólo, una referencia al procedimiento (especial) de íntegra aprobación de leyes en Comisión por delegación del Pleno (artículo 22). E igualmente forma parte de la reserva reglamentaria la configuración de los procedimientos para el ejercicio de la generalidad de las funciones típicamente parlamentarias de la Asamblea, con la excepción de aquéllas no esenciales cuya conformación procedimental legítimamente corresponda a normas distintas del Reglamento (como, por ejemplo, la propuesta de Magistrados del Tribunal Constitucional para su designación por el Senado, que se analizará más adelante).

Recuérdese, adicionalmente, la caracterización de contenidos que la jurisprudencia constitucional ha efectuado de la autonomía reglamentaria del Congreso o del Senado, que resulta extrapolable a la Asamblea de Extremadura por su igual naturaleza parlamentaria. Doctrinalmente se ha hecho notar que, junto a la expresa delimitación material del ámbito de la reserva de Reglamento parlamentario trazado en muchos Estatutos de Autonomía, también se han definido en líneas generales las cuestiones que han de regularse mediante este tipo de fuente del Derecho⁴³. Por su contenido sintético y por la cita a los diversos *leading cases* del Tribunal Constitucional, merece cita en tal sentido la STC 136/2011, de 13 de septiembre, en su sexto fundamento jurídico:

" (...) en el ejercicio de la autonomía reglamentaria que la Constitución reserva a las Cámaras (art. 72 CE) les corresponde "una función ordenadora de la vida interna de las Asambleas" (SSTC 227/2004, de 29 de noviembre, FJ 2; y 49/2008, de 9 de abril, FJ 15), para regular su propia organización y funcionamiento [SSTC 141/1990, de 20 de septiembre, FJ 2; 40/2003, de 27 de febrero, FJ 2 a); 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4 b); 89/2005, de 18 de abril, FJ 2 c); 90/2005, de 18 de abril, FJ 2 c); 78/2006, de 13 de marzo, FJ 3 a); y 242/2006, de 24 de julio, FJ 4], para ordenar los derechos y atribuciones que los parlamentarios ostentan [SSTC 203/2001, de 15 de octubre, FJ 2; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 40/2003, de 27 de febrero, FJ 2 a); 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4 b); 89/2005, de 18 de abril, FJ 2 b); 90/2005, de 18 de abril, FJ 2 b); 141/2007, de 18 de junio, FJ 5; y 49/2008, de 9 de abril, FJ 15], así como para articular las fases o procedimientos que se desarrollan en su seno (SSTC 234/2000, de 3 de octubre, FJ 12; y 49/2008, de 9 de abril, FJ 15)".

Además de la proclamación de la autonomía reglamentaria de la Cámara en el artículo 16.1 del Estatuto de Extremadura, la elaboración y aprobación del Reglamento (por mayoría absoluta en una votación final sobre el conjunto del proyecto) aparece también entre las funciones de la Asamblea legislativa regional, en la letra d) del mismo artículo y apartado. Y al reconocerse por este último precepto de manera separada de la función legislativa, queda excluida la iniciativa legislativa de la Junta de Extremadura, desactivándose en este ámbito la aplicabilidad del artículo 23.2 de la norma estatutaria extremeña⁴⁴, y, en general, de

43 En este sentido, PASCUA MATEO, F., *Fuentes y control del Derecho parlamentario y de la Administración parlamentaria*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pág. 57.

44 Subraya PASCUA MATEO, F. (*Fuentes y control del Derecho parlamentario y de la Administración parlamentaria, cit.*, pág. 54), en planteamiento común a los Reglamentos de todas las Asambleas

las demás formas de iniciativa que no sean las que partan del interior de la propia Cámara (apartados 3 y 4 del mismo artículo 23).

3.2.2. Autonomía administrativa.

El reconocimiento de autonomía administrativa a la Asamblea de Extremadura en el artículo 16.1 del Estatuto otorga a ésta facultades de creación, regulación y gestión de su propio complejo organizativo y burocrático, permitiéndole la realización de típicas actuaciones materialmente administrativas relativas, esencialmente, a la selección y régimen de su propio personal, la contratación pública de servicios y suministros, y la gestión de su patrimonio⁴⁵, todo ello con el fin de proveer a la Cámara del soporte material y de gestión para el adecuado ejercicio de sus tareas parlamentarias. Se trata de esferas de autónoma actuación administrativa coincidentes con el ámbito material del ulterior control judicial de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia acotado por los artículos 74.1.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 10.1.c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa («actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las Asambleas legislativas autonómicas [...] en materia de personal, administración y gestión patrimonial»).

La proyección externa de esta actividad sobre terceros (los funcionarios y personal a su servicio, los contratantes con la Asamblea, etc.) determina la posibilidad de un régimen «ordinario» de control jurisdiccional de los actos adoptados por la Administración parlamentaria de la Cámara, a cargo de la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos recién señalados, y en su caso, por el Tribunal Constitucional mediante amparo fundamentado en el artículo 43 de la LOTC (por afinidad material con la actuación de las Administraciones Públicas propiamente dichas). Ello contrasta con los actos «internos» de la Asamblea, de ejercicio de las funciones típicamente parlamentarias (*interna corporis acta*), insusceptibles de revisión jurisdiccional por respeto a la división de poderes, con la única excepción de la impugnabilidad en amparo basado en el artículo 42 de la LOTC (actos sin valor de ley de órganos parla-

legislativas autonómicas, que, desde la óptica de la salvaguardia de la autonomía parlamentaria, es errónea la consideración de estas normas como leyes precisamente porque, entre otras consecuencias, ello supondría aceptar la iniciativa legislativa del Gobierno.

⁴⁵ Tal y como se resume en DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: «Autonomía administrativa parlamentaria: las cuestiones relativas al personal parlamentario y su control judicial», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 16, 2005, pág. 25.

mentarios) por eventual vulneración de derechos fundamentales⁴⁶.

La recién resaltada afinidad de la Administración parlamentaria autónoma con las Administraciones Públicas incardinadas en el Poder Ejecutivo es menor por lo que respecta al plano organizativo. La estructuración de la Cámara en varios órganos (Presidencia, Mesa, Junta de Portavoces, Pleno, Comisiones), con sus respectivos ámbitos de decisión y competencia, determina que la dependencia jerárquica de los funcionarios parlamentarios sea más dinámica que en las Administraciones públicas, y varíe dependiendo del cometido que en cada momento lleven a cabo⁴⁷.

Además, y frente al tradicional esquema piramidal de estas últimas, la Administración parlamentaria autónoma presenta una estructura de «clepsidra»⁴⁸. En sus vértices se hallan el máximo órgano de gobierno de la Cámara en materia administrativa y de personal (la Mesa, de conformidad con los artículos 19.3 del Estatuto de Autonomía y 48.5 del actual Reglamento de la Asamblea, sin perjuicio del ejercicio de facultades administrativas reconocido al Presidente en el artículo 19.2 del Estatuto) y el órgano administrativo con funciones de Secretario General (el Letrado Mayor, según el artículo 113.1 del actual Reglamento de la Asamblea), siendo ambos, en el ámbito de sus respectivas competencias, los superiores jerárquicos.

En el plano normativo, la regulación de la Administración parlamentaria corresponde trazarla, como regla de principio, al Reglamento de la Asamblea, marcando un punto de confluencia entre autonomía reglamentaria y autonomía administrativa. Sin embargo, el artículo 16.2.e) del Estatuto extremeño, y el actual Reglamento de la Asamblea (artículo 116), extraen de la reserva reglamentaria la regulación del régimen del personal al servicio de la Cámara, defiriéndolo a

46 Sobre la noción de *interna corporis acta*, la actual acotación de su alcance, y el régimen de control jurisdiccional (la exención de revisión por la jurisdicción ordinaria, junto a la doctrina del TC sobre el control en amparo de estas actuaciones parlamentarias por la vía de la garantía del *ius in officium*, como parte integrante del contenido del derecho de sufragio pasivo del representante electo, y de su conexión con el derecho de sufragio activo de los ciudadanos representados), son de mencionar aquí, entre otros trabajos, las monografías respectivas de ARANDA ÁLVAREZ, E., *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, y de NAVAS CASTILLO, A., *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios sin valor de ley*, Colex, Madrid, 2000.

47 En este sentido, LOZANO MIRALLES, J., "La administración parlamentaria: una visión comparada a nivel autonómico", en OÑATE, P. (ed.), *Organización y funcionamiento de los parlamentos autonómicos*, cit., pág. 345.

48 En perspectiva interautonómica comparada, de nuevo, LOZANO MIRALLES, J., *op. cit.*, pág. 347.

una disposición específica, el Estatuto de Personal, según el modelo que ofrece el artículo 72.1 de la Constitución con respecto a las Cortes Generales.

Que el artículo 16.2.e) de la norma institucional básica extremeña prevea la aprobación del Estatuto de Personal como función de la Cámara de manera diferenciada del ejercicio de la potestad legislativa, y de la elaboración de su propio Reglamento parlamentario, consagra la sustantividad normativa de dicho Estatuto. De tal modo que no sólo no puede adoptarse éste mediante ley (como, por el contrario, preveía el artículo 32.1, *in fine*, del anterior Estatuto de Autonomía), sino que tampoco debe formar parte del Reglamento de la Asamblea, habiendo de albergarse en una disposición con sustantividad propia, con la precisa denominación de "Estatuto del Personal de la Asamblea de Extremadura".

Por otra parte, el artículo 16.2.e) de la vigente norma institucional básica extremeña enmarca el contenido del Estatuto de Personal de la Asamblea de Extremadura dentro del régimen general de empleados públicos de la Comunidad Autónoma. Lo que de este modo se establece es una directriz de afinidad con ese régimen general, sin perjuicio, claro está, de las peculiaridades derivadas del entorno parlamentario en que el personal de la Asamblea debe prestar sus servicios. A este respecto, resulta en particular de interés abordar las condiciones de vinculación o no del Estatuto de Personal de la Asamblea de Extremadura al Estatuto Básico del Empleado Público.

Ciertamente, las condiciones y extensión de esa vinculación dependen en gran medida del referido Estatuto Básico, por su condición de normativa básica del Estado, cuya eficacia se proyecta sobre todas las Comunidades Autónomas⁴⁹, y dentro de ellas, sobre las instituciones que necesariamente deban ser destina-

49 La idea de bases, como categoría constitucional para la definición de un tipo de competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas (concretamente, compartidas no sólo en cuanto a la materia, sino también en cuanto a la función: la legislativa), ha dado lugar a una amplísima jurisprudencia constitucional, y a un no menos extenso desarrollo doctrinal acerca de esa misma jurisprudencia y sobre la noción en sí, que el objeto y extensión del presente trabajo impiden tratar con detalle. Baste aquí la remisión a algunos trabajos doctrinales representativos, dentro la amplia bibliografía académica generada al respecto, como los de JIMÉNEZ CAMPO, J., "¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27, 1989, pp. 39-92, MONTILLA MARTOS, J. A., "La legislación básica tras las reformas estatutarias", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 78, 2006, pp. 105-150 y "Los elementos formales en el proceso de producción normativa de lo básico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 68, 2003, pp. 89-120, ORTEGA ÁLVAREZ, L. I., SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. Y ARBÓS i MARÍN, X., *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, o TORNOS MAS, J. "La legislación básica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 31, 1991, pp. 275-290.

rias del mismo por desplegar una actividad administrativa para cuyo impulso y realización se doten del consiguiente personal. Y en tal sentido, conviene resaltar que el propio Estatuto Básico del Empleado Público extrae de su ámbito directo de aplicación, de conformidad con su artículo 4, no sólo a las Cortes Generales (exclusión obvia de conformidad con la Constitución), sino también, y en claro paralelismo con el legislativo central –uno más, pero ahora establecido desde el Estado–, a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas⁵⁰.

Ahora bien, si la vinculación no procede del legislador básico estatal porque éste ha renunciado a hacerlo, sí que la establece el propio Estatuto extremeño de Autonomía, en su artículo 16.2.e), al enmarcar el contenido del Estatuto de Personal de la Asamblea de Extremadura dentro del régimen general aplicable a los empleados públicos de la Comunidad Autónoma, del cual forma parte el Estatuto Básico del Empleado Público, como ya ha quedado dicho. Y además, así se ha hecho efectivamente en el actual Estatuto de Personal, aprobado en 2014 por la Asamblea de Extremadura⁵¹.

La Exposición de Motivos de dicho Estatuto de Personal con toda claridad afirma que en él se procede a la transposición del Estatuto Básico estatal del Empleado Público. Junto a ello, la Disposición Final segunda del Estatuto del Personal al servicio de la Asamblea de Extremadura declara la supletoriedad, en primer término, de la legislación autonómica sobre función pública, y en su caso, de la legislación estatal (de nuevo, el Estatuto Básico del Empleado Público), en cuanto no resultare incompatible con la actividad parlamentaria.

Pese a su distinto *nomen iuris*, el Estatuto del Personal al servicio de la Asamblea de Extremadura sigue un mismo régimen de control jurisdiccional que el Reglamento de la Cámara. Al igual que este último, sólo puede ser recurrido mediante los procedimientos de control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, merced al artículo 27.2, letras d) y e), de la LOTC. Bien sabido es que la especificidad del Estatuto de Personal de las Cortes Generales, previsto en el artículo 72.1 de la Constitución, con respecto a los Reglamentos parlamentarios

50 Las razones (y la crítica, fundada) a esta similitud con el legislativo estatal se analizan con rigor y minuciosidad por NAVARRO MÉNDEZ, J. I., "Reflexiones sobre la contribución del Estatuto Básico del Empleado Público a la modernización de la Función Pública Parlamentaria", *Revista de Derecho de Extremadura*, n.º 3, 2008, pág. 208.

51 Resolución de 3 de julio de 2014, del Presidente de la Asamblea de Extremadura, por la que se ordena la publicación del Estatuto del personal al servicio de la Asamblea de Extremadura, *Diario Oficial de Extremadura* núm. 136, de 16 de julio de 2014.

de las Cámaras (y, cuando se dicte, de las Cortes Generales en sesión conjunta), planteaba la duda de las vías adecuadas para su control de constitucionalidad.

Pero esas dudas quedaron resueltas en la STC 139/1988, de 8 de julio, F.J. 2, donde se incardina al Estatuto de Personal de las Cortes Generales dentro del concepto de normas con fuerza de ley del Estado a que se refiere el artículo 27.2.b) de la LOTC, y no en el artículo 27.2.d) del mismo texto legislativo (Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales), dentro de la enumeración que dicha Ley orgánica efectúa de las disposiciones que pueden ser objeto de los procedimientos de control de constitucionalidad. La argumentación del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza del Estatuto de Personal de las Cortes Generales como fuente del Derecho asimilada a la ley⁵² es, en dicha Sentencia y fundamento jurídico, la que sigue:

"la Constitución, en su art. 72.1, establece una reserva formal y material a favor del «Estatuto del Personal de las Cortes Generales», de manera que ese Estatuto aparece como una norma directamente vinculada a la Constitución, es decir, como una norma primaria -o acto normativo primario- que, por ello mismo, determina que la regulación a él encomendada quede fuera del alcance de cualquier otra norma jurídica. Así pues, el Estatuto del Personal de las Cortes Generales, por imperativo constitucional, goza de una efectiva fuerza de Ley, al menos en su vertiente pasiva, por cuanto que ninguna otra norma del ordenamiento puede proceder a la regulación que a él le ha sido reservada y en exclusiva atribuida por la Constitución. En suma, estamos en presencia de una norma cuya posición en el actual sistema de fuentes del Derecho no puede ya explicarse en los términos del tradicional principio de jerarquía normativa, debiéndose acudir a otros criterios entre los que el de la competencia juega un papel decisivo."

⁵² Este encuadramiento como norma con fuerza de ley (o asimilada a ésta) del Estatuto de Personal de las Cortes Generales dentro del sistema de fuentes, realizado por el Tribunal Constitucional, ha cosechado alguna crítica relevante entre los tratadistas del Derecho Parlamentario. Significativo a este respecto es el posicionamiento de SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Parlamentario español*, 3.^a ed., Dykinson, Madrid, 2013, pág. 58, especialmente en nota 45, donde el autor, a la vista de que el Estatuto de Personal de las Cortes es "una norma que en la práctica ni siquiera ha sido aprobada por las Cámaras, sino por las Mesas del Congreso y Senado, en sesión conjunta y sin publicidad", concluye que "la solución más razonable habría sido calificar al E.P.C.G. como una norma formalmente reglamentaria, con la peculiaridad de proceder de las Cortes Generales, que representaría un Reglamento independiente al no estar sometido a ninguna ley, pero que podría ser controlado por la jurisdicción contencioso-administrativa en lo relativo a su respeto a la C.E., como es la regla en este tipo de Reglamentos administrativos. Lo cual concuerda con la referencia del artículo 58.1.º de la L.O.P.J. a los recursos contencioso-administrativos «contra los actos y disposiciones de los órganos de gobierno del Congreso de los Diputados y del Senado»".

El argumento se reitera en la más reciente STC 183/2012, de 17 de octubre, F.J. 5., donde se incide en que el Estatuto de Personal de las Cortes Generales goza de fuerza y valor de ley, a partir de la reserva material y formal que en su favor establece el artículo 72.1 de la Constitución, así como por proceder del poder legislativo. Pero esta última Sentencia también es aquí relevante porque aborda el problema de la asimilación o no al Estatuto de Personal de las Cortes Generales de las homónimas y homólogas normas autonómicas, en cuanto a su rango de ley y consiguiente sujeción a la jurisdicción del Tribunal, lo cual permitirá extraer las consecuencias pertinentes respecto a la catalogación como fuente del Derecho que corresponde al Estatuto del Personal al servicio de la Asamblea de Extremadura.

En este sentido, y con expresa invocación de la STC 139/1988 para descartar su aplicabilidad al caso en esta ocasión resuelto (el enjuiciamiento constitucional de unas normas de gobierno interior del Parlamento canario que disciplinaban el régimen de personal), viene a señalarse en la STC 183/2012 que el carácter de norma primaria que pueda tener un Estatuto autonómico de Personal al servicio de la Asamblea correspondiente, y el consiguiente monopolio de su enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional, depende de cómo se caracterice dicha norma parlamentaria en el respectivo Estatuto de Autonomía.

Al Estatuto de Autonomía -señala el Alto Tribunal-, por ser la norma institucional básica, corresponde organizar las instituciones de la Comunidad Autónoma, entre ellas la Asamblea legislativa, y con ello, la determinación de la extensión de la autonomía parlamentaria de esta última. De este modo, cuando no hay en el Estatuto de Autonomía (en el caso de que se trataba, el de Canarias) explícita reserva material en favor de un Estatuto de Personal, descarta la STC 183/2012 que las normas de gobierno interior aprobadas por el Parlamento autonómico para regular el régimen de su personal y el funcionamiento de sus servicios tengan la condición de acto con fuerza de ley en el sentido del artículo 27.2.e) de la LOTC. De manera prácticamente coincidente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido negando el carácter de norma con fuerza de ley a los Estatutos de personal al servicio de las Asambleas parlamentarias autonómicas que no hayan sido aprobados por el Pleno de la Cámara territorial siguiendo el procedimiento legislativo⁵³.

53 Véase de nuevo, en este sentido, NAVARRO MÉNDEZ, J. I., "Reflexiones sobre la contribución del Estatuto Básico del Empleado Público a la modernización de la Función Pública Parlamentaria", *cit.*, pág. 210, citando al respecto los Autos del Tribunal Supremo número 363/1988, de 26 de enero, y 6857/1989, de 10 de octubre, así como la Sentencia del Tribunal Supremo número 10.244/1990, de 29 de diciembre.

Generalizando el argumento, se deduce de las jurisprudencias constitucional y ordinaria que si no existe expresa reserva en un Estatuto de Autonomía en favor de un Estatuto de Personal, cualquier normativa parlamentaria autonómica interna que materialmente pudiera equipararse a él carecerá de fuerza de ley, a diferencia del Estatuto de Personal de las Cortes Generales⁵⁴. Y aplicando esta doctrina al actual Estatuto extremeño de Autonomía, dado que realiza éste expresa reserva y previsión del Estatuto de Personal al servicio del Parlamento autonómico, atribuyendo a la Asamblea regional la competencia para dictarlo, cabe concluir que dicho Estatuto de Personal tiene la condición de norma con fuerza de ley⁵⁵ en el sentido, ya descrito, que a la referida catalogación otorga la jurisprudencia constitucional.

Se halla, por tanto, dotado el Estatuto de Personal de la Asamblea de Extremadura de la nota de primariedad, entendiéndose por tal su exclusiva subordinación a la Constitución y al bloque de la constitucionalidad, del cual precisamente forma parte, en calidad de significado componente normativo y medida de validez, el propio Estatuto extremeño de Autonomía. Dicha catalogación como fuente del Derecho, entrando ahora ya en el terreno de las consecuencias jurisdiccionales de la nota de primariedad, determina que el Estatuto de Personal de la Asamblea de Extremadura sea acto con fuerza de ley de una Comunidad Autónoma en el sentido del artículo 27.2.e) de la LOTC, con su consiguiente sometimiento al

54 Los cultivadores del Derecho parlamentario han compartido un común interés y preocupación por la catalogación de los Estatutos de Personal como fuente del Derecho, su asimilación o no al Reglamento Parlamentario, y con ello, su asimilación o no a la Ley, tanto a efectos del lugar de su inclusión en el sistema de fuentes, cuanto a los del consiguiente régimen de control jurisdiccional de validez. A título representativo, pero sin agotar la lista de trabajos dedicados a este tema, pueden mencionarse aquí los de GÓMEZ CORONA, E., *La autonomía parlamentaria en la práctica constitucional española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 84 y ss., de la misma autora, "El Estatuto de Personal de las Cámaras parlamentarias y su control jurisdiccional", *Revista de Derecho Político*, n.º 53, 2002, pp. 131-159, MARTÍNEZ CORRAL, J. A. y VISIEDO MAZÓN, F. J., "El régimen del personal al servicio de los parlamentos autonómicos, heterogeneidad o fragmentación", *Corts. Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 22, 2009, pp. 145-178, MATÍA PORTILLA, E., "El Estatuto de Personal de las Cortes Generales como fuente del Derecho", *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* n.º 22, 2009, pp. 179-207, o PUNSET, R., *Estudios parlamentarios*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 125-133.

55 No siendo lugar este para abordar o perfilar los conceptos de fuerza o valor de ley, o la noción de primariedad aplicada a fuentes del Derecho en general, baste aquí con efectuar al respecto la cita a dos paradigmáticos trabajos, ya clásicos en la materia: por orden cronológico, los de RUBIO LLORENTE, F., "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de ley en la Constitución)", *Revista de Administración Pública* n.º 100-101, 1983, pp. 417-432, o de DÍEZ-PICAZO, L. M., "Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)", *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 24, 1988, pp. 47-93.

monopolio del control de validez por parte del Tribunal Constitucional, a través de los procedimientos de control de constitucionalidad (recurso y cuestión de inconstitucionalidad).

Por último, es pertinente resaltar lo previsto en el artículo 116 del Reglamento de la Asamblea de 2015, donde se recoge esta especificidad normativa, y se establece el procedimiento de elaboración y reforma del Estatuto del Personal al servicio de la Cámara (aprobación por el Pleno en lectura única, a iniciativa de la Mesa, oída la Junta de Portavoces). Resulta compatible la fijación reglamentaria de este procedimiento con el silencio del artículo 16.2.e) del Estatuto extremeño de Autonomía sobre el particular, y la consiguiente aplicabilidad de la regla de la mayoría simple salvo explícita previsión estatutaria en contrario, establecida en el artículo 21.2 de la norma institucional básica extremeña. Y asimismo es congruente con la atribución de la aprobación del Estatuto del Personal a la Asamblea en el mencionado artículo 16.2.e); o lo que es igual, al órgano plenario de la misma.

3.2.3. Autonomía presupuestaria.

Asimismo con el fin instrumental de proteger el adecuado desempeño parlamentario preservándolo de condicionamientos institucionales externos, el Estatuto extremeño confiere a la Asamblea legislativa regional la capacidad para elaborar su propio Presupuesto (incorporándolo al general de la Comunidad Autónoma), y para proceder a la ejecución de aquél⁵⁶. Sobre este último particular, debe conectarse el artículo 16.1 con el artículo 19.2 del Estatuto de Autonomía, que concreta en el Presidente de la Cámara, dando cuenta a la Mesa, la competencia para ejecutar la sección presupuestaria de la Asamblea.

En igual sentido, el artículo 42.2.11.º del actual Reglamento de la Asamblea confiere a al Presidente la función de ordenar los pagos, mientras que el artículo 49.6 de la misma norma reglamentaria atribuye a la Mesa la competencia para administrar los fondos presupuestarios de la Cámara. Y precisamente porque esta autonomía no se limita a la elaboración del presupuesto, sino que incluye también su ejecución, extendiéndose en realidad al ciclo presupuestario completo, doctrinalmente suele expresarse la preferencia por el término más amplio de au-

⁵⁶ Similar definición de la autonomía presupuestaria (que, aunque referida al Congreso de los Diputados y al Senado, resulta extrapolable, en particular, a la Asamblea de Extremadura) propone MARAÑÓN GÓMEZ, R., "Reflexiones sobre la autonomía presupuestaria: entre la prudencia y la aritmética", *Revista de las Cortes Generales*, n.º 82, 2011, pág. 408.

tonomía financiera de la correspondiente Cámara parlamentaria⁵⁷. En este caso, de la Asamblea de Extremadura.

Por otro lado, el artículo 78 del Estatuto extremeño de Autonomía, en su primer apartado, establece el principio de unidad (o, si se quiere, de «unicidad») del Presupuesto anual de la Comunidad Autónoma, mientras que el segundo apartado del precepto especifica que en dicho Presupuesto anual autonómico se habrá de incluir, como sección independiente, el Presupuesto de la Asamblea, el cual habrá de elaborarse por el órgano correspondiente de ésta. Cuál sea tal órgano es cuestión que no queda explicitada en el texto estatutario extremeño.

En la actualidad, y como una manifestación más de la autonomía reglamentaria de la Asamblea estatutariamente conferida a ésta en el artículo 16.1, el artículo 49.8 del Reglamento de la Cámara de 2015 es la disposición donde se explicita que corresponde a la Mesa la aprobación del Presupuesto del Parlamento extremeño, para su inclusión, por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, en el Proyecto de Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma, conforme a los términos previstos en el artículo 78 del Estatuto de Autonomía. Por su parte, el segundo apartado de dicho precepto estatutario limita o condiciona la libertad del referido órgano parlamentario, al señalar que su Presupuesto habrá de ajustarse a las directrices generales del gasto público que fije la Junta de Extremadura para el ejercicio correspondiente.

También el artículo 3.3 de la Ley 5/2007, General de Hacienda Pública de Extremadura, aun declarando aplicables sus prescripciones a la Asamblea, lo hace con expresa salvedad, mediante cláusula «sin perjuicio», del régimen derivado de las normas que regulan su funcionamiento y su autonomía presupuestaria, si bien establece un principio de necesaria coordinación para la

⁵⁷ Con respecto al Congreso de los Diputados y el Senado, tales son los posicionamientos de GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., "Artículo 72.1. Autonomía funcional de las Cámaras: reglamentaria, presupuestaria y de personal", en ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VI, Cortes Generales y EDSA, Madrid, 1998, p. 416, o SAINZ MORENO, F., "Artículo 72", en CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer España, Madrid, 2008, pp. 1413-1414 (y, del mismo autor, "Autonomía financiera y patrimonial de las Cámaras", *Revista de las Cortes Generales*, n.º 82, 2011, pp. 313-342, *passim*). Como argumento de Derecho autonómico comparado, hay que citar, en similar caracterización de la autonomía presupuestaria del Parlamento territorial respectivo (andaluz), el trabajo de MORALES ARROYO, J. M., "Artículo 102 (Autonomía parlamentaria)", en CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M., (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Vol. III, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012, pág. 1678.

elaboración del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma. En lo referente a la ejecución del Presupuesto propio, facultad igualmente perteneciente al contenido de la autonomía presupuestaria de la Asamblea, la Disposición Adicional Quinta de la misma Ley 5/2007 establece las especialidades presupuestarias aplicables a la Asamblea, habilitando a la Mesa de ésta a aprobar transferencias, generaciones e incorporaciones de crédito en la Sección del Presupuesto de la Comunidad Autónoma correspondiente a la Asamblea, así como un principio de libramiento de las correspondientes dotaciones presupuestarias por cuartas partes, en firme y sin justificación, a petición del Presidente de la Cámara.

Por último, en el terreno del control de la ejecución presupuestaria, y sin perjuicio de los mecanismos de intervención interna, queda sometida la Asamblea a la fiscalización del Tribunal de Cuentas, de conformidad con los artículos 1 y 4.1.b) de su Ley Orgánica reguladora, por cuanto que el primero declara bajo la competencia de la institución al sector público, del cual, a tenor del segundo, forman parte, genéricamente y sin excepciones institucionales (esto es, en concreto, sin excluir a las Asambleas legislativas respectivas), las Comunidades Autónomas. En el ámbito estatal, la condición de órgano comisionado de las Cortes Generales que ostenta el Tribunal de Cuentas ha motivado que los informes de fiscalización de éste no entren en el examen de las cuentas de Congreso y Senado, asumiendo en la práctica esa función las respectivas Mesas, mediante la aprobación formal de la liquidación de los presupuestos correspondientes⁵⁸.

Sin embargo, el artículo 46.1 del Estatuto extremeño no excluye a la Asamblea de la esfera de control del Consejo autonómico de Cuentas. En esta misma línea, si bien aún no traducido en normativa vigente en el momento de realización del presente trabajo, cabe citar el artículo 2.1.a) del Anteproyecto de Ley del Consejo de Cuentas de Extremadura. El precepto proyectado incluye (en primer lugar) a la Administración de la Asamblea de Extremadura dentro del sector público de la Comunidad Autónoma que constituye el ámbito de actuación de la institución autonómica fiscalizadora de cuentas así propuesta.

⁵⁸ Véase, en este sentido, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P.: «Artículo 72.1. Autonomía funcional de las Cámaras: reglamentaria, presupuestaria y de personal», en O. Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales, Madrid, 1996, Vol. VI, págs. 421 y 422.

3.2.4. Autonomía disciplinaria.

También con el fin de proveer al adecuado desempeño de los cometidos parlamentarios de la Asamblea, el artículo 16.1 del Estatuto extremeño reconoce a ésta autonomía disciplinaria. Aunque, de nuevo, la atribución es genérica y sin precisión definitoria ulterior⁵⁹, cabe concebirla como el conjunto de facultades necesarias para el mantenimiento del orden dentro del recinto de la Cámara. O lo que es igual, para el mantenimiento de la disciplina parlamentaria, en sus diversas vertientes.

Sólo a una de tales vertientes se refiere de modo explícito el propio Estatuto de Autonomía, en su artículo 19.2, al que hay que entender vinculado con el artículo 16.1, cuando confiere al Presidente de la Cámara el ejercicio de las facultades de policía en su sede. Sin embargo, la preservación de la disciplina parlamentaria abarca otros aspectos, como las llamadas a la cuestión y al orden, que, para posibilitar el adecuado desarrollo de los debates, tienen por destinatarios a los Diputados de la Asamblea, tal y como en la actualidad se desprende de los artículos 150 y 151 del Reglamento de la Cámara, de 2015. Y también a los Diputados autonómicos se dirige otra de las potestades integrantes de la autonomía disciplinaria de la Asamblea, la de sanción por incumplimiento de los deberes que integran el estatuto de dichos Diputados, que la vigente normativa reglamentaria citada regula en sus artículos 148 y 149.

Por último, se integran dentro de la autonomía disciplinaria de la Asamblea de Extremadura las potestades de policía residenciadas en su Presidente, tanto por el artículo 19.2 del Estatuto de Autonomía como, en desarrollo del mismo, por la norma reglamentaria de la Cámara legislativa regional. Dicha normativa prevé, en particular, la suspensión de las sesiones cuando se produzcan incidentes que impidan la normal celebración de las mismas (artículo 153), o la posibilidad de decretar la expulsión de quienes, hallándose presentes en las tribunas durante las sesiones públicas, den muestras de aprobación o desaprobación, perturben el orden, o falten a la debida compostura (actual artículo 154).

⁵⁹ Doctrinalmente, se ha definido la autonomía disciplinaria de las Asambleas como los poderes ejercidos por los órganos de la Cámara para mantener el orden y evitar las alteraciones en el funcionamiento de los trabajos parlamentarios y, si fuese preciso, conforme a reglas y procedimientos preestablecidos, aplicar sanciones ante el incumplimiento de los deberes fijados por el ordenamiento parlamentario y a aquellas conductas que alteren más gravemente la vida parlamentaria: TORRES MURO, I., "La disciplina parlamentaria. Una introducción", en DA SILVA OCHOA, J. C. (coord.) *Instituciones de Derecho Parlamentario. V. Derecho Parlamentario Sancionador*, Parlamento Vasco, Vitoria, 2006 pp. 31-32.

4. Panorama general de las atribuciones de la Asamblea de Extremadura (Artículo 16.2 del Estatuto de Autonomía).

El artículo 16.2 del Estatuto de Autonomía enumera las atribuciones de la Asamblea de Extremadura. En un largo listado, se relacionan algunas de las más características de la Cámara en su condición de institución parlamentaria, como el ejercicio de la función legislativa de la Comunidad Autónoma, la aprobación de sus Presupuestos, o el impulso y control de la acción del Presidente y de la Junta. El listado, sin embargo, no es exhaustivo, como atestigua la remisión final, en la letra ñ), a las demás que se deriven de la Constitución, del propio Estatuto y del [resto del] ordenamiento jurídico⁶⁰.

4.1. Las funciones «típicamente parlamentarias» de la Asamblea de Extremadura: legislativa, presupuestaria y de control del Ejecutivo.

4.1.1. Función legislativa.

El artículo 16.2.b) del Estatuto extremeño de Autonomía atribuye el ejercicio de la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma a la Asamblea⁶¹. Ello determina, como regla de principio, que dicha potestad deba entenderse conferida al órgano plenario de la Cámara, circunstancia que corrobora el artículo 22. Pero este último precepto estatutario prevé, no obstante, dos formas de delegación de la referida

⁶⁰ Ejemplo significativo de este tipo de funciones es la participación de la Asamblea de Extremadura en el sistema de alerta temprana para el control del respeto al principio de subsidiariedad por los proyectos legislativos de la Unión Europea, previsto en el Protocolo anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, e instrumentado, en nuestro ordenamiento, por la Ley (estatal) 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta [Congreso-Senado] para la Unión Europea, en adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, y que, en la Comunidad extremeña, ha dado lugar a la Resolución del Presidente de la Asamblea de 13 de octubre de 2010, sobre el procedimiento para el control de la aplicación del principio de subsidiariedad de los proyectos de actos legislativos europeos. A este respecto, en perspectiva comparada interautonómica, véase el trabajo de CARMONA CONTRERAS, A., "¿Hacia la europeización de los Parlamentos autonómicos? Reflexiones al hilo del mecanismo de alerta temprana", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 16, 2012, pp. 141-176. Y en concreto sobre el papel del legislativo extremeño en este contexto funcional, cabe remitir al estudio de CAMISÓN YAGÜE, J. A., "La Asamblea de Extremadura y el control del principio de subsidiariedad a través del mecanismo de alerta temprana", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 14, 2011, pp. 264-320.

⁶¹ Sobre el significado y alcance de la atribución de potestad legislativa a la Asamblea de Extremadura, como elemento definitorio de la autonomía política de la Comunidad Autónoma, TRUJILLO RINCÓN, M. A., *La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas. Referencias a la Comunidad Autónoma de Extremadura*, Asamblea de Extremadura, Mérida, 1996.

potestad. Una *ad intra*, del Pleno en las Comisiones (artículo 22.1, con algunas limitaciones materiales). La otra, *ad extra*, integra la delegación legislativa de la Asamblea en la Junta de Extremadura (artículo 22.2 y 3), aunque con sometimiento de los textos elaborados por el Ejecutivo autonómico a una votación parlamentaria final por el procedimiento de lectura única, uno de cuyos efectos es el exclusivo sometimiento del correspondiente Decreto legislativo autonómico al control jurisdiccional del Tribunal Constitucional (artículo 41.2)⁶². De hecho, el control de estas delegaciones legislativas aparece como función de la Cámara en el artículo 16.2.f) del Estatuto, que también le atribuye la convalidación de los Decretos-leyes de la Junta, previstos en el artículo 33 del propio texto estatutario.

El Estatuto de Autonomía determina así la más amplia remisión a la configuración del procedimiento legislativo que efectúe el Reglamento de la Asamblea de Extremadura, como materia propia de la autonomía reglamentaria reconocida a la Cámara en el primer apartado del artículo 16 de la norma estatutaria extremeña. Salvo en lo que se refiere a las delegaciones antes mencionadas, y a la iniciativa legislativa municipal y popular, respecto de la cual los apartados tercero y cuarto del artículo 23 del Estatuto reenvían a sendas leyes aprobadas por mayoría absoluta de la Cámara.

No obstante, el Reglamento de la Asamblea de Extremadura, dentro de la extensa capacidad de configuración que la referida remisión estatutaria le confiere al respecto, se halla sometido a límites derivados de la naturaleza deliberante intrínseca a la institución parlamentaria, en general, y al procedimiento legislativo, en particular. Límites que cabe referir al carácter representativo y electivo que, como ha podido comprobarse, atribuye el primer apartado del artículo 16 del Estatuto a la Asamblea de Extremadura. A esa naturaleza deliberante que ha de presidir el procedimiento legislativo, debe sumarse su sometimiento al general principio de publicidad, en la medida en que tal característica es connatural al trámite de elaboración parlamentaria de las leyes.

Condicionante material genérico al ejercicio de la función legislativa autonómica es su necesario sustento competencial, esencialmente en los artículos 9, 10 y 11 del Estatuto, además de en la propia Constitución y en el resto

⁶² Acerca de esta exclusión del control de los excesos *ultra vires* de los Decretos legislativos extremeños por la jurisdicción contencioso-administrativa cuando hayan sido votados por la Asamblea, DONAIRE VILLA, F. J., *Las normas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas. Las figuras del Decreto legislativo y del Decreto-ley autonómicos*, cit., pp. 103-108.

del bloque de la constitucionalidad⁶³. Aunque esto no significa que la potestad legislativa de la Asamblea de Extremadura sólo pueda desplegarse respecto a materias sobre las que la Comunidad Autónoma disponga de facultades legislativas, exclusivas (artículo 9) o compartidas (artículo 10), sino que podrá, e incluso deberá, cuando así se desprenda del artículo 75 del Estatuto, extenderse a la organización de los servicios administrativos para la ejecución de la correspondiente legislación, aunque sea ésta íntegramente estatal, a tenor del artículo 11 de la norma estatutaria.

Por otro lado, y al igual que la Constitución, no establece el Estatuto extremeño una reserva general de ley, sino específicas reservas materiales que no impiden la incidencia de las leyes aprobadas por la Asamblea sobre ámbitos de competencia autonómica no estatutariamente reservados a esta fuente del Derecho, generándose en tal caso el correspondiente efecto de congelación de rango a consecuencia del principio de jerarquía normativa (reserva formal de ley). En varias de las aludidas reservas materiales, el Estatuto no exige mayorías cualificadas de aprobación, siendo de consiguiente observancia la regla general de la mayoría simple sentada en el artículo 21.2.

Así sucede en los supuestos previstos en los artículos 21 (comparecencia de autoridades y empleados públicos ante la Asamblea), 24 (estatuto del Presidente de la Junta de Extremadura), 35 (estatuto e incompatibilidades de los demás miembros de la Junta de Extremadura), 39 (forma de creación y funcionamiento de los órganos administrativos y forma de participación ciudadana en los procedimientos de elaboración de las disposiciones generales que les afecten), 42 (modalidades indemnizatorias adicionales a las previstas en la legislación estatal sobre responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica y sus autoridades y empleados por el funcionamiento de los servicios públicos), 47 (regulación del Consejo Económico y Social de Extremadura), 48 (régimen jurídico del Personero del Común en cuanto institución autonómica afín al Defensor del Pueblo), 49.2.a) (delimitación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales y establecimiento de sus sedes), 54 (requisitos de funcionamiento de los Municipios en régimen de concejo abierto), 59.2 (articulación de la gestión ordinaria de los servicios públicos autonómicos a través de las entidades locales), 59.3 (transferencia o delegación de facultades sobre materias de competencia

63 En relación con la decisiva incidencia del principio de competencia, en general, sobre la Ley autonómica (y por tanto, sobre las leyes emanadas de la Asamblea de Extremadura, en particular), JIMÉNEZ ASENSIO, R., *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

autonómica a los entes locales), 60 (establecimiento de un fondo incondicionado a distribuir entre los Municipios por consideraciones de equilibrio territorial y solidaridad), 75 (formas de creación y control de empresas públicas, organismos autónomos y otros entes públicos autonómicos de Derecho público o privado), 78 (Ley de Presupuestos), 84.1 (Patrimonio de la Comunidad Autónoma) y 85.1 (autorización a la Junta de Extremadura para contraer crédito y emitir deuda).

En otros casos, en cambio, el Estatuto exige mayorías cualificadas. Se trata de reservas legales de necesaria interpretación restrictiva a su alcance material, por lo que tienen de excepción al juego de la mayoría simple, como normal expresión del pluralismo en cuanto valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la Constitución, y, extrapolando a este caso lo establecido por la jurisprudencia constitucional acerca de la necesaria interpretación restrictiva de los ámbitos reservados a la ley orgánica precisamente por su *quorum* reforzado de votación, SSTC 5/1981, de 13 de febrero, F.J. 21, 76/1983, de 5 de agosto, F.J. 2, 33/1993, de 1 de febrero, F.J. 3, 127/1994, de 5 de mayo, F.J. 3, 123/2003, de 19 de junio, F.J. 11).

Así, se requiere mayoría de dos tercios en el artículo 4 del Estatuto (Ley reguladora del escudo e himno de Extremadura), y mayoría de tres quintos en los artículos 17 (ley electoral), y aprobación por mayoría absoluta en los artículos 23.3 (iniciativa legislativa municipal), 23.4 (iniciativa legislativa popular), 45 (Consejo Consultivo), 46 (Consejo de Cuentas), 54 (fusión, segregación y supresión de Municipios), 55 (gestión municipal de materias y funciones de competencia autonómica) y 59 (coordinación de las Diputaciones provinciales).

4.1.2. Funciones presupuestaria y de impulso y control de la acción del Presidente y la Junta de Extremadura.

El artículo 16.2.c) de la norma estatutaria atribuye a la Asamblea de Extremadura la aprobación de los Presupuestos anuales de la Comunidad Autónoma y la autorización del recurso al crédito público, en ambos casos mediante ley, y todo ello conforme a los términos regulados en el Título VI del propio Estatuto de Autonomía. Relacionada con tales funciones, debe mencionarse la prevista en el artículo 16.2.i) de la norma institucional básica extremeña, que confía a la Cámara parlamentaria regional el control de la gestión financiera de la Hacienda autonómica y el examen de sus propias cuentas y las de las demás instituciones, organismos, empresas y entidades públicas autonómicas, incluidas las universidades públicas, sin perjuicio del control que corresponda al Consejo de Cuentas o, en su caso, al Tribunal de Cuentas.

Por otro lado, y continuando con la tríada funcional clásica de las instituciones parlamentarias en nuestro sistema, el artículo 16.2.h) atribuye a la Asamblea la promoción y control de la acción del Presidente y de la Junta de Extremadura, y la exigencia, en su caso, de su responsabilidad política. El desarrollo de las previsiones estatutarias en cuanto a los instrumentos, tanto de exigencia de responsabilidad política, como de impulso (sin perjuicio de que la fijación de las directrices de la acción del Gobierno estatutariamente correspondan al Presidente de la Comunidad Autónoma⁶⁴) y control continuado de la acción del Gobierno autonómico, también constituye campo propio del Reglamento de la Cámara, con base en el artículo 16.1 de la norma institucional básica extremeña.

Salvo la mención a las comparecencias de autoridades y empleados públicos ante la Cámara y la alusión a las Comisiones de Investigación, ambas en el artículo 21.3 de la norma estatutaria, la mayor parte de los instrumentos de control parlamentario sin directa exigencia de responsabilidad política aparejada (preguntas, interpelaciones, solicitudes parlamentarias de información documental al Ejecutivo, etc.), no regulados expresamente en el Estatuto, se hallan implícitos en la atribución estatutaria a la Cámara de la función de control del Gobierno autonómico, que los presupone para su adecuado desenvolvimiento.

De otra parte, y relacionada con las anteriores, por su común sustrato de información y fiscalización parlamentaria sobre la actividad de otras instituciones autonómicas, se halla la función de control y seguimiento de los medios de comunicación dependientes de la Comunidad Autónoma, prevista en el artículo 16.2.j) del Estatuto. Los artículos 101 del actual Reglamento de la Asamblea y 23.1 de la Ley número 3/2008, de 16 de junio, reguladora de la Empresa Pública «Corporación Extremeña de Medios Audiovisuales» (en adelante, CEXMA), crean la pertinente Comisión de control, mientras que los artículos 23.2 y 26.1 del mismo texto legal prescriben, respectivamente, que la CEXMA remita anualmente a la citada Comisión parlamentaria la Memoria sobre el servicio público prestado, y que el Director General de la Corporación rinda periódicamente cuentas ante aquélla de la gestión presupuestaria.

4.2. Funciones de iniciativa normativa: de reforma constitucional o estatutaria y de «iniciativa de la iniciativa» legislativa estatal.

Las letras a) y g) del artículo 16.2 del Estatuto de Autonomía de Extremadura

⁶⁴ Artículo 26.3.a).

confieren a la Cámara, respectivamente, la iniciativa de reforma constitucional y estatutaria, y la denominada "iniciativa de la iniciativa legislativa". Ninguna adicional previsión estatutaria cabe hallar en torno al impulso de la reforma constitucional. Sí se han incluido determinaciones al respecto en el reciente Reglamento de la Asamblea de Extremadura aprobado en 2015, que dedica su artículo 191 a la cuestión. El precepto disciplina la solicitud de adopción de proyectos de ley dirigida al Gobierno Central o la remisión, a la Mesa del Congreso, de proposiciones de ley.

La regla común es que ambas modalidades de "iniciativa de la iniciativa" deben tramitarse de conformidad con las reglas del propio Reglamento sobre el procedimiento legislativo (primer apartado del precepto), exigiéndose aprobación por mayoría absoluta cuando la propuesta lo sea de reforma constitucional (apartado 2 de la norma). En cuanto al nombramiento de los tres parlamentarios autonómicos para defender las proposiciones de ley o de reforma constitucional ante el Congreso, se prevé en el apartado tercero del artículo 191 del Reglamento de la Asamblea su nombramiento por asentimiento si hay acuerdo de todos los grupos parlamentarios, mientras que en caso contrario, habrá de realizarse una votación en la que cada diputado autonómico dispone de un voto, resultando nombrados los tres que obtengan mayor número de votos, debiéndose aquélla repetir entre los más votados, "si fuera necesario" (esto es, debe suponerse, en los casos de empate).

En lo que respecta a la iniciativa de reforma estatutaria, el artículo 16.2.a) de la norma institucional básica extremeña debe ponerse en relación con el Título VII (artículo 91) del propio Estatuto. A este respecto, cumple resaltar la exigencia de un tercio de Diputados de la Cámara autonómica para el ejercicio de la iniciativa de reforma estatutaria cuando parta ésta de la propia Asamblea, y de su aprobación por mayoría de dos tercios de los Diputados autonómicos, luego de seguirse el procedimiento legislativo especial establecido en el Reglamento de la Cámara (actualmente, en su artículo 181), todo ello a tenor del mencionado artículo 91 del Estatuto de Autonomía.

4.3. Autorización o tramitación de Convenios y Acuerdos de Cooperación con otras Comunidades Autónomas

Como expresión concreta del general principio de cooperación en el Estado autonómico⁶⁵, en su vertiente de colaboración o concertación horizontal o interau-

⁶⁵ Una caracterización de este principio, inherente al modelo constitucional de organización territorial

tonómica, y sin perjuicio, en su caso, de su comunicación a las Cortes Generales a los efectos prevenidos en el artículo 145 de la Constitución, el artículo 16.2.k) del Estatuto de Autonomía confiere a la Asamblea de Extremadura la facultad de examinar los convenios de gestión de servicios previstos en su artículo 65, y de autorizar la suscripción de acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas a que se refiere el artículo 66 de la norma estatutaria extremeña⁶⁶.

La distinción estatutaria entre ambos tipos de instrumentos de colaboración horizontal con otras Comunidades Autónomas tiene su fundamento en el precepto constitucional recién citado, el artículo 145, en su segundo apartado. Como es bien sabido, se remite en él a los Estatutos de Autonomía la determinación del carácter y efectos de la comunicación a las Cortes Generales de los convenios celebrados para la gestión y prestación de servicios propios de aquéllas, además de los supuestos, requisitos y términos en que tales convenios horizontales o interautonómicos pueden suscribirse. Y finaliza el mismo artículo disponiendo, según un planteamiento residual, que para los demás supuestos los correspondientes acuerdos de cooperación interautonómicos necesitarán la autorización de las Cortes Generales.

No siendo lugar éste para abordar en general la problemática distinción entre unos y otros acuerdos y convenios, ni el elemento de heterogeneidad que el precepto constitucional introduce con la amplia remisión a los diversos Estatutos de

del Estado, puede hallarse en GARCÍA MORALES, M. J., "La colaboración a examen. Retos y riesgos de las relaciones intergubernamentales en el Estado Autonómico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 86, 2009, pp. 65-117. Asimismo, en GARCÍA MORALES, M. J., MONTILLA MARTOS, J. A. y ARBÓS I MARÍN, X., *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006. Y en particular sobre la regulación de las relaciones de colaboración en los Estatutos de Autonomía íntegramente reformados entre 2006 y 2011 (el extremeño incluido), GARCÍA MORALES, M. J., "Los nuevos Estatutos de Autonomía y las relaciones de colaboración. Un nuevo escenario, ¿una nueva etapa?", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 19, 2009, pp. 357-426.

66 La praxis convencional de Extremadura con otras Comunidades Autónomas puede seguirse, en un contexto horizontal interautonómico, a través de la Sección de GARCÍA MORALES, M. J., sobre "Convenios de Colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entre las Comunidades Autónomas", que anualmente desde 2001 y hasta la actualidad realiza dicha autora en el *Informe Comunidades Autónomas*, publicado en Barcelona por el Instituto de Derecho Público, bajo la sucesiva dirección de AJA, E. y TORNOS MAS, J. Asimismo, en la Sección anual sobre Extremadura dentro del mencionado *Informe Comunidades Autónomas*, se analiza específicamente la actividad convencional de dicha Comunidad Autónoma, tanto vertical con el Estado, como horizontal con otras Comunidades Autónomas. Véase, asimismo, la información correspondiente a las anualidades comprendidas entre 1989 y 1999 recopilada en PÉREZ TREMPES, P., SÁNCHEZ AMOR, J. I. y NAVARRO MÉNDEZ, J. I., *Instituciones extremeñas 1989-1999. Materiales para el Estudio de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, Universitas Editorial, Badajoz, 2000.

Autonomía para concretar cuándo es precisa y cuándo no la autorización de las Cortes, ni incluso la determinación de las facultades de que éstas disponen sobre los Convenios interautonómicos sometidos a comunicación pero no a autorización (como por ejemplo, la compleja cuestión de la potestad recalificadora de las Cámaras estatales)⁶⁷, sí lo es para resaltar las novedades que introduce la reforma total del Estatuto de Autonomía de Extremadura de 2011 respecto a las atribuciones de la Asamblea legislativa regional sobre estos Convenios y Acuerdos de colaboración suscritos con otras Comunidades Autónomas.

El Estatuto extremeño inicial de 1983 regulaba este tema en el artículo 13. Se distinguía en él entre Convenios para gestión y prestación de servicios propios de la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas firmantes (que habían de comunicarse a las Cortes Generales, y si éstas o alguna de sus Cámaras manifestaban en treinta días algún reparo, tales Convenios habían de someterse a la previa aprobación de las Cortes) y acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas, siempre sujetos a la previa autorización de las Cortes Generales. Tras la reforma estatutaria parcial de 1999, la cuestión pasó a regularse en el artículo 14 de la norma institucional básica.

Añadió la reforma de 1999 dos modificaciones esenciales en este ámbito, con el común resultado de fortalecer las atribuciones de la Asamblea de Extremadura en materia de Convenios y Acuerdos con otras Comunidades Autónomas. De una

67 Cuestiones que han suscitado amplia atención doctrinal. A título ejemplificativo, pueden mencionarse los estudios de ALBERTÍ ROVIRA, E., "Los Convenios entre Comunidades Autónomas", *Documentación Administrativa*, n.º 240, 1994, pp. 107-130, DE CARRERAS SERRA, F., "Notas sobre los Convenios entre Comunidades Autónomas", *Azpilcueta Cuadernos de Derecho*, n.º 11, 1998, pp. 61-66, CALAFELL FERRÁ, V. J., *Los Convenios entre Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, del mismo autor, "La participación de los Parlamentos autonómicos en la celebración de Convenios entre Comunidades Autónomas", *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 16, 2005, pp. 169-193, de nuevo del mismo autor, "Incidencia de las últimas reformas estatutarias en la ordenación de los Convenios entre Comunidades Autónomas", en VERA SANTOS, J. M. y DÍAZ REVORIO, F. J. (coords.), *La reforma estatutaria y constitucional*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009, pp. 155-175, GARCÍA COUSO, S., *La participación de las Cortes Generales y en los Convenios y Acuerdos de Cooperación entre Comunidades Autónomas*, Senado, Madrid, 2004, GONZÁLEZ GARCÍA, I., *Convenios de cooperación entre Comunidades Autónomas: Una pieza disfuncional de nuestro Estado de las Autonomías*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, del mismo autor, "Un distingo constitucionalmente relevante: Convenios de Colaboración vs. Acuerdos de Cooperación entre Comunidades Autónomas", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 145, 2009, pp. 97-118, y también de este último autor, "La facultad de recalificación de las Cortes Generales ex artículo 145.2 CE: una tesis personal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 31, 2011, pp. 103-134, o TAJADURA TEJADA, J., "Los Convenios de cooperación entre Comunidades Autónomas: marco normativo y propuestas de reforma", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 11, 2010, pp. 206-254.

parte, la obligación de comunicar los primeros al legislativo regional, y no sólo a las Cortes Generales, atribuyendo también a aquél (además de a éstas) la facultad de oponer reparos determinantes del sometimiento del Convenio a la autorización por las tres Cámaras, autonómica y estatales. Por otra parte, el sometimiento de los restantes Acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas a la aprobación de la Cámara parlamentaria extremeña, a propuesta de la Junta de Extremadura (además de a la ulterior autorización de las Cortes Generales, que se mantenía por evidente imperativo constitucional).

La vigente regulación estatutaria extremeña de ambos tipos de instrumento de cooperación con otras Comunidades Autónomas tiene una mayor densidad normativa. Por lo que respecta a los Convenios sometidos a comunicación (actual artículo 65 del Estatuto), se amplía su contenido, no sólo a la gestión y prestación de servicios, sino ahora también a la planificación de los mismos. Además, se clarifica la catalogación funcional de las actuaciones que pueden ser objeto de estos Convenios, especificándose que los servicios han de ser de naturaleza administrativa o ejecutiva.

También se autoriza el ejercicio de la potestad reglamentaria conexas, en especial la de autoorganización, para la creación o modificación de órganos administrativos propios o mixtos vinculados al contenido del convenio. Y se amplía el radio material de acción de estos Convenios, pues si en la regulación estatutaria anterior (artículo 14 del Estatuto de 1983, en su versión de 1999) sólo podían referirse a ámbitos de competencia exclusiva de la Comunidad de Extremadura, en la actualidad pueden proyectarse sobre "todas las materias de su respectiva competencia", dado que todas ellas, por regla de principio, incluyen facultades de ejecución.

Adicionalmente, se clarifica el contenido y alcance de la intervención de las Cortes Generales respecto a ellos, detallándose que se trata de "la eventual emisión de recomendaciones no vinculantes", y previéndose la entrada en vigor del Convenio tras un silencio (positivo, por tanto) de las Cámaras parlamentarias estatales de un mes desde la recepción del respectivo instrumento. Pero, por otro lado, se modifican en clave restrictiva las atribuciones que sobre estos mismos Convenios confería a la Asamblea el Estatuto de 1983 tras su parcial reforma en 1999.

En efecto, si como acaba de indicarse, el antiguo artículo 14 de la norma estatutaria extremeña de 1983 permitía a la Asamblea oponer reparos y ello determinaba el necesario sometimiento del Convenio a autorización por la propia Asamblea y por las Cortes Generales, con arreglo a la regulación actualmen-

te vigente (apartado 2 del artículo 65 del Estatuto íntegramente reformado en 2011) el legislativo extremeño tan sólo puede realizar "el mero examen de una posible colisión con sus competencias estatutarias". Función que, por añadidura, debe ejercerse mediante votación plenaria de la Asamblea por mayoría absoluta, y cuya única consecuencia es la activación automática del mecanismo conflictual entre instituciones de la Comunidad Autónoma ante el Consejo Consultivo de Extremadura, previsto en el artículo 44 del mismo Estatuto, a tenor de cuyo apartado 2, la correspondiente resolución carece de valor vinculante.

Igual ha sucedido, debe también subrayarse, con el valor que ahora se otorga al parecer del Congreso de los Diputados y el Senado, cuya función queda limitada en el vigente artículo 65.2 del Estatuto de Autonomía a la mera formulación de recomendaciones no vinculantes. Ello contrasta, en clave de reducción de las atribuciones de las Cortes Generales (compatible, por otro lado, con las previsiones del artículo 145 de la Constitución), con el anterior tenor estatutario, en el que ambas Cámaras parlamentarias del Estado, al igual que la propia Asamblea, podían formular reparos, determinantes de la necesidad de tramitar el Convenio del mismo modo que los Acuerdos de cooperación, lo que implicaba su sometimiento a autorización vinculante del Congreso y del Senado.

En este extremo, el tenor definitivo del actual Estatuto extremeño de Autonomía se aparta, tanto de la Propuesta Técnica del Comité de Expertos⁶⁸, cuanto de la inicial Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía presentada ante la Asamblea de Extremadura por los Grupos Popular y Socialista⁶⁹, iniciativas

68 Artículo 76 de la Propuesta Técnica del Comité de Expertos: "1. La Comunidad Autónoma de Extremadura fomentará la solidaridad intercomunitaria mediante la celebración de convenios con otras Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios de competencia de las mismas. 2. Antes de su entrada en vigor, tales convenios deberán ser comunicados al Congreso de los Diputados, al Senado y a la Asamblea de Extremadura. Si transcurrido el plazo de un mes desde la recepción de la comunicación no se hubieran manifestado reparos, el convenio entrará en vigor. En caso contrario, el convenio deberá seguir el procedimiento previsto en el apartado siguiente. 3. A propuesta de la Junta de Extremadura ratificada por la Asamblea, la Comunidad Autónoma podrá establecer acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas, previa autorización de las Cortes Generales".

69 Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura (REA-1). Formulada, conjuntamente, por los Grupos Parlamentarios Socialista (PSOE-Regionalistas) y Popular (PP-EU). R.E. nº 12.123, *Boletín Oficial de la Asamblea de Extremadura*, VII Legislatura, Núm. 229, 28 de mayo de 2009: "Artículo 65. Convenios con otras Comunidades Autónomas: 1. La Junta de Extremadura podrá proponer, negociar y formalizar con otros gobiernos autonómicos convenios. 2. Antes de su definitiva formalización, tales convenios deberán ser comunicados simultáneamente al Congreso de los Diputados y al Senado. Si transcurrido el plazo de un mes desde la recepción de la comunicación no se hubieran manifestado reparos, el convenio podrá formalizarse, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente. De haberlos, por una o por ambas cámaras, se seguirá el procedimien-

ambas que en lo esencial mantenían el esquema estatutario anterior: esto es, postestad de Congreso, Senado y Asamblea de Extremadura de formular reparos al Convenio, con la consecuencia de determinar el sometimiento del mismo al procedimiento de previa autorización vinculante de las Cortes Generales, al estilo de los (restantes) Acuerdos de cooperación.

La mudanza hacia el sistema vigente (reparos no vinculantes por parte de Congreso y Senado, y reparos determinantes del procedimiento estatutario de resolución de conflictos entre las instituciones de la Comunidad Autónoma mediante dictamen, asimismo no vinculante, del Consejo Consultivo de Extremadura) parece haber venido propiciada por las observaciones realizadas en el Dictamen del mencionado Consejo Consultivo sobre la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía. Sin embargo, la solución finalmente adoptada también difiere (y mucho) de la sugerida en ese mismo Dictamen.

En efecto, se recomendaba en él que "se tenga en cuenta también el carácter que finalmente se haya atribuido al dictamen del Consejo Consultivo previsto para dicho procedimiento, pues si fuese vinculante, entonces debería suprimirse sin más el último inciso del artículo 65.3 de la Propuesta; en cambio, si dicho dictamen no fuese vinculante, deberá mantenerse el texto de la Propuesta u otro alternativo que permita resolver dicho conflicto interinstitucional." Esto es, se aconsejaba suprimir la aplicabilidad del procedimiento de autorización vinculante de las Cortes Generales sólo si tuviese igual valor vinculante la resolución, por el Consejo Consultivo, del conflicto interinstitucional a que daban paso los reparos de la Asamblea según la Propuesta inicial de Reforma del Estatuto, sometida al parecer de la referida institución consultiva.

Pero justo lo contrario es lo que determina la regulación estatutaria final, a cuyo tenor dicha resolución no es vinculante, como ya se ha indicado. De hecho, el texto estatutario, con el indicado contenido final del artículo 65 (que no sufrió modificaciones durante el trámite ante las Cortes Generales), procede de sendas

to de autorización previsto para los acuerdos de cooperación en el artículo siguiente. 3. Al mismo tiempo, serán comunicados a la Asamblea de Extremadura para el mero examen de una posible colisión con sus competencias estatutarias. Si transcurrido el plazo de un mes desde la recepción de la comunicación no se hubieran manifestado reparos, se podrá formalizar el convenio, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior. De haber tales reparos, aprobados mediante votación plenaria por mayoría absoluta, y no mostrarse con ellos de acuerdo la Junta, se aplicará el procedimiento de resolución de conflictos entre las instituciones por parte del Consejo Consultivo. De mantenerse ulteriormente la discrepancia, se seguirá el procedimiento de autorización por las Cortes previsto para los acuerdos de cooperación en el artículo siguiente".

enmiendas suscritas con posterioridad al Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma por los Grupos Popular y Socialista de la Asamblea de Extremadura⁷⁰.

Por lo que se refiere, en cambio, a los restantes Acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas, previstos en el artículo 66 del vigente tenor estatutario extremeño, las innovaciones radican en la especificación funcional del posible contenido de tales Acuerdos ("para el ejercicio conjunto de funciones normativas, institucionales y políticas diferentes de las puramente reglamentarias, ejecutivas o administrativas reguladas en el artículo anterior"). Al igual que en la normativa estatutaria antecedente (artículo 14 del Estatuto de 1983, en su última reforma parcial de 1999), la actual (artículo 66.2 de la norma institucional básica de Extremadura) prescribe que estos Acuerdos se sometan a autorización tanto de la Asamblea legislativa regional como de las Cámaras estatales, Congreso y Senado.

No obstante, si el anterior tenor estatutario otorgaba mayor valor decisorio a la Asamblea legislativa regional, al Congreso y al Senado, el vigente artículo 66 de la norma institucional básica extremeña restringe el contenido y alcance de estas intervenciones parlamentarias, al limitar el cometido de cada una de las tres Cámaras a la autorización sin enmiendas (lo que, por ejemplo, se antoja difícilmente conciliable con el artículo 137.2 del Reglamento del Senado, del cual se desprende que este último, a propuesta de su Comisión General de las Comunidades Autónomas, puede someter su autorización a condicionamientos). De otra parte, y continuando con las diferencias respecto a la precedente redacción del Estatuto extremeño de Autonomía, la actual prevé la remisión de los Acuerdos de cooperación de Extremadura con otras Comunidades Autónomas, para la citada autorización, en distintos momentos: primero a la Asamblea, y posteriormente, y de manera simultánea, al Congreso de los Diputados y al Senado.

En cuanto a la primera, se otorga a la Asamblea de Extremadura un plazo de un mes para pronunciarse (artículo 66.2), lo que con claridad se halla dentro de

70 Enmienda n.º 63 (R.E. no 12.730), presentada conjuntamente por el Grupo Parlamentario Socialista (PSOE-Regionalistas) y por el Grupo Parlamentario Popular (PP-EU), a la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura (REA-1), de Sustitución del Artículo 62, Punto 2, *Boletín Oficial de la Asamblea de Extremadura*, VII Legislatura, Núm. 250, de 9 de septiembre de 2009, pág. 56, que fue incorporada a la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Presentada por la Asamblea de Extremadura, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, IX Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 199-1, de 9 de octubre de 2009, pág. 20.

las posibilidades de configuración de los órganos de autogobierno que el artículo 147 de la Constitución otorga a la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma. Pero también establece el referido artículo 66.2 del Estatuto extremeño otro plazo de un mes desde la recepción para que el Congreso y el Senado se pronuncien, lo cual puede suponer una intromisión estatutaria en la autonomía reglamentaria y de funcionamiento constitucionalmente conferida a las Cámaras estatales, quienes legítimamente pueden establecer o consumir plazos distintos.

Por último, la actual norma institucional básica de la Comunidad de Extremadura deja en la indeterminación la situación jurídica de estos Acuerdos si la autorización del Congreso, del Senado, o de ambas Cámaras, recae después del referido mes, lo cual pone de manifiesto la innecesaria complejidad reguladora que lleva aparejada la fijación estatutaria de dicho plazo.

4.4. Funciones de designación o participación en la designación de componentes de altas instituciones estatales o autonómicas.

4.4.1. Elección de los Senadores comunitarios.

El artículo 16.2.l) del Estatuto de Autonomía atribuye a la Asamblea extremeña la designación de los Senadores que constitucionalmente corresponden a la Comunidad Autónoma, con arreglo a criterios de proporcionalidad y a propuesta de los Grupos Parlamentarios de la Cámara legislativa regional. La novedad reside en la expresa opción estatutariamente concedida a los Senadores así designados para mantener su condición simultánea de Diputados de la Asamblea, o renunciar a ella, aunque vinculando en todo caso su mandato como Senadores al de la propia Cámara extremeña. En tal sentido, tanto la Ley 2/1987, de elecciones a la Asamblea de Extremadura, en su artículo 7.2, cuanto la legislación estatal (apartados 3 y 4 del artículo 155 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General), en sus respectivos ámbitos de aplicación, expresamente declaran compatibles la condición de Diputado de autonómico y Senador.

El detalle del procedimiento de designación se encuentra regulado en los artículos 244 a 247 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura de 2015: esencialmente, fijación del número total de Senadores correspondientes a la Comunidad Autónoma por la Mesa de la Asamblea de acuerdo con la Junta de Portavoces (en función del censo de población de Derecho vigente en el momento de celebración de las últimas elecciones a la Cámara legislativa autonómica), así como del número de Senadores que según criterios de proporcionalidad corresponda proponer a cada Grupo Parlamentario, elevación de la pertinente pro-

puesta por la Mesa al Pleno, y designación mediante votación de conjunto sobre tal propuesta en el órgano plenario de la Cámara, en el plazo máximo de un mes desde su sesión constitutiva. No estando específicamente establecida mayoría cualificada alguna, juega la regla general de la mayoría simple, de conformidad con los artículos 21.2 del Estatuto de Autonomía y 137 del actual Reglamento de la Asamblea de Extremadura.

4.4.2. Participación en la designación de (otros) componentes de instituciones del Estado y autonómicas.

El artículo 16.2.m) del Estatuto de Autonomía atribuye a la Cámara parlamentaria extremeña la propuesta de nombramiento de miembros de altas instituciones del Estado. Así por ejemplo, la Asamblea participa en el procedimiento de designación de los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional que corresponde proponer al Senado, cuestión que en la actualidad queda desarrollada en los artículos 248 y 249 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura de 2015, reguladores de los procedimientos de elección, designación o nombramientos de personas en casos distintos de la designación de Senadores en representación de la Comunidad Autónoma⁷¹. Como es sabido, la nueva redacción del 16.1 de la LOTC⁷², obra de la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo, dispone que estos Magistrados sean elegidos de entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas autonómicas en los términos señalados en el Reglamento del Senado.

Éste, a su vez reformado en noviembre de 2007⁷³, establece en su artículo

71 En perspectiva interautonómica comparada, se analizan las normativas autonómicas aplicables a la propuesta al Senado de candidatos a Magistrados del Tribunal Constitucional, en CID VILLAGRASA, B., "La normativa seguida por los Parlamentos autonómicos para presentar candidatos a Magistrados del Tribunal Constitucional ante el Senado", *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 19, 2008, pp. 387-424. Asimismo, resulta de interés, a este respecto, el "Informe de la Secretaría General del Senado sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución, las Leyes y el Reglamento del Senado por las candidaturas de Magistrados del Tribunal Constitucional presentadas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas", *Revista de las Cortes Generales*, n.º 82, 2011, pp. 465-478.

72 Expresamente declarada constitucional por la STC 49/2008, de 9 de abril. Sobre dicho enjuiciamiento constitucional, procede remitir aquí a la bibliografía mencionada en la siguiente nota a pie.

73 Reforma del Reglamento del Senado por la que se modifica el artículo 184, aprobada por el Pleno en su Sesión del día 21 de noviembre de 2007, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*. Serie III A, núm. 53 (h), de 22 de noviembre de 2007. Explícitamente declaradas constitucionales ambas reformas por las SSTC 49/2008, de 9 de abril y 101/2008, de 24 de julio y 101/2008, de 24 de julio. Mayores detalles sobre el contenido de esta reforma, y su enjuiciamiento constitucional (favorable), pueden hallarse, entre otros trabajos, en los de TORRES MUÑOZ, I., "La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Reglamento del Senado, puesta a prueba (SSTC 49/2008, de 9 de abril y 101/2008, de 24 de julio)", *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 6, 2008, URÍAS MARTÍNEZ, J., "El

184.7 el procedimiento, principiando con la comunicación por el Presidente de la Cámara a sus homólogos de los Parlamentos autonómicos la apertura de plazo para la presentación por cada uno de éstos de hasta dos candidatos que cumplan los requisitos constitucionales de cualificación y experiencia profesional, debidamente documentados, a la Comisión de Nombramientos del Senado, la cual elevará al Pleno de la Cámara Alta, que habrá de decidir por mayoría de tres quintos, una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir, previa comparecencia de aquéllos ante la referida Comisión de Nombramientos.

El artículo 51.3 del propio Estatuto de Autonomía prescribe que la Asamblea, oído el Consejo de Justicia de Extremadura (si y cuando esta institución exista), propondrá ternas de juristas de reconocido prestigio para el nombramiento, por el Consejo General del Poder Judicial, de Magistrados del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en los términos establecidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial (actualmente, en su artículo 330.4). Se trata de una atribución reconocida a la Asamblea desde la redacción inicial del Estatuto de Autonomía de 1983, habiendo generado una praxis desigual. Y es que junto a la usual aceptación con normalidad del Consejo General del Poder Judicial de las ternas propuestas por la Asamblea de Extremadura, procediendo a la propuesta de nombramiento correspondiente, ha existido el precedente de dos rechazos sucesivos, con la consiguiente ausencia de propuesta de nombramiento a cargo del Consejo General, acaecidos durante los años 2001 y 2002⁷⁴.

En cuanto al nombramiento de componentes de altas instituciones autonómicas, el principal supuesto estatutariamente regulado es el de la investidura parlamentaria del Presidente de la Comunidad Autónoma (artículo 25). Fuera de este relevante ejemplo, la única previsión explícita del Estatuto es la designación, por mayoría de tres quintos de la Cámara, del Personero del Común (artículo 48 in fine), institución autonómica afín al Defensor del Pueblo, que al tiempo de elaboración del

Tribunal Constitucional ante la participación autonómica en el nombramiento de sus miembros", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n.º 10, 2010, pp. 207-244.

⁷⁴ Para mayores detalles sobre estos sucesivos rechazos del Consejo General a las ternas propuestas por la Asamblea de Extremadura en 2001 y 2002, véase NAVARRO MÉNDEZ, J. I. y PÉREZ TREMPES, P., "Extremadura", en J. TORNOS MAS (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2001*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2002, pp. 311-312, y DONAIRE VILLA, F. J., "Extremadura", en J. TORNOS MAS (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2002*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2003, pp. 306-307. Sobre la aceptación por el Consejo General en 2003 de la "tercera terna" propuesta por la Asamblea legislativa extremeña tras los dos rechazos reseñados, véase DONAIRE VILLA, F. J., "Extremadura", en J. TORNOS MAS (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2003*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2004, pp. 352-353.

presente trabajo no ha sido aún objeto del correspondiente desarrollo legislativo.

La ordenación estatutaria de otras instituciones autonómicas remite la regulación de éstas a las leyes de la Asamblea de Extremadura, incluyendo la composición y régimen de elección. Se trata del Consejo Consultivo (artículo 45.1), del Consejo de Cuentas (artículo 46.2) y del Consejo Económico y Social (artículo 47), leyes que en los dos primeros casos deben aprobarse por mayoría absoluta de la Cámara.

Así, el artículo 4.2.a) de la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo preveía que tres de los cinco Consejeros electivos del Consejo Consultivo los eligiera la Asamblea de Extremadura por mayoría absoluta de entre juristas de reconocida competencia residentes en Extremadura, con la condición política de extremeños y con al menos diez años de ejercicio profesional. Sin embargo, debe mencionarse aquí la Ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura.

De las muchas incógnitas jurídicas que este texto legislativo autonómico plantea, destaca la supresión (artículo único de dicha Ley) de un órgano estatutariamente previsto, cual es el Consejo Consultivo de Extremadura, sin que haya mediado reforma de los correspondientes preceptos del Estatuto de Autonomía (artículos 15.2, que lo menciona entre las instituciones estatutarias, 45, regulador del Consejo, y 44, referente al conflicto entre instituciones de autogobierno, que atribuye al Consejo la resolución de dicho procedimiento conflictual). También es de resaltar el relevo del Consejo Consultivo de Extremadura por un órgano de nuevo cuño al que dicha Ley 19/2015 (en su extensa Disposición Adicional Primera) da un nombre diferente del estatutariamente previsto, la Comisión Jurídica de Extremadura, y de cuya obligada consulta precisamente se exceptúan en el cuarto apartado de esa misma Disposición Adicional los supuestos previstos por el Estatuto de Autonomía de Extremadura, respecto a los que se prescribe que se esté a lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

Nótese que el artículo 24 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado sólo permite que éste ejerza respecto de las Comunidades Autónomas las funciones previstas en esa misma Ley Orgánica. Lo que significa que el Consejo de Estado no podrá resolver los conflictos entre instituciones estatutarias, puesto que no los regula su Ley Orgánica, sino el artículo 44 de la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Y supone igualmente que tampoco pueda resolverlos la propia Comisión Jurídica Extremadura, por estarle vedados

los supuestos estatutariamente previstos (apartado 4 de la Disposición Adicional Primera de la Ley regional número 19/2015).

Ahora bien, y con independencia de esto último, sí debe subrayarse aquí que la Asamblea de Extremadura pasa a no tener participación alguna en la designación del Presidente y los cinco Vocales de esta nueva Comisión Jurídica de reciente creación legislativa, que viene a reemplazar al Consejo Consultivo de creación estatutaria, sino que tanto el Presidente como los cinco Vocales de la misma son nombrados por Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura (apartado 7 de la Disposición Adicional Primera de la citada Ley 19/2015). Aunque también debe observarse que el artículo 45 del Estatuto no exige el nombramiento de los miembros del Consejo Consultivo por la Asamblea de Extremadura, al remitir el sistema de designación al desarrollo legislativo que por mayoría absoluta adopte la Cámara parlamentaria autonómica.

De modo similar, ninguna intervención de la Asamblea de Extremadura establece la vigente Ley reguladora del Consejo Económico y Social en el nombramiento de los miembros de éste⁷⁵. Y en cuanto al Consejo de Cuentas previsto en el artículo 46 del Estatuto de Autonomía, aún no creado efectivamente, la nonata Ley reguladora del Consejo de Cuentas de Extremadura (aprobada por el Pleno de la Asamblea de Extremadura el 10 de abril de 1997⁷⁶, pero nunca publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma, por lo que no ha llegado a entrar en vigor) preveía una composición de 9 Consejeros.

Tales Consejeros los elegiría la Asamblea por mayoría de tres quintos en primera votación, y mayoría absoluta en una segunda votación en un máximo de 30 días, entre juristas o economistas de reconocido prestigio con una residencia habitual de al menos cinco años en la Comunidad Autónoma (artículo 18 del mismo texto legal), nombrándose de entre ellos al Presidente, a propuesta del Pleno del Consejo, por el Presidente de la Junta, por un período de tres años renovable hasta dos veces más (artículo 13.3 de dicha Ley). Posteriormente, llegó a redactarse en 2009 un Anteproyecto de Ley del Consejo de Cuentas de Extremadura, que, tras el pertinente trámite de información pública⁷⁷, fue dictaminado

75 Ley 3/1991, de 25 de abril, de creación del Consejo Económico y Social de Extremadura.

76 *Boletín Oficial de la Asamblea de Extremadura*, IV Legislatura, núm. 106, 30 de abril de 1997, pp. 11 y ss.

77 Resolución, de 10 de julio de 2009, de la Secretaría General de la Consejería de Administración Pública y Hacienda de la Junta de Extremadura, por la que se acuerda la apertura del periodo de información pública con relación al Anteproyecto de Ley del Consejo de Cuentas de Extremadura, *Diario Oficial*

favorablemente por el Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma⁷⁸, sin que tampoco haya llegado a ser hasta ahora norma vigente, al no haberse siquiera producido aprobación parlamentaria.

El Anteproyecto al que se hace alusión preveía una composición de tres Consejeros, elegidos por la Asamblea de Extremadura para un período de cinco años (reelegibles para otro más), mediante mayoría de tres quintos en primera votación, o mayoría absoluta en segunda, a propuesta de los Grupos Parlamentarios en proporción a su número de Diputados, de entre funcionarios públicos pertenecientes a Cuerpos en cuyo ingreso se requiera titulación académica superior, abogados y economistas, todos de reconocida competencia con más de seis años de ejercicio profesional relacionado con las materias propias del Consejo. Por su parte, y según el mismo Anteproyecto, el Presidente del Consejo sería elegido de entre los Vocales del mismo, a propuesta del Pleno de éste, y nombrado por el Presidente de Comunidad Autónoma.

La amplia interpretación que cabe atribuir a la locución «altas instituciones de la Comunidad Autónoma» puede cabalmente extenderse a las designaciones de otros órganos autonómicos de creación legal (esto es, infraestatutaria) cuya norma reguladora así lo prevea⁷⁹. Tal sería, por ejemplo, el caso de la Corporación Extremeña de Medios Audiovisuales (CEXMA). El artículo 7.1 de la Ley 3/2008, de 16 de junio, reguladora en la actualidad de dicha Corporación prescribe que los nueve miembros del Consejo de Administración de la misma sean elegidos por dos tercios de los Diputados de la Asamblea (o, de no lograrse tal asentimiento en quince días, subsidiariamente por mayoría absoluta) en cada legislatura de la misma, de entre personas de relevantes méritos profesionales y teniendo en cuenta criterios de pluralismo, representatividad y composición equilibrada entre hombres y mujeres, a propuesta de los Grupos Parlamentarios⁸⁰.

de Extremadura, núm. 136, de 16 de julio de 2009, pág. 20804.

78 Dictamen No 286 /2010 de 27 de mayo de 2010, Expediente relativo al Anteproyecto de Ley del Consejo de Cuentas de Extremadura.

79 En defecto de específica previsión legislativa de acerca del modo de efectuar la elección de los titulares de los cargos o puestos institucionales correspondientes, se ha subrayado ya la existencia de una regulación en el Reglamento de la Asamblea de Extremadura de 2015 (artículos 248 y 249) sobre los procedimientos de elección, designación o nombramientos de personas para casos distintos de la designación de Senadores en representación de la Comunidad Autónoma.

80 Sobre las vicisitudes que marcaron la aprobación de dicho texto legal, precisamente en relación con el sistema de votación parlamentaria de los integrantes del órgano de gobierno de la CEXMA, RODRÍGUEZ-VERGARA, A., "La normativa de Extremadura sobre medios de comunicación social", en BLANCO-MORALES LIMONES, P. y MORENO HURTADO, D. M. (coords.), *El Derecho de Extremadura. Estudios sobre el Estatuto y el Derecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, cit., pp. 413-436.

Y el artículo 12 de la misma Ley establece la elección del Director General de la CEXMA, a propuesta del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, por iguales mayorías parlamentarias que los demás integrantes del Consejo de Administración.

Asimismo cabe citar a estos efectos, por último, y ante su simbólica relevancia entre los órganos de creación legislativa infraestaturaria, el Consejo de Comunidades Extremeñas, regulado al presente por la Ley 6/2009, de 17 de diciembre, del Estatuto de los extremeños en el exterior. El artículo 38.1.e) de dicha Ley prevé que formen parte del Consejo dos representantes del Grupo Parlamentario mayoritario de la Asamblea y un representante por cada uno de los demás Grupos Parlamentarios. Determinaciones legislativas que reitera el artículo 3.1.e) del Decreto 26/2011, de 18 de marzo, por el que se regula la organización y el funcionamiento del Consejo de Comunidades Extremeñas en el Exterior y la expedición de certificados de Extremeños Retornados y Extremeños en el Exterior⁸¹.

4.5. Legitimación y personación ante el Tribunal Constitucional.

Para concluir el examen del elenco funcional esencial de la Cámara legislativa extremeña, el artículo 16.2.n) del Estatuto de Autonomía se refiere a la legitimación y personación de la Asamblea de Extremadura ante el Tribunal Constitucional. Según el precepto, la Cámara está legitimada para interponer recursos de inconstitucionalidad frente a leyes y normas con fuerza de ley estatales que afecten al ámbito de autonomía de la Comunidad Autónoma –artículos 162.1.a) de la Constitución y 31.2 de la LOTC–, y puede personarse en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, o conflictos en defensa de la autonomía local, interpuestos frente a leyes o normas con fuerza de ley de la Comunidad Autónoma (artículos 34.1, 37.3 y 75 quinqué. 2 de la LOTC).

Por lo que respecta a la legitimación activa en el recurso de inconstitucionalidad, se aparta el actual precepto estatutario del modelo al cual respondía la anterior regulación del tema en el artículo 20.1.e) del texto originario de 1983, que pasaría después a ser el artículo 19.1.f) en el resultante de la reforma parcial de 1999. Con igual redacción, ambos preceptos estatutarios (hoy ya derogados) atribuían a la Asamblea de Extremadura la competencia para, textualmente, "Interponer recurso de inconstitucionalidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 162.1 a) de la Constitución".

⁸¹ *Diario Oficial de Extremadura* núm. 58, de 24 de marzo de 2011

Por el contrario, el artículo 19.2.n) de la vigente norma institucional básica extremeña viene a reproducir las previsiones del artículo 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), que, como es bien conocido, contrae la interposición del recurso de inconstitucionalidad por los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas a la impugnación de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía⁸². Tal vez quepa entender, también, que con ello el Estatuto extremeño positiviza, asumiéndola, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la inimpugnabilidad de las leyes y demás normas con fuerza de ley de la Comunidad Autónoma por las propias instituciones de ésta.

Precisamente de dicha jurisprudencia fue uno de sus *leading cases*, como antes se indicó, la STC 223/2006, de 6 de julio, que declaró parcialmente inconstitucional la Reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura de 1997. En ella se consideró que tal Reforma se oponía a las previsiones del Estatuto de Autonomía a la sazón vigentes sobre la facultad de oposición de la Junta de Extremadura a la tramitación de iniciativas o enmiendas legislativas que supusieran aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios del ejercicio en curso. Una Sentencia que, como también es sabido, inadmitió a trámite, por falta de legitimación activa a la vista del artículo 32.2 de la LOTC, el recurso de inconstitucionalidad formulado por la Junta de Ex-

82 Con el amplio entendimiento del requisito de la afectación al ámbito de autonomía que, no obstante, ha efectuado la propia jurisprudencia constitucional, de la que es representativa por la glosa de antecedentes resoluciones del Tribunal la STC 110/2011, de 22 de junio de 2011, F.J. 2: "es doctrina consolidada de este Tribunal que «el art. 162.1 a) de la Constitución legitima a los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad. Esa legitimación se verá delimitada por la Ley Orgánica del Tribunal, cuyo art. 32.2 la limita materialmente para el supuesto de leyes estatales que puedan afectar [al] propio ámbito de autonomía de la Comunidad Autónoma. En un principio... este Tribunal interpretó la restricción del art. 32.2 LOTC en un sentido estrictamente competencial (así, STC 25/1981, de 14 de julio), si bien muy pronto -ya con la STC 84/1982, de 23 de diciembre- se inició una línea jurisprudencial de progresiva flexibilización de ese criterio, hasta el extremo de que, al día de hoy, puede afirmarse que los condicionamientos materiales a la legitimación de las Comunidades Autónomas para impugnar leyes del Estado constituyen una verdadera excepción. En palabras de la STC 199/1987, de 16 de diciembre, la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está al servicio de la reivindicación de una competencia violada, sino de la depuración del ordenamiento jurídico y, en este sentido ... se extiende a todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la ley estatal y el ámbito competencial autonómico, lo cual, a su vez, no puede ser interpretado restrictivamente (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 1)»". Nótese, en cambio, que la restricción legislativa impuesta por la LOTC a la exclusiva impugnación de normas estatales con fuerza de ley es absoluta para Asambleas legislativas y Gobiernos territoriales, quienes no pueden así recurrir disposiciones con igual valor normativo emanadas de su respectiva Comunidad Autónoma.

tremadura contra la referida Reforma del Reglamento de la Asamblea, a la vez que estimaba el que en similar sentido plantearon ochenta y un Senadores.

Sin embargo, no parece que el actual precepto estatutario impida la aplicabilidad a Extremadura de una eventual reforma del artículo 33.2 de la LOTC, o de un giro jurisprudencial hipotético, o ambas cosas, que en general admitieran la impugnabilidad de las disposiciones con fuerza de ley de una Comunidad Autónoma por las instituciones de ésta constitucionalmente legitimadas para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad. Cabría entender en tal tesitura que la ausencia de una expresa prohibición estatutaria daría paso a dicha aplicabilidad.

En un escenario teórico como el que acaba de describirse, tampoco perdería su sentido el mecanismo conflictual sustitutivo de la hoy no permitida "autoimpugnabilidad" de leyes de la Asamblea de Extremadura por órganos o fracciones de órganos de la Comunidad Autónoma ante el Tribunal Constitucional, que prevé el tercer apartado del artículo 44 del Estatuto de Autonomía. Dicho mecanismo, del que ha de conocer el Consejo Consultivo a petición del Presidente de la Comunidad Autónoma, y cuya resolución en todo caso carece de valor vinculante (apartado 2 del mismo artículo), sólo puede activarse precisamente en ausencia de impugnación ante el Tribunal Constitucional de la correspondiente Ley de la Asamblea de Extremadura.

5. Consideraciones finales.

Permitase cerrar el presente trabajo retomando una afirmación que se efectuaba al principio del mismo: la esencial continuidad del tenor actual del Estatuto de Extremadura con su redacción originaria de 1983 y sus sucesivas reformas parciales en lo que a la Asamblea de Extremadura se refiere. Su existencia como Cámara parlamentaria autonómica ha sido y sigue siendo una opción o decisión estatuyente fundamental. Y lo es también en cuanto a los atributos y cometidos básicos de la institución.

Lo que de novedad aporta la completa reforma estatutaria de 2011 quizás sea, en esencia, un mayor rigor técnico en la caracterización de la Asamblea de Extremadura como Cámara parlamentaria. Algo que, a título ejemplificativo, se visualiza en el expreso y completo reconocimiento de lo que doctrinalmente ha dado en calificarse de "autonomía parlamentaria", noción comprensiva de las autonomías reglamentaria, administrativa, de personal, disciplinaria y presupuestaria o financiera, en los términos que igualmente se han expuesto en este estudio.

Prosiguiendo con la recapitulación final de las más destacables innovaciones atinentes a la Asamblea de Extremadura, la actual norma institucional básica extremeña profundiza en los esquemas del parlamentarismo racionalizado, siendo quizás éste el *leitmotiv* esencial de las hasta ahora últimas modificaciones estatutarias en lo que a dicha Cámara territorial se refiere. Examinados en detalle con anterioridad, pueden sintetizarse ahora tales modificaciones, a modo de colofón, en que se ha llevado a término una más afinada caracterización estatutaria de la forma parlamentaria de gobierno, a través de una más intensa asimilación a la estatal. Destacada muestra de ello es la nueva regulación y generalización de la facultad presidencial de disolución anticipada de la Asamblea, en contraste con su pura y simple inexistencia en la redacción estatutaria originaria de 1983, y su limitada y tímida acogida en la hoy ya no vigente reforma estatutaria parcial de 1999.

Por lo que respecta al *statu quo* funcional de la Asamblea, cabe resumir las aportaciones antes examinadas de la actual regulación estatutaria en la ampliación de algunos cometidos de la Cámara, y la simultánea reducción, o sometimiento a mayores constricciones, de algunos otros. Destaca, en cuanto al incremento, la elevación a rango estatutario, y su generalización a todos los supuestos, de la votación parlamentaria de los Decretos legislativos de la Junta en el plenario de la Asamblea, que la Ley de Gobierno y Administración de 2002 condicionaba (artículo 45.4, hoy tácitamente derogado por la nueva y distinta regulación estatutaria del tema) a su solicitud por dos Grupos Parlamentarios o una quinta parte de los Diputados autonómicos.

Si bien en lo esencial, el Estatuto de Autonomía mantiene en su actual tenor el núcleo básico de las atribuciones típicamente parlamentarias de la Asamblea de Extremadura, enmarcables en la tríada clásica integrada por la función legislativa, la presupuestaria y la de control del Gobierno (autonómico), se han analizado en este trabajo algunas reducciones o restricciones introducidas a los cometidos de la Cámara. De un lado, el condicionamiento general que supone el reconocimiento de la potestad legislativa de urgencia a la Junta de Extremadura según el patrón de los Decretos-leyes estatales, todo ello en línea compartida con los demás Estatutos íntegramente reformados a partir de 2006. Una potestad legislativa de urgencia autonómica cuya conformidad con la Constitución ha sido expresamente admitida por el Tribunal Constitucional⁸³).

83 STC 93/2015, de 14 de mayo, F.J. 3, relativa al Decreto-ley de la Comunidad de Andalucía número 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. Posteriormente, remite a dicha resolución en relación con la admisibilidad constitucional del Decreto-ley autonómico la STC 230/2015, de 5 de noviembre, F.J. 4, sobre el también andaluz Decreto-ley 5/2010,

También puede percibirse esta clave restrictiva, o de cierta reconducción, de las atribuciones de la Asamblea extremeña en las referentes a los Convenios y restantes Acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas. Antes de la íntegra reforma del Estatuto de Autonomía en 2011 podía la Asamblea de Extremadura aprobar reparos que conducían a la necesaria autorización por las Cortes Generales de los Convenios de cooperación con otras Comunidades Autónomas, mientras que ahora (artículo 65 del vigente texto estatutario) sólo puede aprobar recomendaciones no vinculantes, cuya única consecuencia es la puesta en marcha del mecanismo conflictual entre las instituciones estatutarias, de resolución no vinculante por el Consejo Consultivo, organismo este último que además ha sido suprimido por la reciente Ley 19/2015, como se señaló en páginas antecedentes. Y en similar clave funcionalmente restrictiva, se especifica de forma explícita en el artículo 66 del Estatuto que la autorización por la Asamblea de los demás Acuerdos no incluye potestad de enmienda.

La sensación de conjunto, al margen de los específicos condicionantes funcionales recién mencionados, es la de una regulación estatutaria más sistemática de la posición y funciones de la Asamblea de Extremadura. Y como en casi todos los Estatutos íntegramente reformados, tanto los atributos y características generales, cuanto, sobre todo, los cometidos de la Asamblea parlamentaria, son objeto de una larga enumeración en un precepto estatutario, el artículo 16 (foco esencial de atención en este trabajo) de la norma institucional básica extremeña. Aunque, con acierto técnico, la lista no es exhaustiva, pues finaliza con una cláusula residual de remisión a todos aquellos otros cometidos que otorguen la Constitución, el Estatuto o el resto del ordenamiento jurídico.

La racionalización estatutaria de los esquemas organizativos y funcionales de la Asamblea extremeña, pese a todo, no impiden que siga siendo la única institución autonómica elegida por sufragio universal, con su consiguiente condición representativa de la ciudadanía, circunstancia esta última que halla expreso reconocimiento en el artículo 16 de la actual norma institucional básica. En definitiva, continúa siendo la Asamblea, tras la íntegra reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura en 2011, espacio institucional y centro esencial de referencia del juego democrático en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público.

RESUMEN

El presente artículo analiza los atributos básicos y las funciones esenciales de la Asamblea de Extremadura en el Estatuto de Autonomía íntegramente reformado en 2011.

ABSTRACT

This paper studies the main features and functions of the regional Parliament of Extremadura according the Extremadura's Statute of Autonomy as fully amended in 2011.

PALABRAS CLAVE

Asamblea de Extremadura, Estatuto de Autonomía.

KEY WORDS

Extremadura's Regional Parliament, Statute of Autonomy.

EDUCACIÓN Y OTRAS NECESIDADES PRIORITARIAS PARA UN VOTO RACIONAL EN DEMOCRACIA¹

Enrique Belda Pérez-Pedrero

Titular de Derecho Constitucional (UCLM)

Presidente del Instituto para la Gobernanza y la Racionalidad del Voto

Recibido: 01-02-2016

Aceptado: 26-06-2016

SUMARIO

I. La participación integral en un ambiente democrático.

II. Reformas educativas, pero enseñanzas pendientes.

III. El voto configurado en la educación como elemento para la tranquilidad de conciencia individual sobre la participación, y justificación de las élites políticas.

IV. El primer requisito para participar es querer participar, y con ello admitir la propia responsabilidad.

V. La participación secuestrada.

VI. Los falsos debates de la participación: Las reformas electorales, las primarias u otras formas de distracción.

VII. ¿A quién conviene la continuidad de las carencias de participación?

VIII. Educar en derechos, comenzando por el voto.

IX. Apéndices para que continúe el entretenimiento: planes de estudio en el papel.

¹ Esta ponencia se corresponde con las ideas manifestadas durante las XIX jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla-La Mancha, celebradas en Cuenca los días 25 y 26 de febrero de 2016. Advierto así del tono de lo expuesto, la articulación a través de numerosos ejemplos de actualidad y el mantenimiento de múltiples expresiones coloquiales.

I. La participación integral en un ambiente democrático.

El Estado democrático, además de una situación objetiva de las estructuras políticas y de sus ciudadanos, caracterizada por una separación de poderes y por la supremacía de los derechos humanos, también es una realidad que requiere la vivencia, percepción y asimilación por cada uno de los ciudadanos/as de que, efectivamente se encuentra en esa situación de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político².

Al margen de los parámetros que el derecho constitucional comparado pueda ofrecer para calificar o negar a un Estado la característica de "democrático", cada ciudadano requiere sentir que, en efecto, su vida diaria se desarrolla en una sociedad que procura la efectividad de los derechos, individuales y colectivos. Esta efectividad fue requerida como garantía de la realidad del sistema democrático, es decir, del paso de las palabras a los hechos, muy oportunamente, por el art. 9.2 de la Constitución española (en adelante CE)³. Este sentimiento de cada miembro de la comunidad política, de cada componente del cuerpo electoral se asume día a día, digamos que de manera pasiva, cuando ve respetados, aplicados y garantizados sus derechos constitucionales y legales, pero también de una manera activa, cuando animado por ese ambiente acogedor de los aspectos más importantes para el desarrollo de su vida, de su dignidad y del libre desarrollo de su personalidad⁴, se motiva para tener un papel activo en la Comunidad.

Este papel de ciudadano activo, no solo está asociado a los derechos de participación política, ni mucho menos reducido, de entre éstos, al voto. Votar es algo sencillo, si se quiere también pasivo, que tiene poco de cotidiano y desgraciadamente mucho de condicionado, siempre que no arranque de un estado personal previo de compromiso con la esencia de ciudadano en ese ambiente democrático global previo, al que me acabo de referir. El papel de ciudadano activo, por el contrario, es una condición de ejercicio personal continuado y habitual, que es posible en la medida que los principios y derechos humanos/constitucionales se sienten como propios, y que existe el clima apropiado para su desarrollo y ex-

2 Art. 1.1 CE y SSTC 8/1983, de 18 de febrero y 32/1985, de 18 de marzo.

3 Hasta tal punto que puede ser utilizada como argumento incuestionable para sortear otros, si el legislador aprecia su necesidad (STC 12/2008, de 29 de enero) En esa ocasión, el más alto tribunal de garantías da por cierta la evaluación que el Poder Legislativo hace de la situación de la mujer en los ámbitos de representación política territorial, y establece la aplicación del art. 9.2 por encima de los demás argumentos constitucionales.

4 Art. 10 CE y STC 214/1991, de 12 de noviembre, entre otras.

plicitación. Somos activos cuando el ambiente que deriva del valor "Pluralismo Político" permite nuestra iniciativa promotora de una idea, una asociación, un partido, un sindicato... Pero también cuando disfrutamos de los servicios públicos, opinamos en la red, pagamos impuestos, consumimos o alentamos una acción popular en sede judicial.

Desde esta perspectiva, el voto sigue siendo muy importante puesto que es la clave del sistema para decidir cuál es el rumbo que toma la comunidad política, pero la creencia arraigada, no sin falta de razón, en el subconsciente (y consciente) colectivo, sobre que es el único y limitado modo de participar en democracia, debe de combatirse en una organización social avanzada, o en caso contrario el Estado social y democrático de derecho, poco sumará a la concepción liberal de hace dos siglos. Con el voto se culmina el ejercicio de reflexión continuo sobre la organización política a la que pertenecemos, pero esa sociedad se participa, cada jornada de vida, con la exteriorización de todos los derechos, opinando, educándonos o educando, deambulando, asociándonos, sindicándonos, reuniéndonos, protestando, denunciando, pidiendo, exigiendo, gastando, etc. Cualquier sociedad activa en su conjunto es la que garantiza el ambiente de valores definidos en el art. 1.3 CE, y desde luego que no basta para la calificación de democrática con la mera presencia periódica de la capacidad de votar.

Cuando se desliga el derecho al voto de todo el conjunto de principios, valores, derechos y deberes de una sociedad avanzada, es susceptible de quedar como mero recurso personal, como una facultad cuya trascendencia depende únicamente del sentido que le quiera dar el votante. La realidad debiera ser muy distinta puesto que el sufragio es un elemento de participación integral y global que busca la consecución de objetivos, más que la expresión de un estado de ánimo ocasional.

II. Reformas educativas, pero enseñanzas pendientes.

La opinión pública, por propio convencimiento, y además alentada por grupos de presión y comunicación diversos, suele criticar la educación en España basándose en generalidades y pocas veces en estudios objetivos, como el elaborado por la OCDE⁵, que al respecto se conocen. Sucede que en esa crítica priman los detalles meramente "turísticos" del asunto, habitualmente asociados a

⁵ <https://www.oecd.org/spain/Education-at-a-glance-2015-Spain-in-Spanish.pdf> (fecha de consulta: 20/04/2016).

ataques entre partidos políticos a cuenta de la enseñanza de la religión o el gasto medio por alumno. Las cifras de fracaso son lo que son y ofrecen un panorama incuestionable y aterrador. En ese ambiente, lleno de metas pendientes, algunos nos dedicamos a denunciar el sinsentido que supone hablar de "educar" a los/las más pequeños/as sin tratar como temas troncales muchas claves de su formación humana, que son tan importantes como las matemáticas o la lengua. Podría decir tres, entre otros muchos. Uno: a nadie se le enseña a fondo cuáles son los derechos y deberes que tiene como miembro de una sociedad, y que utiliza desde que se despierta en su casa hasta que se acuesta terminado el día. Una charla con motivo de la Constitución o asignaturas residuales a cargo de docentes ajenos a ese contenido, abona el camino a descerebrados, que pueden adquirir conocimientos de todo menos de la necesaria libertad y autodeterminación con la que ha de guiar su propia existencia. Un segundo ejemplo ausente del ámbito educativo temprano, una segunda ausencia, que pone en ridículo al sistema, es la omisión de las reglas básicas de administrar el propio dinero y las pertenencias que uno tenga: ¡Vaya engaño que el sistema capitalista nos marque nuestro destino desde que nacemos y, en cambio, no se transmite en la escuela, al detalle, el valor de lo que cada uno tiene y el coste de lo que recibe! Otro tema, el tercero entre algún otro, ausente de esa formación mínima, es el que provoca problemas de salud y equilibrio mental durante toda la vida: comemos al menos tres veces al día, y el noventa y nueve por ciento de los niños no sabe comer, ni prepararse lo que come, ni cómo distribuir los alimentos a lo largo de la jornada y de la semana, en beneficio de su salud y su crecimiento. ¿Por qué se enseña auto higiene y no alimentación?

En fin, valgan estos ejemplos para afirmar que la química, la historia u otras bases de conocimiento del medio, deberían simultanearse con estas tres piezas básicas de aprender a vivir con el propio cuerpo y con la sociedad. No sirve decir que ha de ser la familia la que forme a los suyos en este sentido: es mucho suponer que en la unidad familiar sepan, de verdad, de que va todo esto (muy especialmente el mundo de los derechos y deberes) y, ni tan siquiera, en algún caso, puedan servir de ejemplo. Una presunta educación completa y de calidad, que no comienza por lo más cotidiano de la persona, creará una generación perdida más.

III. El voto configurado en la educación como elemento para la tranquilidad de conciencia individual sobre la participación, y justificación de las élites políticas.

Una clave de la grandeza democrática reside en eso de que "todos podemos votar". Se trata, en efecto, de asumir una cuota de participación para opinar hacia donde llevamos los destinos de nuestro territorio, sea el Estado, la región o

el municipio. Ahora bien, aunque el perfeccionamiento de las reglas electorales lleva a conocer todo tipo de garantías constitucionales y legales que fomenten un voto libre, igual, directo y secreto; existen, tras esta idea tan bella en la que "todos participamos", unas pequeñas lagunillas. Principalmente son dos, a mi modesto entender:

La primera, que los que tienen poder económico, pero a lo grande, con sus grupos de presión (diarios, patrocinios, editoras y oenegés); se dedican a influir sobre nosotros todo lo que pueden, detrás de cada partido, red social, radio o televisión. Es un problema cada vez más relativo, ya que la información es más y más libre (aunque no siempre más fidedigna), habiendo desaparecido modos como el del telediario único, que mantuvo a algún presidente español en sus tres primeras mayorías sin grandes contratiempos. Este problema también se atenúa cuando una sociedad es realmente abierta: los poderosos y sus intereses, si son muchos y variados, pelean entre sí, y la ciudadanía extrae sus propias conclusiones. Ello no ocurre en sociedades entregadas a un solo grupo o élite, protegida además por los gobernantes

El segundo problema, el más grave, es el que tiene que preocuparnos pues estaría en manos de los ciudadanos resolver: la falta de una extendida voluntad de razonar el sentido de lo que queremos hacer con nuestra sociedad. Saber utilizar el voto, en cada consulta, y según el momento. Una elevada proporción de personas, a pesar de los importantes cambios que está experimentando la sociedad, votan como en el siglo XX: con las vísceras. Eligen su opción política poco menos que como al club de fútbol (herencia, tradición, simpatía por los "jugadores", etc.). Nuestros destinos dependen de una decisión individual de trascendencia pública y el sistema nos ofrece una serie de garantías eficaces a través del derecho electoral para materializar tan importante participación, pero parece olvidarse que tan relevante es que se produzca ese voto garantizado como libre, igual, directo y secreto para todos, como que el contenido del mismo sea eficaz para materializar esa participación.

No pretendo lanzar una acusación generalizada sobre la falta de formación política del cuerpo electoral, que nunca será compartida por aquellos que leen estas páginas, precisamente porque no es su caso y conocen de sobra sus motivaciones personales y colectivas al ejercer el voto. Pero sí quiero subrayar, por ejemplo, que en todas las elecciones, cientos de miles de nuestros conciudadanos han votado o se han abstenido, sólo para castigar (al gobierno o a la oposición). La grandeza democrática es eso, pero con la facilidad que se hacen los partidos y la proliferación de candidaturas, ¿Acaso no hay medios para participar y votar

en positivo? ¿Hasta qué punto no es una excusa, ya en 2016, eso de que el poder o la clase política está ajena al pueblo, cuando se articulan todo tipo de opciones, incluso algunas emanadas de concentraciones callejeras? ¿No estaremos muchos de nosotros ignorando cómodamente al poder (a nuestro poder)?

Si las élites políticas o económicas estuvieran interesadas (lo ignoro, si es así o no) en mantener este ambiente de pasividad participativa al que me refiero, caracterizado por la ficción de que el pueblo se pronuncia periódicamente, sin fomentar mecanismos formativos que transmitan la relevancia que verdaderamente tiene en orden a determinar el rumbo de la comunidad política, estaríamos (o quizá estemos) ante un problema de la máxima gravedad. Pero hay otro más inmediato, que nace de cada ciudadano, de cada miembro de la comunidad política, y que sí es susceptible de cambio a través de las oportunas reformas de la educación en derechos y libertades a la que me vengo refiriendo desde el comienzo de estas líneas: la conciencia de reconocerse como ciudadano activo, como responsable y, tal y conforme exige la democracia, como parte del pueblo soberano. Saberse cada cual, pues, en el ejercicio de la jefatura compartida sobre los poderes públicos. Y es en este estadio, el de la asunción de la responsabilidad de cada ciudadano, donde no parece encontrarse una ciudadanía dispuesta a cambiar los esquemas, y parece mejor renunciar a este poder antes que asumir esta responsabilidad. Surge por tanto un problema en nuestras sociedades, que parece ser ignorado por todos o incluso podría calificarse de tabú, cual es la consciente renuncia a ejercitar un poder ciudadano de primer orden para así no asumir responsabilidades individuales y colectivas.

El tema de cómo se articula la responsabilidad en la sociedad española, como en tantas otras, es clave para entender la dificultad de avanzar en una sociedad democrática participativa, si además de unos supuestos intereses de las élites políticas (insisto que ignoro su existencia, pero vamos a suponer que se dieran) en abrir estos resortes de confluencia con la ciudadanía, admitimos que amplias capas de la población prefieren, por convicción o falta de formación ciudadana, permanecer en la pasividad (crítica o silente). La responsabilidad de un suceso rara vez se queda centrada en una persona, a pesar de lo cómodo que a todos nos pueda resultar que así sea, señalando al político de turno. Un político puede llegar a ser el "máximo responsable", pero esa realidad no desdibuja que, en democracia, cada uno de nosotros asume un porcentaje de lo que se haga gracias a nosotros o en nuestro nombre. Por ejemplo, yo mismo como votante, en la X Legislatura constitucional española (2011-2015) tendría algo así como 1/11.000.000 de culpas, de lo bueno o lo malo que estuvieran haciendo mis representantes en el Congreso, a los que mandaté para que hicieran a Rajoy Presidente. Los ciu-

dadanos repetimos de manera machacona que los políticos hacen y deshacen sin contar con nosotros salvo para el voto, y cuando toca urna, un porcentaje enorme de la población reflexiona solo con sus vísceras. La participación es votar con consciencia, para así poder mantener un status de ciudadano activo: participar como ciudadanos es asumir que los comportamientos que pueda traer tu voto, también son cosa tuya, y cargar con las consecuencias. Es un hecho que los partidos podrán abrirse más a la sociedad, e incluso internamente ganar en reflexión y debate, pero es una realidad contrastada que la desafección de la política y de los asuntos públicos era ya una constante antes que llegara la crisis económica e institucional, salieran a la luz los casos de corrupción etc.

No es de extrañar, por todo ello, que las élites dirigentes tuvieran (o mantuvieran) la tendencia a minusvalorar los cauces de participación o a no dar curso a una formación temprana en derechos y deberes, considerándonos a todos como clientes de impulsos y no ciudadanos formados, si amplias capas de la población no están dispuestas a recibir en la práctica la responsabilidad que trae ese poder.

IV. El primer requisito para participar es querer participar, y con ello admitir la propia responsabilidad.

Ese ambiente democrático que ha logrado la Constitución, la historia y muchos sinsabores colectivos de anteriores generaciones, no se puede menospreciar cada vez que hay unas elecciones, para dinamitar todo este avance en el último eslabón de la cadena: el de nuestra decisión. Es una tristeza imaginar que en algún lado de la otra vida, desde Luther King a Mandela, pasando por los que anhelaron las urnas en España durante décadas, podrían estar mirando para saber si utilizamos bien los frutos de su lucha, y se encuentren aún amplísimos porcentajes de población que utilizan sus vísceras para depositar el voto (y eso cuando deciden ir, porque otros muchos ni acuden a las urnas). Entre esos que se abstienen, una parte lo hace por convencimiento filosófico y reflexivo, pero otros quedan en casa sólo por egoísmo y descreimiento, limitándose a tachar a los candidatos con un "todos son iguales". Al margen del nocivo grupo de los que se miran al ombligo jactándose de su abstención, existe también otro nutridísimo conjunto de ciudadanos/as tan perniciosos para el sistema como los inmóviles: los irracionales. En efecto, este colectivo, que suele ser decisivo en articular mayorías, es de una riqueza de matices agobiante. A saber: uno, los que votan siempre al mismo pues consideran a su partido como al club, cofradía o peña; dos, los que votan por sistema para molestar al que manda; tres, los que votan a quien sea para hundir a la opción política que les cae mal (también es un voto "deportivo",

como el que va con el Manchester en fútbol, para que pierda el Barça); cuatro, los que votan al más agraciado, a la más simpática o al que habla mejor; cinco, los que votan al que creen que les beneficiará más en lo personal, aunque al resto del vecindario reviente. Estos últimos al menos tienen cierta lógica.

Perdone el lector el tono, pero estoy presentando a los principales enemigos de la participación con trazo grueso para que se visualice: de una parte los que no participan por irreflexión, y de otra los que participan con irreflexión. Siguiendo con este trazo, el común denominador que a todos une, como adelantaba en el anterior epígrafe, es la negación del poder que tienen como ciudadanos, y con ello la evitación de la responsabilidad.

¿Quién se queda entonces con la responsabilidad?: "Los políticos", rebajados ante la comunidad a la que sirven como escoria de la sociedad, por debajo incluso en popularidad, que la que padecen los trabajadores sexuales, los porteros de discoteca o los efímeros astros televisivos de "realities". Esta concepción es alimentada por la propia clase política actual, dando la razón a los que estamos denominando electores irresponsables: a nadie le puede extrañar esta imagen del servidor público puesto que de los políticos solo hablan bien los de su propio partido, y siempre que no sea en privado. Así es imposible que la sociedad crea nada, y llegadas las elecciones, todo trate de un grotesco espectáculo donde cada uno ha de demostrar que no es tan malo como le pintan los demás. Ese montaje bárbaro del juego político diario donde la verdad se desdibuja y el defecto ajeno se magnifica, solo sirve para desacreditar en conjunto a toda la clase política. No se le puede pedir al ciudadano confianza en un semejante llamado político, si los adversarios lo despedazan y él despedaza por sistema al que lo despedaza, pues al cabo de los años se ha generado la desconfianza endémica de todo el mundo hacia todo el mundo. La mentira social e institucionalizada, más típica de España y de países latinos que de otras culturas, que consiste en negar por sistema tanto los propios defectos como los logros del contrario, no se corresponde con la realidad de la vida, donde todos acertamos y nos equivocamos.

Este nutrido conjunto de electores irreflexivos se ha retroalimentado, pues, del comportamiento de buena parte de la clase política, reforzando sus criterios insolidarios con los aspectos más negativos de la proyección pública de sus representantes. Pero a su vez, también en ocasiones les anima a seguir el mismo comportamiento público como responsables: Si algún político o política deja de proceder desde la habitualidad de la crítica hacia el contrario y la negación de la propia responsabilidad y admisión de los errores, lo único que le puede pasar ante un cuerpo electoral (que a falta de formación temprana sigue las consignas

preestablecidas en la evaluación de los comportamientos públicos) es que fracase. Es cierto que si una sola persona o partido abandona la oposición brutal o ser la brutal oposición de la oposición, el otro se lo comerá, jaleado por muchas bestias pardas de redes sociales. Pero con el ojo por ojo, solo conseguiremos que el mundo quede ciego (Gandhi). Seguro que usted, como yo, no hubiera respondido con invasiones a tres países si le tiran sus torres gemelas, pero puede que por ello no seamos ni usted ni yo los mandamases.

V. La participación secuestrada.

La realidad demuestra que solo unas pocas personas en cada territorio quieren participar activamente, por convencimiento o posibilidades vitales. La asunción de responsabilidad se ha de graduar necesariamente entre los que quieran representar a su colectividad y los que solo quieran o puedan contribuir con el diario ejercicio de sus derechos, entre ellos el voto. El grupo de "irreflexivos", en este esquema, lo quiera o no, está destinado a asumir su cuota de responsabilidad, y por ello, de cuando en cuando surgen fuerzas políticas dispuestas a amortiguar esta responsabilidad por sustitución. La dejación de responsabilidad de los electores irreflexivos es más necesaria que nunca cuando las situaciones de crisis política, económica o social les sitúan objetivamente en la obligación de pronunciarse. Ese es el momento en el que determinadas opciones políticas pueden beneficiarse: aquellas que les ofrecen salidas retribuidas moral o económicamente, a cambio de asumir la interpretación de la realidad y la asunción de responsabilidad que este electorado no desea. Ejemplo: mi partido, X, te ofrece el beneficio social Y, y se encarga de que no asumas la cantidad, Z, que cuesta tal beneficio. Tú a cambio me otorgas el poder y me permites cualquier cambio estructural necesario para conseguir ese objetivo. Tú no te juegas nada propio a cambio que me apoyes a mí para que, a partir de los sacrificios ajenos, te ofrezca una solución. Puede comprobarse que tan secuestrada es la participación que muchos denuncian del sistema vigente de participación política (donde presuntamente unas élites de partidos y/o representantes, sustituyen una democracia diaria popular viva), como el que se fía de entornos redentores o populistas para que le interpreten directamente o en asamblea, la capacidad individual e irrenunciable que tiene de asumir su cuota de poder y responsabilidad.

La inmensa mayoría de ciudadanos que, en las democracias que vivimos, militamos en los valores de la libertad y en los derechos humanos, hemos soslayado educar desde hace décadas a los nuevos ciudadanos en sus derechos y deberes. Y el nuevo votante de manera mayoritaria, como es lógico, o bien evita la participación, o bien da una oportunidad a esta nueva forma de cesión de respon-

sabilidades, apoyando a los que afirman, sin rubor, que ahora sí que va a haber democracia "verdadera". Es casi obscuro ver cómo se maneja a los parroquianos con tretas que se conocían ya en el primer tercio del siglo XX, y hoy, de nuevo la desidia y el descreimiento de las masas socava como en el pasado muchas de nuestras democracias. En España, a los mejores profesores y a las más cuantiosas partidas presupuestarias de la historia, que han sido las de los últimos treinta años, se les ha olvidado sumar una formación en los derechos democráticos para enseñar a cada ciudadano/a que él o ella es el que decide, el jefe, y que no puede esperar que los salvapatrias le arreglen su vida, como le hacen habitualmente sus referentes en el núcleo familiar. La educación pública y de calidad ha llegado a regalar computadoras portátiles y viajes, no solo becas, a Dublín, a Londres o a Hamburgo, pero no ha enseñado que los derechos cuestan dinero y que la democracia es algo más que decidir lo que mejor suena, y en boca del más televisivo. Centenares de miles de votantes de todas las opciones políticas, sumados a los abstinentes irreflexivos, carecen de un sentimiento de compromiso a largo plazo con la cosa pública y con su país, porque tienen problemas más urgentes como su falta de trabajo o liquidez. Pero si hubieran aprendido su importancia pública como ciudadanos desde que iban a la escuela primaria, dejarían un hueco para evaluar a sus representantes y decidir con coherencia.

Como puede apreciarse, la situación social alimenta a los populismos, pero su crecimiento viene de las fuerzas democráticas que han colocado en un lugar secundario su deber primario de educar en derechos, deberes y valores.

VI. Los falsos debates de la participación: Las reformas electorales, las primarias u otras formas de distracción.

A medida que las instituciones representativas se encuentran más deslegitimadas, parecen presentarse soluciones grandilocuentes articuladas por reformas constitucionales y legales, como si ello pudiera sustituir la falta de sustrato base que constituye la educación en derechos humanos o constitucionales. Pensar que las normas electorales pueden solventar los problemas de comportamiento personal del elector es contrario a cualquier lógica. La exposición al debate público de un conjunto de ideas de cambio en la participación, los partidos y las elecciones, parece de nuevo esconder esta necesidad previa formativa. Sin embargo, las corrientes de opinión siguen centrando su objetivo en discutir sobre elementos decorativos de la casa democrática, cuando el inmueble está sin cimientos, y con ello se sigue alimentando la idea de que la participación política es posible desde una solución impuesta desde una norma reformada.

Un claro ejemplo es el de atribuir mejoras participativas a los modos de elección de candidatos. Si las "primarias" son lo que pretenden muchos partidos de la Europa continental (elección de candidatos por los propios afiliados de una formación política), más vale mirar para otro lado. En España, en fuerzas tradicionales de gobierno como el Partido Popular se viene dejando la última palabra de las listas electorales, según los casos, a los presidentes/as nacionales, regionales y provinciales, que controlan, a su vez, los comités electorales. Todos ellos son elegidos en congresos por los afiliados y así se organizan, equipos más o menos compactos y basados en una democracia interna meramente asociativa, que elige al puesto de cabeza. No creo que esta dinámica se pueda ya mantener, pero la alternativa de las primarias que proponen otros partidos no genera garantías de más participación pues siempre son limitadas y dirigidas a que decidan solo los afiliados. Por ello, a la postre, es algo similar a la elección de los dirigentes que en muchos partidos tradicionales terminan haciendo candidaturas. Si de verdad se quiere mejorar en participación efectiva de todo el votante, el debate para mejorar la participación democrática y el apoyo popular de los candidatos debería centrarse en el modelo de primarias completas, algo más parecidas a las de Estados Unidos, que no son otras que las abiertas a todos aquellos que deseen en un futuro próximo votar al partido o tendencia, para que participen también en la selección de candidatos. Se trata de un proceso organizado por la legislación electoral del país, y no por los estatutos de un partido político. Así las elecciones de candidatos se elevan a la categoría de un proceso electoral abierto, reglado y garantizado por el Estado, que saca del ámbito meramente asociativo la organización del primer escalón de la representación, como es éste de la búsqueda/designación. Todos los que participan en los partidos políticos saben que las decisiones que toman los militantes, están sesgadas por un conjunto de interdependencias⁶ personales, programáticas, emocionales e incluso laborales, que hace difícil la apertura hacia aquellos que, votantes convencidos o potenciales, son los imprescindibles para ganar. Es obvio: no se sostiene que si se necesitan trece millones de votos para gobernar en España, unos cientos de miles de afiliados de un partido, que luego internamente no suelen participar de manera mayoritaria, predispongan a las personas susceptibles de ser elegidas (la implicación final de las masas podrá acabar en el partido, pero nunca en los representantes). Si a la posibilidad de votar a quienes se quiera en unas elecciones, se sumara un sistema electoral que permitiera también opinar en los procesos de primarias de aquella

6 ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "Una reflexión sobre la representación política y los sistemas electorales en las democracias constitucionales". En *Formas de Gobierno y Sistemas Electorales*, Gerardo Ruiz-Rico y Silvio Gambino (coords.), Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 35 y ss.

opción a la que se piensa votar, mediante inscripción abierta y reglada por ley, estaríamos fomentando una concienciación colectiva del poder que los electores tenemos, y que se delega en los Partidos en este estadio de la selección de listas. Hoy por hoy, solo se va a los puestos, haya o no primarias, por la cercanía o afinidad personal que se tenga con el jefe/a de cada partido. Yo conozco a uno, que llegó ser candidato en un puesto para salir de concejal, porque el que tenía que hacer las listas era su profesor de instituto preferido y congeniaron. Luego que fue diputado al Congreso porque un amigo suyo propuso sorpresivamente las candidaturas provinciales por sustitución, ante la dimisión inesperada del que las tenía que elaborar. Claro que hay miles de cargos públicos muy competentes y valiosos, pero no nos engañemos: tanto con las habituales designaciones, más o menos enmascaradas, o con fórmulas como las primarias reducidas al ámbito del partido, falta el sustrato participativo esencial. Eso debiera de terminarse en tiempos de replanteamiento de la participación para que el filtro definitivo de las candidaturas estuviera también en el cuerpo electoral.

¿Dónde está este debate de fondo, que sustituya los falsos cebos como los de estas primarias restringidas? Apenas se puede suscitar porque el interés del cuerpo electoral parece aún precario.

Otro falso debate cuya resolución se presenta para muchos como la salida a la crisis representativa es el de las candidaturas abiertas o cerradas. Aquí se aprecia con nitidez cómo sin educación previa, es irrelevante la fórmula que utilice la ley electoral. Si el elector no sabe, por desinterés o por falta de preparación previa, cómo votar desde una mayor autonomía, cualquier cambio está destinado a provocar distorsiones. Y desde luego fracaso en las expectativas de participación. En España se goza, desde hace casi cuarenta años, para el Senado, de un sistema de lista abierta a partir de las propuestas de candidatos nominales de las fuerzas políticas concurrentes, siendo que apenas llega al dos por ciento del electorado el que practica la mezcla o "panachage". Con ello se originan resultados típicos de sistemas mayoritarios cuando el elector no discrimina el sentido de su voto con el de las elecciones al Congreso de los Diputados. Siguiendo en esta línea, también resulta asombroso que se dé por cierto en esta ciudadanía con escasa o nula formación, sin más, que a medida que reste espacios de decisión a las cúpulas de los partidos, va a mejorar su representación. Depende: En multitud de ocasiones es más cercano al sentir democrático de los electores el saber que sus representantes, gracias a la disciplina de partido, van a llevar a término un programa electoral con más garantías que dependiendo directamente de lo que cada diputado o senador opine, según su criterio (que puede mejorar al del partido, empeorarlo o simplemente estar al servicio de intereses desconocidos).

Lo que ocurre es que desde que buena parte del cuerpo electoral está padeciendo una desafección del sistema vigente, se está exigiendo a los partidos que mantengan una solidez de criterio pero conciliada con opiniones más corales. Es decir, se busca que las decisiones se contagien de más pareceres, y que el ordeno y mando que ha de funcionar para imponer la gobernabilidad de cualquier institución, venga precedido de un debate y una tolerancia respecto de planteamientos discrepantes. Y aquí es donde creo que las cosas van a cambiar, y mucho, en los próximos años, y el perfil de los representantes ha de evolucionar de la mentalidad de franquicia, para poder ofrecer en cada circunscripción personas a las que se les admita criterio propio y se las respete y escuche. En los próximos años, por exigencia del votante y para mejora de la calidad democrática, se debería de entender con mayor naturalidad que la fidelidad a unas siglas y la disciplina del voto se pudieran acompañar con las matizaciones personales de cada candidato o representante, y eso terminaría por otorgarles mayor reconocimiento y respeto en cada circunscripción. ¿Desea eso el elector mayoritariamente? Y, cuando lo desea ¿Está dispuesto a mantener una tensión participativa que sustituya la opinión última que hasta ahora dejaba a las estructuras de los partidos?.

Los debates artificiosos no solo se plantean de cara a las citas electorales, también permanecen presentes desde el momento en el que se celebran las consultas y se constituyen parlamentos y asambleas, cuando se dice que el cuerpo electoral sigue presente como receptor y enjuiciador de la acción de gobierno o del control parlamentario, de manera constante, nuevamente a través de los medios de comunicación y de las redes. Entre todos esos convencionalismos, nada más ajeno a la realidad y la veracidad como las opiniones sobre los primeros cien días de gestión, o figuras temporales similares en países de nuestro entorno: invento de la clase política/periodística, el "balance de los cien días" (¿Por qué no noventa o ciento veinticuatro?) se presenta como una "celebración", siendo una convención inútil que no refleja en absoluto la realidad de la gestión política de ningún órgano de representación popular. Los que han repetido en sus cargos siguen haciendo lo mismo de siempre. Los nuevos, quieren dar la impresión de tenerlo todo bajo control pero al tiempo señalar que se nota ya el impulso que le han dado a la función pública. No contentos con esa falta de adecuación con la realidad, intoxican a la opinión pública sobre presuntas porquerías encontradas en sus antecesores, para así rebajar las expectativas que crearon en el programa electoral. Finalmente, los perdedores, o bien desaparecen de la escena y callan ante esta torpe conmemoración, o bien, aún calentados por la reciente derrota, aporrean verbalmente a los nuevos denunciando su bisoñez y anticipada inutilidad.

Estamos ante uno de tantos ritos de una política pasada y que no interesa a nadie, y que además hace daño a la clase dirigente frente a la ciudadanía, por constituirse en una muestra más de exageración e inexactitud, que dinamita la confianza en los representantes. Así es: no es más que otro episodio que justifica la desafección popular, pues a la calle llega solo la contradicción, la parcialidad y la mutua crítica. Una sociedad racional y reposada debería de saber que los que solo llevan cien días gobernando un pueblo, una región o un país, por mucho que sean experimentados en política, no suelen saber por dónde se andan y van colgados de la mano de los empleados públicos y de las estructuras previas. Esa impotencia, que se pasa con el tiempo, les hace escudarse en el ataque a sus antecesores, y así ganar tiempo para aterrizar en la silla. Y también se ha de saber que quienes han perdido, deben de realizar su labor de oposición y criticar a fondo, pero que si algún origen consuetudinario tiene esta figura, es precisamente el dejar un margen de cortesía a los sustitutos. Ello no suele ocurrir pues precisamente son los sustitutos los que no dejan respiro de recuperación a los perdedores, con la consabida acusación de "cajones vacíos" (no puedo hacer nada porque mi antecesor se ha gastado el presupuesto, me oculta datos, etc.). Como pueden observar todo es muy poco edificante⁷.

VII. ¿A quién conviene la continuidad de las carencias de participación?

Hace unos años cuando realizaba un estudio jurídico sobre el fomento de la igualdad en el colectivo de personas transexuales⁸, descubrí con cierto horror la cantidad de intereses económicos que había en distinguir a este grupo del resto de los mortales, homosexuales y heterosexuales, solo para tenerles detectados como nicho de mercado, de cara a la personalización de ventas. Lo que algunos pretendían bajo el paraguas de la promoción del colectivo, era absolutamente contrario a la igualdad real, porque solo trataba de identificar a estas personas como potenciales clientes de servicios específicos. Muchas veces me he pregun-

⁷ En los días posteriores a la constitución de nuevas asambleas y toma de posesión de gobiernos, proliferan numerosos ejemplos que contribuyen al malestar ciudadano, incluso de los votantes recientes, pues lo primero que hacen centenares de dirigentes, es hablar de las retribuciones. Esto ya es la gota que colma el vaso para los votantes y los abstenidos, pues hagan lo que hagan sus políticos, incluso si se bajan los sueldos, terminan recordando que sus representantes cobran. Y eso es inaceptable en nuestras sociedades de los últimos años, donde el político ha de estar para que le insulten, calumnien y abucheen, y parece que lo ha de hacer gratis.

⁸ BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique, "Transexualidad y derechos fundamentales: protección integral sin la utilización del factor sexo como diferencia". En *Cuadernos de Derecho Público*, nº 21, enero-abril de 2004 (publicado en 2005), págs. 127 a 162.

tado si en la forma de hacer política que hemos consagrado todos, no habrá un interés económico. En el ejemplo de comportamiento que más abunda en los dirigentes políticos y mediáticos de nuestras sociedades y que he referido en anteriores apartados se puede ver: la mayor parte de la clase política, dedica un porcentaje superior de su tiempo y declaraciones, a la crítica destructiva del adversario, esté o no gobernando. Los medios de comunicación, por su parte, rara vez tienen ocasión de resaltar los acuerdos y coincidencias, y además es la Biblia de los titulares el destacar en cualquier intervención de los responsables públicos, solo las palabras que encierren los mayores ataques. Se fuerza incluso el lenguaje para fomentar contradicciones con una sola finalidad: que a todo el mundo le quede claro que, unos políticos han dicho de otros, lo aviesos que los segundos son. El mensaje es siempre el mismo: todo es enfrentamiento y desacuerdo. Cuando no es así, no hay noticia. El efecto para la ciudadanía es, nuevamente, desalentador, ya que percibe durante años y años una suma de informaciones cuyo fondo es que un representante político, me sea afín o no, hace todo mal. Y así pasa lo que pasa: el descrédito es imposible de levantar porque cuando alguien desea romper este círculo desde dentro se encuentra tanto con el desprecio de los que solo saben hacer política criticando y sin reconocer errores (es más fácil que afrontar problemas a fondo), como con la postergación de los que no venden sus periódicos ni emisiones desde la ausencia de confrontación. La estructura mediática, es decir, los poderes económicos que la respaldan, ganan más dinero con la bronca. Prueba de ello es que la incitan cuando no surge. Y es también claro que si ganan dinero es porque a la mayor parte de la ciudadanía, o bien le entretiene más la disputa perpetua, o bien es de una mediocridad tal, que necesita creer que sus representantes son humanamente peores que ella (para consolarse de su existencia y falta de compromiso, no para sentirse bien representados dada la coincidencia de caracteres).

¿Nadie puede romper con esta dinámica? ¿Alguien tendrá ocasión de llegar más arriba y comenzar a reconocer errores, a hablar bien del adversario, e ignorar a quienes quieren pelea? Veremos qué apoyo mediático recibe. ¿Si alguno de los medios fuera audaz, se daría cuenta que abanderando una información social donde tenga hueco principal el acuerdo y las buenas palabras, también podría ganar audiencia, anunciantes y dinero?

Puede que el principal problema de esta propuesta de romper estructuras hiper-críticas sea el mantenimiento, ficticio ya en muchas sociedades, de las divisiones ideológicas tradicionales. Lo que antaño sirvió con nitidez para catalogar mayorías y distinguir unas propuestas de organización política y social, hoy parece solo utilizarse como elemento clasificatorio que sitúe al electorado ante una predisposición cultural sin necesidad de esforzarse en conocer cada propuesta u opción política.

Es decir, de nuevo parece tratarse de explotar el tópico y el prejuicio para ofrecer a los votantes una nueva comodidad que les alivie del compromiso concreto, delegando su voto y su responsabilidad en una pretendida concepción que ya ha asumido como propia y que le inclina sin más por una opción, salvo que excepcionalmente otra le convenza para cambiar "sus principios" o "su ideología".

En varias ocasiones me he pronunciado sobre la superación del marco ideológico entre la izquierda, el centro y la derecha, al menos en España y en su entorno de la Unión Europea. A día de hoy creo que tan solo existe un voto comprometido con la ideología que representan los derechos humanos reconocidos para las personas en las constituciones, y otro bando que cree en experiencias frente al sistema, desde varios extremos. Pero la realidad clasificatoria que impone el lenguaje del poder y de la calle obliga a encuadrarnos, a efectos de entenderse, y pervive pues la confusión. Cuando algunos apostamos por esta línea práctica de pensamiento (superación de clasificaciones caducas y sustitución por la ideología que marcan los derechos humanos como patrón para distinguir el compromiso democrático de cualesquiera otros inventos) se nos acaba calificando, en el mejor de los casos, de "centristas", como si pudiera haber un centro cuando sólo hay un extremo definido: el de la negación total o parcial de derechos, venga del antisistema que sea, se defina como se defina.

Hace muy pocos días uno de los profesores castellano-manchegos con más proyección internacional, Díaz Revorio, venía a asociar el centro con la ponderación obligada por la realidad, que se produce al escuchar varias posturas, desde el rigor y la moderación⁹. Comparto esta visión, pero subrayo que me resulta práctica en tanto se aplique, como él mismo sugiere, a la ponderación de argumentos entre posturas concretas referidas a problemas específicos, que es lo que ocurre en nuestras sociedades una vez que el Estado Social y Democrático de Derecho ha dejado su huella, pero ya no en admitir un punto medio entre los que están compartiendo una ideología constitucional presidida por los derechos humanos, y los que quieren atacarla.

Por ejemplo, ese "centrismo" opera en una sociedad como la de la España actual, salida de unas elecciones que no han generado mayorías de gobierno y abocada a otras por esa causa, en la necesidad de un esfuerzo casi titánico de integración y autocontrol por parte de toda la clase política, que comenzaría por algo tan básico como es la educación con el adversario. La gente recupe-

⁹ *El Miradero*. La Tribuna de Toledo. 22 de enero de 2016.

rá un nivel aceptable de creencia en los dirigentes políticos cuando alguien simplemente utilice la educación en el trato con el contrincante. El centro es reconocer aciertos del adversario, resaltar lo positivo de los pactos sin necesidad de llegar sólo al acuerdo en casos excepcionales. Es marcar un nivel de debate distinto del de las vísceras trasladando la tolerancia democrática y el dialogo al conjunto de la sociedad.

VIII. Educar en derechos, comenzando por el voto.

La salida de la situación social, económica y política de un país en crisis, viene de la mano de múltiples factores. Lo que estas líneas quieren aportar es una mera reflexión sobre el déficit de formación democrática que persiste en nuestra sociedad, obstaculizando tanto la participación como la responsabilidad ciudadana en la obra colectiva que un país significa. Apostar por una enseñanza sencilla y práctica de los derechos que cada uno tenemos, es tan solo un paso entre mil objetivos a conseguir, pero se presenta como el avance más transversal y oportuno siempre que lo que se desee es, verdaderamente, la capacidad de decisión última del "pueblo". Cada derecho, como se ha dicho, es imprescindible en ese camino, pero por motivos obvios de inmediatez y eficacia, incrementar el conocimiento de los derechos de participación política, y entre ellos, del sufragio, debería ser una prioridad en nuestras sociedades.

Cuando en un Estado todo, absolutamente todo, lo relativo a la organización estructural y a la toma de decisiones públicas, se somete a la Constitución y al Derecho, también se disciplina nuestra toma de decisiones en el ámbito político. Y el voto no es ajeno a este proceso. Si los parlamentarios, el gobierno, los jueces, los funcionarios; se someten al imperio de la ley en el fondo y en la forma, no hay razón alguna para que cada ciudadano, miembro del cuerpo electoral constitucionalizado y sometido al Derecho, no lo haga. El voto como expresión última de la "voluntad popular" (es de suponer, bajando a la realidad, que simplemente como expresión de lo que cada votante quiere), es de imposible control en su sentido o fondo, y ni racional ni jurídicamente debe serlo. Pero por esa razón, al estar manifestando un poder real de semejante calibre, que nos permite decisiones arbitrarias e incontrolables, debería ser objeto de atención más prioritaria por parte del poder público, ya que éste termina dependiendo en democracia de aquél. Con este panorama, entre las prioridades insalvables e inaplazables del sistema, la educación en derechos, el de sufragio incluido, es la única garantía para que el ciudadano/a reciba preparado la capacidad democrática de votar, no tanto por la desconfianza en los criterios que

todos tenemos y en nuestras peculiares formas de decidir a quién apoyamos, como por la tenacidad, históricamente comprobada, de los mediadores, agentes políticos y diversos intermediarios mediáticos, por aprovechar, cuando no fomentar, el uso del voto irreflexivo o desgajado de la conciencia ciudadana.

Puede ser un buen momento este el de recordar los esfuerzos que desde muchas disciplinas se han hecho por recabar, no ya una mayor atención, simplemente una atención, a la enseñanza de los derechos¹⁰, y por su insistencia en su momento, dentro del derecho constitucional, los intentos al efecto de algunos profesores de la Universidad de Valencia, ya en los años 90 del siglo pasado, como Remedio Sánchez Ferriz, Luis Jimena o Lorenzo Cotino¹¹. ¿Será posible pues, en España por ejemplo, aplicar en la práctica el art. 27.2 CE? ("*La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.*").

IX. Apéndices para que continúe el entretenimiento: planes de estudio en el papel.

Los poderes públicos deben ser ya conscientes de su responsabilidad, porque en la inacabable serie histórica de planes de estudio, mencionan de manera grandilocuente las necesidades educativas de los derechos. Aquí adjunto la enésima reforma educativa y sus instrumentos curriculares de desarrollo, subrayando la solución que plantean a este problema, parece ser que admitido y

10 Entre otros muchos: ASIS ROIG, Rafael de, y RIBOTTA, Silvina, *Educación en derechos humanos, la asignatura pendiente*, Dykinson, Madrid, 2006. BONIFACIO BARBA, José, *Educación para los derechos humanos*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2014. GONZÁLEZ CLAVERO, Mariano, *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos*, Editex SA, Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2007. MAGENDZO, Abrahán, *Educación en derechos humanos: un desafío para los docentes*, LOM, Santiago de Chile, 2006. MESTRE CHUST, José Vicente, *La necesidad de la educación en derechos humanos*, UOC, Barcelona, 2007. Recomendaciones internacionales al respecto en Naciones Unidas: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Education/EducationTraining/Pages/Decade.aspx> (fecha de consulta: 20/04/2016).

11 SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio y JIMENA QUESADA, Luis, *La enseñanza de los derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1995. COTINO HUESO, Lorenzo, "Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis", en *AA.VV. (Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*, págs. 99 a 115, Lorenzo Cotino Hueso (coord.), Generalitat Valenciana, Valencia, 2000. También: "Derechos y libertades y principios democráticos en la enseñanza tras las reformas de 29 de diciembre de 2000: una visión crítica a raíz del manifiesto de constitucionalistas españoles", en *La enseñanza de las ideas constitucionales en Estado e Iberoamérica*, págs. 373 a 398, CIPC, N ediciones, Valencia, 2002.

detectado en los preámbulos de nuestras normas, pero luego postergado como elemento de enseñanza muy secundario. Nada nuevo. Tan solo cabe preguntar ante su ejecución: 1, qué profesores, 2, con qué capacitación, 3, durante cuantas horas en los currículos señalados, 4, con qué textos, 5, cuándo empiezan.

Hay un momento dado al llegar al colegio, donde profesores y niños/as se acaban de conocer, y ni los primeros han conseguido empararse de las dinámicas pedagógicas o curriculares a pesar de las décadas "de mejoras", ni los segundos están en condiciones de comprenderlas aún. Pero los maestros empiezan a hablar y les cuentan los números, de uno en uno, y luego las letras del abecedario, de una en una. Pues solo eso exige la enseñanza de los derechos humanos, a partir de una declaración internacional o a partir de una norma que los constitucionalice: la libertad consiste en a, la vida en b, la integridad en c, la educación en d, la reunión en e, la libertad de pensamiento en f, etc. ¿Es tan complicado?.

Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa.

PREÁMBULO

I

(...)

Solo un sistema educativo de calidad, inclusivo, integrador y exigente, garantiza la igualdad de oportunidades y hace efectiva la posibilidad de que cada alumno o alumna desarrolle el máximo de sus potencialidades. **Solo desde la calidad se podrá hacer efectivo el mandato del artículo 27.2 de la Constitución española: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales».**

II

(...)

III

(...)

La creación de las condiciones que permitan al alumnado su pleno desarrollo personal y profesional, así como su participación efectiva en los procesos sociales, culturales y económicos de transformación, es una responsabilidad ineludible de los poderes públicos.

(...)

De acuerdo con la reflexión anterior, **es importante destacar que la mejora de la calidad democrática de una comunidad pasa inexorablemente por la mejora de la calidad de su sistema educativo. Una democracia cada vez más compleja y participativa demanda ciudadanos crecientemente responsables y formales. Elevar los niveles de educación actuales es una decisión esencial para favorecer la convivencia pacífica y el desarrollo cultural de la sociedad.**

(...)

IV

(...)

La educación es la clave de esta transformación mediante la formación de personas activas con autoconfianza, curiosas, emprendedoras e innovadoras, deseosas de participar en la sociedad a la que pertenecen, de crear valor individual y colectivo, capaces de asumir como propio el valor del equilibrio entre el esfuerzo y la recompensa. El sistema educativo debe posibilitar tanto el aprendizaje de cosas distintas como la enseñanza de manera diferente, para poder satisfacer a unos alumnos y alumnas, que han ido cambiando con la sociedad.

(...)

XIV

La Recomendación (2002)12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la Educación para la Ciudadanía Democrática, de fecha 16 de octubre de 2002, señala que la educación para

la ciudadanía democrática es esencial para promover una sociedad libre, tolerante y justa y que contribuye a defender los valores y principios de la libertad, el pluralismo, los derechos humanos y el imperio de la ley, que son los fundamentos de la democracia.

Uno de los principios en los que se inspira el Sistema Educativo Español es la transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación. Se contempla también como fin a cuya consecución se orienta el Sistema Educativo Español la preparación para el ejercicio de la ciudadanía y para la participación activa en la vida económica, social y cultural, con actitud crítica y responsable y con capacidad de adaptación a las situaciones cambiantes de la sociedad del conocimiento.

Esta Ley Orgánica considera esencial la preparación para la ciudadanía activa y la adquisición de las competencias sociales y cívicas, recogidas en la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente. En el contexto del cambio metodológico que esta Ley Orgánica propugna se aborda esta necesidad de forma transversal al incorporar la educación cívica y constitucional a todas las asignaturas durante la educación básica, de forma que la adquisición de competencias sociales y cívicas se incluya en la dinámica cotidiana de los procesos de enseñanza y aprendizaje y se potencie de esa forma, a través de un planteamiento conjunto, su posibilidad de transferencia y su carácter orientador.

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, se modifica en los siguientes términos:

(...)

Nueve. El artículo 18 queda redactado de la siguiente manera:

«1. La etapa de Educación Primaria comprende seis cursos y se organiza en áreas, que tendrán un carácter global e integrador.

2. Los alumnos y alumnas deben cursar las siguientes áreas del bloque de asignaturas troncales en cada uno de los cursos:

- a) Ciencias de la Naturaleza.
- b) Ciencias Sociales.
- c) Lengua Castellana y Literatura.
- d) Matemáticas.
- e) Primera Lengua Extranjera.

3. Los alumnos y alumnas deben cursar las siguientes áreas del bloque de asignaturas específicas en cada uno de los cursos:

- a) Educación Física.
- b) **Religión, o Valores Sociales y Cívicos, a elección de los padres, madres o tutores legales.**
- c) En función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, al menos una de las siguientes áreas del bloque de asignaturas específicas:

- 1.º Educación Artística.
- 2.º Segunda Lengua Extranjera.
- 3.º Religión, sólo si los padres, madres o tutores legales no la han escogido en la elección indicada en el apartado 3.b).

4.º Valores Sociales y Cívicos, sólo si los padres, madres o tutores legales no la han escogido en la elección indicada en el apartado 3.b).

(NOTA: COMO PUEDE COMPROBARSE, NO SE ESTÁ REFIRIENDO A ENSEÑAR DERECHOS).

(...)

Quince. El artículo 24 queda redactado de la siguiente manera:

«Artículo 24. Organización del primer ciclo de Educación Secundaria Obligatoria.

1. Los alumnos y alumnas deben cursar las siguientes materias generales del bloque de asignaturas troncales en los cursos primero y segundo:

- a) Biología y Geología en primer curso.
- b) Física y Química en segundo curso.
- c) Geografía e Historia en ambos cursos.
- d) Lengua Castellana y Literatura en ambos cursos.
- e) Matemáticas en ambos cursos.
- f) Primera Lengua Extranjera en ambos cursos.

2. Los alumnos y alumnas deben cursar las siguientes materias generales del bloque de asignaturas troncales en el curso tercero:

- a) Biología y Geología.
- b) Física y Química.
- c) Geografía e Historia.
- d) Lengua Castellana y Literatura.
- e) Primera Lengua Extranjera.

3. Como materia de opción, en el bloque de asignaturas troncales deberán cursar, bien Matemáticas Orientadas a las Enseñanzas Académicas, o bien Matemáticas Orientadas a las Enseñanzas Aplicadas, a elección de los padres, madres o tutores legales o, en su caso, de los alumnos y alumnas.

4. Los alumnos y alumnas deben cursar las siguientes materias del bloque de asignaturas específicas en cada uno de los cursos:

- a) Educación Física.
- b) **Religión, o Valores Éticos, a elección de los padres, madres o tutores legales o, en su caso, del alumno o alumna.**
- c) En función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, un mínimo de una y, máximo de cuatro, de las siguientes materias del bloque de asignaturas específicas, que podrán ser diferentes en cada uno de los cursos:

- 1.º Cultura Clásica.
- 2.º Educación Plástica, Visual y Audiovisual.
- 3.º Iniciación a la Actividad Emprendedora y Empresarial.
- 4.º Música.
- 5.º Segunda Lengua Extranjera.
- 6.º Tecnología.
- 7.º Religión, sólo si los padres, madres o tutores legales o, en su caso, el

alumno o alumna no la han escogido en la elección indicada en el apartado 4.b).

8.º Valores Éticos, sólo si los padres, madres o tutores legales o, en su caso, el alumno o alumna no la han escogido en la elección indicada en el apartado 4.b).

(NOTA: COMO PUEDE COMPROBARSE, EN ESTA ETAPA TAMPOCO SE MENCIONA LA ENSEÑANZA DE DERECHOS).

Veamos en las normas de desarrollo:

Real Decreto 126/2014, de 28 de febrero, por el que se establece el currículo básico de la Educación Primaria.

(...)

2. A efectos del presente real decreto, las competencias del currículo serán las siguientes:

- 1.º Comunicación lingüística.
- 2.º Competencia matemática y competencias básicas en ciencia y tecnología.
- 3.º Competencia digital.
- 4.º Aprender a aprender.
- 5.º Competencias sociales y cívicas.**
- 6.º Sentido de iniciativa y espíritu emprendedor.
- 7.º Conciencia y expresiones culturales.

Para una adquisición eficaz de las competencias y su integración efectiva en el currículo, deberán diseñarse actividades de aprendizaje integradas que permitan al alumnado avanzar hacia los resultados de aprendizaje de más de una competencia al mismo tiempo.

Se potenciará el desarrollo de las competencias Comunicación lingüística, Competencia matemática y competencias básicas en ciencia y tecnología.

(...)

Artículo 7. Objetivos de la Educación Primaria.

La Educación Primaria contribuirá a desarrollar en los niños y niñas las capacidades que les permitan:

a) Conocer y apreciar los valores y las normas de convivencia, aprender a obrar de acuerdo con ellas, prepararse para el ejercicio activo de la ciudadanía y respetar los derechos humanos, así como el pluralismo propio de una sociedad democrática.

(...)

m) Desarrollar sus capacidades afectivas en todos los ámbitos de la personalidad y en sus relaciones con los demás, así como una actitud contraria a la violencia, a los prejuicios de cualquier tipo y a los estereotipos sexistas.

(...)

Artículo 10. Elementos transversales.

1. Sin perjuicio de su tratamiento específico en algunas de las asignaturas de cada etapa, la comprensión lectora, la expresión oral y escrita, la comunicación audiovisual, las Tecnologías de la Información y la Comunicación, el emprendimiento y la educación cívica y constitucional se trabajarán en todas las asignaturas.

(...)

3. Las Administraciones educativas fomentarán el desarrollo de los valores que fomenten la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y la prevención de la violencia de género, y de los valores inherentes al principio de igualdad de trato y no discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social.

Las Administraciones educativas fomentarán el aprendizaje de la prevención y resolución pacífica de conflictos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, así como de los valores que sustentan la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político, la paz, la democracia, el respeto a los derechos humanos y el rechazo a la violencia terrorista, la pluralidad, el respeto al Estado de derecho, el respeto y consideración a las víctimas del terrorismo y la prevención del terrorismo y de cualquier tipo de violencia.

La programación docente debe comprender en todo caso la prevención de la violencia de género, de la violencia terrorista y de cualquier forma de violencia, racismo o xenofobia, incluido el estudio del Holocausto judío como hecho histórico.

Se evitarán los comportamientos y contenidos sexistas y estereotipos que supongan discriminación.

(...)

ANEXO I Asignaturas troncales

a) Ciencias de la Naturaleza.

(...)

b) Ciencias Sociales.

En las Ciencias Sociales se integran diversas disciplinas que estudian a las personas como seres sociales y su realidad en sus aspectos geográficos, sociológicos, económicos e históricos. El objeto de las Ciencias Sociales en esta etapa es aprender a vivir en sociedad, conociendo los mecanismos fundamentales de la democracia y respetando las reglas de la vida colectiva.

(...)

A través de los contenidos del Bloque 3, Vivir en sociedad, será posible iniciar un proceso de comprensión acerca de las formas de reconocer las características de los distintos grupos sociales, respetando y valorando sus diferencias, quiénes son sus integrantes, cómo se distribuyen en el espacio físico, de qué manera se distribuye el trabajo entre sus miembros, cómo se producen y reparten los bienes de consumo, la vida económica de los ciudadanos, la capacidad emprendedora de los miembros de la sociedad y el estudio de la empresa, que comprenderá la función dinamizadora de la actividad empresarial en la sociedad, la organización social, política y territorial y el conocimiento de las instituciones europeas, la población, los sectores de producción, y educación financiera elemental.

(...)

Enseñar y aprender Ciencias Sociales es mostrar pleno respeto de los derechos humanos, incluida la igualdad como base de la democracia y la comprensión de las diferencias existentes entre los sistemas de valores de las distintas religiones o grupos étnicos y valorar los derechos humanos básicos. Esta actitud también incluye manifestar el sentido de la responsabilidad y mostrar comprensión y respeto de los valores compartidos que son necesarios para garantizar la cohesión de la comunidad, como el respeto de los principios democráticos.

La finalidad última del área es conseguir la transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación. Se contempla también como fin, a cuya consecución se orienta el sistema educativo español, la preparación para el ejercicio de la ciudadanía y para la participación activa en la vida económica, social y cultural, con actitud crítica y responsable y con capacidad de adaptación a las situaciones cambiantes de la sociedad del conocimiento.

Ciencias sociales

Contenidos	Criterios de evaluación	Estándares de aprendizaje evaluables
Bloque 1. Contenidos comunes		
<p>Iniciación al conocimiento científico y su aplicación en las Ciencias Sociales.</p> <p>Recogida de información del tema a tratar, utilizando diferentes fuentes (directas e indirectas).</p> <p>Utilización de las tecnologías de la información y la comunicación para buscar y seleccionar información y presentar conclusiones.</p> <p>Desarrollo de estrategias para organizar, memorizar y recuperar la información obtenida mediante diferentes métodos y fuentes.</p> <p>Utilización y lectura de diferentes lenguajes textuales y gráficos.</p> <p>Técnicas de trabajo intelectual.</p>	<p>1. Obtener información concreta y relevante sobre hechos o fenómenos previamente delimitados, utilizando diferentes fuentes (directas e indirectas).</p> <p>2. Utilizar las tecnologías de la información y la comunicación para obtener información aprender y expresar contenidos sobre Ciencias Sociales.</p> <p>3. Desarrollar la responsabilidad, la capacidad de esfuerzo y la constancia en el estudio.</p> <p>4. Realizar trabajos y presentaciones a nivel individual y grupal que supongan la búsqueda, selección y organización de textos de carácter</p>	<p>1.1. Busca, selecciona y organiza información concreta y relevante, la analiza, obtiene conclusiones, reflexiona acerca del proceso seguido y lo comunica oralmente y/o por escrito.</p> <p>2.1. Utiliza las tecnologías de la información y la comunicación (Internet, blogs, redes sociales...) para elaborar trabajos con la terminología adecuada a los temas tratados.</p> <p>2.2. Analiza informaciones relacionadas con el área y maneja imágenes, tablas, gráficos, esquemas, resúmenes y las tecnologías de la información y la comunicación.</p>

<p>Estrategias para desarrollar la responsabilidad, la capacidad de esfuerzo y la constancia en el estudio.</p> <p>Fomento de técnicas de animación a la lectura de textos de divulgación de las Ciencias Sociales (de carácter social, geográfico e histórico).</p> <p>Utilización de estrategias para potenciar la cohesión del grupo y el trabajo cooperativo.</p> <p>Uso y utilización correcto de diversos materiales con los que se trabaja.</p> <p>Planificación y gestión de proyectos con el fin de alcanzar objetivos. Iniciativa emprendedora.</p> <p>Estrategias para la resolución de conflictos, utilización de las normas de convivencia y valoración de la convivencia pacífica y tolerante.</p>	<p>social, geográfico o histórico, mostrando habilidad para trabajar tanto individualmente como de manera colaborativa dentro de un equipo.</p> <p>5. Valorar el trabajo en grupo, mostrando actitudes de cooperación y participación responsable, aceptando las diferencias con respeto y tolerancia hacia las ideas y aportaciones ajenas en los diálogos y debates.</p> <p>6. Respetar la variedad de los diferentes grupos humanos y valorar la importancia de una convivencia pacífica y tolerante entre todos ellos sobre la base de los valores democráticos y los derechos humanos universalmente compartidos.</p> <p>7. Participar de una manera eficaz y constructiva en la vida social creando estrategias para resolver conflictos.</p> <p>8. Valorar la cooperación y el diálogo como forma de evitar y resolver conflictos, fomentando los valores democráticos.</p> <p>9. Desarrollar la creatividad y el espíritu emprendedor, aumentando las capacidades para aprovechar la información, las ideas y presentar conclusiones innovadoras.</p> <p>10. Desarrollar actitudes de cooperación y de trabajo en equipo, así como el hábito de asumir nuevos roles en una sociedad en continuo cambio.</p>	<p>3.1. Realiza las tareas encomendadas y presenta los trabajos de manera ordenada, clara y limpia.</p> <p>3.2. Utiliza con rigor y precisión el vocabulario adquirido para elaborar trabajos con la terminología adecuada a los temas tratados.</p> <p>3.3. Expone oralmente, de forma clara y ordenada, contenidos relacionados con el área, que manifiesten la comprensión de textos orales y/o escritos.</p> <p>4.1. Realiza trabajos y presentaciones a nivel individual y grupal que suponen la búsqueda, selección y organización de textos de carácter geográfico, social e histórico.</p> <p>5.1. Utiliza estrategias para realizar trabajos de forma individual y en equipo, y muestra habilidades para la resolución pacífica de conflictos.</p> <p>5.2. Participa en actividades de grupo adoptando un comportamiento responsable, constructivo y solidario y respeta los principios básicos del funcionamiento democrático.</p> <p>6.1. Valora la importancia de una convivencia pacífica y tolerante entre los diferentes grupos humanos sobre la base de los valores democráticos y los derechos humanos universalmente compartidos.</p> <p>7.1. Participa de una manera eficaz y constructiva en la vida social y crea estrategias para resolver conflictos.</p>
--	---	--

		<p>7.2. Identifica y utiliza los códigos de conducta y los usos generalmente aceptados en las distintas sociedades y entornos (escuela, familia, barrio etc.).</p> <p>8.1. Valora la cooperación y el dialogo como forma de evitar y resolver conflictos y fomenta los valores democráticos.</p> <p>9.1. Muestra actitudes de confianza en sí mismo, sentido crítico, iniciativa personal, curiosidad, interés, creatividad en el aprendizaje y espíritu emprendedor que le hacen activo ante las circunstancias que le rodean.</p> <p>9.2. Manifiesta autonomía en la planificación y ejecución de acciones y tareas y tiene iniciativa en la toma de decisiones.</p> <p>10.1. Desarrolla actitudes de cooperación y de trabajo en equipo, valora las ideas ajenas y reacciona con intuición, apertura y flexibilidad ante ellas.</p> <p>10.2. Planifica trabajos en grupo, coordina equipos, toma decisiones y acepta responsabilidades.</p>
--	--	--

(...)		
Bloque 3. Vivir en sociedad		
<p>La Organización social, política y territorial del Estado español. Derechos y deberes de los ciudadanos. La Constitución de 1978. Forma de Gobierno. La Monarquía Parlamentaria. Entidades territoriales y órganos de gobierno. Manifestaciones culturales y lingüísticas de España. La Unión Europea. La Población. Factores que modifican la población de un territorio. Población absoluta. Densidad de población. Variables demográficas. Distribución espacial, crecimiento natural y crecimiento real de la población. Representación gráfica. Población de España: distribución y evolución. Los movimientos migratorios. Población de Europa: distribución y evolución. Las actividades productivas: Recursos naturales, materias primas. Productos elaborados. Artesanía e industria. Las formas de producción. El sector servicios. Las actividades económicas y los sectores de producción de España y Europa.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Explicar la importancia que tiene la Constitución para el funcionamiento del Estado español, así como los derechos, deberes y libertades recogidos en la misma. 2. Identificar las Instituciones Políticas que se derivan de la Constitución. 3. Describir la organización territorial del Estado español. 4. Valorar la diversidad cultural, social, política y lingüística del Estado español, respetando las diferencias. 5. Identificar la estructura y los fines de la Unión Europea, explicando algunas ventajas derivadas del hecho de formar parte de la Unión Europea. 6. Comprender los principales conceptos demográficos y su relación con los factores geográficos, sociales económicos o culturales. 7. Distinguir los principales rasgos de la población española y europea, explicando su evolución y su distribución demográfica, representándola gráficamente. 8. Describir los movimientos migratorios de la población en España. 9. Explicar las diferencias entre materias primas y los productos elaborados, identificando las actividades que se realizan para obtenerlos. 	<ol style="list-style-type: none"> 1.1. Identifica, respeta y valora los principios democráticos más importantes establecidos en la Constitución y explica la importancia que la Constitución tiene para el funcionamiento del Estado español. 2.1. Identifica las principales instituciones del Estado español y describe sus funciones y su organización. 2.2. Identifica y comprende la división de poderes del estado y cuáles son las atribuciones recogidas en la Constitución para cada uno de ellos. 3.1. Explica la organización territorial de España, nombra las estructuras básicas de gobierno y localiza en mapas políticos las distintas comunidades que forman España, así como sus provincias. 4.1. Valora, partiendo de la realidad del estado español, la diversidad cultural, social, política y lingüística en un mismo territorio como fuente de enriquecimiento cultural. 5.1. Explica qué es la Unión Europea y cuáles son sus objetivos políticos y económicos y localiza en un mapa los países miembros y sus capitales. 5.2. Identifica las principales instituciones y sus órganos de gobierno en la Unión Europea,

<p>La producción de bienes y servicios. El consumo y la publicidad. Educación financiera. El dinero. El ahorro.</p> <p>Empleabilidad y espíritu emprendedor. La empresa. Actividad y funciones.</p> <p>Educación Vial. Adquisición de conocimientos que contribuyan a consolidar conductas y hábitos viales correctos.</p>	<p>10. Identificar las actividades que pertenecen a cada uno de los sectores económicos, describir las características de estos, reconociendo las principales actividades económicas de España y Europa.</p> <p>11. Describir el funcionamiento de la publicidad y sus técnicas, distinguiendo publicidad educativa y publicidad consumista.</p> <p>12. Tomar conciencia del valor del dinero y sus usos mediante un consumo responsable y el sentido del ahorro.</p> <p>13. Comprender los beneficios que ofrece el espíritu emprendedor.</p> <p>14. Explicar las características esenciales de una empresa, especificando las diferentes actividades y formas de organización que pueden desarrollar distinguiendo entre los distintos tipos de empresas.</p> <p>15. Conocer y respetar las normas de circulación y fomentar la seguridad vial en todos sus aspectos.</p>	<p>reconociendo sus símbolos y explicando en qué consiste el mercado único y la zona euro.</p> <p>6.1. Define demografía, comprende los principales conceptos demográficos y los calcula a partir de los datos de población.</p> <p>6.2. Define población de un territorio e identifica los principales factores que inciden en la misma y los define correctamente.</p> <p>6.3. Interpreta una pirámide de población y otros gráficos usados en el estudio de la población.</p> <p>7.1. Describe los principales rasgos de la población española y europea.</p> <p>7.2. Explica el proceso de la evolución de la población en España y en Europa y describe la incidencia que han tenido en la misma, factores como la esperanza de vida o la natalidad.</p> <p>7.3. Describe los factores que condicionan la distribución de la población española y europea.</p> <p>7.4. Sitúa en un mapa los mayores núcleos de población en España y las zonas más densamente pobladas.</p> <p>7.5. Describe la densidad de población de España comparándola mediante gráficos con la media de la Unión Europea.</p> <p>8.1. Explica el éxodo rural, la emigración a Europa y la llegada de emigrantes a nuestro país.</p> <p>8.2. Identifica y describe los principales problemas actuales de la población: superpoblación, envejecimiento, inmigración, etc.</p>
--	---	---

	<p>9.1. Identifica y define materias primas y producto elaborado y los asocia con las actividades en las que se obtienen.</p> <p>9.2. Describe ordenadamente el proceso de obtención de un producto hasta su venta, e identifica los sectores a los que pertenecen.</p> <p>10.1. Identifica los tres sectores de actividades económicas y clasifica distintas actividades en el grupo al que pertenecen.</p> <p>10.2. Explica las actividades relevantes de los sectores primario, secundario y terciario en España y Europa y sus localizaciones en los territorios correspondientes.</p> <p>11.1. Valora con espíritu crítico la función de la publicidad y reconoce y explica las técnicas publicitarias más habituales, analizando ejemplos concretos.</p> <p>12.1. Diferencia entre distintos tipos de gasto y adapta su presupuesto a cada uno de ellos.</p> <p>12.2. Planifica sus ahorros para gastos futuros elaborando un pequeño presupuesto personal.</p> <p>12.3. Investiga sobre distintas estrategias de compra, comparando precios y recopilando información.</p> <p>13.1. Desarrolla la creatividad y valora la capacidad emprendedora de los miembros de una sociedad.</p> <p>14.1. Identifica diferentes tipos de empresa según su tamaño y el sector económico al que pertenecen las actividades que desarrollan.</p>
--	---

		<p>14.2. Describe diversas formas de organización empresarial.</p> <p>14.3. Define términos sencillos relacionados con el mundo de la empresa y la economía, ilustrando las definiciones con ejemplos.</p> <p>15.1. Explica normas básicas de circulación y las consecuencias derivadas del desconocimiento o incumplimiento de las mismas.</p> <p>15.2. Conoce el significado de algunas señales de tráfico, reconoce la importancia de respetarlas y las utiliza tanto como peatón y como usuario de medios de transporte (abrocharse el cinturón, no molestar al conductor...).</p>
--	--	--

ANEXO II

Asignaturas específicas

a) Educación Artística.

(...)

b) Educación Física.

(...)

c) Segunda Lengua Extranjera.

(...)

d) Valores Sociales y Cívicos.

Los Valores sociales y cívicos tienen una valía fundamental para las personas en una sociedad democrática; de ahí la importancia de que la educación facilite

la construcción de la identidad individual y potencie relaciones interpersonales enriquecedoras para fortalecer la convivencia, de acuerdo a valores cívicos, socialmente reconocidos.

El área Valores Sociales y Cívicos ayuda, en gran medida, a garantizar el derecho universal de los niños y niñas a recibir una educación que les permita desarrollarse al máximo de sus posibilidades, formarse en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y prepararse para asumir una vida responsable en una sociedad libre y tolerante con las diferencias.

Asimismo, refuerza la preparación de las personas para actuar como ciudadanos participativos e implicados en la mejora de la cohesión, la defensa y el desarrollo de la sociedad democrática. Esta formación incluye la adquisición de competencias sociales y cívicas personales, interpersonales e interculturales para participar de una manera eficaz y constructiva en sociedades cada vez más diversificadas.

La propuesta de esta área, formar a las personas desde el inicio de la Educación Primaria en la reflexión y la vivencia de valores, responde a la preocupación por mejorar la calidad de la educación de todo el alumnado, fomentando el desarrollo de procesos educativos que potencien la participación individual para lograr fines colectivos. De este modo, se enriquecen las experiencias sociales de los alumnos, teniendo en cuenta que viven en sociedad mientras se forman y que las vivencias compartidas en la escuela enriquecen sus aprendizajes.

El área incita a la reflexión y propone aprendizajes relativos a la dignidad personal, al respeto a los demás y a los valores sociales en la convivencia. En primer lugar, la pretensión es que cada alumno adquiera las competencias necesarias para construir un autoconcepto ajustado y una buena autoestima, para tomar iniciativas responsables y vivir con dignidad. Una vez elaborada su identidad personal, el niño está preparado para reconocer al otro. Por ello, se induce a la empatía, al respeto y a la tolerancia de las otras personas y se proponen elementos relacionados con las habilidades necesarias para relacionarse y actuar de acuerdo con los derechos y deberes humanos fundamentales.

Una vez que el ser humano es capaz de conocerse y aceptarse a la vez que comprende y respeta a los demás, puede asumir la complejidad de la convivencia social. En este momento, se estimulan actitudes que propicien la interdependencia positiva, la cooperación y la solidaridad de acuerdo a los valores, derechos y deberes de la Constitución española.

De esta manera se orienta a los alumnos para comprender la realidad social, resolver conflictos de forma reflexiva, dialogar para mejorar, respetar los valores universales, crear un sistema de valores propios y participar activamente en la vida cívica de forma pacífica y democrática.

Valores Sociales y Cívicos contribuye a que el alumnado mejore su competencia para aprender y tener iniciativa, estimulando la motivación, el esfuerzo y las capacidades de reflexión, síntesis y estructuración. Les ayuda a enfrentarse a los problemas, experimentar y realizar proyectos en equipo, trabajar de forma independiente, tomar decisiones y generar alternativas personales.

La enseñanza del área requiere que el profesor estimule la ayuda mutua y el trabajo cooperativo, inspirado en la idea de que todas las personas tienen capacidades aunque encuentren algunas limitaciones. Debe potenciar el desarrollo de competencias que permitan a los alumnos considerarse valiosos y ayudar a los demás, a la vez que se sienten reconocidos y se muestran receptivos para recibir ayuda en la resolución de sus problemas.

La metodología en el aula se ha de fundamentar en la relación entre el progreso personal y el académico, porque equilibrio afectivo y aprendizaje van unidos y se fortalecen mutuamente. Las decisiones metodológicas se deben guiar por el objetivo de facilitar el desarrollo de personas bien formadas e informadas, capaces de asumir sus deberes y defender sus derechos, ejercer la ciudadanía activa, incorporarse a la vida adulta de manera satisfactoria y desarrollar un aprendizaje permanente a lo largo de la vida.

Los procesos de enseñanza y aprendizaje estarán basados en la participación de todos los alumnos, de modo que se sientan valiosos y capaces. De ahí la importancia de proponer el trabajo cooperativo para la realización de las tareas, que permite al alumnado el análisis y la expresión e interpretación de pensamientos, sentimientos y hechos en distintos contextos sociales y culturales, así como el uso del lenguaje para regular la conducta y relacionarse con los demás.

Mediante la toma de decisiones basada en los juicios morales y la resolución de problemas y conflictos en colaboración, se adquieren las competencias necesarias para seguir diversos procesos de pensamiento, utilizar el razonamiento lógico, analizar y enjuiciar críticamente los problemas sociales e históricos. El desarrollo de actividades, orientadas por valores socialmente admitidos, en un clima de convivencia acogedor, estimulante y educativo, refuerza en sí mismo el logro de los fines del área.

Valores Sociales y Cívicos

Criterios de evaluación	Estándares de aprendizaje evaluables
Bloque 1. La identidad y la dignidad de la persona	
<p>1. Construir el estilo personal basándose en la respetabilidad y la dignidad personal.</p> <p>2. Desarrollar el propio potencial, manteniendo una motivación intrínseca y esforzándose para el logro de éxitos individuales y compartidos.</p> <p>3. Adquirir capacidades para tomar decisiones de forma independiente, manejando las dificultades para superar frustraciones y sentimientos negativos ante los problemas.</p> <p>4. Crear una imagen positiva de sí mismo tomando decisiones meditadas y responsables, basadas en un buen autoconcepto.</p> <p>5. Estructurar un pensamiento efectivo e independiente empleando las emociones de forma positiva.</p> <p>6. Desarrollar la autonomía y la capacidad de emprendimiento para conseguir logros personales responsabilizándose del bien común.</p> <p>7. Proponerse desafíos y llevarlos a cabo mediante una toma de decisiones personal, meditada y responsable, desarrollando un buen sentido del compromiso respecto a uno mismo y a los demás.</p>	<p>1.1. Explica el valor de la respetabilidad y la dignidad personal.</p> <p>1.2. Razona el sentido del compromiso respecto a uno mismo y a los demás.</p> <p>1.3. Actúa de forma respetable y digna.</p> <p>2.1. Trabaja en equipo valorando el esfuerzo individual y colectivo para la consecución de objetivos.</p> <p>2.2. Explica razones para asumir sus responsabilidades durante la colaboración.</p> <p>2.3. Genera confianza en los demás realizando una autoevaluación responsable de la ejecución de las tareas.</p> <p>3.1. Utiliza el pensamiento creativo en el análisis de problemas y el planteamiento de propuestas de actuación.</p> <p>3.2. Propone alternativas a la resolución de problemas sociales.</p> <p>3.3. Sabe hacer frente a la incertidumbre, el miedo o el fracaso.</p> <p>4.1. Conoce y asume los rasgos característicos de su personalidad poniéndolos de manifiesto asertivamente.</p> <p>4.2. Expresa la percepción de su propia identidad integrando la representación que hace de sí mismo y la imagen que expresan los demás.</p> <p>4.3. Manifiesta verbalmente una visión positiva de sus propias cualidades y limitaciones.</p> <p>5.1. Reflexiona, sintetiza y estructura sus pensamientos.</p> <p>5.2. Utiliza estrategias de reestructuración cognitiva.</p> <p>5.3. Describe el valor de la reestructuración cognitiva y la resiliencia.</p> <p>5.4. Aplica el autocontrol a la toma de decisiones, la negociación y la resolución de conflictos.</p> <p>5.5. Realiza un adecuado reconocimiento e identificación de sus emociones.</p>

	<p>5.6. Expresa sus sentimientos, necesidades y derechos a la vez que respeta los de los demás en las actividades cooperativas.</p> <p>6.1. Participa en la solución de los problemas escolares con seguridad y motivación.</p> <p>6.2. Realiza propuestas creativas y utiliza sus competencias para abordar proyectos sobre valores sociales.</p> <p>6.3. Identifica, define problemas sociales y cívicos e implanta soluciones potencialmente efectivas.</p> <p>6.4. Define y formula claramente problemas de convivencia.</p> <p>6.5. Razona la importancia de la iniciativa privada en la vida económica y social.</p> <p>7.1. Sopesa las consecuencias de sus acciones.</p> <p>7.2. Desarrolla actitudes de respeto y solidaridad hacia los demás en situaciones formales e informales de interacción social.</p> <p>7.3. Emplea el pensamiento consecuencial para tomar decisiones éticas.</p> <p>7.4. Identifica ventajas e inconvenientes de una posible solución antes de tomar una decisión ética.</p>
--	--

<p>(...)</p>	
<p>Bloque 3. La convivencia y los valores sociales</p>	
<p>1. Resolver problemas en colaboración, poniendo de manifiesto una actitud abierta hacia lo demás y compartiendo puntos de vista y sentimientos.</p> <p>2. Trabajar en equipo favoreciendo la interdependencia positiva y mostrando conductas solidarias.</p> <p>3. Practicar el altruismo en el entorno cercano sensibilizando sobre su valor.</p> <p>4. Implicarse en la elaboración y el respeto de las normas de la comunidad educativa empleando el sistema de valores personal que construye a partir de los valores universales.</p> <p>5. Participar activamente en la vida cívica de forma pacífica y democrática transformando el conflicto en oportunidad, conociendo y empleando las fases</p>	<p>1.1. Establece relaciones de confianza con los iguales y las personas adultas.</p> <p>1.2. Desarrolla proyectos y resuelve problemas en colaboración.</p> <p>1.3. Pone de manifiesto una actitud abierta hacia los demás compartiendo puntos de vista y sentimientos durante la interacción social en el aula.</p> <p>2.1. Muestra buena disposición a ofrecer y recibir ayuda para el aprendizaje.</p> <p>2.2. Recurre a las estrategias de ayuda entre iguales.</p> <p>2.3. Respeta las reglas durante el trabajo en equipo.</p> <p>2.4. Utiliza las habilidades del trabajo cooperativo.</p> <p>2.5. Emplea destrezas de interdependencia positiva.</p> <p>2.6. Describe conductas solidarias.</p>

<p>de la mediación y empleando el lenguaje positivo en la comunicación de pensamientos, intenciones y posicionamientos personales.</p> <p>6. Comprender el sentido de la responsabilidad social y la justicia social empleando la capacidad de reflexión, síntesis y estructuración.</p> <p>7. Crear un sistema propio de valores, asumiendo los derechos y deberes del alumno, realizando juicios morales de situaciones escolares y resolviendo dilemas morales con supuestos prácticos.</p> <p>8. Comprender lo que es un dilema moral y resolver dilemas morales para detectar prejuicios relativos a las diferencias culturales.</p> <p>9. Respetar los valores universales comprendiendo la necesidad de garantizar los derechos básicos de todas las personas.</p> <p>10. Comprender la declaración de la igualdad de derechos y la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, aplicándola al análisis del entorno social.</p> <p>11. Expresar la relevancia de preservar los derechos de libre expresión y opinión, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión realizando trabajos de análisis y síntesis.</p> <p>12. Comprender la importancia de los derechos del niño valorando las conductas que los protegen.</p> <p>13. Comprender la correlación entre</p> <p>14. Participar activamente en la vida cívica valorando la igualdad de derechos y corresponsabilidad de hombres y mujeres.</p> <p>15. Comprender y valorar la igualdad de derechos de hombres y mujeres, la corresponsabilidad en las tareas domésticas y el cuidado de la familia, argumentando en base a procesos de reflexión, síntesis y estructuración.</p> <p>16. Respetar los valores socialmente reconocidos, conociendo y apreciando los valores de la Constitución española y los Derechos y Deberes de la Constitución española.</p>	<p>3.1. Se muestra generoso en su entorno cercano.</p> <p>3.2. Es capaz de sensibilizar sobre causas altruistas realizando exposiciones orales sobre su valor y cometidos.</p> <p>3.3. Colabora en causas altruistas en colaboración con la comunidad educativa.</p> <p>4.1. Explica el concepto de norma.</p> <p>4.2. Argumenta la necesidad de que existan normas de convivencia en los diferentes espacios de interacción social.</p> <p>4.3. Participa en la elaboración de las normas del colegio.</p> <p>4.4. Infiere la necesidad de las normas de su comunidad educativa.</p> <p>4.5. Respeta las normas del centro escolar.</p> <p>5.1. Resuelve los conflictos de modo constructivo.</p> <p>5.2. Sigue las fases de la mediación en situaciones reales y simulaciones.</p> <p>5.3. Maneja el lenguaje positivo en la comunicación de pensamientos, intenciones y posicionamientos en las relaciones interpersonales.</p> <p>5.4. Analiza las emociones, sentimientos, posibles pensamientos y puntos de vista de las partes en conflicto.</p> <p>6.1. Razona el sentido de la responsabilidad social y la justicia social.</p> <p>6.2. Identifica y analiza críticamente desigualdades sociales.</p> <p>7.1. Conoce y respeta los derechos y deberes del alumno.</p> <p>7.2. Realiza juicios morales de situaciones escolares.</p> <p>7.3. Justifica sus actuaciones en base a valores personales como la dignidad, la libertad, la autoestima, la seguridad en uno mismo y la capacidad de enfrentarse a los problemas.</p> <p>8.1. Expresa lo que es un dilema moral.</p> <p>8.2. Realiza juicios morales.</p> <p>8.3. Analiza y resuelve dilemas morales en situaciones reales y simuladas.</p> <p>8.4. Resuelve dilemas morales en relación a prejuicios relativos a las diferencias culturales.</p>
---	--

<p>de la mediación y empleando el lenguaje positivo en la comunicación de pensamientos, intenciones y posicionamientos personales.</p> <p>6. Comprender el sentido de la responsabilidad social y la justicia social empleando la capacidad de reflexión, síntesis y estructuración.</p> <p>7. Crear un sistema propio de valores, asumiendo los derechos y deberes del alumno, realizando juicios morales de situaciones escolares y resolviendo dilemas morales con supuestos prácticos.</p> <p>8. Comprender lo que es un dilema moral y resolver dilemas morales para detectar prejuicios relativos a las diferencias culturales.</p> <p>9. Respetar los valores universales comprendiendo la necesidad de garantizar los derechos básicos de todas las personas.</p> <p>10. Comprender la declaración de la igualdad de derechos y la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, aplicándola al análisis del entorno social.</p> <p>11. Expresar la relevancia de preservar los derechos de libre expresión y opinión, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión realizando trabajos de análisis y síntesis.</p> <p>12. Comprender la importancia de los derechos del niño valorando las conductas que los protegen.</p> <p>13. Comprender la correlación entre</p> <p>14. Participar activamente en la vida cívica valorando la igualdad de derechos y corresponsabilidad de hombres y mujeres.</p> <p>15. Comprender y valorar la igualdad de derechos de hombres y mujeres, la corresponsabilidad en las tareas domésticas y el cuidado de la familia, argumentando en base a procesos de reflexión, síntesis y estructuración.</p> <p>16. Respetar los valores socialmente reconocidos, conociendo y apreciando los valores de la Constitución española y los Derechos y Deberes de la Constitución española.</p>	<p>9.1. Argumenta el carácter universal de los derechos humanos.</p> <p>9.2. Expone la importancia de que todas las personas disfruten de los derechos básicos: salud, bienestar, alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica.</p> <p>9.3. Enjuicia críticamente las circunstancias de personas que viven en situación de privación de los derechos básicos.</p> <p>10.1. Argumenta y expone mediante imágenes la importancia de garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.</p> <p>10.2. Analiza formas de discriminación: racismo, xenofobia, desigualdad de oportunidades.</p> <p>10.3. Analiza hechos discriminatorios: maltrato, exclusión de minorías étnicas, reclusión en campos de concentración, el holocausto, segregación por enfermedad...</p> <p>10.4. Descubre y enjuicia críticamente casos cercanos de desigualdad y discriminación.</p> <p>10.5. Detecta prejuicios y analiza conflictos derivados del uso de estereotipos en el contexto escolar.</p> <p>11.1. Valora y respeta la libre expresión.</p> <p>11.2. Comprende, interpreta y acepta opiniones diferentes a las propias.</p> <p>11.3. Relaciona diferentes culturas y religiones con las formas de pensamiento de personas pertenecientes a ellas.</p> <p>11.4. Analiza, reflexiona y expresa conclusiones sobre los derechos de libre expresión y opinión, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.</p> <p>12.1. Expone los derechos básicos del niño.</p> <p>12.2. Argumenta la necesidad de proteger los derechos básicos del niño.</p> <p>12.3. Justifica la importancia de que todos los niños reciban ayuda.</p> <p>12.4. Razona las consecuencias de la explotación infantil y la trata de niños.</p> <p>13.1. Expone verbalmente la correlación entre derechos y deberes.</p>
---	---

<p>17. Crear un sistema de valores propios realizando juicios morales basados en los derechos y deberes básicos de la Constitución española.</p> <p>18. Conocer y expresar las notas características de la democracia y la importancia de los valores cívicos en la sociedad democrática, así como el significado de los símbolos nacionales, la Bandera, el Escudo de España y el Himno nacional como elementos comunes de la Nación española y el conjunto de los españoles.</p> <p>19. Comprender la importancia de la contribución de los ciudadanos a los servicios públicos y los bienes comunes a través de los impuestos realizando razonamientos críticos.</p> <p>20. Realizar un uso responsable de los bienes de la naturaleza, comprendiendo e interpretando sucesos, analizando causas y prediciendo consecuencias.</p> <p>21. Contribuir a la conservación del medio ambiente manteniendo una actitud crítica ante las faltas de respeto.</p> <p>22. Valorar el uso responsable de las fuentes de energía en el planeta concienciándose del respeto del entorno y desarrollando la capacidad crítica hacia los acontecimientos que lo modifican.</p> <p>23. Ser capaz de realizar primeros auxilios y tomar medidas preventivas valorando la importancia de prevenir accidentes domésticos.</p> <p>24. Emplear las nuevas tecnologías desarrollando valores sociales y cívicos en entornos seguros.</p> <p>25. Analizar críticamente la influencia de la publicidad sobre el consumo utilizando las nuevas tecnologías.</p> <p>26. Valorar las normas de seguridad vial, analizando las causas y consecuencias de los accidentes de tráfico.</p> <p>27. Investigar sobre la prevención de accidentes de tráfico generando iniciativas y alternativas personales.</p>	<p>13.1. Expone verbalmente la correlación entre derechos y deberes.</p> <p>13.2. Razona la valoración de situaciones reales, expuestas en Internet, en relación a los derechos del niño.</p> <p>13.3. Expone mediante trabajos de libre creación las conclusiones de su análisis crítico de las diferencias en la asignación de tareas y responsabilidades en la familia y la comunidad escolar en función del sexo.</p> <p>14.1. Enjuicia críticamente actitudes de falta de respeto a la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres.</p> <p>14.2. Colabora con personas de otro sexo en diferentes situaciones escolares.</p> <p>14.3. Realiza diferentes tipos de actividades independientemente de su sexo.</p> <p>15.1. Expone de forma argumentada la importancia de valorar la igualdad de derechos de hombres y mujeres, la corresponsabilidad en las tareas domésticas y el cuidado de la familia.</p> <p>15.2. Realiza trabajos de libre creación investigando casos de falta de corresponsabilidad en el cuidado de la familia presentados en los medios de comunicación.</p> <p>15.3. Valora el uso del diálogo para la resolución de posibles conflictos en las relaciones afectivas.</p> <p>16.1. Enjuicia críticamente los valores implícitos en diversas situaciones, de acuerdo con los que constituyen la vida en común en una sociedad democrática.</p> <p>16.2. Reflexiona sobre los Derechos y Deberes de la Constitución española.</p> <p>17.1. Explica los derechos y deberes básicos de la Constitución española.</p> <p>17.2. Realiza sencillos juicios morales fundamentados.</p> <p>17.3. Participa en el bienestar del entorno próximo basándose en los derechos y deberes básicos de la Constitución española.</p>
--	--

	<p>18.1. Expresa las notas características de la convivencia democrática.</p> <p>18.2. Argumenta la importancia de los valores cívicos en la sociedad democrática.</p> <p>19.1. Comprende, valora y expone por escrito el deber de la aportación ciudadana al bien de la sociedad.</p> <p>19.2. Explica la función de los impuestos de proporcionar recursos sociales que mejoran la calidad de vida de los ciudadanos.</p> <p>19.3. Realiza producciones creativas sobre las consecuencias de no pagar impuestos.</p> <p>20.1. Muestra interés por la naturaleza que le rodea y se siente parte integrante de ella.</p> <p>20.2. Razona los motivos de la conservación de los bienes naturales.</p> <p>20.3. Propone iniciativas para participar en el uso adecuado de bienes naturales razonando los motivos.</p> <p>21.1. Analiza, explica y expone las causas y consecuencias de la intervención humana en el medio.</p> <p>21.2. Investiga críticamente la intervención humana en el medio ambiente y comunica los resultados.</p> <p>21.3. Argumenta comportamientos de defensa y recuperación del equilibrio ecológico y de conservación del medio ambiente.</p> <p>22.1. Toma conciencia de la limitación de los recursos energéticos y explica las consecuencias del agotamiento de las fuentes de energía.</p> <p>22.2. Investiga los efectos del abuso de determinadas fuentes de energía.</p> <p>22.3. Realiza trabajos creativos sobre la necesidad del aire no contaminado para la salud y la calidad de vida.</p> <p>22.4. Expone gráficamente argumentos para rechazar actividades humanas contaminantes.</p> <p>23.1. Valora la importancia del cuidado del cuerpo y la salud y de prevenir accidentes domésticos.</p> <p>23.2. Razona las repercusiones de determinadas conductas de riesgo sobre la salud y la calidad de vida.</p>
--	--

	<p>22.3. Realiza trabajos creativos sobre la necesidad del aire no contaminado para la salud y la calidad de vida.</p> <p>22.4. Expone gráficamente argumentos para rechazar actividades humanas contaminantes.</p> <p>23.1. Valora la importancia del cuidado del cuerpo y la salud y de prevenir accidentes domésticos.</p> <p>23.2. Razona las repercusiones de determinadas conductas de riesgo sobre la salud y la calidad de vida.</p> <p>23.3. Conoce las prácticas de primeros auxilios.</p> <p>23.4. Expresa las medidas preventivas de los accidentes domésticos más frecuentes.</p> <p>24.1. Realiza un uso ético de las nuevas tecnologías.</p> <p>24.2. Conoce el empleo seguro de las nuevas tecnologías.</p> <p>24.3. Analiza y enjuicia críticamente los contenidos del entorno digital.</p> <p>25.1. Realiza análisis de información digital sobre las razones por las que las personas sienten la necesidad de consumir al ver un anuncio publicitario.</p> <p>25.2. Reflexiona sobre la influencia de la publicidad expresando las conclusiones mediante trabajos creativos.</p> <p>25.3. Realiza exposiciones enjuiciando críticamente hábitos de consumo innecesario.</p> <p>26.1. Colabora en campañas escolares sobre la importancia del respeto de las normas de educación vial.</p> <p>26.2. Investiga sobre las principales causas de los accidentes de tráfico con la ayuda de las nuevas tecnologías.</p> <p>26.3. Expone las consecuencias de diferentes accidentes de tráfico.</p> <p>27.1. Analiza información en prensa en relación con los accidentes de tráfico.</p> <p>27.2. Desarrolla proyectos relacionados con las principales causas de los accidentes de tráfico, sobre los que se informa en diferentes medios de comunicación.</p>
--	---

	<p>27.3. Reflexiona sobre el modo en que se podrían haber evitado accidentes de tráfico y expone sus conclusiones.</p> <p>27.4. Explica las principales medidas que se podrían tomar para prevenir accidentes de tráfico.</p>
--	---

Nota final sobre el apéndice:

Si ha tenido el lector la ocasión y la paciencia de seguir la negrita resaltada en este apéndice normativo, habrá concluido que ciertos aspectos de los derechos humanos carentes de sistemática y anclados en expresiones generales, se van a abordar como "valores sociales" o "cívicos". Antes sería "educación para la ciudadanía", e incluso en un futuro podrá llegar a ser "derechos humanos" o "derechos fundamentales". El eje de la cuestión reside en la respuesta a las preguntas que encabezaban este apéndice: 1, qué profesores, 2, con qué capacitación, 3, durante cuantas horas en los currículos señalados, 4, con qué textos, 5, cuándo empiezan.

Documento entregado el 25/04/2016.

RESUMEN

El autor relaciona la necesidad de educar en derechos humanos con la efectividad de los mismos en la vida personal y social, denunciando la ausencia de una concreción práctica de materias en los planes de estudios. Esta falta de capacitación, o de conocimiento de todos y cada uno de los derechos, tiene como primera consecuencia la escasa participación democrática, el ejercicio del voto descreído o irracional y, en general, una situación de pasividad frente al Estado que condena a cada ciudadano/a a una posición secundaria, la mayor parte de las veces por negarse a asumir la propia fuerza que tiene en la estructura democrática.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos
Participación política
Derecho de sufragio
Derechos políticos
Pluralismo político
Derecho a la educación

ABSTRACT

Human rights are directly dependent on the education that their owners receive. Lack of education on rights leads to civic irresponsibility, which is mainly manifested in that it does not reflect on the time to vote.

KEYWORDS

Human rights

Education rights

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

SUMARIO

- **Jesús López de Lerma Galán**, *Libertad de Expresión y Derecho a la Información como garantías constitucionales. La colisión de derechos.*
- **Luis María Romero Flor**, *Deberes tributarios vs derechos humanos: el derecho a no autoinculparse en el procedimiento tributario.*
- **Marc Carrillo**, *Transparencia y derechos de acceso a la información en las administraciones públicas.*
- **Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo**, *La supervisión de las elecciones a la Asamblea nacional francesa.*

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. LA COLISIÓN DE DERECHOS

Jesús López de Lerma Galán

*Profesor acreditado Contratado Doctor de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos De Madrid*

Recibido: 01-02-2016
Aceptado: 26-06-2016

SUMARIO

I. Introducción.

II. La colisión de derechos. El honor como bien jurídico protegido.

III. Protección jurídica e internacional de la libertad de expresión y el derecho a la información.

IV. Libertad de comunicación como garantía constitucional.

V. Límites a los derechos constitucionales.

Referencias bibliográficas.

1. Introducción.

La libertad de expresión y el derecho a la información se han convertidos en garantías constitucionales que deben ser respetadas, aún en el caso que entren en colisión con otros derechos. Determinar las fronteras es una tarea difícil que exige al Tribunal Constitucional un estudio en profundidad respecto a la complejidad de los casos sobre los que tiene que resolver. Esa jurisprudencia sirve para establecer los límites constitucionales del derecho a la información y la libertad de expresión,

Un periodista debe ejercer el derecho a la información con diligencia, respetando sus límites de actuación, evitando entrar en conflicto con otros derechos. Para ello, debe tener en cuenta una serie de elementos como la admisión de un criterio subjetivo de veracidad con el objeto de facilitar el cumplimiento del papel, que a la información le corresponde, en un Estado de derecho.

El sacrificio de un derecho como el honor sólo pueda ser efectuado cuando el profesional de la información observa rigurosamente el deber de diligencia en cuanto a los hechos publicables. Y finalmente, hay que tener presente que la no observancia máxima del deber de diligencia en la comprobación de la información, lleva consigo la calificación de la información como "no veraz". En este sentido no nos hallaremos ante un caso de ejercicio del derecho a la información legítimo, lo que supondrá el posible conflicto con otros derechos fundamentales¹. La mejor forma de evitar problemas de colisión de derechos en el ejercicio profesional del periodismo es realizar una actuación diligente en la búsqueda de la noticia, dentro de la protección que los sistemas democráticos ofrecen, y siempre que se den las plenas garantías a otros derechos fundamentales como el honor, intimidad o propia imagen, cuyo sacrificio en beneficio de la libertad de expresión solo será admisible en condiciones muy concretas marcadas por la jurisprudencia.

2. La colisión de derechos. El honor como bien jurídico protegido.

El honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace

¹ FERNÁNDEZ AREAL, Manuel: "El derecho a la información como garantía de libertad" en VV. AA: Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho a la información. Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, Valencia, 2002, pp. 105-106.

inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado². No obstante, el Tribunal Constitucional señala que aún tratándose de un derecho de las personas individualmente consideradas, las personas jurídicas pueden ser titulares de este derecho en un contexto en el que es más correcto hablar de dignidad o prestigio cuando nos referimos a una institución pública, como señala la STC 107/1988, de 8 de junio³, que además hace un análisis sobre la libertad de expresión y el derecho a comunicar libremente información.

Otras legislaciones como la italiana también reconoce el honor como un valor social de la persona⁴. En el conflicto con la libertad de expresión, hay que señalar que el honor como bien jurídico protegido no puede menoscabarse a consecuencia del ejercicio de la libertad de información, si se han cumplido los "deberes de comprobación" y cuando la libertad de información de forma inequívoca e inmediata constituya una garantía material del desarrollo libre y plural del sistema social. El bien jurídico honor se halla dotado de un contenido, que es por entero dependiente del que se otorgue no a otros derechos sino al correcto ejercicio de esos otros derechos. Por tanto, no se trata de que en aplicación de los derechos fundamentales tal y como recoge la Constitución, el derecho al honor se halle revestido de un carácter democrático, de forma tal que a todos haya que reconocérseles un derecho al honor con idéntica intensidad referida a los diferentes extremos en los que, respecto a cada persona en particular, pueda expresarse. Tampoco significa que el mismo concepto de honor haya resultado remodelado en aplicación de los principios de pluralismo y libertad, sino que la corrección en el ejercicio de la libertad de información es lo que va a determinar en cada caso si se ha producido o no una lesión al derecho al honor⁵. Quizás lo más destacable

2 ESTRADA ALONSO, Eduardo: "El derecho al honor de las personas jurídicas", en Poder Judicial, Nº. Especial XIII, 1990, pp. 101-108.

3 En el fundamento jurídico 2 de la STC 107/1988 observamos ciertas matizaciones en la titularidad del derecho del honor cuando se insiste que: "En el contexto de estos asuntos de relevancia pública, es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido o de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública".

4 ZACCARIA, Roberto / VALASTRO, Alessandra / ALBANESI, Enrico: *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, Milani, 2013, p. 99.

5 ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 70-71.

es la idea de que no todas las personas se puede atribuir el mismo grado de protección a su honor como bien jurídico, especialmente cuando entra en colisión con el derecho a la información, en aquellos casos en los que la propia persona lesionada vende su intimidad. Volvemos a la necesidad de analizar el caso concreto y ver las circunstancias que lo rodean, así debemos destacar que aunque toda persona goza de protección en su honor, el juez deberá ponderar aquellos casos en los que el sujeto afectado hace una defensa escrupulosa de su intimidad, frente a aquellos otros que comercian con su vida privada, y que sin perder su defensa a dicho derecho como bien jurídico, no es menos cierto que el grado de protección se atenúa.

En la protección del honor y la intimidad la norma de referencia es la L.O. 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. Cualquiera puede reclamar la tutela judicial de los Tribunales para la defensa de estos derechos no pudiendo los parlamentarios esgrimir ningún tipo de privilegio propio de su condición para impedirlo o dilatarlo⁶. No obstante, hay que distinguir que las personas de relevancia pública tienen derecho al honor y a la intimidad como cualquier ciudadano, si bien están más expuestos a los comentarios y críticas de los medios de comunicación, por tanto es muy importante que siempre se respete la veracidad y la relevancia pública de la información como establece el Tribunal Constitucional en diversas sentencias como la STC 138/1996, de 16 de septiembre⁷. En un sentido parecido

6 EMBID IRUJO, Antonio: "El derecho a la información del parlamento y de los parlamentarios. Nuevas reflexiones a la luz de las innovaciones del ordenamiento jurídico" en Anuario Jurídico de la Rioja Nº. 2, 1996, p. 319.

7 Véase entre otras STC 138/1996, de 16 de septiembre., cuyo fundamento jurídico 3º señala que: "...este Tribunal ha venido declarando de manera constante que el derecho a la libre comunicación que la Constitución protege se refiere precisamente, a la transmisión de la información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública y que sólo la información referida a hechos de esta naturaleza y contrastada con un mínimo de diligencia pueda encontrar protección en el art. 20.1 d) CE frente al derecho al honor garantizado en el art. 18.1 C.E (STC 6/1988, 171/1990, 219/1992, 123/1993, 232/1993, 22/1995, 28/1996). En este sentido hemos declarado que el ejercicio de la libertad de información se justifica en relación con su conexión con asuntos públicos de interés general por las materias a las que se refieren y por las personas que en ellas intervienen (STC 107/1988, 171/1990). Asimismo hemos destacado que la protección constitucional de la libertad de información se reduce si esta no se refiere a "personalidades públicas que al haber optado libremente por tal condición deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad" (STC 165/1987) por lo que en correspondencia, se debilitaría en los supuestos de información u opinión sobre conductas privadas carentes de interés público (STC 105/1990). Pues no cabe olvidar que como los demás derechos fundamentales el derecho a comunicar y a emitir libremente información no es un derecho absoluto (STC 254/1988) que al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, careciendo de efecto legiti-

la STC 107/88, de 8 de junio, determina que la garantía de una opinión pública libre es indispensable para la realización del pluralismo político, si bien los derechos de las personas públicas puede debilitarse por un ejercicio de la libertad de expresión e información, ya que su implicación en asuntos de relevancia pública los somete a un estado de opinión que exige cierta tolerancia y apertura por parte de la sociedad democrática⁸. Las personas públicas tienen derecho al honor y a la intimidad, si bien están más expuestos a la crítica y al comentario informativo, y precisamente por esa relevancia pública que tienen, se les debe exigir un mayor control por parte de los Tribunales sobre posibles abusos en el ejercicio de la libertad de expresión.

La STC 104/1986, de 17 de julio interpreta que el derecho al honor no es solo un límite a las libertades del artículo 20.1 a) y d), sino que según el 18.1 de la Constitución es en sí mismo un derecho fundamental, motivándose un conflicto de derechos. Frente a ello tenemos que establecer que el artículo 20.4 de la Constitución, reproduciendo casi literalmente el inciso final del artículo 5.2 de la Ley Fundamental Alemana, aparece como un límite expreso de las libertades del artículo 20.1 del texto constitucional español⁹. Por ello, es tan importante hacer una ponderación y analizar el caso teniendo en cuenta que cuando se trata del derecho al honor hay un significado personalista en cuanto a valor referido a personas, que debe equilibrarse con un ejercicio responsable del derecho a la información.

Ante estos conflictos, López Guerra reconoce que la definición de los límites de la libertad de expresión a la vista de otros derechos y valores es una tarea que, en otros contextos con más tradición democrática y constitucional, se ha ido realizando en un proceso largo, lleno de rectificaciones y avances¹⁰. El planteamiento del conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libre opinión tiene que ser cuidadosamente acotado como enfrentamiento entre dos derechos fundamentales. Por lo tanto, no podemos mezclarlo con situaciones habituales en la política o en la crítica política. Tampoco la incitación a la desobediencia, la sedición o la apología del terrorismo pueden pretender acogerse al derecho a la libre difusión de ideas y opiniones¹¹. Todo esto nos abre la reflexión sobre lo que está

mador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye una especial protección".

8 STC 107/88, de 8 de junio, f. j. 2.

9 STC 104/1986, de 17 de julio.

10 LÓPEZ GUERRA, Luis: "La libertad de información y el derecho al honor", en Poder Judicial, Nº. Especial VI, 1986, p. 286.

11 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "La intervención del Derecho Penal en la protección del honor: utilidad y condicionamientos", en Poder Judicial, Nº. Especial XIII, 1990, p. 69.

pasando actualmente con el terrorismo internacional cuya labor de propaganda a través de las redes sociales no pueden acogerse al derecho a la libre difusión de ideas y opiniones, tal y como constitucionalmente lo estamos entendiendo, pues esa difusión de pensamientos es una clara apología de actos delictivos.

El honor del artículo 18 de la Constitución española, en su doble aspecto de dignidad y fama constituye una concreción de la dignidad misma de la persona, por lo que su tutela jurídica se realiza a través de la protección del honor. Esto nos hace tratar la libertad de autodeterminación personal, traducción del término alemán *Selbstbestimmungsfreiheit*, que significa que todo sujeto ha de poder ejercer sus propias opciones sin perder la autoestima u obtener el desprecio de la comunidad. Por tanto, se ataca el honor cuando se altera la posición social del individuo de manera que se le impide ejercer libremente sus propias opciones y los derechos fundamentales que constituyen el contenido de su dignidad. Esto implicará que el honor, como derecho fundamental de la persona, deberá recibir una tutela adecuada, que limitará el ejercicio de la libertad de expresión¹². El honor debe entenderse desde una esfera amplia de protección de la dignidad personal y su autoestima. El derecho constitucional crea mecanismos que tutelan el honor y que a su vez supone una clara limitación en la libertad de expresión, que dará lugar a conflictos.

Hay que insistir que el derecho al honor no es solo un límite a la libertad de expresión como se recoge en el párrafo 4º del artículo 20 CE, sino que según el artículo 18.1 CE es un derecho fundamental. Por ello, cuando en el ejercicio de la libertad de opinión resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental. Eso no significa que tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio de la libertad de expresión, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otro¹³. Será en consecuencia la ponderación el único instrumento que nos permita definir la resolución de conflictos entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

12 CARBONELL MATEU, Juan Carlos: "Libertad de expresión y derecho al honor: límites mutuos", en Cuadernos Jurídicos, N.º 21, 1994, p. 52.

13 ROJAS RIVERO, Gloria: "El conflicto entre el honor y la libertad de expresión: referencias al ámbito laboral", en Poder Judicial, N.º. Especial XIII, 1990, pp. 53.

Respecto a la colisión de derechos y la ponderación véanse STC 104/86 de 17 de julio; STS de 19 de enero de 1982; STS de 03 de mayo de 1982; STS 30 de noviembre de 1982; STS de 18 de diciembre de 1982; STS de 03 de junio de 1985; STS de 21 de enero de 1988; STS de 07 de junio de 1989, entre otras.

3. Protección internacional y jurídica de la libertad de expresión y el derecho a la información.

Libertad de expresión, honor e intimidad son bienes jurídicos recíprocamente interdependientes, y por ello limitados. Son bienes jurídicos antagónicos y particularmente abocados al conflicto. A ello debemos añadir que los medios de comunicación son un campo en el que caben el derecho al honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen, además de la libertad de expresión para pensamientos, ideas u opiniones. En este sentido y dentro del sistema de protección de los derechos humanos fue el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 lo que sirvió para desarrollar la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, completando la Declaración Universal de Nueva York en el año 1948 y que concluyó con el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos de Nueva York en 1966. Los artículos 8 y 10 del Convenio garantizan el respeto de la vida privada y familiar, pero también reconoce el derecho a la libertad de expresión como libertad de opinión y de recibir o comunicar informaciones o ideas¹⁴. La protección de los derechos fundamentales de honor, intimidad y propia imagen ha exigido un desarrollo de protección internacional compatible con un desarrollo de las garantías jurídicas de la libertad de expresión.

El Tribunal Constitucional ha subrayado la importancia del principio de proporcionalidad, entendiéndolo no como un principio autónomo sino como inherente al Estado de Derecho que debe ser utilizado en los conflictos de colisión y limitación de derechos fundamentales. Sentencias como la STC 85/1992, de 8 de junio, son un claro exponente del criterio de la ponderación y la proporcionalidad como mecanismo de resolución de controversias¹⁵. El principio de proporcionali-

14 DE VEGA RUIZ, José Augusto: "Derechos y libertades en los medios de comunicación social. Los límites de la libertad de expresión", en Poder Judicial, N°. Especial XIII, 1990, p. 17.

15 Con la STC 85/1992, de 8 de junio, se exponen los criterios doctrinales de la ponderación, así su f. j. 4 señala que: " Al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de proporcionalidad como principio inherente al Estado de Derecho cuya condición de canon de constitucionalidad, reconocida en sentencias del más variado contenido (SSTC 62/1982, 35/1985, 65/1986, 160/1987, 6/1988, 19/1988, 209/1988, 37/1989, 113/1989, 178/1989 y 154/1990) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan estas de normas o resoluciones singulares , y así lo declara la STC 37/1989, "en la que se hace referencia a la reiterada doctrina según la cual la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental" doctrina que nos conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos y a exigir que toda acción deslegitimada del ejercicio de un derecho fundamental, adoptado en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea

dad se convierte por tanto en el factor a tener en cuenta en la resolución de estas controversias, que en definitiva suponen una limitación al ámbito de actuación de los derechos.

En estos problemas de conflictos debemos destacar que un periodista sabe distinguir entre una noticia y cualquier manifestación de los géneros de opinión. Por ello, los medios de información responsables suelen ofrecer a su público la opinión en forma de editoriales o firmada por un autor como tal, para evitar cualquier posible confusión con los mensajes meramente informativos. Una opinión desgajada de la realidad o fundamentada sobre hechos falsos, alterados, no será una opinión útil. Hay que aclarar que la opinión es libre, pero los hechos pueden ser o no ciertos, y por tanto si no son verdaderos la información no es veraz. La información es aséptica en sí misma, sin perjuicio de que el proceso informativo esté sometido a condicionamientos y con el riesgo de que la manipulación de los materiales informativos cambie el producto final, ofreciendo al público algo que no es exactamente una noticia¹⁶. El periodista debe ser escrupuloso en el tratamiento informativo y evitar la redacción de contenidos no contrastados que puedan vulnerar otros derechos como el honor o la intimidad. Cuando se realiza opinión los límites pueden difuminarse y dar por validos hechos que no lo son, pero aún tratándose de hechos opinables se debe comprobar que esa valoración no supere ciertos límites éticos, deontológicos y jurídicos.

Algunos autores han considerado que en los casos de colisión el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen tiene una superior relevancia o categoría constitucional estos derechos frente a otros, al menos en algún periodo concreto. Así, en la década de los ochenta, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional partía de este posicionamiento, en una línea jurisprudencial que se mantuvo hasta la STC 104/1986, de 17 de julio de 1986, con la cual y bajo la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (principalmente de la STEDH de 8-06-86 dictada en el asunto *Lingens*, cuya doctrina es posteriormente reiterada en otras muchas resoluciones; STEDH 22-2-89 – asunto *Barford*-, STEDH 26-11-91 – asunto *Observer y Guardian*- o STEDH 23-04-92 – asunto *Castells*-), se pasó a sostener la orientación radicalmente contraria, es decir la superior categoría o relevancia constitucional de los derechos del art. 20.1 CE y en particular el derecho a la información que contribuía a la formación de una opinión pública libre y plural. Esta orientación jurisprudencial duró hasta

equilibrada de ambos derechos y proporcionados con el contenido y finalidad de cada uno de ellos".

¹⁶ FERNÁNDEZ AREAL, Manuel: "La protección de la verdad en la libre comunicación de los mensajes informativos", en *Poder Judicial*, N.º. Especial XIII, 1990, pp. 210-212.

la STC 105/1990, de 6 de junio, en el que el Alto Tribunal sienta una doctrina que se ha mantenido durante años destacando la prevalencia de los derechos a la información y a la libertad de expresión, pero sin un carácter absoluto sino condicionada por el respeto a los derechos al honor, intimidad y propia imagen¹⁷. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecía una doctrina de protección de la libertad de expresión y el derecho a la información, que garantizaba una opinión pública, libre y plural, pero basada en la protección de otros derechos constitucionales. Esa nueva posición influirá a los diferentes Tribunales y Cortes Constitucionales de otros países, sentando una consolidada línea jurisprudencial de respeto entre derechos.

Frente a estas situaciones no podemos olvidar que el legislador debe comprometerse en remediar los vacíos legales que dificulten un adecuado cumplimiento de las sentencias del TEDH, y que en un escenario como el de la Unión Europea cada vez adquiere más importancia el diálogo entre Tribunales Constitucionales, tomando como referencia la jurisprudencia europea¹⁸. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha sufrido una evolución en función de la evolución que el derecho a la información y la libertad de expresión ha experimentado. En un primer momento se destaca la superior relevancia que tenía el derecho al honor, intimidad y propia imagen frente a la libertad de expresión y el derecho a la información, una jurisprudencia objeto de evolución que superó estas primeras nociones hasta un posicionamiento más cercano a los criterios contemporáneos. Por ello, es necesario explicar que el Tribunal Constitucional, influenciado por las líneas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha ido perfilando la protección que se debe ofrecer a los derechos de los artículos 20 y 18 de la CE, ponderando su criterio en función de la relevancia del caso. Y todo ello, se concluye en una línea de protección coherente, doctrinalmente hablando, en el que si bien es cierto que da a la naturaleza de la libertad de expresión y el derecho de información la prevalencia necesaria para consolidar la opinión pública, no es menos cierto que la dota de un poder no absoluto que, evidentemente, debe respetar las fronteras del honor, la intimidad y la propia imagen, para poder obtener su mayor consolidación jurídica.

17 GARBERÍ LLOBREGAT, José: Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen frente a la libertad de expresión y el derecho a la información, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, p. 65.

18 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: "El Tribunal Constitucional Alemán y los dilemas del constitucionalismo de los derechos", en Revista Española de Derecho Constitucional Nº 94, enero-abril 2012, pp. 448.

Hemos de referirnos también que en los casos de colisión una correcta ponderación de los valores constitucionales pueden acertar en la solución de la controversia. Aún así, como señala la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH de 07 de diciembre de 1976 caso "Handyside" toda formalidad, condición, sanción o restricción impuesta en materia de ponderación de derechos debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido¹⁹. Una postura que el propio Tribunal Constitucional, en su condición de garante máximo debe resolver, con una correcta identificación de los derechos objeto de colisión²⁰. Esto implica que la ponderación de derechos como honor, intimidad y propia imagen frente a la libertad de expresión se debe hacer ejerciendo soluciones ecuanimes, que evidentemente tenga una solución proporcionada en función de las circunstancias en que han tenido lugar los hechos.

El derecho al honor es considerado en el artículo 20.4 CE, como límite expreso de las libertades del artículo 20.1 CE y no a la inversa. Esas libertades además como ha señalado el Tribunal Constitucional no son solo derechos fundamentales de cada ciudadano sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública ligada al pluralismo político. Esta dimensión de garantía con el Estado democrático otorga a las libertades del artículo 20 CE una valoración que trasciende a la que es propia de todos los

19 STEDH de 07 de diciembre de 1976 caso "Handyside".

20 Lo que plantea el Tribunal Constitucional es una vez más una queja respecto a la ponderación que los órganos judiciales han llevado a cabo entre los derechos fundamentales a la propia imagen (art. 18.1 CE) y a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE). Conviene, por ello, a partir de nuestra doctrina (entre otras muchas SSTC 134/1999, de 15 de julio, f. j. 2; 180/1999, de 11 de octubre, f. j. 3; 282/2000, de 27 de noviembre, f. j. 2; 139/2007, de 4 de junio de 2007; f. j. 2) conforme a la cual ante quejas de esta naturaleza, "la competencia de este Tribunal no se circunscribe a examinar la suficiencia y consistencia de la motivación de las resoluciones judiciales bajo el prima del art. 24 CE" (SSTC 158/2003, de 15 de septiembre, f. j. 2; 244/2007, de 10 de diciembre, f. j. 2). Por el contrario, en supuestos como el presente, el Tribunal Constitucional, en su condición de garante máximo de los derechos fundamentales, debe resolver el eventual conflicto entre los dos derechos enfrentados "atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos jurisdiccionales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal (SSTC 134/1999, de 15 de julio, f. j. 2; 136/2004, de 13 de septiembre, f. j. 1; 224/2007, de 10 de diciembre, f. j. 2). De este modo, este Tribunal puede realizar su propia ponderación de los derechos constitucionales en conflicto a partir de la definición y valoración constitucional de los bienes en juegos, de acuerdo con el valor que corresponde a cada uno de ellos (STC 112/2000, de 5 de mayo, f. j. 5; 43/2004, de 23 de marzo, f. j. 3; 51/2008, de 14 de abril, f. j. 4). En esta misma línea, conviene señalar que el control de la ponderación judicial que debe realizarse en amparo ha de incluir, no sólo la correcta identificación de los derechos en conflicto, sino también la delimitación de su concreto ámbito de protección, puesto que, como se ha señalado anteriormente, "sin la concurrencia de dos derechos en conflicto no hay ponderación posible, debiéndose reconocer eficacia inmediata al derecho fundamental que se pretenda ejercer" (STC 51/2008, de 14 de abril, f. j. 4).

derechos fundamentales, haciendo a la libertad de expresión condición indispensable en una sociedad abierta en el que aparece insertada la libertad de crítica²¹. La libertad de expresión adquiere así un mayor rango de protección para determinar los valores democráticos en los que se sustenta, que si bien no está exento de límites, al menos se le reconoce su trascendencia en la formación de la opinión pública y el desarrollo del pluralismo político. Es de vital importancia seguir los parámetros de interpretación que en este sentido va marcando el Tribunal Constitucional, para tener un pleno conocimiento de las dificultades planteadas.

No hay que olvidar, como señala Díaz Revorio que la interpretación del Tribunal Constitucional como "interprete supremo" prevalece sobre la realizada por cualquier órgano o poder, otorgando a esa interpretación un especial valor en el sistema jurídico²². Es por ello que en los conflictos entre libertad de expresión y otros derechos como honor, intimidad y propia imagen, la interpretación del Tribunal Constitucional sea determinante para aclarar las problemáticas emergentes.

La libre información goza de una posición singular en la Constitución, reforzada por la idea de que la jurisprudencia debe definir las condiciones que han de darse para que ese derecho se imponga a otros. Compartimos la opinión de Muñoz Machado, cuando reconoce que no podemos dejar exclusivamente que los jueces contrapesen las circunstancias concurrentes para declarar las preferencias de algunos de los derechos en conflicto, pues el derecho a la información goza una posición constitucional preferente, por lo que sería conveniente valorar antes si el derecho ha sido ejercido dentro del ámbito o de los límites donde se extiende la protección constitucional²³. La sentencia del Tribunal Constitucional 104/1986, de 17 de julio (asunto Soria Semanal) pone de manifiesto ese valor constitucional al decir en su fundamento jurídico 5 que "otorga a las libertades del artículo 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales"²⁴. A ello debemos añadir que no se extraen inme-

21 ROJAS RIVERO, Gloria: "El conflicto entre el honor y la libertad...", op. cit., pp. 55.

En relación a las interpretaciones de las libertades del artículo 20 CE véanse las sentencias STC 6/81 de 16 de marzo; STC 12/82 de 31 de marzo; STC 30/82 de 01 de junio; STC 104/86 de 17 de julio; STC 165/87 de 27 de octubre; STC 6/88 de 21 de enero; STC 107/88 de 08 de junio; STC 51/89 de 22 de febrero; STC 121/89 de 03 de julio.

22 DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009, p. 22.

23 MUÑOZ MACHADO, Santiago: Libertad de prensa y procesos por difamación, Editorial Ariel, Barcelona, 1988, pp. 174-176.

24 STC104/1986, de 17 de julio, f. j. 5. Además, la sentencia reconoce en ese mismo fundamento la necesidad de la ponderación al señalar que "cuando del ejercicio de la libertad de opinión (art. 20. 1

diatas consecuencias jurídicas de esa información porque las relaciones entre la libre información y el honor no las contempla como las de un derecho preferente y otro de régimen ordinario, sino como si se trataran de dos derechos completamente equiparados. El Tribunal manifiesta que ni el honor, ni la libre información pueden aspirar a prevalecer el uno sobre el otro, dependiendo de las circunstancias concurrentes, lo que debe ser objeto de una necesaria y casuística ponderación. En los casos de conflictos es determinante comprobar la esfera en la que se encuentra los derechos objetos de colisión. Se debe comprobar las circunstancias en las que se emite la información, determinar el contenido emitido en el medio de comunicación, matizando si es una noticia o una opinión, verificando como afecta el ejercicio de la libertad de información en los derechos de terceros. Una vez contrastadas las circunstancias que rodean al caso, podemos entrar a dilucidar hasta que punto se puede vulnerar la protección constitucional que se le otorga al derecho a la información, pero siempre partiendo de ese reconocimiento constitucional sobre el que va recubierto el derecho y que sirve como signo de distinción frente a otros derechos que no gozan de esa protección. A partir de ese punto, el juzgador podría entrar a ponderar el derecho al honor y el derecho a la información, pero partiendo previamente de un análisis circunstancial, que en la práctica se obvia, ya que hay resoluciones que simplemente han entrado a balancear que derecho tiene mayor peso y en función de una formula, se obtiene una resolución, algo muy discutible desde un estudio científico- técnico.

En países como Reino Unido y Estados Unidos, la demanda creada por la sociedad civil alentó a los gobiernos a demostrar su compromiso con la promoción del derecho del ejercicio al acceso a la información²⁵. Frente a una actuación legislativa, la jurisprudencia de los Estados Unidos de América nos ofrece datos interesantes en el estudio y desarrollo de la libertad de expresión e información, que han servido para profundizar en su desarrollo como derecho. La sentencia del Tribunal Supremo de 04 de abril de 1988 que otorgo una indemnización de tres millones cincuenta mil dólares por difamación en el caso "Brown y Willian-son Tobacco" a cargo de la cadena CBS, por unos comentarios realizados sobre

a)) y/o de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión (art. 20 .1. d)) resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontramos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otra".

25 FUMEGA, Silviana / FABRICIO, Scrollini: "Primeros aportes para diseños de políticas de datos abiertos en América Latina", en VV. AA: Derecho Comparado de la Información, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Científicas, México, 2013, p. 12.

sus campañas publicitarias, ofrece datos de gran interés. Esta sentencia explica el procedimiento que sigue el derecho norteamericano para someter a una persona a responsabilidad por difamación, es decir se debe apreciar si se está ante información de hecho o se trata de opiniones; comprobar si hay afirmaciones de hecho y determinar si son falsas; verificar si nos encontramos ante una persona pública o privada, para establecer el criterio de responsabilidad en relación a esas informaciones falsas; y una vez que se establezca afrontar la cuestión de la reparación de los daños²⁶. En este caso se valora la determinación de hechos y se comprueba si son falsos o no, y como destaca la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, una vez que tenemos esos datos debemos comprobar esa noticia y verificar la difamación y el daño realizado para buscar una compensación o reparación.

En esta controversia debemos señalar que el constitucionalismo norteamericano reconoce la existencia de derechos ilegislables, entendidos como aquellos derechos básicos de la persona que merecen una protección absoluta y sobre los que ni siquiera es posible legislar, al suponer una limitación de los mismos. La Primera Enmienda se refiere a la libertad de expresión en el ámbito de lo público o, si se prefiere, de lo político para establecer la preeminencia absoluta de la libertad de expresión en estos casos²⁷. Hay que entender que el Derecho constitucional norteamericano tiene un desarrollo de los medios de comunicación y de la libertad de expresión muy consolidado. El poder mediático y el impacto de los mass media en la sociedad tiene una evolución muy superior a otros países de la esfera europea, y eso le hace tener un mayor peso de protección en la libertad de expresión como fundamento de la democracia.

4. Libertad de comunicación como garantía institucional.

En este punto clave debemos señalar que hay sectores doctrinales que defienden la libertad de comunicación como una garantía institucional, un derecho político cuya justificación descansa en su imprescriptibilidad para el funcionamiento del sistema democrático, creando una opinión pública libre. Esto significa que, cuando el afectado por un mensaje se refiera a materia política prevalecerá de forma absoluta la libertad de comunicación sobre la intimidad personal; en otros mensajes será prevalente el derecho a la intimidad personal pues la libertad

26 AUGER LIÑAN, Clemente: "La protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y la propia imagen", en Poder Judicial, N°. Especial XIII, 1990, p. 94.

27 CARBONELL MATEU, Juan Carlos: "Libertad de expresión y derecho al honor...", op. cit., p. 53.

de comunicación solo tutela la materia política por ser imprescindible en el sistema democrático. Otros sectores doctrinales justifican la libertad de comunicación por la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad, con una vertiente institucional que hace que cuando aparece un mensaje político, prevalezca la libertad de información sobre el derecho a la intimidad²⁸. Todo ello nos lleva a explicar que frente a la intimidad que toda persona goza, es cierto que podemos encontrar una vertiente institucional en el que el mensaje por tener naturaleza política da un mayor valor a la garantía constitucional que ofrece el derecho a la información, frente al derecho a la intimidad. En ese caso se evidencia que para depurar el sistema político se tendrá en cuenta la proyección que ofrezca el derecho a la información, como una forma también de garantizar el sistema democrático. De hecho, los grandes casos de corrupción que ha generado la clase política en los últimos tiempos, ha obligado a ser muy escrupulosos con el tratamiento de la información, y a exigir al periodista una investigación profunda, pues precisamente por ser el político un artífice esencial del engranaje democrático, debe cuidar su actuación pública y si realmente se han cometido fraudes y actividades delictivas, su derecho a la intimidad puede decaer en beneficio del derecho a la información.

La confrontación entre la libertad de expresión en sentido estricto o libertad de información y el derecho a la intimidad se dará en contadas ocasiones, si bien la jurisprudencia matiza la necesidad de garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida²⁹. Aún así, es cierto que la mayor parte de los conocimientos nos vienen

28 GARCÍA GUERRERO, José Luis: "Una visión de la libertad de comunicación desde la perspectiva de las diferencias entre la libertad de expresión, en sentido estricto, y la libertad de información", *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº. 20, UNED, 2007, pp. 383- 384.

29 STC 7/2014, de 27 de enero, f. j. 3: " Así, para resolver la adecuada delimitación de las exigencias del derecho a la intimidad y de la libertad de información debe recordarse la doctrina de este Tribunal (por todas SSTC 197/1991, de 17 de octubre, f. j. 3; 134/1999, de 15 de julio, f. j. 5; 115/2000, de 10 de mayo, f. j. 4; 185/2002, de 14 de octubre, f. j. 3; 206/2007, de 24 de septiembre f. j. 5; 17/2013, de 31 de enero, f. j. 14; y 176/2013, de 21 de octubre, f. j. 7), según la cual el derecho fundamental a la intimidad, reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar el individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. De suerte que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga a su titular cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones, salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz del afectado que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal que reserva el conocimiento ajeno. Y es que, como ya se dijo en la citada STC 134/1999, f. j. 5, el derecho a la intimidad garantiza que "a nadie se le pueda exigir que soporte pasivamente la revelación de datos reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar (SSTC 73/1982, 110/1984, 170/1987, 231/1988, 20/1992, 143/1994,151/1997; SSTDH caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989;

dados a través de la libertad de comunicación, pero también debemos destacar que una intromisión en la privacidad que se divulgue públicamente no como información sino como opinión, exigirá igualmente la veracidad, teniendo como límite insuperable el insulto y la expresión gravemente injuriosa o vejatoria³⁰, que le haría decaer en su protección constitucional. Por otro lado, y como señala Herrero Tejedor, debemos tener en cuenta que las opiniones vertidas en el ejercicio de la libertad de expresión no son constatables objetivamente, así los juicios de valor no son verdaderos o erróneos, sino fruto del criterio de quien los emite³¹. Por tanto, vuelve a recaer en la figura del juez la posibilidad de determinar la interpretación de esos derechos, si realmente se han producido excesos en su ejercicio.

La STC 231/1988, de 2 de diciembre de 1988 ha profundizado en el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la propia imagen y su utilización en medios de comunicación³². Otras resoluciones como la STC 115/2000, de 10 de mayo, hacen mención del contenido del derecho a la intimidad atribuyendo a su titular el "poder de resguardarse" de una forma personal y familiar, siendo un concepto íntimamente vinculado con la dignidad de la persona, como derecho constitucionalmente garantizado³³. Además, entre los respectivos ámbitos de

caso Costello-Roberts, de 25 de marzo de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997)." O como también se dijo en la citada STC 176/2013, f. j. 7, "lo que el art. 18.1 CE garantiza es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada".

30 GARCÍA GUERRERO, José Luis: "Una visión de la libertad de comunicación...", op. cit., p. 381.

31 HERRERO-TEJEDOR Y ALGAR, Fernando: "La crónica de tribunales en los medios" en VV. AA: Derecho Penal para profesionales de la información, Instituto de Estudios Penales Marques de Becaría, Eurolex- Comares, Madrid, 1995, p. 124.

32 La STC 231/1988, de 2 de diciembre de 1988, conocida como "Caso Paquirri", en relación al famoso torero que murió en la enfermería de la plaza de toros de Pozoblanco, destaca que las imágenes del torero en la enfermería lesionan el derecho a la intimidad. El Alto Tribunal señala en su f. j. 6 que: "No cabe duda de que las imágenes en cuestión, inciden en la intimidad personal y familiar de la hoy recurrente", además el f. j. 8 destaca que "en ningún caso pueden considerarse públicos, y parte del espectáculo las incidencias sobre la salud y vida del torero, derivadas de las heridas recibidas una vez que abandona el coso, pues ciertamente ello supondría convertir en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo con clara contradicción con el principio de dignidad que consagra el art. 10 de la C.E".

33 STC 115/2000, de 10 de mayo, que en su f. j. 4 afirma que "...es doctrina reiterada de este Tribunal (por todas mencionadas STC 134/1999, f. j. 5, con cita de las SSTC 73/1982, de 2 de diciembre; 110/1984, de 26 de noviembre; 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 143/1994, de 9 de mayo, y 151/1997, de 29 de septiembre) que el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 C.E.), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1998,

aplicación de los derechos del art. 18.1 CE y los del art. 20. 1 a) y d) se cierna una recíproca limitación, consistente en que honor, intimidad y propia imagen no son derechos absolutos, pueden ser limitados por el ejercicio de la libertad de expresión y de la comunicación de la información veraz, bajo la ponderación de los órganos jurisdiccionales. También desde la perspectiva contraria, el ejercicio de este último derecho tampoco es absoluto, pues dentro de determinados márgenes de ponderación puede ser limitado con el contraste del art. 18.1 CE. En caso de conflicto entre unos y otros derechos, sobre los individuales derechos al honor, intimidad y propia imagen han de prevalecer los derechos a la libertad de expresión e información por la proyección social o colectiva que tienen en la conformación de esa opinión pública y libre, siempre que su ejercicio se haga de una manera acorde con las exigencias requeridas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁴. Esta determinación vuelve a otorgar a la jurisprudencia del constitucional de los elementos para realizar una ponderación de casos y emitir un dictamen conforme a la realidad social del momento, en el que evidentemente el valor de protección de la libertad de expresión y el derecho a la información toma especial interés.

5. Límites a los derechos constitucionales.

La justificación de las limitaciones de la libertad de expresión para la protección de otros intereses, o la propia preservación del sistema, parte de la idea de la intolerancia frente al intolerante con objeto de mantener un criterio de equilibrio. Entre las dudas que se pueden señalar hay que destacar que la inclusión de limitaciones supone una debilitación para las libertades comunicativas, esto significa que la relativización de las libertades corre el riesgo de trasladarlas de su privilegiada posición suprema y estable a la peligrosa pendiente de la ponderación con otros intereses³⁵. Algunos autores exponen que, ante la defensa de libertad de expresión, podemos encontrar la protección de otros intereses que entren en colisión, que evidentemente suponen una clara limitación que hará más débil la

de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre) frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento del público. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de la intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuales son las lindes de nuestra vida privada".

34 GARBERÍ LLOBREGAT, José: Los procesos civiles..., op. cit., p. 66.

35 LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio: "Protección penal y límites..." op. cit., pp. 54-55.

posición garante que ofrece la libertad de comunicación. Estamos ante un proceso lógico, en el que un derecho pierde su posición privilegiada ante la defensa de otros intereses.

Hay sectores doctrinales que señalan que para otorgar una posición preeminente a la libertad de expresión han de darse varios requisitos. Así, si se trata de la libertad de expresión y por tanto de la emisión de opiniones o valoraciones, debe bastar con que se trate de ámbito público y que se den la necesidad, adecuación y proporcionalidad, rechazándose las llamadas injurias absolutas. Si se trata del ejercicio del derecho a la información y, por consiguiente, de la imputación de hechos, a los requisitos anteriores debe unirse el de la veracidad. Si la afirmación es falsa no puede haber preferencia constitucional sobre el honor, puesto que la información no contribuirá a la libre formación de la opinión pública, sino todo lo contrario, contribuirá a su deformación³⁶. Ahí quizás reside la mayor fuerza vinculante de la libertad de expresión y el derecho a la información en su capacidad de adecuación, proporcionalidad y veracidad, frente a las deformaciones que la falsedad de un mensaje puede tener.

Otro problema reside en saber cómo deben actuar los jueces ordinarios con respecto a la jurisprudencia constitucional en el caso de conflictos entre el honor y la libertad de expresión. Hay autores que mantienen que el Tribunal Constitucional no debe resolver directamente los conflictos entre los particulares y cotejar su solución con la dada por los órganos judiciales, sino que debe conformarse con comprobar que los órganos judiciales aplicaron la Constitución y lo hicieron correctamente, según la delimitación del contenido esencial de los derechos que está en el texto constitucional³⁷. Independientemente del conflicto competencial existente, lo cierto es que nuestra postura defiende la hegemonía del Tribunal Constitucional para interpretar la Constitución y en concreto determinar los parámetros necesarios que verifican como se desarrollan los derechos.

En concreto, y a modo de conclusión, entendemos que el artículo 20 del texto constitucional español, es susceptible de una interpretación muy amplia, y que el dictamen que ejerce el Tribunal Constitucional nos ayuda a hacer una valoración correcta de su aplicación. Esta superioridad implícita en Alto Tribunal debe

36 CARBONELL MATEU, Juan Carlos: "Libertad de expresión y derecho al honor...", op. cit., p. 56. En este sentido véase al respecto las sentencias del Tribunal Constitucional 12/82 de 31 de marzo; 104/86, de 17 de julio; 165/87, de 27 de octubre; 107/88, de 8 de junio; 51/89, de 21 de febrero y 121/89, de 03 de julio.

37 LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio: "Protección penal...", op. cit., p. 83.

imperar en la jurisdicción ordinaria y servirle de guía ya que sus dictámenes jurisprudenciales evitarán muchos recursos referentes a colisión de derechos, que es uno de los grandes problemas de la actualidad. Por eso, cuando la libertad de expresión y el derecho a la información se confrontan con otros derechos, es inevitable la actuación del Tribunal Constitucional como garantía de interpretación y consolidación de la doctrina, pues sólo así podremos estar preparados ante los nuevos desafíos de los medios de comunicación.

Referencias Bibliográficas.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: El derecho al honor y las libertades de información y expresión, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

AUGER LIÑAN, Clemente: "La protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y la propia imagen", en Poder Judicial, N°. Especial XIII, 1990, pp. 87-99.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos: "Libertad de expresión y derecho al honor: límites mutuos", en Cuadernos Jurídicos, N°. 21, 1994, pp. 47-60.

DE VEGA RUIZ, José Augusto: "Derechos y libertades en los medios de comunicación social. Los límites de la libertad de expresión", en Poder Judicial, N°. Especial XIII, 1990, pp. 13-28.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009.

EMBID IRUJO, Antonio: "El derecho a la información del parlamento y de los parlamentarios. Nuevas reflexiones a la luz de las innovaciones del ordenamiento jurídico" en Anuario Jurídico de la Rioja N°. 2, 1996, pp. 289-320.

ESTRADA ALONSO, Eduardo: "El derecho al honor de las personas jurídicas", en Poder Judicial, N°. Especial XIII, 1990, pp. 101-108.

FERNÁNDEZ AREAL, Manuel: "El derecho a la información como garantía de libertad" en VV. AA: Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho a la información. Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, Valencia, 2002.

FERNÁNDEZ AREAL, Manuel: "La protección de la verdad en la libre comunicación de los mensajes informativos", en Poder Judicial, N°. Especial XIII, 1990, pp. 201-222.

FUMEGA, Silviana / FABRICIO, Scrollini: "Primeros aportes para diseños de políticas de datos abiertos en América Latina", en VV. AA: Derecho Comparado de la Información, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Científicas, México, 2013, pp. 3- 37.

GARBERÍ LLOBREGAT, José: Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen frente a la libertad de expresión y el derecho a la información, Editorial Bosch, Barcelona, 2007.

GARCÍA GUERRERO, José Luis: "Una visión de la libertad de comunicación desde la perspectiva de las diferencias entre la libertad de expresión, en sentido estricto, y la libertad de información", Teoría y Realidad Constitucional, Nº. 20, UNED, 2007, pp. 359- 399.

HERRERO-TEJEDOR Y ALGAR, Fernando: "La crónica de tribunales en los medios" en VV. AA: Derecho Penal para profesionales de la información, Instituto de Estudios Penales Marques de Beccaría, Eurolex- Comares, Madrid, 1995.

LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio: "Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas" en VV. AA: La libertad de información y de expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios y Constitucionales, Madrid 2002.

LÓPEZ DE LERMA GALÁN, Jesús: Prensa y poder político en las Cortes de Cádiz, Congreso de los Diputados, Madrid, 2011.

LÓPEZ DE LERMA GALÁN, Jesús. Revolución y libertad de expresión, Universidad Nacional de Educación a Distancia-UNED, Ciudad Real, 2015.

LÓPEZ GUERRA, Luis: "La libertad de información y el derecho al honor", en Poder Judicial, Nº. Especial VI, 1986, pp. 285-296.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: Libertad de prensa y procesos por difamación, Editorial Ariel, Barcelona, 1988.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "La intervención del Derecho Penal en la protección del honor: utilidad y condicionamientos", en Poder Judicial, Nº. Especial XIII, 1990, pp. 65-83.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: "El Tribunal Constitucional Alemán y los dilemas del constitucionalismo de los derechos", en Revista Española de Derecho Constitucional Nº 94, enero-abril 2012, pp. 445-450.

ROJAS RIVERO, Gloria: "El conflicto entre el honor y la libertad de expresión: referencias al ámbito laboral", en Poder Judicial, Nº. Especial XIII, 1990, pp. 51-62.

VV. AA: Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho a la información. Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, Valencia, 2002.

ZACCARIA, Roberto / VALASTRO, Alessandra / ALBANESI, Enrico: Diritto dell'informazione e della comunicazione, CEDAM, Milani, 2013.

RESUMEN

La libertad de expresión y el derecho a la información se han convertido en garantías constitucionales para el ejercicio del periodismo. Sin embargo, estos derechos tienen sus límites cuando entran en colisión con el honor, la intimidad o la propia imagen. Esta investigación estudia los posicionamientos jurídicos de los tribunales para resolver las controversias entre derechos

PALABRAS CLAVES

Libertad, Constitución, prensa, política, periodismo, democracia.

ABSTRACT

The freedom of expression and the right to the information they have turned into constitutional rights for the exercise of the journalism. Nevertheless, these rights have his limits when they enter collision with the honor, the intimacy or the own image. This investigation studies the juridical positionings of the courts to solve the controversies between rights

KEY WORDS

Freedom, Constitution, press, politics, journalism, democracy.

DEBERES TRIBUTARIOS VS DERECHOS HUMANOS: EL DERECHO A NO AUTOINCULPARSE EN EL PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO¹

Luis María Romero Flor

*Profesor Titular Acreditado de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Castilla-La Mancha
LuisMaria.Romero@uclm.es*

Recibido: 15-03-2016
Aceptado: 20-06-2016

SUMARIO

1. Introducción.

2. La aplicación de los principios del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador, y en concreto al tributario.

3. Breve referencia al procedimiento sancionador tributario.

4. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación al derecho a no autoinculparse en un procedimiento sancionador tributario.

5. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a no autoinculparse:

5.1. La Sentencia Funke contra Francia.

5.2. La Sentencia Bendenoun contra Francia.

5.3. La Sentencia Saunders contra Reino Unido.

5.4. La Sentencia JB contra Suiza.

5.5. Corolarios de las Sentencias a modo de conclusión.

Bibliografía.

¹ El presente trabajo, que se enmarca en el seno del Proyecto de Investigación La tutela del contribuyente en el Derecho Comunitario (PEII-2014-009-P), tiene su origen en una comunicación presentada con el mismo título en el Congreso Internacional «El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI».

1. Introducción.

La Administración Tributaria es la encargada de llevar a cabo la obtención de recursos para el Estado. Y para que ésta gestión sea eficaz es necesario que obtenga determinadas informaciones que permitan regularizar la situación tributaria de los contribuyentes; información que puede obtenerse, entre otras formas, del propio contribuyente obligándolo a proporcionarla bajo amenaza de sanción por falta de colaboración.

Sin embargo, esa información recabada bajo coacción del contribuyente, no sólo va a tener transcendencia tributaria para liquidar la deuda tributaria, sino que además puede fundamentar la imposición de una sanción por revelar que la conducta llevada a cabo por el contribuyente es constitutiva de una infracción tributaria, o eventualmente de un delito; lo cual creará un conflicto entre el deber de proporcionar esta información en el seno de un procedimiento inspector, cuyo fundamento sería el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos contenido en el artículo 31 de la Constitución (en lo sucesivo CE); y el derecho a no autoinculparse que contiene el artículo 24.2 de la misma Norma Suprema, un derecho fundamental que goza de gran importancia como medio de garantía de la presunción de inocencia, así como de una especial protección derivada de los artículos 10.1 y 53 CE.

Para intentar conciliar estos dos bienes jurídicos en el ordenamiento jurídico-tributario se separaron el procedimiento de liquidación del procedimiento sancionador, dado que los principios y garantías que rigen cada uno de ellos eran totalmente distintos; separación que fue sólo formal, y no tan real ni eficaz como se pretendía, pues los órganos competentes siguen siendo los mismos, y la información obtenida de forma coactiva del contribuyente para liquidar su situación tributaria, pasa, sin ningún tipo de garantías, del procedimiento de liquidación al procedimiento sancionador; por lo que la información obtenida en las condiciones expuestas devienen por sí contaminada para poder ser utilizada en un procedimiento sancionador.

2. La aplicación de los principios del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador, y en concreto al tributario.

De todos es sabido que sanción y pena poseen una cierta identidad ontológica, no sólo porque ambas son consecuencia del «*ius puniendi*» del Estado, sino porque, con independencia del órgano que las impone, ambas poseen el mismo

fundamento y una misma finalidad, es decir, existe una conducta que es contraria a lo establecido en un ordenamiento jurídico específico, que requiere, por un lado, su represión, y por otro, establecer los medios preventivos necesarios para que no vuelva a acontecer.

Y es esta identidad sustancial es la que permite sostener, aunque sea con matices¹, que sean aplicables los principios del proceso penal a la potestad sancionadora de la Administración, y consecuentemente su aproximación al Derecho Tributario Sancionador²; y así, de esta forma, proteger mediante técnicas administrativas o penales la obligación jurídica (a modo de bien jurídico) que impone el artículo 31 CE, al establecer que *«todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos»*³.

Y así lo entendió el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico Segundo de su Sentencia 18/1981 cuando manifestaba que *«los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado tal y como refleja la propia Constitución y una muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, hasta tal punto que un mismo bien jurídico*

1 El Tribunal Constitucional no ha elaborado una doctrina clara respecto a los mencionados «matices», pero de su jurisprudencia se desprende una flexibilización a la hora de aplicar los principios penales en el Derecho Sancionador General y en el Sancionador Tributario, en particular. Por tanto, los principios del procedimiento sancionador son una garantía frente a los poderes públicos; o como indica GARCÍA DE ENTERRÍA, los matices «permite adaptaciones funcionales, no derogaciones substanciales», y ello «por la configuración del artículo 24 de la Constitución como una garantía de la libertad del ciudadano». GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración. Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional». Revista Española de Derecho Administrativo. Núm. 20. 1981. En el mismo sentido, vid. FARTO PIAY, T.: «El procedimiento liquidador y el procedimiento sancionador a la luz del derecho a no autoinculparse». Revista Técnica Tributaria. Núm. 78. 2007. Pág. 96.

2 El artículo 178 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) viene a establecer textualmente que «la potestad sancionadora en materia tributaria se ejercerá de acuerdo con los principios reguladores de la misma en materia administrativa», siendo aplicables, en particular, principios como los de «legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y no concurrencia», o incluso el principio de proporcionalidad, que se aplicará con carácter general; indicando en su artículo 207 que, en defecto de normas específicas, el procedimiento sancionador en materia tributaria se regulará «por las normas reguladoras del procedimiento sancionador en materia administrativa».

3 En base a este precepto constitucional se advierte el establecimiento de una relación jurídico-tributaria, en virtud de la cual, el Estado (como sujeto acreedor) fija los tributos que deben satisfacer los contribuyentes (como sujetos deudores), con la finalidad de que la recaudación se destine al sostenimiento del gasto público. De esta manera, esta potestad tributaria del Estado es determinante para la subsistencia de la organización política estatal, ya que sin los recursos provenientes de las contribuciones no se podrían realizar ni funciones públicas ni conseguir las condiciones mínimas de bienestar para la población.

puede ser protegido con técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio artículo 25, en su n° 3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen la privación de libertad»; y aclarando más adelante que «los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicados a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional».

De esta forma, si se puede afirmar que existe un único sistema de garantías frente a un único poder punitivo que posee una variante penal y otra administrativa sancionadora, se debe aceptar la aplicación, y por tanto, el respeto a los principios constitucionales que son comunes a toda represión de conductas derivadas del incumplimiento de las normas jurídicas, en nuestro caso, las tributarias.

En concreto, el derecho a no autoinculparse que reconoce el apartado 2 del artículo 24 CE⁴, no sería de aplicación limitada en exclusiva al proceso penal, sino que el mismo debería de tener plena vigencia y aplicación en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (en nuestro caso la tributaria); máxime si, como manifestación y consecuencia de la presunción de inocencia, con él se pretende evitar que la Administración Tributaria requiera de manera coactiva al contribuyente para que le suministre datos con los que, posteriormente, puedan servir de fundamento a una eventual condena penal o sanción administrativa, trasladando la carga de la prueba que a ella le corresponde al obligado tributario⁵, o dicho en palabras de FARTO PIAY, «en nuestro caso, el que acusa soporta la carga de la prueba, de lo contrario, el ciudadano tendría que demostrar su inocencia, pues se le estaría presuponiendo culpable»⁶.

4 Textualmente, el artículo 24.2 CE establece que «asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

5 Según FARTO PIAY, «la presunción de inocencia supone que la carga de la prueba de la comisión de una infracción corresponde a la Administración Tributaria y, por lo tanto, le corresponde a ella recabar las pruebas que desvirtúan la presunción de inocencia del obligado tributario». FARTO PIAY, T.: «El procedimiento liquidador...». op. cit. Pág. 92.

6 *Ibidem*. Pág. 93.

3. Breve referencia al procedimiento sancionador tributario.

Con carácter general, el artículo 208 LGT⁷ establece un procedimiento sancionador separado en materia tributaria⁸ con el objetivo de que el mismo respete y se adecue a los derechos y garantías reconocidas en el artículo 24 CE, en especial a la presunción de inocencia y al derecho a no autoinculparse, así como a la jurisprudencia que en esta materia había establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹ (en lo sucesivo TEDH) con relación al artículo 6¹⁰ del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹¹ (en adelante CEDH); sin embargo, apercibe de sanción¹² a todos aquellos obligados tributa-

7 En este sentido, el mencionado artículo 208 LGT establece en su primer apartado que «el procedimiento sancionador en materia tributaria se tramitará de forma separada a los de aplicación de los tributos regulados en el título III de esta Ley, salvo renuncia del obligado tributario, en cuyo caso se tramitará conjuntamente».

8 Lo cual supone aumentar la autonomía del Derecho Sancionador Tributario dentro del Derecho Tributario, ya que permite situar a aquel dentro del Derecho Sancionador y entenderlo como una manifestación del «ius puniendi» del Estado. Vid. sobre el procedimiento sancionador tributario, SÁNCHEZ HUETE, M. A.: «Una visión crítica del sistema sancionador de la LGT». Jurisprudencia Tributaria Aranzadi. Núm. 1. 2006. CUBERO TRUYO, A. y GARCÍA BERRO, F.: «Reflexiones críticas en torno al régimen sancionador tributario». Revista Española de Derecho Financiero. Núm. 129. 2006.

9 Vid. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH), en los Asuntos Funke contra Francia, de 25 de febrero de 1993; Bendenoun contra Francia, de 24 de febrero de 1994; Saunders contra Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996, y J. B. contra Suiza, de 3 de mayo de 2001.

10 En concreto, el artículo 6 CEDH en su apartado 1 manifiesta que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ellos. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido por la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia». Aunque este precepto no contiene una referencia expresa al derecho a no autoinculparse, el TEDH lo considera incluido en el derecho a un proceso equitativo. Téngase presente además que, el derecho a no autoinculparse está íntimamente relacionado con el derecho a la presunción de inocencia, derecho éste último que aparece consagrado en el apartado 2 de ese mismo artículo 6 CEDH, al indicar textualmente que «toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente apuntada».

11 Convenio aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y que el Estado Español ratificó por Instrumento de 26 de septiembre de 1979, e introducido en nuestro derecho por medio del artículo 10.2 CE, el cual señala textualmente que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

12 Según el apartado 4 del artículo 199 LGT, y para supuestos en que el incumplimiento no tenga por objeto datos expresados en magnitudes dinerarias, «la sanción consistirá en multa pecuniaria fija de

rios que, conforme a la letra f), del apartado 2 del artículo 29 LGT, no cumplan con «*la obligación de aportar a la Administración tributaria [...] cualquier dato, informe, antecedente y justificante con transcendencia tributaria, a requerimiento de la Administración*»; obligación de proporcionar que, conforme al apartado segundo del artículo 93 LGT deberá de «*cumplirse con carácter general en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen, o mediante requerimiento individualizado de la Administración tributaria que podrá efectuarse en cualquier momento posterior a la realización de las operaciones relacionadas con los datos o antecedentes requeridos*».

Por otra parte, el artículo 210 LGT, apartado 2º, menciona que «*los datos, pruebas o circunstancias que obren o hayan sido obtenidos en alguno de los procedimientos de aplicación de los tributos regulados en el título III de esta Ley y vayan a ser tenidos en cuenta en el procedimiento sancionador deberán incorporarse formalmente al mismo antes de la propuesta de resolución*»; indicándose de manera casi similar en el artículo 23.3 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Sancionador Tributario (en lo sucesivo RGRST) que «*se unirán al expediente sancionador las pruebas, declaraciones e informes necesarios para su resolución*». Y si, conforme al apartado 5º del artículo 210 LGT, al iniciarse el expediente sancionador «*se encontrasen en poder del órgano competente todos los elementos que permitan formular la propuesta de imposición de sanción, ésta se incorporará al acuerdo de iniciación*», el cual «*se notificará al interesado, indicándole la puesta de manifiesto del expediente y concediéndole un plazo de 15 días para que alegue cuanto considere conveniente y presente los documentos, justificantes y pruebas que estime oportunos*»¹³.

Somos de la opinión de que una adecuada separación entre los procedimientos liquidador y sancionador¹⁴ implicaría que los datos obtenidos coactivamente

200 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma persona o entidad omitido, inexacto o falso»; expresando su apartado 5 que «*la sanción consistirá en multa pecuniaria proporcional de hasta el 2 por 100 del importe de las operaciones no declaradas o declaradas incorrectamente, con un mínimo de 500 euros*», en el caso de que tengan por objeto datos expresados en magnitudes monetarias.

13 En consonancia con lo expresado, el artículo 23.6 RGRST viene a indicar que «*en los supuestos de tramitación abreviada previstos en el artículo 210.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, la propuesta de resolución se incorporará al acuerdo de iniciación del procedimiento, y se advertirá expresamente al interesado que, de no formular alegaciones ni aportar nuevos documentos o elementos de prueba, podrá dictarse la resolución de acuerdo con dicha propuesta*».

14 Un claro ejemplo más en el que desaparece la separación de los procedimientos de inspección y sancionador lo constituye los supuestos de actas con acuerdo, que según el apartado 2 del artículo 155

en el procedimiento sancionador¹⁵ no puedan ser utilizados en un procedimiento sancionador. Por ello, consideramos que la LGT no introduce una exigencia simplemente formal de que exista un procedimiento sancionador independiente del procedimiento de liquidación; por ello, la acumulación en un mismo órgano de la fase instructora y decisoria del procedimiento sancionador¹⁶ o ambas al órgano competente de la fase de liquidación y la comunicación de datos entre el procedimiento de liquidación y el sancionador desvirtúan la separación procedimental introducida¹⁷.

En definitiva, como fácilmente puede colegirse de los argumentos esgrimidos, aunque el deber de contribuir (del que deriva la el deber de colaboración), y el derecho a no autoinculparse son dos bienes jurídicos que no tienen entre sí ninguna relación; sin embargo, en el ámbito de la normativa tributaria parece primar el deber de colaboración en detrimento del derecho a no autoinculparse consagrado en el artículo 24.2 CE, olvidando la posición excepcional que ocupa en nuestro ordenamiento los derechos fundamentales, entre los que se encuentra precisamente éste que estamos analizando; por lo que el hecho de imponer a un obligado tributario una sanción, utilizando como fundamento los datos que el mismo tuvo que proporcionar bajo la amenaza de sanción, estaría vulnerando indirectamente aquel derecho a no declarar; o en palabras de GARCÍA LLOVET, *«la quiebra del principio de no autoinculpación se produce justamente por la amenaza que tiene como fin quebrar la voluntad del ciudadano imponiéndole una colaboración con esos servicios, siendo así que de esa colaboración que se le exige al ciudadano pueden derivarse la obtención por los mismos de pruebas incriminatorias que puedan incorporarse a un expediente sancionador»*¹⁸.

LGT, éstas incluirán necesariamente «la renuncia a la tramitación separada del procedimiento sancionador». Para un estudio más detallado sobre este tipo de actas, vid. ROMERO FLOR, L. M.: Las actas con acuerdo en el procedimiento de inspección tributaria. Wolters Kluwer. Valencia. 2012.

15 Y que por tanto estarían, en principio, «contaminados».

16 Según el artículo 211.5 d) LGT, es órgano competente para la imposición de sanciones «el órgano competente para liquidar o el órgano superior inmediato de la unidad administrativa que ha propuesto el inicio del procedimiento sancionador»; y según el artículo 20.1 RGRST, «salvo que una disposición establezca expresamente otra cosa, la atribución de competencias en el procedimiento sancionador será la misma que la del procedimiento de aplicación de los tributos del que derive». Por tanto, de la lectura unitaria de ambos preceptos, puede perfectamente colegirse que van a coincidir en un mismo órgano la liquidación e imposición de sanciones, quedando la figura del «órgano superior inmediato» relegada a aquellos casos en que sólo concurra sanción (v. gr. las sanciones por incumplimiento de obligaciones formales).

17 FARTO PIAY, T.: «El procedimiento liquidador...». op. cit. Pág.110.

18 GARCÍA LLOVET, E.: «El principio de no autoinculpación en el procedimiento administrativo sancionador». Revista Xurídica Gallega. Núm. 18. 1998. Pág. 50. En el sentido anteriormente expuesto, hay que presumir, salvo prueba en contrario, que la información ha sido obtenida coactivamente por la

4. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación al derecho a no autoincluirse en un procedimiento sancionador tributario.

Asumida la idea de que los datos que el contribuyente aporta de manera coactiva a la Administración Tributaria pueden ser utilizados para imponerle una sanción, llevó al Tribunal Constitucional a plantearse cuál sería el valor probatorio de los mismos a efectos punitivos y, en consecuencia, si posiblemente se puede llegar a menoscabar el derecho a no autoincluirse.

Así, en un primer momento, en el Fundamento Jurídico 10º de su Sentencia 76/1990, el Alto Tribunal no separa las debidas garantías que han de regir en el procedimiento tributario y en el sancionador, admitiendo la posibilidad de obtener datos coactivamente que pueden dar lugar a la imposición de una sanción, amparándose para ello en el artículo 31 de la Constitución y negando que el artículo 24.2 de la misma sea aplicable, al manifestar textualmente que *«se comprende, por lo demás, que sin la colaboración del contribuyente y la aportación por este de datos personales de alcance económico la labor inspectora resultaría prácticamente imposible cuando no fuera factible solicitar los mismos datos de terceras personas [...] no existe un derecho absoluto e incondicionado a la reserva de los datos económicos del contribuyente con la relevancia fiscal y esgrimible frente a la Administración Tributaria. Tal pretendido derecho haría virtualmente imposible la labor de comprobación de la veracidad de las declaraciones de los contribuyentes a la Hacienda Pública y, en consecuencia, dejaría desprovisto de toda garantía y eficacia el deber tributario que el artículo 31.1 de la Constitución consagra; lo que impediría una distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos en cuanto bien constitucionalmente protegido».*

Continúa señalando que «los documentos contable son elementos acreditativos de la situación económica y financiera del contribuyente; situación que es preciso exhibir para hacer posible el cumplimiento de la obligación tributaria y su posterior inspección, sin que pueda considerarse la aportación o exhibición de esos

existencia de una sanción por falta de colaboración, lo que cuando «los datos obtenidos en una inspección tributaria, en el marco de la cual existe el deber de declarar y colaborar activamente, incluso bajo apercibimiento de sanción administrativa [...] no pueden posteriormente utilizarse a efectos sancionadores o penales, pues en caso contrario se habría vulnerado indirectamente el derecho a no declarar protegido en materia penal por el artículo 24.2 de la Constitución». FALCÓN Y TELLA, R.: «La imposibilidad de utilizar datos obtenidos por la Inspección Tributaria a efectos penales o sancionadores: la Sentencia Saunders, de 17 de diciembre de 1996», en XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario. Vol. 2. Colibrí. Lisboa. 1998. Pág. 488.

documentos contables como una colaboración equiparable a la "declaración" comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución [...] cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad».

Por último, el Tribunal Constitucional, evitando siempre y en todo momento pronunciarse sobre la cuestión de la posible imposición de una sanción en el procedimiento de liquidación, manifiesta en esta misma Sentencia¹⁹ que el derecho a no autotincularse no es aplicable a éste, pues en palabras del propio Tribunal, *«se impone aquí de nuevo la prudencia frente a intentos apresurados de trasladar mecánicamente garantías y conceptos propios del orden penal a actuaciones y procedimientos administrativos distintos y alejados del mismo, como es, en este caso, el de gestión tributaria»*.

Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional cambió, en gran medida por la asunción de la jurisprudencia del TEDH²⁰ (que comentaremos a continua-

19 Del mismo modo, el Tribunal Constitucional entendió que no se podía reconocer un derecho a la reserva de datos en virtud del artículo 24.2 de la Constitución en su Sentencia 76/1990, al expresar que «cuando la Administración tributaria exija información en el curso de un procedimiento de gestión tributaria, porque el bien jurídico tutelado en el artículo 24.2 CE no lo reclama y sin embargo lo exige la protección del interés público constitucionalizado en el artículo 31.1 CE, deberá el obligado tributario colaborar, aunque los elementos de prueba así obtenidos, si resultan autoincriminatorios, no podrán utilizarse contra él en un procedimiento punitivo. Esto es, precisamente, desde nuestro punto de vista, lo que quería decir el Tribunal Constitucional cuando en la STC 76/1990 (que, en este sentido, creemos que ha sido mal interpretada) negaba que existía un derecho a la reserva de la información con trascendencia tributaria tutelable en el artículo 24.2 CE».

20 Especialmente, el Tribunal Constitucional, con respecto a la Sentencia Saunders contra Reino Unido, expresa que «las pruebas que fundamentaron la condena penal, sin embargo, consistieron en declaraciones efectuadas por los propios condenados bajo la admonición de sanciones y penas privativas de libertad en el curso de las actuaciones administrativas de carácter inquisitivo»; en base a la Sentencia J. B. contra Suiza, manifiesta que «la información autoincriminatoria se requirió en el curso de un procedimiento administrativo de naturaleza tributaria de características muy similares al regulado en la Ley 230/1963, general tributaria; además, la información, como en el caso que ahora juzgamos, estaba constituida exclusivamente por documentos (concretamente, documentos relativos a las empresas en las cuales el recurrente había invertido dinero); y, finalmente, como ya hemos señalado, dichos documentos se reclamaron bajo la amenaza con sanciones pecuniarias establecidas en el ordenamiento suizo (sanciones que, finalmente, fueron impuestas). Difieren, sin embargo, los hechos examinados en J. B. c. Suiza de los que ahora enjuiciamos en varios aspectos esenciales: en primer lugar, el procedimiento administrativo tributario se siguió contra el propio recurrente como persona física, no contra ninguna de las sociedades en las que había invertido el dinero cuyo origen se pretendía conocer; en segundo lugar, la documentación con trascendencia tributaria se requirió directamente del contribuyente investigado; en tercer y último lugar, la coacción prevista en la Ley, que finalmente se materializó en la imposición de

ción), en las Sentencias 18/2005, de 1 de febrero y 68/2006, de 13 de marzo, en las que tras la incoación de un procedimiento inspector a una determinada sociedad, en el que se aportó datos bajo coacción, se emite por la Inspección de Hacienda un informe-denuncia que desvirtúa la presunción de inocencia del administrador y le condena por delito fiscal; pero que por faltar el requisito de la identidad subjetiva con el sujeto al que se requirió la aportación de datos bajo amenaza de sanción²¹, el Tribunal entendió que no se había vulnerado el derecho a no autoinculparse.

No obstante, del Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 68/2006 se extrae que *«el recurrente no ha mencionado concretamente las "admoniciones, requerimientos y advertencias" que le dirigió la Inspección, ni cuáles fueron los documentos que ante tales intimidaciones entregó, ni por consecuencia, en qué medida esos documentos que aportó coaccionado pudieron tener razonablemente alguna virtualidad para su condena. Resulta, pues, así, que el demandante no ha atendido la carga que sobre él pesa y que va referida no sólo a abrir la vía para que este Tribunal pueda pronunciarse sobre las vulneraciones de la Constitución alegadas, sino también, y esto es lo que ahora importa, a "proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente quepa esperar; y que se integra en el deber de colaborar con la justicia del Tribunal Constitucional, sin que le corresponda a éste reconstruir de oficio las demandas"»*.

Por tanto, podemos inferir que los requisitos objetivos que producen una vulneración del derecho a la no autoinculpación en el ámbito tributario se produce cuando la información que se utilice para fundamentar la sanción haya sido requerida y aportada por el contribuyente y se haya ejercido la coacción personalmente contra el mismo, mencionándose las concretas *«admoniciones, requerimientos y advertencias»* que le dirige la Administración, para que, de esta forma, se ponga de manifiesto la concreta indefensión que se le ha causado al contribuyente.

varias sanciones pecuniarias (un total de cuatro, la última de las cuales no se llegó a ejecutar), se ejerció efectivamente contra el recurrente); y finalmente, de la Sentencia Funke contra Francia expresa que «se habían vulnerado los derechos a permanecer en silencio y a no contribuir a la propia incriminación del recurrente al haber sido éste sancionado con varias multas pecuniarias por no aportar la documentación requerida por las autoridades aduaneras francesas (extractos de cuentas corrientes abiertas en diferentes entidades bancarias y la documentación relativa a la financiación de un apartamento)».

21 Según palabras textuales del propio Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico 4º y 6º de las Sentencias 18/2005 y 68/2006, respectivamente) «no apreciándose la existencia del requisito subjetivo que la coacción haya sido ejercida por el poder público sobre la persona que facilitó la información incriminatoria y que finalmente fue la destinataria de las medidas punitivas».

5. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a no autoinculparse.

El estudio del derecho a no autoinculparse ante la Inspección de los Tributos obliga ineludiblemente a detenernos a analizar, aunque sea de manera sucinta, aquellas sentencias más relevantes del TEDH, como supremo interprete del CEDH, sobre la materia en cuestión, para intentar, de esta manera, averiguar cuáles son sus características y consecuencias si lo ponemos en relación con un procedimiento tributario sancionador.

5.1. La Sentencia Funke contra Francia.

El señor Jean-Gustave Funke era un representante de ventas alemán residente en Francia que, ante la personación en su domicilio el 14 de enero de 1980 de autoridades aduaneras francesas (acompañadas por un policía judicial) requiriéndole una serie de información sobre sus bienes sitios en el extranjero, se negó²² a entregar dicha información, motivo por el cual fue sancionado con una multa que se incrementaba diariamente hasta el día en que el demandado cumpliera su orden de cooperar; motivo por el cual presentó una demanda basada en una vulneración del artículo 6 y 8 del CEDH.

En su Sentencia de 25 de febrero de 1993 (caso Funke contra Francia), el TEDH da la razón al demandante sobre su derecho a no autoinculparse, especialmente en los párrafos 44, 45, 56 y 57²³; y lo hace en el sentido que a continuación exponemos.

22 En realidad, en un primer momento el señor Funke admitió tener o haber tenido una serie de cuentas bancarias en el extranjero por motivos personales y familiares, pero que dicha información no se encontraba en su domicilio, lo que llevó a los oficiales a realizar un registro de la vivienda, encontrando varios estados bancarios, chequeras de bancos extranjeros, así como otros documentos y objetos que procedieron a incautar, solicitándole que les entregaran toda la información de los tres años anteriores concerniente a cuatro cuentas bancarias (Banque Suisse en Basliea, Deutsche Bank en Kehl, POK en Varsovia y Potsparkasse en Munich), de su cuenta ahorro vivienda (Württembergische Bausparkasse en Leonberg), y su portafolio de inversiones (Deutsche Bank en Kehl), a lo que el señor Funke, en principio, no se negó, aunque con posterioridad decidió no remitir la información solicitada.

23 Concretamente los párrafos 44, 45, 56 y 57 de la Sentencia Funke contra Francia, expresan que «44. El Tribunal constata que las autoridades aduaneras provocaron la condena del Sr. Funke con el fin de obtener ciertos documentos cuya existencia creían cierta, aunque no tenían la certeza de ello. Siendo incapaces o no queriendo obtenerlos por otros medios, intentaron obligar al demandante a que proveyera las pruebas de las infracciones que supuestamente había cometido. Pero, las características especiales de las leyes sobre Derecho aduanero no pueden justificar una violación del derecho a toda persona "acusada en materia penal", según el significado propio de esa expresión en el artículo 6, a guardar silencio y a no contribuir a su propia incriminación. En consecuencia, ha existido una violación del artículo 6 párrafo 1 (art. 6-1). 45. La anterior conclusión hace innecesario que el Tribunal se pronuncie sobre si la condena recaída sobre el señor Funke, también violó

En primer lugar, el Tribunal desestima la alegación preliminar del Gobierno Francés, en el sentido de que el señor Funke carecía de legitimación procesal, por no haberse incoado contra él ningún procedimiento criminal; por lo que el Tribunal está reconociendo que si el sujeto está inmerso en un procedimiento del cual se pueden derivar sanciones (aunque no sea un procedimiento de carácter penal), el principio de no autoincluirse adquiere, de forma automática, virtualidad, siendo el mismo plenamente aplicable.

En segundo lugar, se reconoce que el derecho a no autoincluirse se encuentra inmerso en el concepto de «proceso justo», presentando, según la naturaleza de los acontecimientos un aspecto más amplio que sobrepasa cualquier consideración de oralidad testimonial o declaratoria, y que aplica igualmente a documentos, informes o registros, de los cuales se puedan extraer pruebas incriminatorias.

Además, en este caso, no se cuestiona que los Estados «*consideren necesario recurrir a mecanismos tales como registros de casas e incautaciones, en orden a obtener evidencia física de violaciones a los controles de cambio, y cuando sea necesario, perseguir a los responsables*», o incluso un deber por parte de los ciudadanos a colaborar con instancias oficiales en el cumplimiento de sus cometidos; sino que más bien se considera violación del artículo 6 del Convenio el hecho de que las autoridades «*intentaron obligar al demandante a que proveyera las pruebas de las infracciones que supuestamente había cometido*».

En este sentido, el principio de presunción de inocencia obliga a que sea la parte acusadora la que brinde las pruebas de cargo, y no el sospechoso o acusado, quien debe ser tenido por inocente hasta tanto no se constate lo contrario, y por ello, no está obligado a ser la fuente de las pruebas que obren en su contra. O dicho en otras palabras, que la dificultad de las autoridades para proveerse con pruebas de una supuesta infracción, no es óbice para justificar la violación de un derecho fundamental o humano, y mucho menos si dichas pruebas podían ser obtenidas por medios alternativos a la colaboración del sospechoso o acusado. Por tanto, y dada la fuerte vinculación que el TEDH hace del derecho a no au-

el principio de presunción de inocencia. [...] 56. Indudablemente, en el campo bajo consideración –la prevención de la fuga de capitales y la evasión fiscal– los Estados encuentran serias dificultades debido a la escala y complejidad de los sistemas bancarios y canales financieros, y el inmenso ámbito de la inversión internacional, todo ello facilitado por la relativa porosidad de las fronteras nacionales [...] No obstante, la legislación aplicable y la práctica deben proporcionar garantías adecuadas y efectivas contra el abuso. 57 [...] Sobre todo, en ausencia de la necesidad de una autorización judicial, las restricciones y condiciones previstas por la ley [...] se muestran muy laxas y llenas de lagunas para que las interferencias en los derechos del demandante hayan sido estrictamente proporcionales al legítimo fin perseguido».

toinculparse con el principio de presunción de inocencia, obliga a interpretar que una violación de aquel constituye igualmente una violación de éste.

Y, por último, en lo relativo al derecho a la intimidad del artículo 8, el TEDH también determinó que había existido una violación al mismo, pues aunque la interferencia en este derecho por parte de la autoridad pública presentaba los requisitos que exigía dicho artículo, la manera en que las autoridades aduaneras francesas ejercitaron la facultad, la misma había sido abusiva y desproporcionada.

5.2. La Sentencia *Bendenoun contra Francia*.

En este caso, el señor Michel Bendenoun era un tratante de monedas francés residente en Suiza, era el fundador, director general y accionista principal (poseía más del 99 por cien de las acciones) de la sociedad «*Artsby 1881*», con domicilio social en Estrasburgo, y cuyo objeto social era, principalmente, el comercio con monedas antiguas, piedras preciosas y obras de arte en general.

En base a las operaciones que realizaba esta empresa, se realizaron cuatro procedimientos²⁴ en los que fue acusado de varias infracciones, siendo incluso condenado a 15 meses de prisión suspensión y prisión coactiva por falta de pago por período mínimo aplicable de un año.

El caso fue remitido al TEDH con el objetivo de obtener una decisión sobre si los hechos desvelados en el caso, contenían una violación por parte del Estado francés del artículo 6, párrafo 1 del CEDH; es decir, si la materia a analizar podría vulnerar el derecho a un juicio justo.

Quizás, lo más interesante de la Sentencia del TEDH de 24 de febrero de 1994 no está en el fallo de la misma, pues sostuvo unánimemente que no había existido violación al artículo 6.1 CEDH, pues la condena se hizo en base a la misma información que obraba en el expediente, y no de la que nunca se remitió a la solicitud²⁵; sino que la relevancia de la misma esta más bien en la interpre-

24 Un procedimiento que versaba sobre materia de derechos de aduana, otro de procedimientos administrativos tributarios, otro sobre delitos tributarios y, el último, acaecido en el seno de la Comisión.

25 Los párrafos 52 y 53 de la Sentencia de 24 de febrero de 1994, caso Bendenoun contra Francia, vienen a indicar que «52. [...] el señor Bendenoun buscó la entrega completa de toda la voluminosa información. La evidencia presentada ante el Tribunal muestra que nunca precisó una razón para apoyar su argumento de que, no obstante su admisión de las infracciones aduaneras y sus admisiones durante la investigación penal, no pudo contrarrestar el cargo de evasión de impuestos por no tener copia de tal información. Esta omisión es la más perjudicial para su caso, dado que él estuvo consciente de la exis-

tación que el TEDH hizo del concepto de «*persona acusada en materia penal*», pues por primera vez el Tribunal de Estrasburgo admite, expresamente, que si las sanciones administrativo-tributarias presentan cierta identidad, los sujetos sobre quienes pueden surtir efectos dichas sanciones, deben ser considerados como acusados en «*materia penal*»²⁶, o dicho en otros términos, señaló que el artículo 6.1 CEDH, y por ende el derecho a no autoincriminarse contenido en él, es aplicable a los procesos relacionados con sanciones tributarias, distintas de las sanciones penales por delitos, despejándose la duda sobre si lo ya comentado en la Sentencia *Funke contra Francia*, en lo sustancial, puede ser igualmente aplicable a un caso referente a materia tributaria²⁷.

tencia y contenido de la mayoría de los documentos, y él y su abogado habían tenido acceso completo a tal archivo, en todos los extremos, durante la investigación penal. 53. En conclusión, no se desprende de la información disponible a este Tribunal, que la falta de entrega de esos documentos haya infringido sus derechos de defensa o la igualdad de armas. Por tanto, no ha habido una quiebra del artículo 6.1».

26 Parece desprenderse que el significado propio que el Tribunal le asigna al concepto de «materia penal» resulta, en principio, no referido a una rama específica de Derecho (como la penal propiamente dicho), sino a las consecuencias, en el sentido de sanciones, que puede acarrear un determinado régimen jurídico, en este caso el tributario. En este sentido, el Tribunal consideró en el párrafo 47 de la mencionada Sentencia que «en el presente caso el Tribunal no subestima la importancia de varias de las consideraciones hechas por el Gobierno. Sin embargo, a la luz de su jurisprudencia, y en particular del [...] caso *Öztürk*, hace notar cuatro factores que apuntan en dirección contraria. En primer lugar, las infracciones que al señor Bendenoun le fueron impuestas caían dentro del artículo 1729 del Código General Tributario Francés. Esta norma aplica a todos los ciudadanos en su capacidad de contribuyentes, y no a un grupo dado de ciudadanos con un estatus particular. La norma sienta ciertos requerimientos, a los cuales anuda una sanción en caso de incumplimiento. En segundo lugar los recargos tributarios no tienen la intención de compensar pecuniariamente un daño, sino esencialmente como un castigo y para desalentar la reincidencia. En tercer lugar, estos recargos tributarios son impuestos por regla general, con un propósito tanto disuasorio como sancionador. En último lugar, en el presente caso, los recargos fueron muy sustanciales, ascendiendo a 422.534 francos franceses respecto a señor Bendenoun como persona física, y a 570.398 francos franceses respecto a su empresa; y en el evento de impago de estas sumas, era posible su encarcelación por los tribunales penales. Habiendo sopesado los varios aspectos del caso, el Tribunal subraya la predominancia de aquellas sanciones que tienen una connotación penal. Ninguna de ellas resulta decisiva por sí misma, pero tomadas en conjunto y acumulativamente, convierten la acusación en una de carácter "penal", lo que cae bajo el espectro del artículo 6, y por tanto aplicable al presente caso».

27 Ya tuvimos la oportunidad de analizar como en el caso *Funke contra Francia*, las actuaciones que se sometían a su examen estaban relacionadas con los derechos de aduanas, y en el presente caso *Bendenoun contra Francia* con el Derecho Tributario. En uno y otro caso, las sanciones que se impusieron al sujeto, de acuerdo con tales ramas del Derecho, se reputan como penales, no por la materia a que se refieren, sino por las consecuencias, o dicho en otros términos, por las sanciones que de ellas se derivaron.

5.3. La Sentencia Saunders contra Reino Unido.

El presente caso puede sintetizarse como sigue: el señor Saunders, alto directivo de la empresa *Guinness PLC* desde 1981, intenta ganar una Oferta Pública de Adquisición (OPA) de la compañía *Distillers Company PLC*, a su más directo rival, la compañía *Argyll PLC*; ofreciendo incentivos²⁸ para que terceras personas pujaran al alza por sus acciones (las cuales, una vez que la oferta le fue adjudicada, bajaron de precio súbitamente); incentivos que provenían del propio capital de la empresa *Guinness PLC*, lo cual se reputaba como ilegal, según la normativa bursátil vigente al momento, no sólo porque estaba prohibido que las compañías provean asistencia financiera a otras empresas o personas con el propósito de la compra de sus propias acciones; sino también porque estas operaciones nunca se difundieron públicamente.

Las alegaciones que surgieron al respecto, llevaron al Departamento británico de Comercio e Industria a investigar la presunta violación de las normas contenidas en la Ley de Sociedades de 1985. Así, durante el curso de dichas actuaciones, al señor Saunders lo interrogaron los inspectores, viéndose éste obligado a contestar, dado que la legislación inglesa castiga la resistencia con fuertes multas, e incluso pena de prisión de hasta dos años; declaraciones que posteriormente fueron utilizadas en su contra en el juicio que se derivó de las actuaciones de inspección.

Condenado a prisión por los tribunales británicos, el señor Saunders recurre ante el TEDH, alegando que la utilización en el proceso penal de sus declaraciones es contraria al derecho a un proceso equitativo, consagrado en el artículo 6.1 CEDH; a lo que el propio Tribunal en su Sentencia de 17 de diciembre de 1996 (asunto *Saunders contra Reino Unido*) entendió que no se vulnera el derecho a no autoinculparse cuando en el seno de un procedimiento administrativo de carácter no punitivo se exijan datos bajo coacción, sin embargo dichos datos no podrían ser utilizados en posteriores procedimientos sancionadores penales.

En concreto, en su párrafo 74 manifiesta que *«el derecho a no declarar contra sí mismo se fundamenta, en primer lugar, en el respeto a la voluntad del acusado a permanecer en silencio. Tal y como se entiende habitualmente en el sistema legal de las Partes Contratantes y en estos lugares, no se extiende a la utilización en un procedimiento penal del material que pueda obtenerse del*

²⁸ Los colaboradores se les ofreció compensaciones contra cualquier pérdida que sufrieran y, en algunos casos, importantes retribuciones si la operación resultaba exitosa; pagos que se realizaron por medio de facturas falsas, que ocultaban que fueran hechos como contraprestación de dichas actividades ilícitas.

acusado mediante poderes coactivos, pero que tiene una existencia independiente de la voluntad del acusado, tal y como sucede, inter alia con los documentos obtenidos de acuerdo con un mandato judicial, o muestras de aliento, sangre u orina, o tejido corporal para realizar pruebas de ADN», por lo que «la existencia independiente de la voluntad del acusado» consistiría el elemento punitivo, sin vulnerar el derecho a no autoincluirse, que concibe como un derecho absoluto, señalando que «las exigencias generales de Justicia contenidas en el artículo 6, incluyendo el derecho a no declararse culpable, se aplican en todos los procesos penales en relación con los delitos sin distinción desde el más simple al más complejo».

Pero el Tribunal da un paso más en esta Sentencia declarando contrario al artículo 6 CEDH el hecho de que en el procedimiento penal o sancionador pudieran tomarse en consideración pruebas que hubiesen sido obtenidas en el seno de otro procedimiento anterior bajo la amenaza de la imposición de sanciones en el caso de incumplimiento del deber de facilitarlos, al expresar, también en su parágrafo 74 que *«no cabe invocar el interés público para justificar el uso de declaraciones obtenidas coactivamente en una investigación no judicial para incriminar al acusado durante el proceso penal. Es necesario advertir que, de acuerdo con la legislación aplicable, la declaración obtenida bajo medios coactivos por la Serious Fraud Office no puede, como regla general, ser alegada en el posterior juicio de la persona interesada. Además, el hecho de que las declaraciones fuesen realizadas por el solicitante antes de ser acusado no impide que su uso en las actuaciones penales constituya una violación del derecho».*

5.4. La Sentencia JB contra Suiza.

En este supuesto, el aplicante no declaró en los períodos impositivos de 1981 a 1988 ni las ganancias ni las cantidades invertidas en varias compañías, por lo que se incoaron sendos procedimientos contra el aplicante por evasión de impuestos federales, en donde le fueron solicitados todos los documentos e información que tuviera en relación con estas operaciones, que el aplicante, pese haber aceptado la realización de las operaciones, no entregó; lo que llevó a las autoridades fiscales a realizar varios requerimientos para que entregara la información solicitada, pero sin resultado. Como consecuencia de ello, las autoridades fiscales le impusieron una multa disciplinaria²⁹, así como otras dos multas consecutivas sobre la base del incumplimiento de los requerimientos de información.

²⁹ Que el aplicante pagó debidamente.

La cuestión concreta que tuvo que discutir el TEDH versaba si un sujeto puede ser obligado a incriminarse a sí mismo en un procedimiento sancionador tributario, surgido a la luz de un procedimiento de regularización tributaria; o dicho en otros términos, si el contribuyente se encuentra obligado a colaborar con los órganos de la inspección tributaria, mediante la entrega de información sobre su situación tributaria; y si la respuesta fuere negativa, si las sanciones impuestas por la falta de colaboración, violan o no el artículo 6 CEDH.

El Tribunal consideró en su Sentencia de 3 de mayo de 2001, caso *JB contra Suiza*, a la luz de las alegaciones de las partes³⁰, que el derecho a no autoinculparse comprendido en el artículo 6.1 CEDH incluye también la posibilidad de negarse a suministrar información que pueda fundamentar una sanción, no sólo en el transcurso de un procedimiento sancionador sino también en otro con distinta finalidad, como lo es un procedimiento liquidador que pudiera desembocar en una sanción, al indicar textualmente en su párrafo 64 que *«aunque no se menciona específicamente en el artículo 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el derecho a no autoinculparse son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el fondo de la noción de juicio justo que consagra el artículo 6.1. del Convenio. El derecho a no autoinculparse, en particular, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la "persona acusada", proporcionando al acusado protección contra la acción indebida por parte de las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6.1»*.

5.5. Corolarios de las Sentencias a modo de conclusión.

Empezando por el derecho a no autoinculparse, el TEDH ha declarado que el mismo se haya contenido en la noción misma de un proceso equitativo, tal y como dispone el artículo 6 CEDH, cuyo contenido, por un lado, está conectado con el principio de presunción de inocencia, el cual exige que sea la parte acusadora la responsable de probar su causa, sin poder recurrir al sujeto investigado para que colabore en tal sentido; pero por otro, es más amplio que el derecho a guardar silencio, y sobrepasa la consideración de oralidad de declaraciones o tes-

30 En este proceso, y sin negar que el caso entraba dentro del ámbito del artículo 6.1 CEDH, el Gobierno Suizo manifestó para legitimar su actuación que la información era necesaria para la determinación de la cuota dejada de ingresar; invocando por otra parte la doctrina del TEDH respecto a las pruebas de alcoholemia o los tacómetros de los camiones, aparte de invocar otro tipo de razones de índole práctica.

timonios, abarcando además cualquier tipo de documentos, informes o registros, de los que puedan desprenderse pruebas incriminatorias.

En otro orden de consideraciones, el Tribunal indica que la complejidad de los delitos, ya sea acerca de su descubrimiento o prueba, no puede aducirse como razón para obligar al sospechoso, a declarar y brindar material e información en una fase de investigación, que posteriormente sea utilizada en un procedimiento sancionador, pues las propias exigencias de un juicio justo y del derecho a no autoinculparse *«aplican en todos los procesos penales en relación con todos los delitos sin distinción, desde el más simple al más complejo»*.

En este sentido, la dificultad con la que se encuentran las autoridades para proveerse de pruebas para intentar demostrar una supuesta infracción (entre las que podemos incluir las tributarias), no es razón suficiente para justificar la violación de un derecho fundamental, y mucho menos, si dichas pruebas, podrían ser obtenidas por medios alternativos a la coactiva colaboración del acusado.

Por otro lado, el Tribunal de Estrasburgo ha matizado el concepto de *«acusado en materia penal»*, definiendo ambos por separado. Así, ha expresado que el término *«acusado»* se adquiere tanto por vía formal (cuando medie un acto de notificación en el cual se comunique el inicio de actos de investigación) como por vía material (cuando se realicen actos, aunque no exista notificación, que supongan efectivamente el inicio de una investigación dirigida contra una persona específica).

Por su parte, el término *«materia penal»*, con independencia de la calificación que reciba en un determinado régimen dentro del Derecho interno de un país, debe ser interpretado conforme a la verdadera naturaleza de la infracción; naturaleza que se manifiesta a través de la gravedad de la sanción prevista, así como el propósito de la misma. Por tanto, si el propósito es disuasorio y punitivo, y la sanción asociada a la infracción revista de entidad suficiente, la materia deberá ser considerada como *«penal»*.

Por tanto, a efectos del Convenio, la condición de un sujeto sometido a una inspección tributaria, puede ser reconducida a la de acusado; y las sanciones que presenta el régimen de infracciones tributarias, debe ser considerado como materia penal.

Y, finalmente, se declara que no cabe invocar el interés público para justificar el uso de declaraciones obtenidas coactivamente en una investigación no judicial, para incriminar y sancionar al acusado en un procedimiento inspector. Por tanto, y dado que el procedimiento sancionador tributario puede considerarse como «*materia penal*», el interés público que lo respalda (el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos), no puede ser aducido como argumento suficiente para contravenir el derecho fundamental (en este caso podríamos llamarlo «*humano*») a no autoinculparse.

Bibliografía.

CUBERO TRUYO, A. y GARCÍA BERRO, F.: «Reflexiones críticas en torno al régimen sancionador tributario». Revista Española de Derecho Financiero. Núm. 129. 2006.

FALCÓN Y TELLA, R.: «La imposibilidad de utilizar datos obtenidos por la Inspección Tributaria a efectos penales o sancionadores: la Sentencia Saunders, de 17 de diciembre de 1996», en XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario. Vol. 2. Colibrí. Lisboa. 1998.

FARTO PIAY, T.: «El procedimiento liquidador y el procedimiento sancionador a la luz del derecho a no autoinculparse». Revista Técnica Tributaria. Núm. 78. 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración. Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional». Revista Española de Derecho Administrativo. Núm. 20. 1981.

GARCÍA LLOVET, E.: «El principio de no autoinculpación en el procedimiento administrativo sancionador». Revista Xurídica Gallega. Núm. 18. 1998.

ROMERO FLOR, L. M.: Las actas con acuerdo en el procedimiento de inspección tributaria. Wolters Kluwer. Valencia. 2012.

SÁNCHEZ HUETE, M. A.: «Una visión crítica del sistema sancionador de la LGT». Jurisprudencia Tributaria Aranzadi. Núm. 1. 2006.

RESUMEN

La Administración Tributaria es la encargada de llevar a cabo la obtención de recursos para el Estado. Y para que ésta gestión sea eficaz es necesario que obtenga determinadas informaciones que permitan regularizar la situación tributaria de los contribuyentes; información que puede obtenerse, entre otras formas, del propio contribuyente obligándolo a proporcionarla bajo amenaza de sanción por falta de colaboración.

ABSTRACT

The Tax Administration is responsible to carry out the procurement of resources for the State. And in order that effective management is necessary to obtain certain information that allow to regularize the tax status of taxpayers; information that can be obtained, between other forms, of the own taxpayer forcing him to provide it under threat of sanction for non-cooperation.

PALABRAS CLAVE

Deberes tributarios; Derechos Humanos; Derecho a no Autoinculparse; Procedimiento Sancionador Tributario; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

KEYWORDS

Tax Duties; Human Rights; Right to not implicate the same; Tax Punitive Procedure; Europea Court of Human Rights.

TRANSPARENCIA Y DERECHOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS¹

Marc Carrillo

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Pompeu Fabra*

Recibido: 15-03-2016
Aceptado: 03-06-2016

SUMARIO

- 1. El valor de la transparencia y el principio general de publicidad de los actos de los poderes públicos.*
- 2. El derecho de acceso a la información en las Administraciones Públicas.*
- 3. Consideraciones finales sobre la virtud pública en España. Bibliografía.*

¹ Este texto es desarrollo de la conferencia pronunciada el 26 de febrero de 2016 en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, con motivo de las XIX Jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla-La Mancha: Transparencia y buen gobierno. En lo esencial se ha mantenido el tono propio de la exposición.

1. El valor de la transparencia y el principio general de publicidad de los actos de los poderes públicos.

A) *La regla del principio de publicidad de los actos de la Administración pública.* La opacidad de la Administración en la gestión de los asuntos públicos es antagónica con uno de los principios que ha de informar su funcionamiento: que la Administración ha de actuar conforme a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE) y de acuerdo con ello la publicidad de los actos de los poderes públicos ha de ser la forma de comportamiento. La regla ha de ser la publicidad en la actividad administrativa y el secreto sólo es admisible si opera como una excepción prevista en la ley. El Estado democrático de derecho no puede vivir de espaldas a la ciudadanía. El sometimiento de la Administración y del resto de poderes públicos a la ley, es una consecuencia directa de la forma de Estado basada en el principio de la soberanía popular y la ley es su expresión (art. 66.1 CE).

Es evidente que en la ley no se agota todo el ámbito del Derecho. La Administración está vinculada en primer lugar a la Constitución y en general al conjunto del ordenamiento jurídico. Ahora bien, el sometimiento pleno a la Constitución y a la ley no excluye la existencia de ámbitos en la actuación administrativa en los que ésta disponga de capacidad para la discrecionalidad. Esto es, la posibilidad de disponer en el marco de la ley de un margen de decisión que permita la existencia de diversas opciones, bien por razones de oportunidad o de orden técnico. Pero como ha indicado de forma reiterada la jurisprudencia constitucional (entre otras, las SSTC 86/2004 y 219/2004), la discrecionalidad nunca puede ser sinónima de poder absoluto de decisión que permita el puro arbitrio de la Administración, circunstancia que queda impedida por la Constitución (art. 9.3 CE). La discrecionalidad de un órgano de la Administración sólo es admisible si dispone de poder para ello de acuerdo con la realidad de los hechos que justifiquen su ejercicio y siempre que sea para atender a los intereses generales y nunca a los de orden particular. Su actuación siempre habrá de estar sometida a límites jurídicos y al control de los tribunales. (SÁNCHEZ MORÓN, 2009, p. 1690). Por tanto, si existen límites y un control sobre el cumplimiento de los mismos, la actuación administrativa no puede quedar al margen del conocimiento general.

Un conocimiento general, ciertamente, que como criterio básico, tampoco ha de ser concebido como un derecho de acceso indiscriminado a la información que la actuación administrativa genere, sino que habrá de serlo conforme a las condiciones y requisitos formales establecidos por la ley. Qué ésta lo facilite en lo que sea relevante o bien lo impida es cuestión distinta.

B) La eclosión de la transparencia. En la actualidad de las sociedades democráticas es una idea generalizada y asumida, que los ciudadanos por sí mismos o a través de los medios de comunicación, han de conocer cómo actúan los poderes públicos y los representantes por ellos votados que ocupan cargos en estas instancias de poder. Los primeros en manifestar de forma explícita esta necesidad, por otra parte, ínsita en la razón de ser del sistema democrático, fueron los países escandinavos y los Estados Unidos y su área de influencia. A principios del siglo XXI la eclosión de los deseos de transparencia se han generalizado en Europa, es especial en el Reino Unido, Alemania y Suiza y, también a nivel mundial.

En España fue la propia Constitución que entre los principios de funcionamiento de la Administración pública introdujo «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de la personas» (art. 105. b). Por tanto, este acceso no fue reconocido como un derecho fundamental a recibir información, similar al previsto en el artículo 20.1. d) CE, sino como un principio jurídico que obligaba al legislador y éste debía configurar su régimen jurídico. Este precepto sería desarrollado por el artículo 37.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el que se establece que *«los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea su la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud»*.

De esta primera regulación cabía ya destacar una significativa limitación del ámbito material de la documentación sobre la que el ciudadano podía tener acceso al conocimiento público, que no podían ser, lógicamente, cualquiera que fuese el contenido de ésta, sino únicamente en relación a los documentos que formasen parte del expediente administrativo y que obrasen en los archivos correspondientes. En consecuencia, el acceso a la documentación no podía ser concebido como una facultad del ciudadano para requerir su conocimiento en cualquier circunstancia procesal o personal, sino sólo en los casos que exista un expediente administrativo iniciado como consecuencia de una actividad de la Administración.

1 Esta Ley ha quedado derogada por la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que ha entrado en vigor el primero de octubre de 2016.

Por su parte, la Unión Europea se ha aproximado a la regulación de la transparencia en los asuntos públicos a través de una norma de aplicación directa en los Estados miembros: el Reglamento (CE) número 1049/2001, del Parlamento europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos. De acuerdo con lo que prescribía el entonces apartado 2 del artículo 255 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se afirmaba que el concepto de apertura que introdujo el Tratado de la Unión Europea en su artículo 1, significaba que «[...] las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible» (Considerando 1) lo cual —añadía— «[...] permite garantizar una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones así como una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la administración para con los ciudadanos en un sistema democrático» (Considerando 2). Y ya en su parte dispositiva, el objeto del Reglamento se basaba en: a) definir los principios, condiciones y límites, por motivos de interés público o privado, por los que se rige el derecho de acceso a los documentos del Parlamento europeo, del Consejo y de la Comisión, de modo que se garantice el acceso más amplio posible a los documentos; b) establecer normas que garanticen el ejercicio más fácil posible de este derecho, y, c) promover buenas prácticas administrativas para el acceso a los documentos.

C) *El impacto legislativo de la corrupción.* Pero desde 2001 que la Unión Europea decide legislar sobre la necesidad de establecer reglas de transparencias en el funcionamiento de las propias instituciones comunitarias, han tenido que pasar casi tres lustros para que en España se legisle de forma específica sobre esta cuestión. Probablemente, habida cuenta de la aplicación directa de los reglamentos comunitarios sobre los ordenamientos de los Estados miembros, no hubiese sido necesaria legislación nacional alguna si la cultura de aprecio a las instituciones y al interés general hubiera calado en el sistema democrático español. Sin embargo no ha sido así, como lo ponen de manifiesto los numerosos procesos judiciales iniciados por delitos vinculados a la corrupción iniciados en los últimos años, que revelan un alarmante problema estructural en la solidez y calidad de la cultura democrática española.

Ante la pregunta de si España ha devenido un país en el que se han instalado a corrupción, los ejemplos de esta naturaleza a los que se han hecho eco de forma reiterada los medios de comunicación, no es fácil descartar que el problema pueda ser considerado como una cuestión episódica. La proliferación de informaciones y el inicio de procesos judiciales sobre actividades de esta naturaleza que implican tanto al sector público como al privado han aumentado en los últimos

años². El impacto en la población ya es notable; según los datos del barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), en noviembre de 2014 el 49% de los ciudadanos consideraba que la corrupción era el principal problema en España, mientras que tan sólo tres años antes, en 2011 sólo lo era para el 9,2%³. En fin, desde una perspectiva más general, dos años después, en enero de 2016, el barómetro del CIS señalaba que los tres problemas principales que existen en España son el paro (79%), la corrupción y el fraude el 39,2% y los partidos políticos (23,4%).

Las actuaciones definidas como corrupción son aquellas que suponen la sustracción de los bienes públicos de la satisfacción de las necesidades colectivas. Como ya se ha puesto de relieve (DOVAL PAIS, 2014, p.44), el Código Penal (CP) no recoge sistemáticamente todos los delitos de corrupción pública, sin perjuicio de la específica tipificación de los "Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales" (Capítulo X del Libro II, incorporado por la Ley Orgánica 15/2003). No obstante, a lo largo de la configuración de su parte especial, el CP sí que prevé toda una serie de tipos delictivos que describen acciones antijurídicas que son propias de la corrupción; prevaricación (arts. 404-406); cohecho arts. 419-427); tráfico de influencias (arts. 428-431); malversación (arts. 432-435); fraudes y exacciones ilegales (436-438); negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de la función pública (439-444); y la corrupción en el ámbito urbanístico (art. 329), en el patrimonio histórico (art. 322) y en el medio ambiente (art. 329). Los casos que en la actualidad se encuentran en sede judicial y que afectan ya sea a miembros del personal político de diferentes formaciones, que son o han sido depositarios de cargos representativos o bien a funcionarios públicos, lo han sido por la comisión confirmada o presunta de algunos de estos tipos delictivos (DOVAL PAIS, A. 2014, p.44).

Ante esta situación, en 2013, las Cortes Generales reaccionaron con la aprobación de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. La ley es de carácter básico en gran parte de su contenido, de acuerdo con los títulos competenciales que atribuyen al Estado la competencia para establecer: a) la regulación de las condiciones bási-

2 A modo ilustrativo, recuérdese los casos con mayor impacto ante la Administración de Justicia y en los medios de comunicación: Gürtel, Pallerols, ERES fraudulentos en Andalucía con graves responsabilidades de responsables políticos ayuntamientos y de la Junta de Andalucía, gestionados por el PSOE; Bankia; Palma Arena, Noos, Palau de la Música; Jordi Pujol y familia; ITV; Pokémon; Campeón; Fabra; Baltar; Brugal; Emarsa; financiación ilegal del Partido Popular, especialmente en las Comunidades Autónomas de Madrid y valenciana; gestión fraudulenta de la sanidad pública en Cataluña, numerosos ayuntamientos implicados en una gestión urbanística manifiestamente ilegal, etc.

3 El País, 5 de noviembre de 2014, p.

cas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE); las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) y las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE). De acuerdo con ello, de hecho, las competencias de las CCAA en materia de transparencia han quedado reducidas a la regulación del órgano de control de la transparencia que deseen crear y que en el ámbito de la Administración general del Estado ha de llevar a cabo, el *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*, que ha sido configurado como un organismo público, de acuerdo con lo previsto por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). En lo restante y salvo puntuales excepciones relativas a cuestiones de menor relieve (la información institucional organizativa y de planificación; el portal de la transparencia y sus principios técnicos, o las unidades especializadas de información), la Ley 19/2013 atribuye al Estado la regulación de todo el régimen jurídico de la transparencia.

Pues bien, no obstante y con anterioridad a la ley estatal, algunas Comunidades Autónomas ya había aprobado su propia legislación sobre transparencia: Galicia, 2006; Baleares, 2011, Navarra 2012 y Extremadura, 2013. Con posterioridad lo ha hecho, Canarias, Andalucía, Murcia, La Rioja, Cataluña, en 2014 y Aragón, Comunidad Valenciana y Castilla y León, en 2015. En la actualidad, tienen un texto en tramitación parlamentaria, el País Vasco, Asturias y Castilla-La Mancha y carecen del mismo, la Comunidad de Madrid y Cantabria.

El preámbulo de la Ley 19/2013 respondió a una deliberada voluntad de regeneración en la gestión de la cosa pública: *«La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, como se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos»*. Nada más cierto que ello, sin duda, sobre todo porque la realidad que reflejan las encuestas del CIS hacen palpable la distancia con la cruda realidad de la gestión de los asuntos públicos por una parte de los cargos representativos y responsables públicos en las instituciones democráticas. Una realidad política y social que de forma reiterada en los últimos años, ofrece el obscuro espectáculo de procesos por corrupción iniciados en sede judicial, que contrasta con el ideal democrático que se ha

de suponerse de los cargos representativos y responsables políticos, basado en la virtud pública y la defensa del interés general.

A fin de paliar esta distancia a la que, por otra parte, en ningún momento esta Ley hacía referencia en los motivos que la justificaban, su texto precisa que los objetivos para los que fue creada eran incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública, articulada a través de las obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas. Si hubiera que hacer caso plenamente a la voluntad del legislador, no se trataba de partir de cero, ya que además de las previsiones contenidas en el artículo 37 de la citada Ley 39/1992, existen además de los precedentes de la legislación aprobada sobre la reutilización de la información en el sector público (Ley 37/2007) o la relativa al reconocimiento del derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración públicas a través de medios electrónicos. (Ley 11/2007). Así, la nueva ley «[...] ahonda en lo ya conseguido, supliendo sus carencias, subsanando sus deficiencias y creando un marco jurídico acorde con los tiempos y los intereses ciudadanos». Sin embargo, el contraste con la realidad no consiente una valoración de la regulación legal de la transparencia en la gestión de los asuntos públicos tan autocomplaciente con los resultados obtenidos por la legislación aprobada hasta entonces por las Cortes generales ni, menos aún, tan benévola con el problema de la corrupción.

D) La transparencia en la gestión de los asuntos públicos es una consecuencia de la democracia como procedimiento.

Un presupuesto ineludible en el orden conceptual que opere como freno a la corrupción, comporta que la toma de decisiones en un sistema democrático que se precie de tal, han de estar fundado en el más escrupuloso respeto a los procedimientos fijados por la ley. La ley aprobada por el Parlamento, dotada de la legitimidad popular surgida del sufragio universal, es el único instrumento que debe condicionar que la decisión que tome una administración pública, ya sea estatal, autonómica, local o institucional, sea conforme a Derecho y no en razón de intereses ajenos al mismo. La contratación pública para la prestación de un servicio público, la regulación urbanística de un municipio, la concesión de subvenciones para la prestación de servicios sociales, el cumplimiento de las reglas de incompatibilidad para el ejercicio del cargo o, cualquier otra actuación administrativa, habrán de seguir el procedimiento previamente establecido por la ley para no incurrir en arbitrariedad. Es decir, para evitar que el acto administrativo que formaliza la decisión no incurra en una nulidad de pleno derecho.

Como recordaba Norberto Bobbio en este sentido, la democracia no es un

ideal sino que se configura, sobre todo, como un proceso. De tal manera que las decisiones del poder público han de responder a tres exigencias ineludibles: el respeto a la Constitución y a la ley; un riguroso cumplimiento de los procedimientos previamente establecidos y en evitar, a todo trance, la confusión entre el interés personal o el político. A este respecto, el filósofo italiano señalaba que si bien la democracia es también procedimiento, el respeto a este requisito no puede ignorar la existencia de algunos obstáculos que acompañan al proceso democrático en la toma de decisiones. Así, por ejemplo, éste es el caso de la persistencia de oligarquías locales cuya influencia puede llegar a ser un factor condicionante de la decisión administrativa hasta el punto de alterar su legalidad. En este mismo orden, incluye también el peligro que se puede derivar de gobiernos de "técnicos" que en ocasiones tienden a dar prevalencia a los criterios de eficacia con notoria desconsideración hacia la base legal en la que deben sustentarse, o también las dificultades que pueden ofrecer la inflación y complejidad de determinados aparatos administrativos, para determinar la autoría de una decisión. Sin olvidar, tampoco la negativa influencia que supone la existencia de una ciudadanía poco o nada educada en los deberes cívicos de aprecio y respeto por los bienes comunes y el interés general (BOBBIO, 2007, p. 27 y ss).

No obstante este cúmulo de factores condicionantes de la legalidad en los procedimientos, de elementos que al cabo suponen un incentivo para que la opacidad se instale en la actuación de los poderes públicos, como contrapunto a ello es preciso señalar las posibilidades que ofrecen el espectacular desarrollo que han experimentado las nuevas tecnologías de la información y la comunicación [TICs] (BASSOLS COMA, 2015, p.22). Seguramente, la revolución más relevante que ha ofrecido la última década del pasado siglo para el progreso humano y el desarrollo de las libertades públicas, y cuya importancia habría de coadyuvar la consecución de una mayor eficacia en la aplicación de la legislación sobre transparencia, dadas las posibilidades de acceso a la red para el conjunto de los ciudadanos. Y, de esta forma, facilitar una mayor visibilidad de la actuación administrativa.

E). *La bases constitucionales de la transparencia en la administración de los asuntos públicos.* Un primer referente lo encontramos en el mismo Preámbulo de la Constitución cuando establece la voluntad de «establecer una sociedad democrática avanzada», al que le sigue un principio general de participación de la ciudadanía en «la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.2 CE), que ha de permitir que como expone el preámbulo de la Ley 19/2013, la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno sean los ejes fundamentales de toda acción política. El reconocimiento de un principio general favorable a la participación activa del ciudadano, ha de ser un buen an-

tídoto frente a la opacidad en el manejo de los fondos públicos por parte de los representantes públicos.

El derecho fundamental a la participación política (art. 23.1 CE) a través de los partidos políticos (art. 6 CE), como uno de los instrumentos para hacerla efectiva constituye el punto de partida. Pero como ya se apuntaba anteriormente, el acceso del ciudadano al conocimiento de documentos contenidos en los archivos públicos, no forma parte del derecho fundamental a recibir información, ex artículo 20.1 d), de la Constitución, sino que se configura como un principio constitucional que informa el funcionamiento de la Administración pública (art. 10.5 b, CE). Además, la jurisprudencia constitucional (STC 119/1995, de 17 de julio) en su interpretación de este precepto y su diferencia con el derecho fundamental de participación política, recuerda que las diversas formas de participación del ciudadano en asuntos públicos, (arts. 9.2, 27.5 y 7 o 48, CE etc.) son «formas de participación que difieren no sólo en cuanto a su justificación u origen, sino también respecto de su eficacia jurídica que, por otra parte, dependerá en la mayoría de los casos de lo que disponga el legislador (aunque en su labor configuradora esté sometido a límites como los derivados de la interdicción de la arbitrariedad –art. 9.3 CE- y del derecho de igualdad –art. 14 CE-)» si bien ninguna de estas formas, interpreta esta sentencia, sean manifestaciones del derecho de participación política (art. 23.1 CE) «[...] pues no sólo se hayan contempladas en preceptos diferentes de la Constitución, sino que tales preceptos obedecen a manifestaciones de una *ratio* bien distinta: en el artículo 23.1 CE se trata de las modalidades –representativa y directa, de lo que en el mundo occidental se conoce como democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general, mientras que en los restantes preceptos a que se ha hecho alusión [...] se da entrada a correctivos particularistas de distinto orden». Por tanto, el derecho de acceso a la información contenida en documentos y registros administrativos tampoco es un derecho que se pueda identificar con el derecho fundamental a la participación política. Es otro tipo de participación ciudadana vinculada al funcionamiento de la Administración pública.

De acuerdo con esta bases constitucionales, el artículo 105.b) CE se remite a la ley para establecer la definitiva regulación «[D] *el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*». Se trata, pues, de una genérica formulación constitucional que, si bien el texto constitucional no lo refleja directamente, sí permite derivar de ella el principio de transparencia en la actuación administrativa. Este principio ha de servir para complementar la garantía del control judicial de la administración (art. 106 CE), de tal forma que como ha sido subrayado (MESTRE DELGADO, 2009,

p. 1719) la jurisprudencia ordinaria ha interpretado que la Constitución fija la imagen de una Administración pública auténticamente democrática estableciendo con este fin un denominador común en el artículo 105 CE que «consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática» (STS de 19 de mayo de 1988).

2. El derecho de acceso a la información en las Administraciones Públicas.

Con estos mimbres constitucionales se configura el derecho de acceso a la información en el seno de las diversas administraciones. Unos mimbres que, obviamente, no pueden ignorar la tensión entre las exigencias del principio de publicidad y la correlativa transparencia de los actos de la Administración pública con la acusada tendencia a la opacidad que muestran los poderes públicos de todo orden. Pero más allá del alcance que en cada caso puede ofrecer esta tensión, es lo cierto que el acceso al conocimiento de documentos públicos no puede ser entendido como una facultad puesta a disposición de los ciudadanos de forma indiscriminada. Ciertamente, el secreto en el ejercicio del poder debe ser una excepción y no la regla. Ello sería incompatible con el principio general de participación ciudadana que la Constitución proclama (art. 9.2). Pero no ha de ser óbice para que la Administración deba guardar y mantener el secreto respecto de algunas de sus actuaciones, en la medida que ello siempre habrá de redundar en beneficio de la eficacia de las mismas. La administración debe informar las más de las veces, pero nada excluye que en algunas ocasiones su correcta función sea la de mantener la más absoluta discreción. En este sentido, el ciudadano no puede pretender tener acceso en cualquier circunstancia y lugar a todo documento público.

En las páginas que siguen se analizará el modo a través del cual la Ley 19/2013 ha resuelto la tensión entre información y secreto para regular el principio general de transparencia en la actuación de la Administración pública.

A) El ámbito subjetivo de aplicación.

Las administraciones que están obligadas a ser transparentes son todas las administraciones de naturaleza territorial (Estado, Comunidades autónomas y Entidades locales), las Entidades gestoras de la seguridad Social, así como también todas las diversas modalidades de administración institucional (organismos autónomos, agencias estatales, entidades empresariales de Derecho Público, etc.); Corporaciones de Derecho Público (Colegios profesionales). Además de

los otros órganos constitucionales del Estado: la Corona, las Cortes Generales, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, el banco de España, el Tribunal de Cuentas y las instituciones análogas de las Comunidades Autónomas.

Fuera del ámbito orgánico estrictamente público, pero con participación del presupuesto público en su actividad, también están vinculadas por la Ley 19/2013 las sociedades mercantiles en las que el capital público sea superior al 50%; las fundaciones creadas por el sector público, las entidades privadas que hayan recibido subvenciones superiores a los cien mil euros anuales, o bien aquellas entidades en las que el 40% de ingresos anuales tengan carácter de ayuda pública. Además, esta ley incluye también en su ámbito de aplicación a otras entidades privadas a las que la Constitución les otorga una especial relevancia en el ámbito de la participación política, económica y social, como es el caso de los partidos políticos (art. 6 CE), los sindicatos y las asociaciones profesionales (art. 7 CE).

Pues bien, descrito este amplio elenco de órganos públicos y entidades privadas sobre los que se proyectan las obligaciones de transparencia en su actuación que prescribe la Ley 19/2013, sorprende sobremanera que del mismo quede excluida una entidad privada como es la Iglesia Católica. Una entidad a la que el artículo 16.3 de la Constitución cita específicamente para prescribir que con la misma el Estado –además de las otras confesiones religiosas– mantendrá las correspondientes relaciones de colaboración. Unas relaciones que en el caso del culto religioso católico gozan de una regulación jurídica especial, con rango de tratado internacional, formalizado a través de los Acuerdos suscritos entre España y el Estado Vaticano, la llamada Santa Sede, de 3 de marzo de 1979, sobre asuntos jurídicos, económicos, enseñanza y asuntos culturales, y asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos, ratificados por los Instrumentos de 4 de diciembre de 1979. El resultado de estos acuerdos fue el mantenimiento del trato preferente del que ya disponía la Iglesia Católica durante la dictadura franquista en el Concordato de 1953, y año tras año se traduce en la aportación económica del Estado a dicha iglesia, con cargo a los presupuestos del Estado, y al margen de la confesión religiosa de cada contribuyente a la hacienda pública. Esta relación especial se concreta también en el decisivo ámbito de la educación, con la subvención estatal a la amplia red de escuelas concertadas vinculadas a la confesión religiosa católica.

La sorpresa por esta exclusión no es, desde luego, irrelevante si se tiene en cuenta que, como se acaba de exponer, la ley reclama el cumplimiento del deber de

transparencia a entidades privadas que reciben del erario público subvenciones por una cantidad irrisoria si se compara con lo que recibe anualmente la Iglesia Católica por los conceptos antes señalados. Este trato tan favorable y discriminador respecto a otras entidades tiene un vicio constitucional de origen, que no es otro que la inconstitucionalidad manifiesta de los Acuerdos de 1979 y respecto de los cuales el Tribunal Constitucional, pudiéndolo hacer, nunca ha encontrado la ocasión para plantearse la constitucionalidad de dichos Acuerdos (a través de la autocuestión del artículo 55.2 de la LOTC) con ocasión de los procesos de amparo planteados por particulares. Por ejemplo, en los diversos recursos de amparo presentados por profesores de la -por otra parte- singular asignatura de religión, que habían sido despedidos por la autoridad religiosa -el llamado "ordinario del lugar"- de centros subvencionados con dinero público por causas como la de ser afiliados a un sindicato de izquierdas o vivir con su pareja de hecho (SSTC 38/2007; 128/2007 y 149/2014, relativas a la selección de profesores de religión en las escuelas públicas).

La sorpresa se acrecienta porque si entre las finalidades de la Ley 19/2013 se encuentra evitar la opacidad y el secretismo, resulta para paradójica la exclusión de la Iglesia Católica, una entidad privada vinculada ideológicamente a un estado soberano, el Estado Vaticano dotado de una forma de gobierno en el que la publicidad de sus actos es la excepción y la opacidad la regla secular. La ley ha perdido una buena oportunidad de que, al menos, en modesto el ámbito español el secretismo católico no encuentre un terreno abonado. Salvo que se entienda que entre las relaciones de especial colaboración del artículo 16.3 CE vaya incluido el no fiscalizar las actuaciones de la Iglesia Católica.

B) El ámbito objetivo de aplicación.

El objeto del derecho de acceso es la información pública. De acuerdo el artículo 13 de la ley 19/2013 *«se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones»*.

Seguramente, la novedad que aporta esta definición respecto de la previsión constitucional del artículo 105.b) es la referencia a documentos y a contenidos como objeto de la información pública en poder de las administraciones públicas y entidades privadas sobre las que recae el deber de la transparencia. Una primera consideración a hacer es que, a pesar de la literalidad del precepto legal y de su imprecisión como texto jurídico, no puede deducirse que contenidos y documentos sean conceptos sinónimos. Por documento se entiende

aquel «objeto de cualquier naturaleza que exterioriza un pensamiento humano a través de la escritura o de cualquier otro signo», mientras que por contenidos puede entenderse, no el soporte (escrito o electrónico) de la información sino la información misma. Por tanto, sin forzar el sentido del artículo 13 cabe deducir que este precepto reconoce un derecho de acceso tanto a la información accesible en el momento en el que se formula la solicitud de información, es decir la información que resulta disponible en ese momento, como también a la información necesitada de un tratamiento de los datos (BARRERO, 2014, p. 203-204). Dicho lo cual, cabe precisar que el derecho de acceso no puede alcanzar una exigencia a la administración para que aporte documentos que en el momento de la solicitud sean inexistentes.

C) Los límites al derecho de acceso a la información pública.

Es preciso volver a subrayar que el derecho de la ciudadanía de acceso a la información de las administraciones públicas (art. 105. b CE), en ningún caso puede ser universal para cualquier ciudadano con independencia del interés que pueda acreditar sobre la cuestión ni tampoco indiscriminado, de forma que cualquier contenido pueda ser accesible a petición del solicitante. No es el caso del derecho fundamental a recibir información reconocido en el artículo 20.1.d) CE, pilar fundamental del sistema democrático, que aun no siendo –por supuesto- un derecho que permita acceder a cualquier contenido es, en este sentido y sin ningún género de duda, un derecho de un espectro objetivo indiscutiblemente más amplio, siempre que la información sea de interés general o también si se refiere a personas de relevancia o de notoriedad pública (MEDINA GUERRERO, 2005).

El derecho a la información que ahora corresponde examinar es bien distinto. Los límites legales a los que es sometido conciernen a temas que afecten a: la seguridad nacional y la seguridad pública; las relaciones exteriores del Estado; los procesos penales y los procedimientos administrativos sancionadores; del ejercicio de las potestades administrativas de vigilancia, inspección y control; en el ámbito de la información económica, la política económica y monetaria y los intereses económicos y comerciales; la protección del medio ambiente y la garantía de la confidencialidad en los casos que debe operar el secreto profesional y la protección de la propiedad intelectual (art. 14).

La aplicación de estos límites ha de ser justificada y proporcionada al objeto y finalidad de protección, acorde con las circunstancias del caso concreto, especialmente en los casos en los que pueda concurrir un interés público o privado superior

que justifique el acceso. Las resoluciones administrativas que se dicten concernientes al acceso a la información deberán realizarse previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieren. A este respecto, los datos personales que se difundan requerirán la previa autorización del interesado si se trata de aquéllos que por su contenido así lo requiera la legislación sobre protección del *habeas data* (art. 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal). Así, por ejemplo, entre otros supuestos, no se requerirá dicho consentimiento cuando los datos «[...] se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias».

D) Las causas de inadmisión de las solicitudes de las solicitudes de acceso.

En relación al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, el artículo 18 de la Ley 18/2013 establece cinco causas de inadmisión de las solicitudes que en todos los casos deberán ser objeto de resolución motivada. Conviene centrar la atención en tres de ellas:

1) La primera es la que se refiere a las solicitudes relativas a información cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración (art. 18.1.c). En principio, se trata de una limitación que responde a una finalidad razonable: evitar que la labor de reelaboración, esto es de búsqueda de la información adicional que complete los datos preliminares que integran la documentación, sea utilizada por el solicitante de manera puramente interesada, con fines particulares o comerciales. Especialmente por empresas que utilicen dicha información con fines espurios. Sin embargo, será preciso verificar en el futuro el balance que ofrece la aplicación de la norma en relación al alcance del concepto de "reelaboración", a fin de que no puede devenir una cláusula abierta con fines impeditivos por parte de la Administración (BARRERO, 2014, p. 206-207).

2) La segunda es la relativa a la petición de información que se encuentre en curso de elaboración o de publicación general. Por tanto, se trata de la información que no es accesible en el momento en que es requerida por el peticionario, pero nada excluye que lo pueda ser en un momento posterior.

3) Y la tercera es cuando la solicitud concierne a una información de carácter auxiliar o de apoyo como es el caso de la que se contiene en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas (art. 18.1.b). En este caso también el límite es razonable, pero no queda excluido que una interpretación extensiva del mismo pueda ser un factor impeditivo de la transparencia.

E) Consideraciones sobre las unidades de información al servicio del derecho de acceso a la información y el procedimiento aplicable.

1) *Las unidades administrativas de información.* La eficacia de la puesta en práctica del principio de transparencia puede devenir de inmediato en puro deseo retórico si la Administración no dispone de un aparato interno organizado para proveer la información solicitada por el ciudadano que muestre un interés legítimo en obtenerla. El apartado segundo del artículo 21 de la Ley 19/2013, que carece de la condición de precepto básico, establece para la Administración General del Estado (AGE) que en su estructura deberán existir unidades administrativas especializadas, a las que se atribuyen una serie de funciones al respecto. Entre las mismas sobresale, en este caso con carácter básico, el proporcionar la publicidad activa sobre su actividad en relación, entre otras, a (art. 7): sobre directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares, en la medida que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos; Anteproyectos de ley y proyectos de Decretos Legislativos cuya iniciativa les corresponda; los proyectos de Reglamentos; las memorias e informes o los documentos que conforme a la legislación sectorial, deban ser sometidos a un periodo de información pública.

Pero además de recabar y difundir dicha información, las unidades administrativas de la AGE deben recibir y tramitar las solicitudes de información; realizar los trámites internos necesarios para dar acceso a la información solicitada; realizar el seguimiento y control de la correcta tramitación de las solicitudes; llevar un registro de las solicitudes de acceso a la información, asegurar la disponibilidad en la respectiva página web de la información cuyo acceso se solicita con más frecuencia, etc. Pues bien, aun no siendo básico el contenido de este precepto, resulta lógico que las unidades administrativas de las otras administraciones territoriales e institucionales actúen y lleven a cabo funciones similares. Y, por supuesto también, de los órganos constitucionales. Y es aquí donde las disponibilidades no son las mismas.

Recientemente el Consejo General del Poder judicial informaba (IUSTEL de 10/05/2016) que los 17 Tribunales Superiores de Justicia ya disponían del respectivo portal de transparencia, y que en los próximos meses entrarán en funcionamiento los del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional. Sin embargo, no es éste el caso de los municipios pequeños, allí donde la relación del ciudadano con el poder público es más directa, y donde se constata las enormes deficiencias de la infraestructura material necesaria para hacer frente a las solicitudes de información. Especialmente, para asumir con eficacia las obligaciones derivadas de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

2) *El procedimiento*. La legitimación activa para solicitar el acceso a la información, en los términos previstos en el art. 105.b) de la Constitución corresponde a todas las personas, sean físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras (art. 12). Ahora bien, no se trata de un acceso universal e indiscriminado, fundado en la invocación de cualquier tipo de interés. Razonablemente, la Ley 19/2013 establece un límite al respecto porque, en efecto, la regulación especial del derecho de acceso a la información pública, a través del correspondiente procedimiento administrativo «será aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo» (Disposición Adicional primera). La condición de interesado en el procedimiento administrativo corresponde a quien pueda invocar la titularidad de un derecho o un interés legítimo vinculado a éste último. No así, al particular que fuera de estos dos casos alegue un interés difuso al respecto. La legítima pretensión de transparencia en las administraciones públicas, no puede legitimar la instrumentalización del procedimiento con fines espurios, a través de la utilización torticera por parte de ciertos particulares objetivamente desvinculados del caso, con el consiguiente riesgo de dificultar o incluso de colapsar la actividad de la unidad administrativa afectada.

La solicitud de información debe dirigirse al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información. Si ésta es un entidad que presta un servicio público o ejerzan potestades administrativas, la solicitud se dirigirá a la Administración, organismo o entidad vinculadas por esta Ley (art. 2.1 CE) y a las que se ha hecho referencia con anterioridad. La solicitud, lógicamente, puede formalizarse en cualquiera de las lenguas cooficiales y no requiere ser motivada (art. 17.3), preferentemente a través de vía informática y es gratuito.

Sin embargo, no parece que la no exigencia de motivación sea una buena solución, sobre todo si se requiere del solicitante, como mínimo, un interés legítimo sobre los documentos que se integren en el procedimiento y, además, terceros interesados pueden ser convocados para hacer alegaciones si sus derechos quedan afectados (art. 19.3). La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a terceros afectados en el plazo de un mes y la denegación deberá ser motivada. El silencio administrativo tendrá siempre efecto negativo. De no ser así, podría dejar desprotegidos los derechos fundamentales de la personalidad (art. 18.1 CE) de terceros relacionados en la documentación afectada.

Finalmente, el régimen de recursos establecido por la Ley 19/2013 contra lo resuelto en lo concerniente al derecho de acceso a la información, determina lo siguiente: en el ámbito de la AGE, el control se las obligaciones derivadas de esta

Ley corresponde al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que, como ya se ha señalado anteriormente, es un organismo público de los previstos en la LOFAGE. Pues bien, la reclamación ante el mismo, que es potestativa, de producirse, sustituye a los recursos administrativos previos a la vía contenciosa (art. 107.2 de la Ley 30/1992). No obstante, se si trata de los órganos constitucionales (art. 2.1, f Ley 19/2013), sólo cabe la interposición del recurso contencioso-administrativo.

3. Consideraciones finales sobre la virtud pública en España.

La finalidad de regeneración democrática que puede representar esta Ley sobre la transparencia es solo un paso. Su propio preámbulo pretende argumentar que no nace de la nada sino que se integra en un proceso iniciado con anterioridad con la misma voluntad de hacer de la actividad de la Administración pública y del conjunto de los poderes del Estado un ámbito mucho más permeable al conocimiento de la ciudadanía. Pero la sucesión galopante de casos por corrupción de los últimos años contrasta de forma lacerante la justificación expuesta por el autor de esta ley.

Con todo lo positivo que pueda suponer esta legislación sobre el principio de la transparencia en el gobierno de los asuntos públicos, el problema estructural sobre el que se proyecta la ley no se resuelve solamente a golpe de disposiciones jurídicas.

Bibliografía.

BARRERO, C. (2014). «El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva». En: *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre* (E. GUICHOT, coord.). Tecnos, Madrid.

BASSOLS COMA, M (2015). «Transparència i bon govern vers la regeneració democràtica». En: *Transparència, accés a la informació pública i bon govern a Catalunya. Comentaris de la Llei 19/2014, de 9 de desembre*. Agustí Cerrillo i Juli Ponce (Coord.) Escola d'Administració Pública de Catalunya. UOC. BarceLona.

BOBBIO, N. (2007): *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica. México.

DOVAL PAIS, A. (2014): «Delitos de corrupción pública": delitos y condenas». *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*. Iustel. Madrid.

MEDINA GUERRERO, M (2005). *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Tirant lo Blanch. Valencia.

MESTRE DELGADO, J.F (2009). «Artículo 105». En: *Comentarios a la constitución española. XXX Aniversario (María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer)*. Fundación Wolters Kluwer. Madrid.

RESUMEN

La transparencia en la gestión de los asuntos públicos está vinculada al principio general de publicidad de los actos de la Administración. En los últimos años, los casos de corrupción son una de los primeros motivos de preocupación de los ciudadanos españoles. La respuesta legislativa se ha concretado en el ámbito penal en tipificación de una serie de delitos que persiguen el aprovechamiento privado de bienes públicos. En el ámbito administrativo, se ha aprobado una ley especial de transparencia, a fin de garantizar la democracia como procedimiento y, por tanto, el derecho de acceso de los ciudadanos a la información administrativa.

PALABRAS CLAVES

Transparencia, derecho a la información, administración pública, corrupción, procedimiento administrativo, virtud pública.

ABSTRACT

Transparency in the management of public affairs is linked to the general principle of publicity of acts of the administration. In recent years, cases of corruption are one of the first concerns of Spanish citizens. The legislative response has resulted in criminal matters in typing a series of crimes that pursue the private use of public goods. In the administrative sphere, it has approved a special law of transparency, to ensure democracy as a process and, therefore, the right of access the and citizens to administrative information.

KEY WORDS

Transparency, right to information, public administration, corruption, administrative procedure, public virtue.

LA SUPERVISIÓN DE LAS ELECCIONES
A LA ASAMBLEA NACIONAL FRANCESA

Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo

*Profesor Contratado Doctor acreditado en Derecho Constitucional,
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
pablo.fernandezdecasadevante@urjc.es*

Recibido: 10-02-2016
Aceptado: 01-04-2016

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *El control de las elecciones a la Asamblea Nacional.*
 - 2.1. *Hasta la finalización de la jornada de la votación.*
 - 2.1.1. *La Administración electoral.*
 - 2.1.2. *La supervisión jurisdiccional.*
 - 2.2. *Control a posteriori.*
 - 2.2.1. *La Administración electoral tras la celebración de los comicios.*
 - 2.2.2. *El control constitucional.*
3. *Conclusiones.*
4. *Bibliografía.*

1. Introducción.

La V República francesa ha optado por el establecimiento de un sistema bicameralista imperfecto en el que la Asamblea Nacional ostenta el papel preponderante, tanto en la labor de control al Gobierno que ejerce el Parlamento, como en lo referente al proceso legislativo. Y es que la Cámara baja es la única que interviene en la votación de la moción de censura, a la vez que cuenta con la última palabra en la elaboración de las leyes¹. Además, ejerce de forma exclusiva la tarea de elegir al Presidente del Gobierno, normalmente tras la celebración de elecciones cada cinco años. Es una Cámara que cuenta con 577 diputados elegidos por sufragio universal directo², requiriéndose mayoría absoluta de los votos en la primera vuelta, o la mayoría relativa en la segunda³.

Teniendo en cuenta lo anterior, no cabe duda de la importancia que reviste el hecho de verificar que el proceso de elección de los diputados se lleve cabo de acuerdo con criterios de transparencia, igualdad y objetividad. Pues bien, siendo precisamente ese el tema del presente trabajo, lo primero que cabe poner de manifiesto al respecto es la complejidad del modelo de control electoral instaurado en Francia, al haberse atribuido tal tarea a un número difuso de organismos. Y en tal sentido, pese a que cabría contemplar la posibilidad de introducir alguna mejora en el sistema, es justo apuntar que la confianza existente en el correcto funcionamiento del mismo por parte de todos los agentes intervinientes en los comicios es un hecho⁴.

1 En el caso de las leyes constitucionales, han de ser adoptadas por ambas Cámaras y, posteriormente, por el conjunto de diputados y senadores reunidos en Congreso, por una mayoría de tres quintas partes de los votos emitidos.

2 Cada diputado es elegido dentro de una circunscripción, habiendo tantas como asientos en la Asamblea Nacional.

3 Más sobre el Parlamento francés, en <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/> y <http://www.senat.fr/Ing/es/>; y sobre las elecciones a la Asamblea Nacional, en ESPLUGAS, P., EUZET, C., MOUTON, S., y VIGUIER, J., en *Droit constitutionnel*, Ellipses, París, 2006, pp. 244 a 246

4 OSCE, France, Presidential Election 22 April and 6 May 2012. OSCE/ODIHR Needs Assessment Mission Report 20-22 February 2012, consultado el 10 de febrero de 2015, edición digital, <http://www.osce.org/odihr/elections/89000>, pp. 3 y 4; y OSCE, Republic of France, Parliamentary Elections 10 and 17 June 2012. OSCE/ODIHR Elections Assessment Mission Final Report, consultado el 10 de febrero de 2015, edición digital, <http://www.osce.org/odihr/elections/93621>, p. 1. Sobre las irregularidades acaecidas en este ámbito antes de la entrada en vigor de la Constitución francesa en 1958, véase OROZCO-HENRÍQUEZ, J., (dir.), *Electoral Justice: The International IDEA Handbook*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2010, pp. 64 y 65.

2. El control de las elecciones a la Asamblea Nacional.

2.1. Hasta la finalización de la jornada de la votación⁵

En cuanto a la organización de los comicios, se trata de una labor encomendada al Gobierno, y más concretamente al Ministerio del Interior, que se encarga de transmitir a las prefecturas instrucciones sobre cuestiones legales y organizativas. A su vez, éstas se encargan de todo lo relativo al registro de candidatos, así como al recuento de votos y la transmisión de los resultados a dicho Ministerio⁶. Pues bien, para lograr llevar a cabo dichas tareas con más eficacia, cada prefecto cuenta, a su vez, con una serie de comisiones administrativas encargadas de la supervisión del proceso electoral a nivel departamental o de circunscripción⁷.

2.1.1. La Administración electoral

a. Las comisiones relativas a las listas electorales.

A este respecto, el artículo L.17 del Código electoral nos permite distinguir entre dos tipos de comisión distinta. Por un lado, nos encontramos con las comisiones administrativas centralizadas de cada municipio, las cuales tienen como misión principal la elaboración del listado general de electores con derecho a voto dentro de aquél —ello a partir del censo electoral aportado por cada colegio electoral⁸. Y, por otro, las comisiones administrativas creadas para cada colegio

⁵ Para una explicación resumida sobre los distintos actos previos al escrutinio, véase VINOLAS, D., "L'administration et les élections en France", en *Le Processus Electoral. Permanences et évolutions*, Studyrama, Paris, 2006, pp. 234 y ss.

⁶ OSCE, République of France, Parliamentary Elections 10 and 17 June 2012. OSCE/ODIHR Elections Assessment Mission Final Report, consultado el 10 de febrero de 2015, edición digital, <http://www.osce.org/odihr/elections/93621>, p. 5.

⁷ Como cabe deducir de lo anterior, Francia cuenta con una importante descentralización administrativa pese a tratarse de un Estado Unitario. En concreto, el país se halla dividido en veintisiete regiones, estando veintidos de ellas en la Europa continental, mientras que las otras cinco son Guadalupe, Guayana Francesa, Martinica, Mayotte y Reunión-. Estas regiones se encuentran asimismo organizadas por departamentos, cada uno de los cuales está administrado por un Consejo General, elegido por un plazo de seis años y a cuyo frente se nombra a un prefecto. Cada departamento, a su vez, se subdivide en distritos -los cuales cuentan con un subprefecto encargado de ayudar al prefecto- y en cantones. Finalmente, las comunas -municipios- constituyen la unidad administrativa más pequeña -también existen las mancomunidades, resultantes de la agrupación de varias comunas para el ejercicio de competencias comunes-. Y, además de las regiones -y su correspondiente subdivisión- ya mencionadas, existen cinco colectividades de ultramar: San Pedro y Miquelón, Polinesia Francesa, Wallis y Futuna, San Bartolomé y San Martín; una sui generis -Nueva Caledonia-; y un territorio de ultramar -las Tierras Australes y Antárticas Francesas-.

⁸ Si bien, tal y como dispone el último párrafo del artículo L.17 del Código electoral, en París, Lyon

electoral, encargadas de confeccionar y modificar la lista electoral dentro de ese ámbito⁹. A estos efectos, es importante tener en cuenta que las comisiones administrativas centralizadas carecen de toda capacidad para modificar o rectificar las decisiones adoptadas por las comisiones administrativas de cada colegio electoral¹⁰.

En cuanto a la composición de ambos tipos de comisiones, guardan una gran similitud. En concreto, aquéllas que son creadas para cada colegio electoral están integradas por el alcalde del municipio o su representante, un delegado de la Administración designado por el prefecto o el subprefecto, así como por un delegado elegido por el Presidente del Tribunal de Gran Instancia –*Tribunal de Grande Instance*¹¹. La única diferencia en este punto en relación con las comisiones administrativas centralizadas estriba en que, en éstas, los alcaldes deben estar necesariamente presentes¹².

En caso de disconformidad con las decisiones adoptadas por ambas comisiones, aquéllas podrán ser recurridas jurisdiccionalmente en los términos que tendremos ocasión de conocer más adelante.

b. Las comisiones de propaganda.

Tras la proclamación de las candidaturas, la función de distribuir la propaganda electoral corresponde a las comisiones de propaganda existentes en cada circunscripción, las cuales deberán constituirse veinte días antes de la fecha de los comicios¹³. Al respecto, es importante tener en cuenta que estas comisiones únicamente se encargan de verificar el cumplimiento de los requisitos formales de las papeletas electorales de cada candidato y circulares informativas, debiendo enviar un ejemplar de cada a todos los electores de la circunscripción¹⁴.

y Marsella, esa lista general se lleva a cabo por distritos.

9 Tal y como disponen los artículos L.16 y R.5 del Código electoral, dichas listas son revisadas por las comisiones de cada colegio electoral de forma anual.

10 MALIGNER, B., *Droit electoral*, Elipses, París, 2007, p. 80

11 El Tribunal de Gran Instancia es el órgano inmediatamente inferior en jerarquía a la Corte de Apelación –más detalles sobre la estructura del Poder Judicial en Francia, en página 8-.

12 Más, en CAMBY, J. P., *Le Conseil Constitutionnel, Juge Électoral*, Dalloz, París, 2009, p. 41.

13 Artículos L.166 y R.31 a R.32 del Código electoral. Una misma comisión podrá ser común a varias circunscripciones o elecciones.

14 Artículo R. 34 del Código electoral, el cual ordena igualmente el envío de esas papeletas a los alcaldes de cada circunscripción. Más sobre todo aquéllo que no ha sido objeto de reforma, en MALIGNER, *Droit electoral*, op. cit., pp. 353-356.

Respecto a su composición, tras la modificación legislativa introducida en 2013, estas comisiones se encuentran integradas por un magistrado designado por el presidente de la Corte de Apelación –*Cour d'appel*–, que la presidirá, un funcionario elegido por el prefecto, y un representante del operador responsable del envío de la propaganda –cabe la posibilidad de nombrar un suplente para cada uno de ellos–. Al margen de los tres miembros de la comisión, señalar que la secretaría queda a cargo de una persona nombrada por la prefectura y que los candidatos o sus representantes pueden tener voz en los trabajos del referido organismo dentro de la correspondiente circunscripción¹⁵.

A diferencia de lo que sucede en relación con la elaboración y modificación de las listas electorales, no existe la posibilidad de recurrir jurisdiccionalmente antes de la votación la distribución propagandística efectuada por las comisiones de propaganda¹⁶. Tampoco cabe impugnar la negativa de la comisión de propaganda a distribuir el material en cuestión, pese a que ello supondría para aquélla excederse en las competencias que le han sido atribuidas¹⁷. Por lo tanto, sólo quedará la opción de recurrir ante el Consejo Constitucional y únicamente en el contexto de un recurso contra el resultado de los comicios¹⁸.

A este respecto, podría pensarse en la posibilidad de modificar la normativa, de manera que fuera posible reclamar contra cualquier irregularidad llevada a cabo por estos órganos. Y para sortear cualquier inconveniente relacionado con los plazos y la acumulación de trabajo de los tribunales en tiempo electoral, la resolución de dicha impugnación podría incluso demorarse hasta después del escrutinio, en tanto en cuanto lo que se pretende con ello no es esclarecer si las irregularidades desvirtuaron el resultado final de los comicios –de ello ya se encarga, como se ha dicho, el Consejo Constitucional–, sino ejercer un control más riguroso sobre las comisiones de propaganda.

c. Las comisiones de control de las operaciones de voto.

Como veremos a continuación, la naturaleza de alguna de las actividades lle-

15 Artículo R.32 del Código electoral.

16 GARCÍA SORIANO, M. V., "El Consejo Constitucional y el control jurisdiccional de las elecciones legislativas en la república francesa: los problemas actuales", en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 7, 1999, pp. 98 y 99.

17 Extralimitación que fue declarada por el Consejo Constitucional en su Decisión n° 97-2167, de 23 de octubre de 1997.

18 En esa línea, CAMBY, *Le Conseil Constitutionnel, Juge Électoral*, op. cit., pp. 54 a 56; y FAVOREU, L. y PHILIP, L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 8 a 12.

vadas a cabo por estos organismos bien podría justificar su inclusión, no sólo aquí, sino también dentro del estudio de los órganos administrativos electorales posteriores a la celebración de las elecciones. Sin embargo, hemos optado por esta estructura, pues del acto postelectoral por excelencia, el escrutinio general de los votos, se encarga otro organismo, como veremos más tarde.

Dicho lo cual, el artículo L.85-1 del Código electoral dispone que, en los municipios con más de veinte mil habitantes se crearán unas comisiones de control de las operaciones de voto, cuyas funciones son las siguientes: verificar la regularidad de la composición de todos los miembros integrantes de los colegios electorales, controlar las operaciones de voto, el conteo de las papeletas electorales y de los votos, así como garantizar el libre ejercicio de los derechos por parte de los electores y candidatos.

Constituidas cuatro días antes de la fecha de la primera votación, dichas comisiones están compuestas por un magistrado –que la presidirá– designado por el presidente de la Corte de Apelación, un miembro elegido por la misma autoridad de entre magistrados, ex magistrados o funcionarios del judiciales del departamento que actuarán como presidentes, y por un funcionario elegido por la prefectura, el cual asume la secretaría de la comisión¹⁹.

Al final de cada ronda de votación, y si a ello ha lugar, estas comisiones elaboran y envían a la prefectura un informe con las irregularidades observadas, adjuntando las actas de las operaciones de voto. Además, habrán de indicar a los alcaldes las condiciones en las cuales éstos deben enviar los resultados de las operaciones electorales, ya se refiera a la transmisión inmediata de los resultados a sus oficinas, o a la remisión de las actas a las comisiones de escrutinio general²⁰.

Y en cuanto a la posibilidad de recurrir jurisdiccionalmente los actos llevados a cabo por dichos organismos, y al igual que sucede con las comisiones de propaganda, sólo cabrá hacerlo en el marco del recurso contra el resultado de las elecciones, ante el Consejo Constitucional.

19 Artículo R.93-2 del Código electoral, cuyo último párrafo prevé la posibilidad de que cada uno de los tres miembros de la comisión cuente con un suplente elegido en los mismos términos que su titular. Asimismo, las comisiones cuentan con la posibilidad de designar uno o más representantes para cada colegio electoral, si bien éstos pueden ejercer su labor en varios centros.

20 Circular n° NOR IOC/A/12/21804/C relativa a la organización de las elecciones legislativas de los días 10 y 17 de junio de 2012, p. 32. Visto en http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2012/04/cir_35166.pdf.

d. La Comisión Nacional de Cuentas de Campaña y Financiación Política.

Al margen de las comisiones a disposición de las prefecturas, la legislación francesa prevé la creación de la Comisión Nacional de Cuentas de Campaña y Financiación Política²¹, encargada de la fiscalización de las cuentas de la campaña electoral.

En cuanto a la composición de esta autoridad administrativa independiente, se encuentra integrada por nueve miembros nombrados por cinco años. Todos ellos serán miembros honoríficos, tanto del Consejo de Estado, de la Corte de Casación, como del Tribunal de Cuentas²² -tres por órgano-²³.

Dicha Comisión se encarga de aprobar y modificar las cuentas de campaña, así como de determinar la cantidad final que el Estado reembolsa a las distintas formaciones políticas por sus gastos en campaña. En este sentido, si las cuentas no fueron presentadas dentro del plazo establecido, fueron rechazadas o, tras su modificación, resultara que superan el techo de gasto permitido, la Comisión elevará el asunto al Consejo Constitucional, que podrá declarar la inelegibilidad del candidato²⁴. Se trata de un organismo que, pese a no tener competencia para imponer multas, puede reducir el importe a ser reembolsado a los candidatos²⁵.

2.1.2. La supervisión jurisdiccional.

En este punto, lo primero que conviene dejar claro es el modo en que se estructura el sistema jurisdiccional francés: en la jurisdicción ordinaria, se distingue entre el orden administrativo -*ordre administratif*-²⁶ y el judicial -*ordre judiciaire*-²⁷, a cuya cabeza se encuentran el Consejo de Estado -*Conseil d'Etat*- y

21 En francés, Commission nationale des comptes et des financements politiques.

22 Cour des comptes.

23 Artículo L. 52-14 del Código electoral.

24 Artículos L. 52-15 y L. 118-3 del Código electoral. Más al respecto, en MALIGNER, Droit electoral, op. cit., pp. 947-1031;

25 OSCE, Republic of France, Parliamentary Elections 10 and 17 June 2012. OSCE/ODIHR Elections Assessment Mission Final Report, consultado el 10 de febrero de 2015, edición digital, <http://www.osce.org/odihr/elections/93621>, p. 16.

26 Que equivale a la vía contencioso-administrativa española. Dentro de dicho orden se distinguen tres niveles: en orden jerárquico ascendente, el Tribunal administrativo o Tribunal administratif, la Corte Administrativa de Apelación o Cour administrative d'appel; y el máximo órgano, el Consejo de Estado o Conseil d'Etat.

27 En el que, a su vez, hay que distinguir entre dos materias: la civil o *matière civile* -integrada por

la Corte de Casación -*Cour de cassation*-, respectivamente. Por su parte, la jurisdicción constitucional está encarnada por el Consejo Constitucional o *Conseil Constitutionnel*.

Dicho lo cual, y refiriéndonos ya a la atribución de la potestad jurisdiccional en relación con los actos previos a la elección, señalar que éstos son los que mayor dificultad presentan en lo que a su regulación se refiere, pues, de alguna forma, todos los órdenes jurisdiccionales están llamados a actuar. En este sentido, incluso el Consejo Constitucional, en cuanto organismo encargado de pronunciarse sobre la regularidad de la elección de los parlamentarios²⁸, es competente para verificar determinados actos previos, en la medida en que la existencia de irregularidades en éstos puede repercutir en la legalidad de la elección²⁹.

a. El control de las listas electorales.

Comenzando con el abanico de recursos susceptibles de ser interpuestos en relación con el censo, cabe distinguir dos opciones. Por un lado, cuando la reclamación se refiera a algún error formal en la operación de revisión llevada a cabo por las comisiones administrativas relativas a las listas electorales³⁰, el artículo L.20 del Código electoral concede un plazo de dos días, a contar desde la recepción de las listas modificadas, para que el prefecto las recurra ante el Tribunal administrativo³¹, siendo su decisión igualmente recurrible ante el Consejo de Estado³². Por otro, si la queja se refiere a la cualidad del elector – domicilio, residencia y nacionalidad, estado y capacidad de las personas, etc.-,

los tribunales de lo social, lo mercantil y lo civil-, y la penal o *matière pénale*. Para todos estos casos, el máximo órgano judicial es la Corte de Casación o *Cour de cassation*, siendo la Corte de Apelación o *Cour d'appel* la instancia que le precede inmediatamente en jerarquía.

28 Artículo 59 de la Constitución de 1959. Además, el artículo 58 de la misma Norma encomienda al Consejo Constitucional la misión de asegurar la regularidad y el correcto desarrollo de las elecciones presidenciales, por lo que también es juez de la regularidad de la elección del Presidente de la República. Ver OSCE, France, Presidential Election 22 April and 6 May 2012. OSCE/ODIHR Needs Assessment Mission Report 20-22 February 2012, op. cit., p. 6.

29 GARCÍA SORIANO, M. V., "El Consejo Constitucional y el control jurisdiccional de las elecciones legislativas en la república francesa: los problemas actuales", op. cit., p. 95.

30 En concreto, cuando existan errores relativos al nombre completo y lugar de residencia de todos los votantes; el domicilio o residencia, con indicación de la calle y número, si existen; etc. -artículo L.18 del Code électoral-. Es decir, aquí no se tienen en cuenta cuestiones relativas a la cualidad del elector.

31 Se trata, por lo tanto, de un recurso contra el funcionamiento de las comisiones administrativas, ya sean las establecidas en cada colegio electoral o las comisiones administrativas centralizadas.

32 Una detallada descripción de la configuración de este órgano en Francia la encontramos en TRIGUERO ORTIZ, O., *El Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 82 a 103.

conocerá del asunto el Tribunal de Instancia -*Tribunaux d'Instance*-³³, estando legitimados para recurrir, en virtud del artículo L.25 del Código electoral, "los electores interesados", así como todo elector inscrito en el censo electoral municipal³⁴ e incluso el prefecto y el subprefecto³⁵. Dicha decisión será recurrible ante la Corte de Casación³⁶.

En cuanto a la posibilidad de impugnar las listas ante la jurisdicción constitucional en un momento previo a las elecciones, aquélla, se encuentra muy restringida, en el sentido de que el Consejo Constitucional sólo podrá pronunciarse al respecto cuando exista la posibilidad de que las prácticas fraudulentas alteren el resultado de los comicios³⁷. Y aunque esto sucediera, ese control de la jurisdicción constitucional sólo podrá tener lugar tras las elecciones.

b. Instrucciones administrativas preparatorias.

A este respecto, el Consejo de Estado comenzó declarándose incompetente para conocer, por ejemplo, de la reclamación interpuesta contra un decreto presidencial de convocatoria de las elecciones que incumplía la normativa relativa a la duración de la campaña electoral³⁸. En concreto, el Consejo defendió la competencia del Consejo Constitucional para pronunciarse sobre la legalidad de actos preliminares a las propias operaciones electorales³⁹, quedando de esta forma la pelota en el tejado de la jurisdicción constitucional, cuya eventual negativa a asumir este tipo de asuntos conllevaría una denegación de la justicia. Pues bien, el Consejo Constitucional, en su célebre decisión *Delmas*⁴⁰, accedió a examinar el decreto impugnado, recordando, eso sí, que no era habitual que se pronunciara

33 Por lo tanto, el Tribunal de Instancia no es un juez de apelación de las decisiones de la comisión administrativa, sino que su competencia se limita exclusivamente al conocimiento de las reclamaciones relativas a la existencia o inexistencia de la inscripción en las listas electorales.

34 Así lo entendió, por primera vez, la Cour de cassation, en sentencia de 10 de abril de 1991, haciendo referencia a una "acción popular que asegure la pulcritud de las listas". Sobre esto, MASCLÉ, J.C., "Le droit des élections politiques", en Collection Que sais-je?, Presses Universitaires de France, París, 1992, p. 99.

35 Más en MALIGNER, Droit electoral, op. cit., p. 602-606.

36 Artículo L.27 del Code électoral.

37 En este sentido, entre otros, DRAGO, G., Contentieux constitutionnel français, 3 édition, Presses Universitaires de France, París, 2011, p.216; ROUSSILLON, H., Le Conseil Constitutionnel, 8 édition, Dalloz, París, 2015, p. 160; y TURPIN, D., Contentieux constitutionnel, Presses universitaires de France, París, 2000, p. 112

38 Decreto de 22 de mayo de 1981.

39 Decisión del Consejo de Estado, de 3 de junio de 1981.

40 Décision n° 81-1 ELEC du 11 juin 1981.

sobre cuestiones previas a la celebración de las elecciones⁴¹.

No obstante, la situación cambió en 1993, cuando el Consejo de Estado aceptó conocer de un recurso relativo a las operaciones previas a las elecciones legislativas, tras lo cual el Tribunal administrativo se declaró también competente para conocer de los contenciosos previos a las elecciones en relación con actos que no tienen un alcance general. Pues bien, a raíz de ello, el Consejo Constitucional ha mantenido la competencia para conocer de las reclamaciones contra los actos que condicionan la regularidad de la votación, en los casos en los que su inadmisibilidad comprometiera gravemente la eficacia de su control sobre las operaciones electorales, contaminara el desarrollo general del voto o pudiera atentar contra el normal funcionamiento de los poderes públicos⁴².

c. Presentación de candidaturas y elegibilidad del candidato.

El artículo L.157 del Código electoral establece que las candidaturas habrán de depositarse en la prefectura, a más tardar, a las dieciocho horas del cuarto viernes anterior al día de las elecciones, pudiendo el prefecto interponer, en virtud del artículo L.159 de la misma norma, y en el plazo de veinticuatro horas, un recurso ante el Tribunal administrativo, si considerase que alguna no cumple las condiciones exigidas en el Código electoral⁴³. A estos efectos, cabe realizar dos observaciones: la primera, en relación con el acierto que a nuestro entender supuso la aprobación del artículo LO.160 de dicha norma⁴⁴. Y es que, a diferencia de lo que sucedía antes⁴⁵, en caso de denegación del registro de la candidatura, también el candidato o su representante podrán, en el mismo plazo que el prefecto, interponer recurso ante aquél Tribunal. Y la segunda, en el sentido de no dejar pasar por alto el hecho de que, en virtud del régimen establecido, es el prefecto —esto es, un órgano

41 Sobre la importancia de dicha decisión se pronuncian también, entre otros, MARTÍNEZ RUJANO, P., *El control electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003, p. 118; y VERPEAUX, M., *Le Conseil Constitutionnel*, La Documentation française, Paris, 2014, pp. 86 y 87.

42 ROUSSILLON, *Le Conseil Constitutionnel*, op. cit., pp. 160 y 161. Ver también, MALIGNER, *Droit electoral*, op. cit., pp. 334 a 337.

43 Ver artículos L.154 a L.157 del Code electoral, en los que, por ejemplo, se exige al candidato que en la declaración de candidatura conste su nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, domicilio y profesión. Además, ningún candidato puede presentarse en varias circunscripciones a la vez ni ser suplente de otro candidato. Tampoco cabe la posibilidad de que un suplente lo sea de varios candidatos al mismo tiempo.

44 Modificación en el Código efectuada por Ley Orgánica 2011-410, de 14 de abril, artículo 13-1º.

45 Véase GARCÍA SORIANO; "El Consejo Constitucional y el control...", op. cit., p. 97.

ejecutivo- quien ejerce la labor de control en materia de candidaturas y elegibilidad⁴⁶, con las suspicacias que ello podría generar.

Sea como fuere, la resolución del Tribunal administrativo, que en ambos casos deberá producirse en el plazo de tres días, es recurrible ante el Consejo Constitucional⁴⁷, pudiendo éste modificar la decisión de aquél únicamente después de realizadas las votaciones y el escrutinio, en el marco del recurso contra la validez de las elecciones⁴⁸. Esta "sorprendente regulación"⁴⁹ implica la posibilidad de que se convoquen nuevas elecciones, si bien el Consejo podría dejar sin validez las decisiones de los tribunales administrativos sin anular las elecciones o, incluso, confirmar aquéllas⁵⁰. Además, el Consejo Constitucional sólo admitirá la demanda cuando entienda que la presentación de la candidatura en cuestión podría haber influido en el resultado final de las elecciones⁵¹, pudiendo incluso resolver confirmando la decisión adoptada por el prefecto que rechazó una candidatura sin recurrir ante el correspondiente Tribunal administrativo⁵².

d. La financiación electoral.

Habiéndonos referido brevemente ya a la Comisión Nacional de Cuentas de Campaña y Financiación Política, es preciso aclarar que esta autoridad administrativa independiente desempeña su labor sin condicionar la decisión del Consejo Constitucional en relación con la validez de las elecciones. Y es que este último ostenta la facultad para modificar las apreciaciones realizadas por la Comisión Nacional, por ejemplo, cuando se interpone ante aquél un recurso contra la validez de las elecciones, y debe pronunciarse sobre la ausencia de justificación de los gastos o cualquier otra irregularidad al respecto llevada a cabo en el proceso electoral⁵³.

46 PARDO FALCÓN, J., *El Consejo Constitucional Francés*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 483.

47 Artículos L.159.

48 VERPEAUX, *Le Conseil Constitutionnel*, op. cit., p. 81.

49 GARCÍA SORIANO, "El Consejo Constitucional y el control...", op. cit., p. 97.

50 Según PARDO FALCÓN, *El Consejo Constitucional Francés*, op. cit., p. 482, de las competencias ejercidas por el Consejo Constitucional, ésta es la única que "no tiene su fundamento último en lo previsto por la Constitución", pues se contempla únicamente en la Ordenanza Orgánica nº 58-998, de 24 de octubre de 1958, sobre las condiciones de elegibilidad e incompatibilidad parlamentarias.

51 GARCÍA SORIANO, "El Consejo Constitucional y el control...", op. cit., p. 97.

52 TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 411. Más en CAMBY, *Le Conseil Constitutionnel*, *Juge Électoral*, op. cit., pp. 47 a 54.

53 Ejemplos concretos pueden encontrarse en MALIGNER, *Droit électoral*, op. cit., p. 964. Ver también, CAMBY, *Le Conseil Constitutionnel*, *Juge Électoral*, op. cit., p. 172 y ss.; MALIGNER, B.,

2.2. Control a posteriori.

2.2.1. La Administración electoral tras la celebración de los comicios.

a. Las comisiones de escrutinio general.

Tras la celebración de las elecciones y la contabilización de los votos llevada a cabo por las comisiones de control del voto en cada municipio, comienza el escrutinio general, el cual debe realizarse, a más tardar, la medianoche del lunes siguiente a las elecciones. Pues bien, el artículo L. 175 del Código electoral encomienda tal función a las comisiones de escrutinio establecidas en todas las circunscripciones electorales⁵⁴, las cuales se componen de la siguiente manera: el presidente de la Corte de Apelación elige como presidente de la comisión a un magistrado, además de a otros dos jueces. Junto a ellos, el organismo se compone de un consejero general y un funcionario de la prefectura, designados ambos por el prefecto⁵⁵.

Aunque ya se ha aludido a la realización del escrutinio general como la función propia de estas comisiones, no está de más que detallemos cuáles son las distintas operaciones que deben llevar a cabo en el marco de su misión. En concreto, lo primero que hacen estos organismos es centralizar los resultados que les envían los alcaldes, debiendo asegurarse de que el número de papeletas adjuntas a cada acta coincide con el señalado –si hay discordancias, dejan constancia de ello-. Acto seguido, proceden a pronunciarse sobre los votos declarados nulos, así como sobre aquéllos que hubieran sido objeto de impugnación. Asimismo, si fuera necesario, rectifica los resultados reflejados en las actas expedidas por aquellos organismos⁵⁶, redactando en cualquier caso, al finalizar su trabajo, un nuevo acta. Por último, procederá a la proclamación pública de los resultados, debiendo abstenerse, eso sí, de transmitir cualquier tipo de información parcial o definitiva, hasta que no se hayan cerrado todos los colegios electorales del territorio metropolitano⁵⁷.

"L'actualité du droit électoral français", en *Le Processus Électoral: permanences et évolutions*, Studyrama, París, 2006, pp. 32 y ss.

54 En dicha operación estarán presentes los representantes de los diferentes candidatos.

55 Artículo R. 107 del Código electoral, el cual prevé la posibilidad de que cada integrante de la comisión cuente con un suplente, además de con un representante para que pueda presenciar las operaciones realizadas por el ente. Cabe, además, la opción de que una misma comisión efectúe el escrutinio en varias circunscripciones.

56 VINOLAS, "L'administration et les élections en France", op. cit., p. 235.

57 Más sobre estas funciones, en la Circular n° NOR IOC/A/12/21804/C relativa a la organización

Por último, apuntar que contra la proclamación de electos realizada por la comisión de escrutinio cabe un recurso ante el Consejo Constitucional, en los términos que se verán en el siguiente apartado.

2.2.2. El control constitucional.

Tal y como dispone el artículo 59 de la Constitución francesa de 1958, "el Consejo Constitucional se pronunciará, en caso de impugnación, sobre la regularidad de la elección de los diputados y de los senadores"⁵⁸, siendo idénticas las condiciones de dicho control, independientemente de cuál sea la Cámara para la cual se convocan los comicios⁵⁹. En este sentido, la atribución de dicho control al cuarto órgano del Estado⁶⁰ constituye una novedad "especialmente significativa"⁶¹ de la Quinta República, pues se trata de una facultad tradicionalmente encomendada al Parlamento, salvo en tiempos napoleónicos, cuando era competencia del Consejo de Estado.

Por lo tanto, el Consejo Constitucional ha sido instituido como juez de las elecciones generales, y ello como consecuencia del deseo, por parte del constituyente francés, de racionalizar el régimen parlamentario⁶², poniendo fin a los abusos cometidos por el Parlamento en la labor verificadora de los comicios⁶³. Estamos, en este sentido, ante una institución reciente, no relacionable con ningún precedente institucional⁶⁴ y diferenciable tanto de los Tribunales Constitucionales como de los Tribunales Supremos extranjeros⁶⁵.

de las elecciones legislativas de los días 10 y 17 de junio de 2012, p. 32. Visto en http://circulaires.legi-france.gouv.fr/pdf/2012/04/cir_35166.pdf.

58 Igualmente regulado en el artículo 33.1 de la Ordenanza Orgánica del Consejo Constitucional.

59 VERPEAUX, M., *Le Conseil Constitutionnel*, op. cit., p. 81.

60 Tras el Presidente de la República -Título II-, el Gobierno -Título III- y el Parlamento -Título IV-.

61 Sobre los antecedentes y el contexto en que tiene lugar dicha modificación, ver PARDO FALCÓN, *El Consejo Constitucional Francés*, op. cit., p. 449.

62 BADINTER, R., "Le Conseil constitutionnel français et la protection des droits fondamentaux", en *Au nom des peuples européens –in the name of the peoples of Europe*, Nomos, Baden-Baden, 1996, p. 152; y MATHIEU, B., y VERPEAUX, M., *Constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, París, 2002, p. 29;

63 LUCHAIRE, F., *Le Conseil constitutionnel*, Economica, París, 1980, p. 295. Del traspaso de los poderes de control electoral se habla también en, FAVOREU, L. y PHILIP, L., *Le Conseil constitutionnel*, Collection *Que sais-je ?*, Presses Universitaires de France, 1978, p. 9.

64 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/elconsejo-constitucional.25785.html>.

65 A este respecto, FAVOREU y PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 7.

Respecto a su composición, señalar brevemente que, en virtud del artículo 56 de la Constitución francesa, el Consejo Constitucional consta de nueve miembros, tres de los cuales serán elegidos por el Presidente de la Asamblea Nacional, tres por el del Senado y otros tres por el Presidente de la República. Su mandato es de nueve años, sin opción de reelección⁶⁶, y la renovación se produce por tercios cada tres años⁶⁷. Y, en cuanto al presidente, será nombrado por el Presidente de la República, de entre todos los miembros, ostentando el voto de calidad en caso de empate⁶⁸.

En cuanto a las facultades de control concretas del Consejo Constitucional en relación con las elecciones, el artículo 41 de la Ordenanza Orgánica del Consejo Constitucional nº 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, atribuye a dicho órgano la potestad para anular la elección impugnada, proclamando como electo al candidato regularmente elegido. En este sentido, es preciso apuntar que el recurso interpuesto ante la jurisdicción constitucional debe referirse a la elección de un candidato en concreto, no contra el escrutinio general de las elecciones⁶⁹. Y, además, no se procederá a examinar la reclamación si no existen indicios suficientes o éstos no han sido previamente señalados en las actas electorales⁷⁰.

La cuestión que hay que esclarecer, a continuación, es si todos los actos acaecidos durante el proceso electoral son susceptibles de recurso ante la jurisdicción constitucional o no. Pues bien, el artículo 44 de la mencionada Ordenanza reconoce su competencia en relación con toda cuestión y excepción interpuesta con ocasión del recurso, términos muy generales los empleados que justifican una competencia extensa del Consejo, la cual puede ir hasta un control por vía de ex-

66 Aunque en caso de nombramiento por sustitución de un miembro por la imposibilidad de acabar su mandato, el del sustituto puede ser prorrogado con la duración de un mandato entero con la condición de que, al terminarse el del consejero sustituido, el sustituto no haya ocupado esta función más de tres años. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/el-consejo-constitucional.25785.html>

67 Para poder cumplir con esta obligación de renovación trienal, el artículo 2 de la Ordenanza Orgánica del Consejo Constitucional estableció que dicho órgano estuviera inicialmente compuesto por tres consejeros designados por tres años, tres consejeros designados por seis años y otros tres consejeros designados por nueve años.

68 Más sobre la composición del órgano, en VERPEAUX, M., *Le Conseil Constitutionnel*, op. cit., pp. 29 a 42; y www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/el-consejo-constitucional.25785.html. Su organización se encuentra brevemente descrita en MARTÍNEZ GIL, J. P. y MACÍAS HERNÁNDEZ, P., en CORONA NAKAMURA, L. A. y MIRANDA CAMARENA, A. J. (comps.) *Derecho electoral comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 304 y 305.

69 VERPEAUX, M., *Le Conseil Constitutionnel*, op. cit., p. 81.

70 MARTÍNEZ RUJANO, P., *El control electoral*, op. cit., pp. 117 y 118.

cepción de las leyes que regulan las operaciones electorales. En este sentido, este órgano ha llegado a reconocer incluso la admisibilidad de una cuestión prioritaria de convencionalidad⁷¹ contra una disposición del Código electoral interpuesta ante él⁷².

Sin embargo, la potestad del Consejo Constitucional debe ponerse en relación con la labor que realizan otras autoridades jurisdiccionales y administrativas, de manera que no entrará a conocer de todos los asuntos sin excepciones⁷³. Y es que, como se ha visto ya, dicho órgano debe abstenerse de conocer de aquéllas reclamaciones relativas a presuntas infracciones no susceptibles de alterar el resultado final de los comicios. El problema de esto es la desprotección que se genera en relación con todas aquellas irregularidades referidas a actos electorales que, no siendo susceptibles de recurso judicial ordinario, carecen de entidad suficiente como para poner en entredicho las elecciones, pues no podrán ser impugnadas en ningún caso.

En cualquier caso, y centrándonos exclusivamente en la proclamación de electos, el Consejo Constitucional se ha escudado en el artículo 41 de la Ordenanza Orgánica para anular o rectificar determinados actos debido a la existencia de maniobras que alterasen el resultado de las elecciones. En este sentido, aunque nunca ha proclamado la elección de un candidato que no sea aquél nombrado por la comisión de escrutinio general –pensamos que esto podría llevarle a excederse en sus competencias–, sí ha cesado y declarado la inelegibilidad de candidatos por incumplir la normativa en materia de financiación de la campaña electoral⁷⁴.

En relación con lo anterior, la elección de un diputado o senador puede ser impugnada ante el Consejo Constitucional hasta las dieciocho horas del décimo día posterior a la proclamación de los resultados de la elección –artículo 33 de la Ordenanza n° 58-1067, de 7 de noviembre de 1958–, siendo inadmisibles, por ausencia de contenido, los recursos que tiendan, de forma general, a la anulación de las operaciones electorales. Así, para la admisión de un recurso, el objeto del mismo deberá ser los resultados de una elección en concreto, debiéndose ex-

71 Tras la reforma constitucional de 23 de julio de 2008 y la aprobación de la Ley Orgánica 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, relativa a la cuestión prioritaria de constitucionalidad, un juez puede impugnar una ley en relación a su conformidad con un derecho o libertad garantizado en la Constitución.

72 Decisión n° 2011-4538 SEN, de 12 de enero de 2012.

73 Ver al respecto, MARTÍNEZ RUJANO, P., *El control electoral*, op. cit., pp. 117 y 118.

74 En las elecciones legislativas de 2012, tres diputados fueron declarados inelegibles por esa razón. Visto en ROUSSILLON, *Le Conseil Constitutionnel*, op. cit., p. 159.

presar tal extremo en la demanda de forma clara y sin que quepa limitarse, por ejemplo, a pedir una modificación de los resultados obtenidos por el recurrente o criticar los resultados⁷⁵.

3. Conclusiones.

I. El sistema de control instaurado en Francia para las elecciones a la Asamblea Nacional se caracteriza por la gran variedad de órganos encargados de verificar la transparencia de todo el proceso, que es organizado por el Ministerio del Interior.

I.I. En cuanto a la supervisión ejercida hasta la finalización del día de las elecciones, cada prefectura cuenta con tres comisiones administrativas -las relativas a las listas electorales, las de propaganda y las de control de las operaciones de voto-, cuya composición es heterogénea. Y es que, en mayor o menor medida, todas cuentan con miembros procedentes de los poderes ejecutivo y judicial. Sin embargo, y aunque esto no parece afectar a su correcto funcionamiento, resulta cuando menos sorprendente el hecho de que, únicamente en la tercera de las tres comisiones apuntadas, los miembros judiciales sean mayoría. Y tampoco hay que olvidar el hecho de que un ente ejecutivo, la prefectura, ejerce igualmente labores de control en relación con el registro de candidaturas.

Todo lo contrario sucede, en cambio, con la Comisión Nacional de Cuentas de Campaña y Financiación Pública, ente administrativo independiente de marcada influencia judicial, pues sus nueve integrantes son miembros honoríficos del Consejo de Estado, la Corte de Casación y el Tribunal de Cuentas.

I.II. Otro aspecto a tener en cuenta es la nula posibilidad que existe de impugnar administrativamente las decisiones adoptadas, tanto por la prefectura como por las comisiones descritas.

I.III. Respecto al control jurisdiccional previo, implica tanto al orden civil, al contencioso-administrativo, como al constitucional, siendo varias las apreciaciones a realizar al respecto: primero, que no todas las decisiones adoptadas por las comisiones administrativas señaladas son susceptibles de reclamación ante la justicia ordinaria. Y segundo, que esta circunstancia es en parte subsanada por la

75 MASCLÉ, *Le droit des élections politiques*, op. cit., p. 103.

posibilidad de interponer un recurso ante el Consejo Constitucional, si bien dicho órgano solo podrá entrar a conocer del asunto tras la celebración de la votación, y en el marco de un recurso contra el resultado final de las elecciones.

II. En cuanto a la supervisión tras la celebración de los comicios, en cada circunscripción electoral existe una comisión administrativa encargada del escrutinio general, resultando positivo el hecho de que, de sus cinco miembros, tres sean de origen judicial, mientras que los dos restantes han de ser designados por el prefecto.

II.I. Por último, la legislación francesa prevé un control sobre la regularidad de los comicios a cargo del Consejo Constitucional, si bien el recurso debe tener como objeto la elección de un candidato en concreto, siendo fundamental que la reclamación se refiera a incidentes susceptibles de alterar el resultado final de las elecciones. El problema de esto es la desprotección que se genera en relación con todas aquellas irregularidades referidas a actos electorales que, no siendo susceptibles de recurso judicial ordinario, carecen de entidad suficiente como para poner en entredicho las elecciones, pues no podrán ser recurridas en ningún caso.

4. Bibliografía.

BADINTER, R., "Le Conseil constitutionnel français et la protection des droits fondamentaux", en *Au nom des peuples européens –in the name of the peoples of Europe*, Nomos, Baden-Baden, 1996.

CAMBY, J. P. *Le Conseil Constitutionnel, Juge Électoral*, Dalloz, París, 2009.

CANTOS PADILLA, I. M., "Las elecciones presidenciales y legislativas de 2002 en Francia", en *Revista de Derecho Político*, núm 55-56, UNED, Madrid, 2002, págs. 473-544.

DRAGO, G., *Contentieux constitutionnel français*, 3 édition, Presses Universitaires de France, París, 2011.

ESPLUGAS, P., EUZET, C., MOUTON, S., y VIGUIER, J., en *Droit constitutionnel*, Ellipses, París, 2006.

GARCÍA SORIANO, M. V., "El Consejo Constitucional y el control jurisdiccional de las elecciones legislativas en la república francesa: los problemas actuales", en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 7, 1999, pp. 93-133.

FAVOREU, L. y PHILIP, L., *Le Conseil constitutionnel*, Collection Que sais-je ?, Presses Universitaires de France, 1978.

- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2009.

LUCHAIRE, F., *Le Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1980.

MALIGNER, B., "L'actualité du droit électoral français", en *Le Processus Électoral: permanences et évolutions*, Studyrama, Paris, 2006, pp. 17-43.

- *Droit électoral*, Elipses, Paris, 2007.

MARTÍNEZ GIL, J. P. y MACÍAS HERNÁNDEZ, P., en CORONA NAKAMURA, L. A. y MIRANDA CAMARENA, A. J. (comps.) *Derecho electoral comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 287-313.

MARTÍNEZ RUJANO, P., *El control electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003.

MASCLET, J.C., "Le droit des élections politiques", en *Collection Que sais-je?*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992.

MATHIEU, B., y VERPEAUX, M., *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2002.

OROZCO-HENRÍQUEZ, J., (dir.), *Electoral Justice: The International IDEA Handbook*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2010.

OSCE, *France, Presidential Election 22 April and 6 May 2012*. OSCE/ODIHR Needs Assessment Mission Report 20-22 February 2012, consultado el 10 de febrero de 2015, edición digital, <http://www.osce.org/odihr/elections/89000>.

- *Republique of France, Parliamentary Elections 10 and 17 June 2012*. OSCE/ODIHR Elections Assessment Mission Final Report, consultado el 10 de febrero de 2015, edición digital, <http://www.osce.org/odihr/elections/93621>.

PARDO FALCÓN, J., *El Consejo Constitucional Francés*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

ROUSSILLON, H., *Le Conseil Constitutionnel*, 8 édition, Dalloz, Paris, 2015.

TRIGUERO ORTIZ, O., *El Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos*, Dykinson, Madrid, 2014.

TURPIN, D., *Contentieux constitutionnel*, Presses universitaires de France, Paris, 1995.

- *Le Conseil constitutionnel*, Hachette, 2 édition, Paris, 2000.

VERPEAUX, M., *Le Conseil Constitutionnel*, La Documentation française, Paris, 2014.

VINOLAS, D., "L'administration et les élections en France", en *Le Processus Electoral. Permanences et évolutions*, Studyrama, Paris, 2006, p. 235.

RESUMEN

La Asamblea Nacional francesa ostenta el papel protagonista dentro del sistema parlamentario francés, tanto en la labor de control al Gobierno como en lo relativo al procedimiento legislativo. En ese sentido, es preciso que la elección de sus miembros se lleve a cabo bajo ciertas reglas que aseguren la transparencia, objetividad e igualdad del proceso, habiéndose instaurado para ello un sistema de control en el que intervienen una pluralidad de órganos de distinta naturaleza. Determinar qué entes son éstos y cuáles los principales aspectos susceptibles de mejora del sistema, constituye el objeto del presente trabajo.

PALABRAS CLAVE

Democracia, elecciones, supervisión, Asamblea Nacional.

SUMMARY

The French National Assembly plays the major role within the French parliamentary system, both regarding the control work to the Government and the legislative procedure. In this respect, the election of its members needs to be carried out under certain rules ensuring the transparency, objectivity and equality of the process. For this purpose, a control system has been established, in which a range of different organs intervene. In this work we will analyze these bodies and the main areas for improvement in the system.

KEY WORDS

Democracy, elections, supervision, National Assembly.

III. RECENSIONES

SUMARIO

- **José Manuel Vera Santos**, *De la cultura de la queja al compromiso político* (David Ortega).
- **José Manuel Vera Santos**, *Los controles estatales sobre las Comunidades Autónomas. Precedentes y regulación constitucional actual* (Esther González Hernández).
- **M^a del Pilar Molero Martín-Salas**, *Right to Identity* (Editor P. Tiedemann).
- **Pere Ollers Vives**, *El futuro territorial del Estado Español ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?* (Dir. Joan Oliver Araujo).

DE LA CULTURA DE LA QUEJA AL COMPROMISO POLÍTICO
DAVID ORTEGA, GENS EDICIONES, MADRID 2015

José Manuel Vera Santos
Catedrático de Derecho constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

Recibido: 16-02-2016
Aceptado: 05-06-2016

"Un soneto me manda hacer Violante/ que en mi vida me he visto en tal aprieto/ catorce versos dicen que es soneto/ burla burlando van los tres delante..."

Malcito a Lope de Vega cuando, por razones objetivas o subjetivas, me encuentro con una cierta distorsión en cuanto a la consecución de mi actividad en curso. Así me ocurre, por ejemplo, al juzgar tesis doctorales sobre cuestiones alejadas de mis magros objetos de estudio (y sintiendo, por cierto, pecaminosa envidia del saber enciclopédico de algunos colegas), al preparar alguna que otra conferencia ofrecidas por el generoso espíritu de amigos que demuestran que lo son, incluso después de mi intervención... Pero a veces también traigo esta cita en situaciones cómodas como la que me ocupa al hacer la recensión de esta sugerente obra, en este caso debido a mi relación personal y profesional con su autor, ya que el "aprieto" es evidente: David Ortega Gutiérrez es compañero y amigo, dualidad poco común en el ámbito universitario, para qué nos vamos a engañar.

Y lo que es peor aún, y aunque ya vayan "los tres delante": la tarea del crítico de una obra tiene mucho, si se hace en coherencia con la valía del autor y de la obra, tiene mucho, digo, de la tarea del francotirador. Así lo veo yo. Y en este caso, espero "dar en el blanco" con esta recensión, capturando el espíritu y las propuestas que el autor proyecta en su obra y cuyas valoraciones comparto en su inmensa mayoría, bien que su bajada "de las musas al teatro" (¡otra vez Lope!) me planteen, como el autor sabe, alguna que otra discrepancia que hemos tenido la oportunidad de compartir tanto en *petit comité* como en público.

"De la cultura de la queja al compromiso político" es una obra en la que David Ortega, que "es" Catedrático de Derecho constitucional, bien que "haya estado" en primera línea política (¡qué idioma el de Cervantes que diferencia "el ser y el estar", frente a otras lenguas bárbaras tan de moda!), recoge ciento cincuenta y nueve artículos que habían sido publicados a lo largo de seis años en "El Imparcial". Centenar y medio largo de piezas que agrupa en doce capítulos con encabezamientos tan sugerentes como esclarecedores de su contenido, como posteriormente veremos.

Doce epígrafes, como doce eran las tribus de Israel o doce son los meses del año, que marcan un *iter* evidente; mojones en un camino que nunca estará concluso, que será andado de nuevo por el autor, siguiendo la ruta anterior o nuevos derroteros. No se entendería de otra manera ese salto de la queja individual al compromiso público: la primera es predicable de todos y el segundo es propio también de todos; pero sólo de "todos" los ciudadanos preocupados por la *cives*, por el interés general, como es el caso de David Ortega.

La democracia y las instituciones en que se sustenta; la Constitución de 1978 como marco de convivencia que el nacionalismo (yo incluiría el populismo, el fundamentalismo islámico o el comunismo) intenta conculcar; la llamada a lo que denomina como liberalismo humanista, tercera vía política; la identificación de UPyD como canalizador primordial de ese paso de la queja al compromiso, en una clara visión autobiográfica; las grandezas y miserias de la política; la importancia de la educación como elemento estructural de cualquier sociedad y el despropósito de la transferencia de esta materia a las Comunidades Autónomas (también uno de mis mayores desvelos) o la corrupción política, constituyen las etapas de este ruta que culmina con una llamada a "la fuerza del ejemplo", un final que no es accidental, estoy convencido conociendo al autor, en una clara apuesta por el papel protagonista que todos y cada uno de nosotros tenemos en el devenir último de lo público, de ese cambio, si es posible "a mejor", en el que todos debemos colaborar. Así saldríamos de la queja al compromiso. Del yo al nosotros; de lo mío a lo de todos.

En el principio convivencial básico en las sociedades avanzadas se encuentra la democracia, basamento indispensable para que el individuo pueda desarrollarse en todas sus facetas. Sin democracia no hay libertad; y sin libertad, aderezada luego por la igualdad, no hay ciudadanos sino súbditos. Así ha sido y así será, aunque algunos lo olviden o luchen por una vuelta a doctrinas y realidades políticas que creíamos superadas (el demócrata peca muchas veces de ingenuidad), que tienen más que ver con el siglo XIX que con el XXI. Trufado por sus lecturas y amplios conocimientos de Bertrand Russell (3)¹ o de Ortega, aboga David Ortega por su regeneración, y destaca el "acomplejamiento democrático" (5) respecto a la defensa de sus principios frente a un nacionalismo que, asegura el catedrático en el capítulo cuatro de su obra, supone la ruptura del marco de convivencia, cuestión tan evidente como poco destacada: la crítica al nacionalismo democrático (sic), a pesar de su falta absoluta de alteridad, de solidaridad, de lucha por el común, no está permitida en la España del buenismo, de lo políticamente correcto.

Y si el final de la democracia, como marco vital, no es otro que "la libertad de los modernos", como dijese Constant hace casi doscientos años, el desarrollo individual y colectivo del ciudadano, de sus derechos y obligaciones, ello no es posible sin un marco organizativo que lo respalde. Entra así el autor en el estudio de las instituciones, sobre todo de la Jefatura del Estado (no podemos olvidar

¹ Introduzco el número del artículo que figura en la propia obra, siguiendo así al autor.

que en el periodo en el que escribe estos artículos que recensiono se produjo la abdicación del Rey Juan Carlos en su hijo y actual Rey Felipe VI), y del Poder Judicial, abogando por una independencia de la justicia (20 a 25) que, creo, nunca lo fue más que con la ley de 1980: curiosidades de la "involución" política patria. Monarquía o república; federalismo, autonomismo o unitarismo, bicameralismo o monocameralismo, justicia constitucional concentrada o difusa... todo ello es profundamente accidental en el devenir de un Estado, de tal manera que lo que aparece como válido para unos resulta lesivo para otros, debido a las diferentes culturas políticas existentes. Pero si el último resquicio del que dispone el ciudadano, la justicia, no es independiente, todo el sistema institucional queda anulado, toda democracia queda sin contenido. Y esta partida quiere el autor que se juegue; y que se juegue ya.

Es la Constitución española de 1978 nuestro marco de convivencia y así es declarada en el capítulo tercero, destacando algo que debería ser básico para todos y que, a veces me pregunto con el autor, no es una cuestión suficientemente clara: valoración positiva, respeto y posible reforma consensuada (29) que comparto con mi colega en la Universidad Rey Juan Carlos ¡Viva la Constitución, con perdón! se atreve a explicitar en el título de uno de sus artículos (30).

Dejando la etapa cuarta a la que ya hemos aludido, que supone una disección del laberinto nacionalista, de su reduccionismo político, intelectual y vital, con lo que supone de agresión a los intereses generales, el capítulo quinto recoge la apuesta del autor por la opción política que él define como liberalismo humanista, propio de esa "tercera España" que posteriormente, de forma sibilina, identifica con el partido UPyD, de cuyo Consejo de Dirección ha formado parte. Discrepo no del liberalismo ni del humanismo, *tertium genus* superador para David Ortega del liberalismo y del materialismo (46), y admiro a muchas de las personalidades a las que incluye en dicha corriente (50), aunque ellas se definieran políticamente de otra manera. Precisamente, de personas de ideología tan variada, colijo y defiendo que la "tercera España" no aparece vinculada a ideología o partido alguno, que es un producto cultural identificador de una manera abierta de ver la vida y, por ende, la política. Es más, ejemplos existen en los partidos tradicionales de ese perfil y, justo de lo contrario, en estas nuevas formaciones, a veces con ínfulas mesiánicas, que acaparan demasiados titulares sin entender que el de enfrente puede tener tanta o más razón que la propia, tan dogmáticos o más incluso que aquellos otros de los que se pretendían diferenciar. Goya y su duelo a garrotazos, Caín y Abel no son los modelos a seguir, estamos de acuerdo.

Dejando a un lado un capítulo seis referido a su militancia en el citado partido político y sus diferentes hitos, incursión entendible desde una óptica personal pero que creo prescindible de comentar en esta recensión, los capítulos octavo y noveno se refieren a las grandezas y miserias de la política, que de todo hay. Y efectivamente es así, para qué dudarlo. Coincido con mi colega y amigo en la necesidad de la política y de los políticos (72) y, aquí radica el *quid* de la cuestión, en la necesidad también de un pueblo comprometido (73). Y es que ese diálogo entre gobernantes y gobernados al que aludía Jiménez de Parga trasegando a España la mejor doctrina iuspublicista francesa, es el sostén último de la democracia. Un pueblo serio no puede echar la culpa de todo a sus políticos. Es injusto hablar de "castas" y de separaciones artificiales entre los que mandan y los que obedecen; es la democracia el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo que dijese Lincoln en plena guerra civil americana. De ahí que la base cierta del sistema sea una sociedad comprometida con los intereses generales (así, resulta ejemplificador el artículo 123 titulado "Que hay de lo mío: la pérdida del interés general; también el anterior, con una alusión a los "siete pecados capitales" de los españoles).

Antes de diseccionar la corrupción en el capítulo diez, verdadero problema social y de valores, no únicamente político, apartado en el que se vierten criterios y argumentos que comparto (si bien echo de menos, como ocurre casi siempre, una mención al glorioso cuerpo de los funcionarios públicos, que nunca aparecen al aludir a la cuestión y yo considero que son, que somos, como poco coadyuvantes con la podredumbre existente), David Ortega se refiere a la educación, uno de sus temas claves, como motor del cambio. Aparte de abogar de nuevo por una transferencia competencial que permita al Estado asumir la materia educativa, ahora en manos de las Comunidades Autónomas, aseveración que asumo radicalmente (130), denota lamentos, también compartidos, por las actuaciones violentas en ciertas Universidades por personas que luego se han incorporado/perteneían a partidos comunistas y/o populistas tipo Podemos. Educación, educación y educación; con estos tres ingredientes no necesitaríamos mucho más...; educación, sí, educación.

Lo últimos capítulos sirven precisamente como ejemplo de personajes, de "Grandes vidas" de personas, conocidas o no, que asumieron su cuota parte de responsabilidad dando ejemplo a los demás, pasando de la "cultura de la crítica a la del compromiso". Aparte de las menciones a San Juan de Dios y Antón Martín o a los Papas Benedicto XVI y Francisco, referentes católicos (tanto en sentido religioso como etimológico, que católico significa universal), parece evidente que David Ortega quiere destacar que, como aquel Arquímedes entusiasta que

con su punto de apoyo movería el mundo, todos tenemos una misión que cumplir y somos hacedores de la realidad que nos rodea. Para bien o para mal es, ha sido y será siempre así; mucho más en sociedades democráticas, insisto, basadas como antes decía no solo en la política sino en un comportamiento societario responsable que pasa por la ética de cada uno.

Es cierto que no concuerdo con mi amigo y compañero en muchas de sus aseveraciones: estoy a favor de un sistema electoral que favorezca también la gobernabilidad; considero mucho mejor las mayorías absolutas que el falso multipartidismo gubernamental (mucho más si además, no participan en el Ejecutivo como ha sido habitual, y sigue siendo, en nuestro país); no creo que ser político inhabilite necesariamente para ocupar cargos institucionales (¡qué barbaridad!)... Incluso estoy a favor del bipartidismo si este existiese en España (siempre mando a mis estudiantes que miren cuantos partidos políticos tienen representación en el Congreso para demostrar esta falacia tan extendida). Pero coincido con David Ortega, que "es" un excelente Catedrático de Derecho constitucional, en que la política es compromiso público y que la queja personal debe dar paso a la acción; que hay mucho camino por andar en el sistema democrático (eso lo sabe cualquier demócrata: sólo las dictaduras de derechas o izquierdas, fundamentalistas o populistas niegan la mayor); que el modelo es perfectible... ¡faltaría más! Pero también es cierto que con pensamientos y acciones como la que esta recomendable y sugerente obra y su autor simbolizan, vamos en el camino correcto, a pesar de que galgos y podencos seguirán ladrando y amenazando el avance democrático ¡Que sus ladridos nos reconforten como demócratas y nos animen a pasar de la queja al compromiso!

Que así sea.

LOS CONTROLES ESTATALES SOBRE LAS COMUNIDADES
AUTÓNOMAS. PRECEDENTES Y REGULACIÓN
CONSTITUCIONAL ACTUAL

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E
Editorial Académica Española, Alemania, 2015,
192 páginas, ISBN: 978-3-659-08968-8

José Manuel Vera Santos
Catedrático de Derecho constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

Recibido: 20-02-2016
Aceptado: 10-06-2016

Decía Stein que "de la carroza de la República federal tiran una docena de caballos. Si éstos toman distintas direcciones la ponen en peligro. Ello sólo puede evitarse si todos tienen la voluntad de trabajar en común".

Para aquellos que creemos en "la carroza", en el trabajo en común, en el interés general, considerando que cada uno de los "caballos" tienen sus peculiaridades (uno cierra mejor las curvas, otro lidera el grupo desde el eje, el tercer equino es el más racional y refrena el empuje del segundo..., como se observa en aquellas y éstas películas de romanos y sus épicas carreras de cuadrigas), aparte de establecer un sistema institucional que permita la conducción ordinaria de la nave societaria, recordamos siempre la importancia del controvertido tema de los controles que el Estado puede ejercer para vigilar el adecuado desarrollo de la actividad por parte de las entidades menores a las que se reconoce autonomía, sea esta administrativa, política o constitucional, en clásica taxonomía.

Temática ésta, el interés general, la delimitación competencial de poderes, tanto horizontal como verticalmente, que diría Loewenstein, la construcción de un sistema institucional que posibilite lo anterior, son cuestiones de máxima relevancia para el Derecho Constitucional, más aún en los tiempos que corren y que mi compañera en la Universidad Rey Juan Carlos conoce por que ha trabajado, como es característico en ella, mucho y bien, como denota una mera lectura de la bibliografía que cierra la obra o la reciente aportación de la autora en el número 37 de la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, titulada "La Ley Orgánica 15/2015, de 17 de octubre de reforma de la LOTC y el artículo 155 CE: ¿Ineludible reciprocidad o círculo perverso?", págs. 529 a 557.

Siendo esto así, en España el estudio del control del Estado respecto a las actividades de las entidades territoriales "menores" que lo componen (y escribo adrede, "menores", porque lo son, política y jurídicamente hablando, sin que ello reduzca su importancia, a veces esencial, para la convivencia), parece haber estado relegado a dormir el sueño de los justos durante al menos dos décadas, al menos, por lo que a la doctrina patria se refiere.

Esta circunstancia, dicen algunos, no debe ser merecedora de reprobación porque refleja una circunstancia digna de elogio, como es la escasa conflictividad de nuestro modelo autonómico, por lo menos de una conflictividad extraordinaria que hubiese merecido la puesta en marcha de mecanismos constitucionales de control nunca practicados hasta ahora. Sin entrar en discusiones cuantitativas respecto a la conflictividad habida hasta la fecha, yo no estoy de acuerdo en lo cualitativo de la afirmación precedente. En la España del "buenismo", de lo

políticamente correcto (casi identificable a lo convivencial y estructuralmente indebido), incluso estudiar cómo podía el Estado actuar ante la incompetencia, la sublevación, la intransigencia de una Comunidad Autónoma (y meto también las entidades locales incluso), suponía excomunión ¡Pobres Comunidades Autónomas, cumplidoras siempre con sus obligaciones frente al Estado centralista! ¡Que atrevimiento siquiera fuese pensar semejante situación!

Volviendo a la cuestión, es cierto que desde la aprobación de la Constitución de 1978, hito único en el panorama constitucional comparado en lo tocante a la descentralización política que produjo en un país hasta esa fecha unitario, y de manera acertada, tanto la legislación de desarrollo como la jurisprudencia constitucional dictada con ocasión de las lógicas controversias existentes, siempre se posicionaron a favor de la necesaria descentralización competencial. Pero llegó un momento en el que las fuerzas centrífugas fueron tantas que la normativa hubo de variar, y no lo hizo, y la jurisprudencia constitucional tampoco ha sido obstáculo para una verdadera transustanciación del modelo de Estado, si este hubiese existido, algo que tampoco aparece clarificado. A ello ha de añadirse la idiosincrasia española con un "nacionalismo democrático" (sic), que desde hace muchos años viene anunciando su carácter independentista, frente al "dontancredismo" gubernamental, aprovechando eso sí, las instituciones para proceder a su voladura controlada, ante la inacción de unos poderes públicos acomplexados.

Durante aquellos primeros años las cosas fueron razonablemente bien en materia autonómica (no me refiero al aspecto económico o de gestión pública, que ese es "otro cantar"), y el inicial modelo pergeñado por nuestra Carta Magna se fue desarrollando y evolucionando, sin que supusiese una gran preocupación el tema de los controles estatales sobre las Comunidades Autónomas, fundamentalmente limitados a los establecidos y ejercidos por el Tribunal Constitucional en sus diferentes competencias: control de constitucionalidad y conflictos competenciales fundamentalmente.

Sin embargo, hace ya casi una década (aunque haya parecido un suspiro) que algo empezó a cambiar. Se inició la última fase de reformas estatutarias y el modelo comenzó a ser puesto en duda. A esclarecer los nubarrones no ayudó, en absoluto, la actual situación de crisis económica y surgió el asunto que nos ocupa estos días, como es el de la deriva nacionalista-independentista de Cataluña, que ha puesto sobre el tapete cuán importante es el tema del que trata la obra que se recensiona. Y entramos así en materia: es ésta una investigación que acomete un estudio completo del sistema de controles estatales sobre las Comunidades Autónomas que aparece diseminado y disperso a lo largo del texto de nuestra Norma

Fundamental. Así, su autora, además de prestar especial atención a definir el concepto de control, a perfilar la naturaleza jurídica de la actividad de control estatal sobre los órganos descentralizados, a describir con detalle los dos principales modelos de Derecho Comparado de nuestro entorno más inmediato (Alemania e Italia) y de ilustrar con una concienzuda investigación de los precedentes habidos en nuestra historia constitucional, desgaja el grueso de su investigación de una cuestión esencial para comprender el completo sistema de controles esbozado por nuestro Texto constitucional. Me estoy refiriendo a la cuestión de su clasificación, a la que la autora dedica las páginas 83 y siguientes.

A partir de este momento, empieza el verdadero y detenido análisis de dicho elenco de mecanismos de control que, la profesora de la Universidad Rey Juan Carlos, describe y analiza diferenciando entre controles ordinarios y controles extraordinarios. Como bien expone la profesora González Hernández ha habido otros intentos clasificatorios pero quizás este sea el que más utilidades reviste, al menos, desde el punto de vista académico-expositivo. Así llegamos a descubrir el apartado esencial de esta obra, que no es otro que el de dedicar una especial atención al comentario del artículo 155 de nuestra Carta Magna, cuya exégesis aparece desde la página 124 en adelante, es decir, cerca de 60 páginas en las que se plantean muchas hipótesis sobre unos de los preceptos constitucionales que más dudas suscita.

Así, el artículo 155 es un precepto del que siempre se ha dicho que se espera no sea puesto en práctica nunca, porque, en todo momento, ha sido caracterizado como el último remedio frente a muy serias deslealtades constitucionales, en palabras del Pedro González-Trevijano. Es decir, la última solución constitucional en situaciones de manifiestas e irresolubles diferencias entre el Gobierno central y una o varias Comunidades autónomas. Lo normal, lo esperado, es que los instrumentos ordinarios de control sean más que suficientes para resolver las desavenencias entre ambas partes, es decir, que el conflicto no vaya más allá de la intervención de nuestro Tribunal Constitucional a través de sus decisiones en conflictos de competencia o recursos de inconstitucional. Pero ¿y si la negativa de acatamiento del ordenamiento constitucional por parte de una Comunidad autónoma va más allá? La respuesta debe ser evidente, aunque algunos no lo quieran ver.

Mal que nos pese debemos admitir que en los Estados en que se reconoce amplios niveles descentralización territorial siempre subsiste con más certidumbre el riesgo de que una de las partes que lo componen pretenda conculcar el interés general, su separación unilateral del resto... Precisamente por ello, adquiere un

más que relevante papel el estudio de los mecanismos y formulas constitucionales de reconducción de la diversidad a la unidad. Sin embargo, y como he destacado antes, respecto del control estatal sobre las Comunidades Autónomas, curiosamente, apenas existen estudios globales, más allá de los publicados justo después de la promulgación de la Constitución española de 1978.

He aquí precisamente uno de los motivos por los que el comentario de esta obra resulta obligado, pues la investigación que propone Esther González intenta, en la medida de lo posible, llenar ese vacío, o cuanto menos, ofrecer la necesaria actualización de esta materia con el comentario detenido los últimos supuestos más llamativos como el Plan Ibarretxe o la deriva soberanista catalana de los últimos meses, amén del análisis riguroso del variado número de instrumentos jurídico-constitucionales llamados a vigilar, supervisar o controlar la actuación en que las Comunidades Autónomas se extralimiten. Así se analizan con detalle y rigor no solo el mencionado artículo 155, sino también las fórmulas de control en manos del Tribunal Constitucional, como los deducibles de la letra de los artículos 150 y 153 CE, el económico-presupuestario del Tribunal de Cuentas, la reforma de los Estatutos de Autonomía, la labor de los Delegados del Gobierno o la nunca aplicada "alta inspección del Estado" que la autora alude en las páginas 122 y 123. Es precisamente este instrumento uno de los que deberían ser, primero, regulado por norma con rango de ley y, después, más utilizado ante los incesantes ejemplos de incumplimientos de algunas Comunidades Autónomas ante sentencias desfavorables a sus intereses o normativas nacionales o europeas que no comparten y que intentan boicotear en su aplicación ordinaria, tal y como se observa en el ámbito educativo y alude Esther González en su obra.

Con una prosa y ritmo tan característicos de la autora; con esa prosa azoriniana que se aleja del culteranismo de algunos y que denota su amplio conocimiento de la materia como la seguridad de sus afirmaciones, así como el respecto intelectual al estudioso, nos encontramos, en fin, con una obra que es muy bienvenida, tanto por cuestiones político-temporales, absolutamente lamentables, como doctrinales, compendiando una taxonomía clarificadora que no sólo agrupa los controles del Estado respecto a los territorios que lo integran, sino que nos recuerda algo que, a pesar de su evidencia, pasa a ser olvidado con demasiada frecuencia: que el todo es mucho más que las partes; que el interés general supera en valor al de cada uno de sus componentes; que la soberanía reside en la nación; que el Estado de Derecho se basa en el cumplimiento de las normas... Y que si todo ello falla, mucho más si es debido a la absoluta, racional y radical actuación de una entidad territorial, el Estado, cualquier Estado, también España, tiene que actuar en consecuencia. Desgraciadamente, sí; inexorablemente, también.

RIGHT TO IDENTITY (EDITOR P. TIEDEMANN)
FRANZ STEINER VERLAG, STUTTGART, 2016.

Ma del Pilar Molero Martín-Salas
Profesora Contratada Doctor acreditada de Derecho Constitucional.
UCLM

Recibido: 01-02-2016
Aceptado: 01-06-2016

Llega a mis manos un libro interesante y necesario, editado por el profesor Tiedemann. Interesante, porque todo lo que tiene que ver con el análisis conciencizado de Derechos Humanos me lo parece, y necesario porque un tema como el derecho a la identidad merece ser atendido y regulado.

La obra consta de ocho artículos, además de la introducción escrita por el propio Tiedemann, y en todos ellos se vislumbra la misma idea, si bien analizada desde diferentes perspectivas; la importancia del reconocimiento del derecho a la identidad, a pesar del diferente perfil profesional y nacionalidad de los participantes.

Una de las primeras ideas que se defienden en el libro es la existencia de una serie de derechos "no escritos", que sin formar parte de ninguna ley o tratado, deben ser considerados como derechos humanos, al igual que tantos otros que han sido recogidos por escrito a lo largo de la historia. Me parece una idea esencial y que comparto plenamente, es obvio que la propia evolución de la sociedad y devenir de los años provocan la aparición de nuevas realidades sociales, que si bien no se recogen como tal en ningún texto, deben entenderse como derechos humanos merecedores de total protección. Como diría el profesor Díaz Revorio, del que tanto he aprendido en estas cuestiones de los derechos "no escritos", la existencia de nuevas necesidades o circunstancias, así como los avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, hace que se plantee el reconocimiento de "nuevos" derechos, no contemplados expresamente en la Constitución, pero cuya protección al más alto nivel tiende a ser considerada necesaria¹.

Muy acertadamente el profesor Tiedemann considera que los catálogos de derechos son incompletos, y que es habitual que en ellos encontremos fisuras. El autor trata de analizar si algunas de ellas podrían ser cerradas o colmadas por un nuevo y no escrito derecho a la identidad. Partiendo de la idea general protegida por la norma, y aplicándola a los hechos, pueden identificarse y protegerse otras realidades no escritas. Pone como ejemplo la argumentación dada por la Corte Interamericana, que ha entendido que el derecho a la identidad es consustancial a la dignidad humana.

Todas las intervenciones que conforman esta obra ofrecen una aportación importante y esencial en el estudio del derecho, si bien una parte de ellas ofrecen un

¹ Díaz Revorio, F.J., "Tribunal Constitucional y Derechos Constitucionales no escritos", en Espín Templado, E. Y Díaz Revorio, F.J. (Coords.), *La Justicia Constitucional en el Estado democrático*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 231.

claro enfoque individualista de la identidad, siempre en el marco de los derechos humanos, mientras otras se centran en una visión más colectiva.

Dentro del primer grupo se discuten tres aspectos básicos; una primera autora que habla de la dignidad como identidad común, entendiendo que los derechos humanos deben contextualizarse en una identidad común que deriva de la dignidad humana. También desde este mismo enfoque se plantea una de las cuestiones esenciales, ¿es el derecho a la identidad un derecho fundamental? Esta otra autora lo analiza desde dos perspectiva distintas, entendiendo los derechos humanos como derechos morales, y entendiéndolos según la práctica internacional de los mismos. Para ella no puede ser entendido como derecho fundamental, pues aunque se trata de un derecho que ha irrumpido fuertemente en nuestra sociedad, el futuro del mismo todavía está por ver. Como veremos unos párrafos más abajo, va en el sentido de las ideas planteadas por el profesor Tiedemann, pues todavía no se ha fijado exactamente su contenido y por tanto no sabemos a qué nos referimos exactamente cuando hablamos de derecho a la identidad. Por último, dentro de este bloque, varios autores tratan un tema concreto dentro del derecho a la identidad, muy discutido en los últimos años, y que hace referencia a nuestra identidad corporal. El punto de partida para el análisis es un grave trastorno de dicha identidad, y si se debería aceptar la propuesta que realiza una persona respecto a su propio cuerpo, por ejemplo si pide que se le ampute una parte del mismo, alegando que forma parte de su identidad corporal. En estos casos lo que suele ocurrir es que no se corresponde la realidad del cuerpo de la persona, con lo que siente que es realmente. Para los autores el cuerpo está en constante conexión con la identidad personal, y por ello debe reconocerse el derecho de las personas que deciden cambiar parte de su cuerpo para acomodarlo a lo que realmente sienten.

Ofreciendo una visión más colectiva del derecho, y precisamente por ello, una primera autora se centra en analizar los diferentes significados del término identidad colectiva. Para ella, cuando se habla de la identidad desde un punto de vista analítico, nos encontramos diversas distinciones como la que diferencia entre identidad individual e identidad colectiva. La identidad colectiva puede ser muy diversa, precisamente porque se va creando de nuestra propia identidad personal y su relación con la sociedad. También otro autor, como en el caso anterior, habla de la identidad colectiva, y también entiende que existe una gran relación con la identidad personal, de hecho considera que la colectiva es una parte esencial de la individual. El autor se plantea más en concreto si existe un derecho humano colectivo a la identidad colectiva, entendiendo que sí existe. Por último, una aportación más general es la que nos ofrece un autor que analiza la protección

constitucional de la que goza este derecho. Para su análisis parte de un caso concreto resuelto por la Corte Interamericana y que se refiere a la identidad familiar. Finalmente analiza el concepto desde la perspectiva del pluralismo constitucional, entendiendo que una Constitución plural debe ser abierta y acoger nuevas interpretaciones.

Si bien, como digo, todas las reflexiones ofrecen una aportación interesante al conjunto de la obra, sí quisiera destacar particularmente dos ideas. Especialmente interesante me parece la visión que ofrece uno de los autores, pues habitualmente cuando se habla o se analiza este derecho se hace en un sentido positivo, y el derecho al reconocimiento del mismo, y en este caso el autor se acerca al derecho para analizar su vertiente negativa, esto es, que no se reconozca el derecho a la identidad precisamente porque hay aspectos de la misma que no queremos que se reconozcan, sobre los cuales queremos cambiar, de hecho el propio autor hace referencia a un derecho a cambiar. Esta visión del problema está íntimamente relacionada con lo que se ha dado en llamar en numerosos países como "el derecho al olvido", y aunque el mayor avance que se ha producido al respecto se centra en datos de carácter personal y su uso en internet², la esencia en ambos casos es la misma; impedir que aspectos que te identificaban o que pertenecían a tu identidad en el pasado puedan perseguirte hasta el futuro.

La otra idea que me gustaría destacar y que me ha parecido especialmente relevante es la ofrecida por el propio profesor Tiedemann. Todos aquellos que nos mostramos favorables al derecho a la identidad solemos considerar lo importante de su análisis. Efectivamente se trata de un derecho poco reconocido de manera expresa y con contornos y aristas de diversa consideración y envergadura, precisamente por ello solemos abogar por el reconocimiento del mismo. Yo misma, al inicio de este escrito, hago referencia a su importancia y a la necesidad de que sea correctamente regulado. Sin embargo se trata de una tarea compleja, y el profesor Tiedemann, muy acertadamente, pone el punto de partida dónde debe estar, en la propia definición del derecho a la identidad. Así él mismo afirma que aunque el contenido del derecho no aparezca de manera expresa, puede deducirse que comprendería el derecho a la nacionalidad, al nombre, a las relaciones

² Relativamente reciente es la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concretamente del 13 de mayo de 2014, en la que establece que el tratamiento de datos que utilizan los buscadores de internet está sometido a las normas de protección de datos de la Unión Europea. Estos buscadores tienen la obligación de eliminar de sus listas de resultados aquellos enlaces que violen ciertos derechos de un ciudadano, si éste así lo solicita.

familiares...Ante esta circunstancia podría decirse que no parece que nos encontremos ante un nuevo derecho propiamente dicho, sino a la denominación que podríamos dar a un conjunto de derechos de los ya existentes de manera expresa.

Afirma que lo primero que se debe hacer es clarificar qué debemos entender por identidad, pues se trata de un termino bastante ambiguo. Resulta interesante el análisis que realiza por los diferentes sentidos o significados que puede tener el concepto identidad. También advierte que se trata de concepto equívoco, de tal forma que ciertamente algunos significados de un concepto carecen de protección o han sido protegidos de manera insuficiente (lo cual trata de colmarse a través de los derechos humanos), si bien en la mayoría de los casos se han convertido en derechos reconocidos de manera expresa.

El autor concluye que hablar de derecho a la identidad es un absurdo, precisamente porque los significados de identidad son muy diversos. Considera que deberíamos hablar de los diferentes aspectos del derecho, por ejemplo del derecho a la identidad individual, que es el que más interesa al autor.

EL FUTURO TERRITORIAL DEL ESTADO ESPAÑOL
¿CENTRALIZACIÓN, AUTONOMÍA, FEDERALISMO,
CONFEDERACIÓN O SECESIÓN? (DIR. JOAN OLIVER ARAUJO)

Pere Ollers Vives

*Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Universidad de las Islas Baleares
Letrado del Consejo Consultivo de las Islas Baleares*

Recibido: 01-02-2016
Aceptado: 01-06-2016

I.

El libro cuya lectura proponemos recoge los frutos de las Jornadas celebradas en Palma de Mallorca los días 23 y 24 de mayo de 2013, dirigidas por el profesor Joan Oliver Araujo (Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares desde 1992 y Consejero del Consejo Consultivo de las Islas Baleares desde su creación en 1993), bajo el título "*El futuro territorial del Estado español: ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?*". Fueron organizadas por el Área de Derecho Constitucional de dicha Universidad y la Consejería de Educación, Cultura y Universidades del Gobierno de las Islas Baleares. Contaron con la valiosa colaboración del Consejo Consultivo de las Islas Baleares y el aval científico de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE).

Dichas *Jornadas* planteaban el reto de analizar y debatir sobre "el futuro territorial del Estado español" en plena vorágine de la campaña catalana para el "derecho a decidir". Tuvieron una destacada respuesta en el ámbito académico, no solo desde el campo del Derecho Constitucional, sino también desde otros ámbitos universitarios, como pueden ser el Derecho Internacional, la Sociología, la Historia Contemporánea, el Derecho Administrativo y la Filosofía del Derecho. Estas *Jornadas*, tal como expresa el director de las mismas, no tenían un mero interés doctrinal o intelectual (que ya por sí mismo sería plausible) sino que pretendían "buscar —con rigor y realismo— posibles soluciones, aunque fueran parciales o provisionales", a la crisis territorial del Estado español. Así, la presente obra se enmarca en la voluntad de reflexión y aportación del saber académico en la solución a los problemas que presenta la realidad, dando muestra una vez más del compromiso social de la Universidad. Se trata de una nueva contribución, nada desdeñable ante las críticas a la falta de liderazgo del alma mater, a las aportaciones doctrinales sobre el proceso emprendido por los Estatutos de segunda generación, aprobados durante la IX Legislatura, y la importantísima STC 31/2010, de 28 de junio. El profesor Luis López Guerra, maestro de constitucionalistas y Magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, remarca en el "Prólogo" que, a partir de dicha Sentencia, se hace "evidente que será necesaria una reforma constitucional si se quiere cambiar decisivamente el modelo territorial".

La obra se estructura en cinco grandes capítulos o ejes temáticos, en los cuales se plantea la distribución territorial del poder en España, a partir de datos históricos, políticos y jurídicos y se proponen diversas alternativas, desde el refuerzo de la autonomía política, pasando por el federalismo, sin descartar el

retorno a un modelo más centralizado e, incluso, en el extremo opuesto, dar un paso hacia la articulación de organizaciones libres asociadas o incluso admitir el derecho de secesión. El nutrido grupo de autores y colaboradores que participan en el libro da cumplida idea de la diversidad de los trabajos, perspectivas de análisis, puntos de partida y opiniones jurídicas que configuran el libro comentado. El resultado es una obra muy completa, plural y rigurosa, sin merma de cohesión en el texto, que se pone a disposición del lector, de los operadores jurídicos y, particularmente, de quien tenga interés en el Derecho Constitucional y en la organización territorial del Estado.

II.

En la primera parte del libro, titulada "*España en la encrucijada*" y cuya autoría corresponde en exclusiva al doctor Oliver Araujo, se aborda la situación del régimen autonómico a partir de un análisis sociológico, político y jurídico de la realidad construida durante más treinta años de experiencia democrática. El autor entresaca los elementos fundamentales de la evolución del modelo territorial del Estado, para exponer a continuación la compleja realidad de una fórmula que ha llegado, en estos momentos, a un punto muerto. Con honestidad intelectual y sin eludir el riesgo en su discurso, el doctor Oliver Araujo aboga por una fórmula federalista corregida o asimétrica, permitiendo una dualidad de unidades territoriales federadas —las de régimen común y las que llama "estados-libres-asociados"—, refiriéndose a cinco grandes requisitos para instaurar un *foedus* o pacto federalizante, cuya misma existencia garantiza la unidad frente al exterior. El catedrático mallorquín no rehúye ninguno de los temas que resultan nucleares en cualquier propuesta de modelo territorial, tales como el estatuto de las competencias de las unidades subestatales, la financiación por concierto, la organización institucional, el papel otorgado a la cooficialidad lingüística o, incluso, la posible autodeterminación si existe una voluntad clara, constante y marcadamente mayoritaria en este sentido. Su propuesta esquemática de reforma constitucional no puede tildarse en ningún caso de limitada o preconcebida. Al contrario, el profesor Oliver Araujo arriesga —y a nuestro juicio, acierta— al formular una propuesta con fundamentos políticos e históricos (centrada en los casos vasco y catalán) para la que apunta ya a su traducción en lo jurídico-constitucional.

III.

En el segundo capítulo, bajo el título "*Del centralismo franquista a la España de las autonomías: crónica de una descentralización exitosa*", se incluyen los estudios procedentes de disciplinas distintas, que ponen de manifiesto la adecuación y eficiencia, hasta el momento, del Estado autonómico. Se inicia con la brillante ponencia del profesor Francisco Javier Díaz Revorio —Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla-La Mancha y Consejero del Consejo Consultivo de esta Comunidad Autónoma— quien analiza exhaustivamente la influencia del contexto histórico y del Derecho Comparado en la transición del centralismo franquista a un modelo de Estado descentralizado. Asimismo, destaca como factores relevantes que incidieron en la configuración del modelo territorial autonómico: el sistema de partidos tras las elecciones generales de 1977, el peso de las reivindicaciones autonomistas y separatistas, el terrorismo de ETA, la ausencia de un mapa regional cerrado y la imperiosa necesidad de las fuerzas políticas de alcanzar el mayor consenso para aprobar la Constitución lo antes posible. Como posible salida a la actual situación, el Catedrático de Toledo plantea la vuelta a la idea inicial de un sistema a distintos niveles. También el profesor Fernando Rey Martínez (Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid y miembro del Consejo Consultivo de Castilla-León) plantea la conveniencia de profundizar en el Estado autonómico y subraya los éxitos del sistema constitucional vigente, que son palpables en el vigor democrático del Estado español. Por su parte, el profesor José Manuel Vera Santos (Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos) plantea un estudio conceptual imbuido, no obstante, de elementos prácticos que se traducen en una conclusión significativa: "en la organización estatal, en cualquiera, solo existe un pueblo". Por su parte, desde una perspectiva distinta, la contribución del profesor Sebastià Serra Busquets (Catedrático de Historia Contemporánea de la Universidad de las Islas Baleares) permite concluir que el sistema autonómico tiene reflejo en los resultados electorales que se han dado en cada Parlamento, mostrando el distinto comportamiento electoral desde 1980 (con las primeras elecciones catalanas y vascas) hasta 2012. En esta parte se incluye, además, un sugerente estudio del profesor José Alberto del Real Alcalá, Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén, en torno al alcance del artículo 2 de la Constitución, precepto básico en nuestro sistema jurídico-político. También se incorpora una inteligente aportación del doctor Vicente Juan Calafell Ferrá, Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares, sobre la eventual vertiente "negativa" del principio dispositivo.

IV.

La tercera parte del libro, titulada *"La crisis y el agotamiento del actual Estado autonómico español: posibles salidas"*, está integrada por ocho trabajos de muy diferente signo, que —desde una u otra óptica— ponen de manifiesto la situación de extrema dificultad por la que atraviesa la organización territorial del Estado español en la actualidad. La contribución del profesor Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén, parte de las "señales de agotamiento" del Estado autonómico para poner en tela de juicio los planteamientos del secesionismo representado en la expresión "derecho a decidir" (utilizada por unos y por otros aunque, por supuesto, sin el mismo contenido). Entre esas "señales de agotamiento", el profesor Ruiz-Rico apunta a la ambigüedad normativa del modelo autonómico (tanto en lo que se refiere al *techo competencial* como en lo que atañe al modelo de financiación, ambos en constante revisión). El autor dedica un apartado de su estudio a la "metodología para la federalización del Estado español", cuya lectura debe recomendarse justamente después del trabajo del profesor Oliver Araujo, puesto que supone un debate jurídico complejo y minucioso en torno a la propuesta federal, (auspiciada abiertamente por el PSOE y el PSC en Cataluña) que supone, a todas luces, una reforma constitucional.

Los valiosos trabajos de Joan Huguet Rotger (abogado y también significativo político balear), Antonio Deyá Cerdá (abogado), Adrià Rodés Mateu (doctor en Derecho), Xavier Cassanyes García (geógrafo y analista político), Luis A. Gálvez Muñoz (Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia), José G. Ruiz González (Colaborador Honorario de Derecho Constitucional en esa misma Universidad) y María Ballester Cardell (Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de las Islas Baleares y Coordinadora del libro que comentamos) se centran en diferentes aspectos que visualizan, de forma muy particular, la actual crisis del Estado autonómico. Tales estudios parten de un análisis de las ambigüedades y contradicciones derivadas de la descentralización política, conviniendo en la necesidad de superar los elementos disfuncionales de nuestro sistema de organización territorial del poder político. Las temáticas tratadas son, como hemos dicho, distintas y se refieren a aspectos tales como: la profundización de las reformas, la necesidad de una "segunda transición", la fuerza normativa de hechos políticos que cuenten con sólido refrendo de las comunidades que los alumbren, la débil cooperación inter-autonómica institucionalizada de carácter multilateral, la enseñanza de las lenguas oficiales en las Comunidades con lengua propia, y la posible declaración unilateral de independencia (que podría contar con la legalidad

internacional) si se basara en un proceso de participación democrática con los requisitos de la Sentencia del Tribunal Internacional de La Haya de 22 de julio de 2010. Este capítulo se cierra con el trabajo de la Profesora de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, M. Carmen Bañuelos Madera, que analiza, además de los efectos de la crisis en la organización territorial del Estado, la influencia de otros factores en el cuestionamiento del modelo autonómico.

V.

En la cuarta parte del libro, titulada: "*Cataluña: Reflexiones sobre el derecho a decidir*", se incluyen nueve trabajos centrados en la "cuestión catalana", tras la decisiva Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, y ofrece puntos de vista distintos sobre el llamado "derecho a decidir". Así, Carles Viver Pi-Sunyer, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra, y Director del Institut d'Estudis Autònoms de Catalunya, partiendo de la Resolución de 23 de enero de 2013 del Parlamento catalán, expone sus argumentos en torno a la idea de posibilitar un referéndum consultivo para que la ciudadanía catalana exprese democráticamente su opinión. Se refiere, también, a las diferentes vías que permitirían esta opción. En concreto, la convocatoria del referéndum del artículo 92 de la Constitución; la transferencia o delegación competencial a la Comunidad Autónoma para la convocatoria de referéndum (art. 150.2 CE); la viabilidad de la Ley catalana de consultar por vía de referéndum (ya recurrida ante el Tribunal Constitucional); una nueva Ley catalana de consultas populares no referendarias; y, finalmente, la iniciativa de reforma constitucional para modificar el art. 92 CE (art. 167 CE). Además, incluye, aunque sea de modo enunciativo, una referencia a los efectos jurídicos de los resultados de la consulta, particularmente su vinculatoriedad para el Estado y para la Comunidad Autónoma concernida.

La contribución del profesor Antonio Torres del Moral, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y Director de la *Revista de Derecho Político*, merece una mención especial. El prestigioso constitucionalista analiza, con brillantez y rigor, la naturaleza jurídica de los derechos históricos de los Territorios Forales que reconoce la disposición adicional primera de la Constitución Española. Su estudio sobre "Estado autonómico y derechos históricos", aunque pudiera parecer alejado a la materia nuclear, resulta imprescindible para una lectura atenta del modelo territorial español a partir de la Constitución.

En esta cuarta parte, destaca también el trabajo sobre el proceso de "autodeterminación" y sobre la viabilidad del referéndum como puerta a la reforma constitucional elaborado por Josep M. Castellá, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona y Catedrático acreditado. Todo ello formulado desde una perspectiva jurídica y tomando los ejemplos repetidos de Québec y Escocia; apunta el riesgo de deriva, por la fuerza de los hechos, a una situación de "ruptura constitucional", que implícitamente rechaza. Desde una perspectiva distinta, Felio José Bauzá, Profesor Asociado de Derecho Administrativo de Universidad de las Islas Baleares y Consejero del Consejo Consultivo, parte de un balance positivo del Estado autonómico, pese a lo cual propone que se incorporen mejoras de tipo administrativo, competencial, electoral y financiero. El autor señala que el derecho de autodeterminación territorial no encaja en la Constitución, siendo el "derecho a decidir", en todo caso, un predicado de todo el Estado y no de una unidad territorial subestatal.

En el campo del Derecho Internacional Público, resulta muy interesante la aportación del doctor Joan David Janer, Profesor Titular de esta área de conocimiento en la Universidad de las Islas Baleares. El autor analiza con rigor y profundidad el planteamiento catalán del "derecho a decidir" a la luz de los principios jurídicos de Naciones Unidas, de la Corte Internacional de Justicia (donde vuelve sobre la opinión consultiva de 2010) y de la Unión Europea. Llega a la conclusión de que "la secesión de Cataluña implicaría también que ésta dejaría de ser miembro de las distintas organizaciones internacionales de las que España forma parte, particularmente de la Unión Europea".

El abogado y político Josep Melià Ques plantea, en claro apoyo del "derecho a decidir", los ejemplos de Québec (Canadá) —con la Decisión del Tribunal Supremo de Canadá de 20 de agosto de 1998— y de Escocia (Reino Unido), con un referéndum planteado para 2014 —el cual, sabemos hoy, que condujo a un resultado no favorable a la independencia del pueblo escocés—. Por su parte, Josep Rosselló Cardona, Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, contribuye a la obra con un trabajo sobre el comportamiento de los grupos parlamentarios catalanes, analizando el paralelismo entre el proceso de elaboración y aprobación del Estatuto de Autonomía de 2006 (tan discutido y cercenado —por inconstitucionalidad parcial— en la STC de julio de 2010) y el proceso "por el derecho a decidir". Gerardo Prado, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de San Carlos (Guatemala) y Magistrado de lo Contencioso-Administrativo, aboga por un concepto ecléctico de autodeterminación como posible salida a la crisis actual del Estado autonómico español. Este capítulo se cierra con la colaboración de la abogada Marina Reynés Llamas

sobre el artículo 155 CE, relativo a la coerción estatal sobre las Comunidades Autónomas, precepto poco o nada explorado en los demás trabajos.

VI.

El quinto y último capítulo de la obra, con el título "*La aportación del Derecho Comparado a la solución del conflicto territorial español*", incluye la perspectiva del Derecho extranjero sobre la descentralización política del Estado español. Se incluyen diez trabajos que provienen de Italia, Alemania, Argentina, Perú, Guatemala y Chile, presentando visiones del problema territorial, ciertamente, distintas de la española. Sin embargo, tales aportaciones no resultan desdeñables en el proceso de *reconstrucción* del Estado autonómico. Particularmente relevante es la contribución italiana de los profesores Lucio Pegoraro, Catedrático de Derecho Público Comparado de la Universidad de Bolonia, Giancarlo Rolla, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Génova, y Silvio Gambino, Catedrático de Derecho Constitucional Italiano y Comparado de la Universidad de la Calabria. Todos ellos aportan la experiencia italiana con evidentes puntos de contacto con España, tanto por influencia constitucional recíproca como por la similitud de algunos elementos de ambos Estados. También resulta destacable la participación del Catedrático de Filosofía Política de la Universidad Herinrich Heine de Düsseldorf, Frank Dietrich, y de la Doctora Sabine Riedel, Profesora Titular de Ciencia Política de la Universidad de Magdeburgo. Las colaboraciones procedentes del ámbito iberoamericano, que cierran este capítulo, pertenecen a Antonio María Martínez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), Ricardo Haro, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la misma Universidad, José F. Palomino, Catedrático de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú), Mara Yesenia López Cambrán, Profesora de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo de la Universidad de San Carlos (Guatemala), y Manuel Yáñez, Profesor Ayudante de Derecho Político y Constitucional de la Universidad de Talca (Chile).

VII.

El lector va a hallar en este libro materiales y estudios de muy diferente índole sobre la crisis territorial del Estado español, con puntos de vista y elementos de análisis muy dispares (incluso, en ocasiones, contrapuestos). El director de la obra ha conseguido que las argumentaciones presentadas en las *Jornadas*, plura-

les y diversas, hayan encontrado acomodo en las páginas de una obra colectiva completa y coherente, que con diferentes compases confluyen en una misma partitura. El jurista y cualquier lector formado, habituado al debate y a la confrontación de ideas, puede encontrar en este trabajo puntos de controversia o discusión en relación a los postulados clásicos de la forma territorial del Estado y argumentos que, sin duda, van a contribuir al diálogo abierto y fructífero sobre cualquiera de los temas propuestos.

En definitiva, nos encontramos ante una obra colectiva, plural y diversa, que aborda una temática muy actual y de gran interés. Sistemáticamente, pese a la amplitud de las materias analizadas y la complejidad de la problemática que en ellas se plantea, el libro presenta una estructurada bien cohesionada y ordenada. El buen hacer de los coordinadores del libro (Doctores Maria Ballester, Vicente J. Calafell y Alberto Oehling) y el indudable calidad científica de los diferentes trabajos y colaboraciones que lo conforman son el mejor aval para una publicación cuya lectura es muy recomendable y que, sin duda, va a contribuir a ampliar el conocimiento sobre la crisis y los retos a los que se enfrenta el modelo territorial español, así como las posibles líneas de solución de los mismos.

IV. CRÓNICAS

SUMARIO

- **Joaquina Guerrero Sanz**, *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2015)*.
- **M^a del Pilar Molero Martín-Salas**, *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2015)*.
- **M^a. Elena Rebato Peño**, *Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autónomo y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2015)*.
- **María Martín Sánchez** *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2015)*.

ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA
EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA

Ma Joaquina Guerrero Sanz
Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Recibido: 01-02-2016
Aceptado: 01-06-2016

En el año 2015, 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-, se ha concretado en la emisión de cuatro 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, se recogerán las 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 4/2015, de 8 de enero, solicitado por la Consejería de Agricultura, sobre el anteproyecto de Ley por el que se crea el Instituto Regional de Investigación y Desarrollo Agroalimentario y Forestal de Castilla-La Mancha (IRIAF).

La Memoria justificativa de la norma sometida a dictamen plasmaba la necesidad y conveniencia de crear el organismo autónomo con objeto de fomentar el desarrollo tecnológico, la investigación y la dinamización de todas las actividades relacionadas con el sector agroalimentario y forestal de Castilla-La Mancha, impulsando nuevas orientaciones productivas o de adecuación al mercado y a sus exigencias, pudiendo actuar como medio propio de la Administración en áreas básicamente tecnológicas, industriales, de investigación, de certificación de la calidad, así como en el desarrollo de infraestructuras o en la promoción de iniciativas de desarrollo específicas.

Indicaba que en el mismo se incluirían las unidades actualmente adscritas al Instituto de la Vid y el Vino de Castilla-La Mancha que quedaría extingui-

do, así como otros centros de investigación dependientes de la Consejería de Agricultura. Esta unificación *"mejorará la eficacia en la gestión de los recursos públicos, haciendo que los resultados se obtengan de manera más rápida y a un menor coste, poniéndose al servicio del sector agroalimentario de forma más dinámica"*, y contribuirá a la *"identificación de las estrategias de modernización y competitividad más adecuadas para el sector y a la planificación de la actuación administrativa en la materia"*, además de facilitar la *"cooperación con organismos similares"*. El nuevo instituto asumiría también las competencias relativas a formación y a experimentación agraria.

El dictamen realizó las consideraciones de carácter esencial que se pasan a describir.

El **artículo 4 del anteproyecto** establecía el régimen jurídico aplicable a los actos dictados por el Instituto determinando en el apartado 6 que *"Corresponde a la persona titular de la Presidencia del IRIAF la resolución de los recursos extraordinarios de revisión, la resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial y de las reclamaciones previas en asuntos civiles y laborales"*.

El dictamen del Consejo consideró que *"el artículo 118.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que "Contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución [...]"*.

Residencia, de este modo, el precepto básico la resolución de los recursos extraordinarios de revisión en el órgano que dictó el concreto acto que se impugna por esa vía extraordinaria. No es posible, por tanto, sin contrariar esta norma básica, unificar en la persona que ostente la Presidencia del Instituto la resolución de los distintos recursos extraordinarios de revisión que puedan presentarse contra cualquier acto, pues dicha competencia habrá de corresponder en cada caso al órgano que haya dictado el concreto acto firme que se recurre".

La **Disposición final segunda**, en el apartado 1 establecía que *"en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente norma se regulará el estatuto del personal investigador, que incluirá fórmulas específicas de selección, formación y actualización del personal investigador; así como la regulación de una estructura de carrera del citado personal"*.

El Consejo recogió la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 99/1987, de 11 de junio, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, donde señala que *"En el primer inciso de su art. 103.3 la Constitución ha reservado a la Ley la regulación de la situación personal de los funcionarios públicos y de su relación de servicio o «régimen estatutario», por emplear la expresión que figura en el art. 149.1.18 de la misma Norma fundamental. Es éste, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública. Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos, pues todas ellas interesarán directamente a las relaciones entre éstos y las Administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la Administración. Esta normación, en virtud de la reserva constitucional a la que se viene haciendo referencia, habrá de ser dispuesta por el legislador en términos tales que, de conformidad con lo antes observado, sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos así incluidos en el Estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de Ley en la labor que la Constitución le encomienda"*.

Añade la sentencia que *"en el art. 103.3 de la Constitución se establece, efectivamente, una reserva para la regulación por Ley de diversos ámbitos de la Función Pública, entre los que se cuenta el «Estatuto de los funcionarios públicos».* Esta materia queda, así, sustraída a la normación reglamentaria, mas no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa, habrá

de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa. En este ámbito, por lo tanto, habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva. Incluso con relación a los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es, pues, imposible una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre -como se dijo en el fundamento jurídico 4.º de la STC 83/1984, de 24 de julio (RTC 1984\83)- que estas remisiones «sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», de tal modo que no se llegue a «una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir».

Continuaba el dictamen fundamentando que *"en consonancia con la doctrina constitucional expuesta, el Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, ha contemplado diversos llamamientos a la ley para la regulación de distintos aspectos afectantes a dicho régimen -así, cabe señalar el artículo 16.3 en relación a la carrera profesional; el 17 para la carrera horizontal; el 18.3 para la promoción interna; el 61.6 para la determinación del concurso como forma de selección; el 75.2 para la creación, modificación y supresión de cuerpos y escalas; el artículo 76 para la exigencia en el acceso de títulos diferentes a los señalados con carácter general; o el artículo 78.3 para procedimientos de provisión en supuestos específicos-*

En suma, estima este órgano consultivo que determinados aspectos alusivos a la selección del personal investigador, así como al diseño de su estructura de carrera y la concreción de sus determinaciones habrán de ser establecidos por una norma de rango legal.

De este modo, si lo que se pretende con la disposición final que se comenta es habilitar al órgano ejecutivo autonómico para ejercitar el mandato de regular el

estatuto del personal investigador -pese a la imprecisión de la redacción, así parece deducirse por la ubicación de la misma en el disposición titulada "Habilitación normativa"-, tal pretensión no sería respetuosa con la reserva de ley existente.

Sí podría contemplar la ley, no obstante, un mandato al Consejo de Gobierno para que en el plazo de un año elevara a las Cortes de Castilla-La Mancha un proyecto de ley en el que se regulara dicho estatuto del personal investigador; si bien dicha previsión debería recogerse en una disposición diferenciada con título distinto al no tratarse de una habilitación propiamente dicha".

La disposición finalmente aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha fue la Ley 4/2015, de 26 de marzo, por la que se crea el Instituto Regional de Investigación y Desarrollo Agroalimentario y Forestal de Castilla-La Mancha, que atendió las recomendaciones de carácter esencial efectuadas en el dictamen.

- Dictamen número 23/2015, de 28 de enero, solicitado por la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de Castilla-La Mancha.

En la Memoria del anteproyecto se justificaba la conveniencia de acometer la redacción de un nuevo anteproyecto de Ley que regulase la transparencia, el buen gobierno y la participación ciudadana en Castilla-La Mancha, como medida básicamente entroncada con la necesidad de adecuar el ordenamiento autonómico a las determinaciones de la Ley estatal 19/2013, de 9 diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, investida de carácter básico en gran parte de su articulado. La explicación de las razones que aconsejaban el desarrollo de la iniciativa legislativa se hacía en términos similares a los posteriormente llevados a la Exposición de Motivos del anteproyecto, dando cuenta de las medidas ya adoptadas al respecto por el Consejo de Gobierno y de las que ulteriormente habrían de aplicarse en ejecución de las disposiciones proyectadas, tales como la constitución del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno, la implantación del llamado "*Sistema Informático Centralizado de Información Pública (SICIP)*", la implantación del Registro de Participación Ciudadana, la presentación del Plan Director de Ciudadanía, la presentación del Catálogo de Aplicaciones Informáticas ofrecidas como software libre y el impulso de un Plan Formativo sobre la materia destinado al personal de la Administración.

El texto de la norma sometida a dictamen fue acreedora de las observaciones de carácter esencial que se sistematizan y se describen a continuación.

A) Observaciones relacionadas con el modo de reproducción o la observancia de preceptos estatales investidos de la condición de normativa de carácter básico.

Con carácter previo a la descripción de las observaciones de este tipo a realizar en el dictamen, se recogió la doctrina al respecto contenida en el 168/2014, de 21 de mayo, donde este Consejo se inclinó por dotar de esencialidad a algunos reparos asociados a problemas de inseguridad jurídica derivados de este tipo de reproducciones, considerándose 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 jurisprudencia 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 (F.3); síntesis que posteriormente se reproduce en la STC 150/1998, de 2 de julio (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 y 164/1995), 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 F.23), en otros casos en los que Leyes autonómicas reproducían normas incluidas en la legislación básica del Estado (SSTC 40/1981 y 26/1982, 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). En este sentido, cumple recordar lo declarado por este Tribunal en su STC 10/1982

*(F.8) y más recientemente recogido en las SSTC 62/1991 [F.4, apartado b)] y 147/1993) (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, 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".

Conforme a los criterios jurisprudenciales y doctrinales previamente expuestos, las observaciones sobre el inadecuado cumplimiento de los criterios de constitucionalidad anteriormente señalados fueron las siguientes:

1) Observaciones sobre la forma de determinación del ámbito subjetivo del anteproyecto de Ley y su posterior repercusión sobre las medidas de publicidad activa y acceso a la información pública vinculadas al mismo.

El dictamen exponía que "el artículo 2 de la citada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, determina el ámbito subjetivo de aplicación de su título I -concerniente al deber de publicidad activa y al derecho de acceso a la información pública-. Por su parte, el artículo 2 del anteproyecto de Ley pretende establecer un ámbito de aplicación común para toda la Ley, si bien introduce sucesivas matizaciones en sus artículos posteriores, que van identificando a los destinatarios de sus preceptos, bien de forma explícita –como los artículos 7 y 8, solo dirigidos a la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha- o bien mediante remisiones al artículo 2 o a alguno de sus dos apartados-como se hace en los artículos 6, 9 y 10-.

Ahora bien, el cotejo de las diversas categorías de colectivos o sujetos relacionados en ambos artículos 2, revela que el del anteproyecto de Ley, actuando como instrumento determinante del alcance real de las medidas contempladas en los artículos posteriores, sigue criterios de agrupamiento distintos a los del artículo 2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, suscitando con ello las siguientes problemáticas, en relación con:

a) Las Corporaciones de derecho público, "en lo relativo a las actividades sujetas a Derecho Administrativo".

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, incluye a estas entidades -que comprenderían, cuando menos, a los colegios profesionales oficiales- dentro de las enumeradas en su artículo 2.1 -en el epígrafe e)-; sin embargo, el anteproyecto de Ley las cambia de bloque y las sitúa en el artículo 2.2, ubicándolas junto a las relacionadas en el artículo 3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre -partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales y entidades

privadas que reciban cierto volumen de subvenciones públicas-. Este cambio de emplazamiento tiene diversas consecuencias sobre el conjunto de medidas que, según la normativa básica estatal, resultan de aplicación a dichas corporaciones de derecho público, como son:

- En primer lugar, quedarían exentas de la obligación de publicidad activa sobre información de tipo institucional, organizativo y de planificación prevista en el artículo 6.1 de la citada Ley 19/2013, que es la tratada en el artículo 6.1 del anteproyecto de Ley en términos que guardan visible correspondiente con lo establecido en la regulación básica estatal.

- En segundo término, hay que advertir de que la obligación de suministrar información contemplada en el artículo 4 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, que ha sido llevada en términos idénticos al artículo 10 del anteproyecto, cobra también un diferente sentido en relación con estas corporaciones de derecho público, ya que no quedan comprendidas dentro de los sujetos potencialmente receptores o requeridores de la información allí tratada.

- Finalmente, también se verían afectadas las obligaciones de publicidad de información en materia económica, presupuestaria y estadística tratadas en el artículo 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, ya que el tratamiento singular y simplificado contemplado en el artículo 8.2 de dicha Ley, llevado al artículo 9.3 del anteproyecto, adquiere aquí un diferente alcance subjetivo, minimizando los deberes de información previstos por la normativa básica para las corporaciones de derecho público respecto de las letras a), b) y c) del apartado 1.

Por consiguiente, una corrección de las desviaciones generadas por la falta de correspondencia señalada previamente, precisaría de una reubicación de las citadas corporaciones de derecho público dentro del apartado 1 del artículo 2 del anteproyecto, de tal modo que las consecuencias de su modo dispar de encuadramiento queden solventadas en armonía con las previsiones de la normativa básica estatal de referencia.

b) Artículo 6. Información institucional, organizativa y de planificación.

"En la normativa básica estatal de referencia los deberes de información en esta materia "institucional, organizativa y de planificación" alcanzan a todos los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación del Título I de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sin que ofrezca duda su aplicabilidad a los sujetos del artículo 3 -partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales

y entidades privadas que reciban cierto volumen de subvenciones públicas-, ya que dicho artículo 3 señala de entrada que "las disposiciones del capítulo II de este título serán también aplicables" a dichos sujetos.

Sin embargo, el artículo 6 del anteproyecto de Ley examinado, en su apartado 1, precisa que "los sujetos obligados establecidos en el apartado 1 del artículo 2 publicarán información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación así como a su estructura organizativa. A estos efectos incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos. Asimismo [...]". De este modo, la remisión al artículo 2.1 efectuada en el inciso inicial del precepto transcrito previamente implica que sus determinaciones no resulten de aplicación a los sujetos enumerados en el artículo 3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

Por consiguiente, el texto proyectado comportaría una específica exclusión del deber de publicidad de información que pesa sobre los sujetos relacionados en el artículo 3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, respecto de las cuestiones mencionadas en el artículo 6.1 de esa misma Ley, donde se indica que "Los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título publicarán información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación así como a su estructura organizativa. A estos efectos, incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional", reproduciéndose en el primer párrafo del artículo 6.1 del anteproyecto de Ley los mismos contenidos informativos que aparecen previamente subrayados.

Además, debe objetarse que en el artículo 6.1 del anteproyecto no se ha reproducido completa y fielmente el texto del artículo 6.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sino que se ha omitido la referencia al "perfil y trayectoria profesional" de los responsables de los diferentes órganos, lo que afecta no solo a los sujetos del artículo 3, antes aludidos, sino a la totalidad de órganos y entidades conformadores del ámbito subjetivo de aplicación del anteproyecto de Ley, incluyendo también los relacionados en su artículo 2.1. De tal modo, este supuesto de reproducción parcial de una norma básica sería visiblemente incardinable dentro de los casos reprobados por la doctrina constitucional aludida inicialmente, toda vez que el precepto proyectado lleva a interpretar que pretende eludir el deber de información sobre la materia referida, obviando así la normativa básica estatal de aplicación.

2) Artículo 9. Información económica, presupuestaria y estadística.

"Este artículo del anteproyecto, en su apartado 1.g), impone a los sujetos obligados -los relacionados en el artículo 2- el deber de publicitar información sobre "las resoluciones de autorización o reconocimiento del ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos y de los órganos de asistencia de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha".

El precepto claramente similar y equiparable obrante en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, acogido en su artículo 8.1.g), hace referencia a "las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local".

Por lo tanto, la puesta en común de ambos preceptos deja ver que el texto legal proyectado adopta una formulación que, al obviar el deber de publicar información sobre autorizaciones y reconocimientos de compatibilidad que afecten a los empleados públicos, permitiría considerar que los sujetos destinatarios del mandato quedan excluidos de la obligación impuesta a ese efecto por la normativa básica estatal, constituyendo así, a juicio de este Consejo, un supuesto de reproducción parcial o incompleta de dicha normativa básica opuesta a los criterios de constitucionalidad expuestos con anterioridad".

3) Artículo 21. Modalidades de ejercicio del derecho de acceso.

"Este artículo, en su apartado 1, impone a ciertas personas o sujetos la obligación de emplear medios electrónicos en sus peticiones de acceso a la "información pública" -concepto predefinido por el artículo 13 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y llevado al 4.a) del anteproyecto de Ley-, indicando al respecto que "1. Las solicitudes de acceso a la información pública se cursarán por medios electrónicos, cuando los solicitantes se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos [...]".

Sin embargo, a juicio de este Consejo, el precepto transcrito podría entrar en contradicción con lo previsto en los artículos 17.2 y 22.1 de la tan citada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, donde se señala sobre los correspondientes procedimientos de acceso:

- "La solicitud podrá presentarse por cualquier medio que permita tener constancia de: [] a) La identidad del solicitante. [] b) La información solicitada. [] c) Una dirección de contacto, preferentemente electrónica, a efectos de comunicaciones. [] d) En su caso, la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada" -artículo 17.2-.

- "El acceso a la información se realizará preferentemente por vía electrónica, salvo cuando no sea posible o el solicitante haya señalado expresamente otro medio [...]" -artículo 22.1-.

Es cierto que el precepto legal proyectado guarda notoria similitud y parece hallar cobertura en una previsión análoga contenida en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, que establece con carácter general: "6. Reglamentariamente, las Administraciones Públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos".

Ahora bien, la aparente colisión, fricción o antinomia advertible entre las dos normas estatales reseñadas anteriormente parece que habría de resolverse aplicando los principios de temporalidad y especialidad, que abogan en favor de las determinaciones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, según las cuales debería conferirse preferencia a lo señalado expresamente por el solicitante de acceso a la información pública, con independencia de cuales pudieran ser sus circunstancias subjetivas de capacidad tecnológica".

4) Artículo 34. Ejercicio del derecho a reutilizar la información.

"El apartado 1 dispone: "Las solicitudes de puesta a disposición de datos abiertos para su reutilización se tramitará[n] electrónicamente, así como el procedimiento de gestión de dichas solicitudes".

Este apartado, al determinar la vía electrónica como la única posible para las solicitudes y tramitación del procedimiento, contraviene la normativa básica estatal.

En principio, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, determina únicamente la obligación de las Administraciones de promover o procurar que la tramitación

de las solicitudes sea por medios electrónicos, pero no excluye otras posibles vías de presentación de solicitudes y tramitación. En concreto, su artículo 5 -de carácter básico-, dispone que "las Administraciones y organismos del sector público promoverán que la puesta a disposición de los documentos para su reutilización, así como la tramitación de solicitudes de reutilización se realice por medios electrónicos y mediante plataforma multicanal cuando ello sea compatible con los medios técnicos de que disponen". En su apartado 2, señala que los documentos se facilitarán en cualquier formato o lengua en que existan previamente, "procurando proporcionarlos por medios electrónicos".

Por su parte, el artículo 27 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, determina con idéntico carácter básico que "Los ciudadanos podrán elegir en todo momento la manera de comunicarse con las Administraciones Públicas, sea o no por medios electrónicos, excepto en aquellos casos en los que de una norma con rango de Ley se establezca o infiera la utilización de un medio no electrónico. La opción de comunicarse por unos u otros medios no vincula al ciudadano, que podrá, en cualquier momento, optar por un medio distinto del inicialmente elegido. [] 2. Las Administraciones Públicas utilizarán medios electrónicos en sus comunicaciones con los ciudadanos siempre que así lo hayan solicitado o consentido expresamente. La solicitud y el consentimiento podrán, en todo caso, emitirse y recabarse por medios electrónicos".

Esto significa que la legislación básica estatal ha dispuesto que corresponde a los ciudadanos el derecho de opción de utilización de medios electrónicos o no, sin perjuicio del deber de la Administración de promover o fomentar el uso tales medios, sin que, en consecuencia, las Comunidades Autónomas puedan determinar el empleo obligatorio de los mismos en sus relaciones con los ciudadanos.

La excepción que al respecto establece el anteriormente citado apartado 6 del artículo 27, que permite que reglamentariamente se pueda establecer la obligatoriedad del uso de medios electrónicos, no es aplicable al presente caso, pues la Ley limita dicha posibilidad a que se trate de casos en que "los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos", lo que no ocurre en el caso del presente derecho en el que cualquier ciudadano puede ejercer el derecho de acceso a reutilizar la información.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 34 establece: "La puesta a disposición de información en formatos abiertos con carácter exclusivo será excepcional y únicamente se autorizará por razón de prestación de un servicio de interés público [...]".

Dicha redacción no se ajusta a la fijada en la normativa básica estatal que determina en el artículo 6.2 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que: "No será admisible el otorgamiento de derechos exclusivos de los organismos del sector público a favor de terceros salvo que tales derechos exclusivos sean necesarios para la prestación de un servicio de interés público. En tal caso, la Administración o el organismo del sector público correspondiente quedará obligado a la realización de una revisión periódica, y en todo caso, cada tres años, de la permanencia del motivo que justificó la concesión del mencionado derecho exclusivo. Estos acuerdos exclusivos deberán ser transparentes y públicos".

Ya se ha indicado anteriormente la problemática que plantea el desarrollo por normas autonómicas de normativa básica estatal y que en el caso de que sea necesaria la reproducción de preceptos básicos en aquellas, debe efectuarse en sus propios términos sin alterar la redacción, por el margen de inseguridad y error que introduce, incrementado cuando se transcribe la norma parcialmente o alterando su redacción, como en el presente caso. En este sentido, cabe traer a colación la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional que considera tal práctica como "potencialmente peligrosa" (así lo expresa, entre otras muchas, en su Sentencia 150/1998, de 2 de julio, RTC 1998/150)".

5) Artículo 40. Reclamación ante el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno.

"Este artículo regula las reclamaciones que, en materia de acceso a la información pública, pueden presentarse ante el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno, indicando su carácter sustitutivo de los recursos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El apartado 1 delimita su ámbito a las resoluciones adoptadas por los "órganos del sector público regional o por las entidades locales de Castilla-La Mancha".

Según el artículo 1 de la norma proyectada, integran el sector público regional los indicados en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-

La Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, que incluye, entre otros, a los órganos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, concepto definido en el artículo 8 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, en el que se encuentran las Cortes de Castilla-La Mancha.

Dicho ámbito no se ajusta al determinado en la disposición adicional cuarta de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que explicita en el párrafo segundo del apartado 1, que: "No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, contra las resoluciones dictadas por las Asambleas legislativas y las instituciones análogas al Consejo de Estado, Consejo Económico y Social, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo, en el caso de esas mismas reclamaciones sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo".

En consecuencia debe modificarse la redacción del precepto para especificar que no son objeto de reclamación ante el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno las resoluciones dictadas por las Cortes de Castilla-La Mancha y por el Consejo Consultivo.

El apartado 5 de este artículo dispone: "Las resoluciones dictadas por el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno, ponen fin a la vía administrativa y son recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interposición del recurso potestativo de reposición".

No parece viable jurídicamente el establecimiento de un recurso de reposición contra los Acuerdos del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno, que resuelven las reclamaciones, toda vez que estas son sustitutivas de los recursos administrativos y, contra la resolución de los recursos no cabe recurso administrativo alguno (artículos 115.3 y 117.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), a excepción del extraordinario de revisión".

B) Observaciones sobre el Régimen Sancionador recogido en el artículo 42 del Anteproyecto.-

Con carácter previo al examen de este artículo, el Consejo precisó que el capítulo II del Título V regula un complicado régimen sancionador, agrupando cuatro regímenes sancionadores de distinto alcance, en lo que se refiere a los posibles sujetos infractores, a las normas que regulan el régimen jurídico, y a la competencia autonómica para su regulación, teniendo uno de dichos regímenes carácter básico. El dictamen resume así éstos:

"a) En materia de presentación de declaración de actividades, bienes y rentas (artículo 43). Se trata de una regulación en ejercicio de competencia propia que remite al artículo 21 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo, en lo relativo a las infracciones y sanciones correspondientes.

b) En materia de conflicto de intereses (artículo 44). También incluido en ejercicio de competencias propias. Contiene una relación de infracciones y las correspondientes sanciones, en relación con el incumplimiento del régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 11/2003, de 25 de septiembre.

c) En materia de gestión económica y presupuestaria y disciplinaria. En este caso la tipificación de las infracciones y las sanciones se encuentra fijada con carácter básico en los artículos 29 y 30 de la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

d) En materia de reutilización de la información del sector público, en desarrollo de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización del sector público, norma estatal, cuyo régimen sancionador no tiene carácter básico. Presenta la particularidad en relación con los anteriores regímenes sancionadores, que los eventuales sujetos infractores no son altos cargos de la Administración, sino los particulares".

Recogía el dictamen que *"con carácter general, en el análisis de este régimen sancionador ha de tenerse en cuenta, por un lado, lo ya dicho sobre los riesgos de la eventual repetición de normas básicas del Estado, o bien la llamada explícita a las mismas, que en este supuesto podría suponer el problema adicional del conflicto con el principio non bis in ídem (que si bien podría resolverse en el momento de la interpretación o aplicación, debe evitarse en lo posible en el momento de la redacción de la norma). Pero además es importante considerar las exigencias del principio de tipicidad, que conlleva la necesidad de que las infracciones estén previstas en una ley previa y cierta, lo que implica que las normas deben ser "concretas, precisas, claras e inteligibles" (SSTC 181/2008, de 22 de diciembre; 151/1997, de 29 de septiembre; 34/1996, de 11 de marzo).*

Sentado lo anterior, cabe comenzar por el apartado 1 del artículo 42 que encabeza este capítulo, y que está redactado como sigue: "El incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente ley se sancionará conforme a lo previsto en este capítulo, sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, o de otras responsabilidades que pudieran concurrir".

Debe suprimirse la expresión "sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", toda vez que no se trata de un doble régimen sancionador (autonómico y estatal), puesto que de ser así se incurriría en una infracción del principio non bis in ídem.

Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá sobre el artículo 45 del anteproyecto, las infracciones en él tipificadas son las mismas que las contempladas con carácter básico en la citada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, si bien corresponde a los órganos competentes de la Administración regional la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador; tal como se dispone en el artículo 31, apartado 2, letra c) y 4, letra c) de la propia ley básica estatal.

Por otra parte, en el apartado 2, no se entiende la referencia a las "infracciones disciplinarias" pues ninguno de los cuatro regímenes sancionadores que se regulan en el Capítulo II del Título V, se refiere a los empleados públicos. En este sentido debe recordarse que los artículos 27, 28 y 29 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, relativos a las infracciones en materia de conflicto de intereses, gestión económico-presupuestaria y disciplinaria, respectivamente, se encuentran ubicados en el Título II -Buen Gobierno-, cuyo ámbito de aplicación está fijado en el artículo 25, apartado 2, que dispone que "Este título será de aplicación a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración [...]".

C) Observaciones sobre infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses, contenidas en el artículo 44 de la norma proyectada.

El apartado 1 de dicho precepto disponía que "constituye infracción grave en materia de conflicto de intereses, el incumplimiento por parte de los titulares de los órganos superiores, directivos, de apoyo y de asistencia de la Administración regional, del régimen de incompatibilidades establecido en los artículos 19 y 34 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo".

Entendió el Consejo que "puesto que el régimen de incompatibilidades regulado en la citada Ley 11/2003, de 25 de septiembre, también afecta a los directores de los Entes Públicos dependientes de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y a los presidentes, directivos y gerentes de las empresas públicas de la Comunidad Autónoma, deberían añadirse a la relación de sujetos contenida en ese apartado.

En el apartado 2 de este artículo se relacionan las infracciones muy graves, incluyendo en su letra e) "la condena por delitos contra la hacienda pública y la seguridad social o contra la Administración pública".

No se entiende la razón de incorporar este tipo infractor, que no tiene relación con el régimen de incompatibilidades al que se refiere el precepto, y que además presenta dudas de constitucionalidad por su compatibilidad con el principio non bis in ídem en su vertiente material.

Dicho principio es entendido en Derecho español, primordialmente como la prohibición de doble castigo por lo mismo. Pese a que la Constitución no lo contempla expresamente en su articulado, sí está reconocido en diversos convenios internacionales ratificados por España y, en todo caso, el Tribunal Constitucional ha entendido que también la Constitución consagra este principio en reiterada jurisprudencia que arranca de la sentencia 2/1981, de 30 de enero, donde lo considera integrado en el derecho a la legalidad penal previsto en el artículo 25.1 de nuestra Carta Magna. Así, la Sentencia 180/2004, de 2 de noviembre (RTC2004/180), con cita de jurisprudencia anterior, afirma que "la garantía de no ser sometido a bis in ídem se configura como un derecho fundamental, que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3, y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2)".

Ciertamente, el alcance de este principio ha sido objeto de matizaciones por parte del Tribunal Constitucional en determinados ámbitos en que existe una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justifica el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración (Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981, de 30 de enero). Como dice la Sentencia 234/1991, de 10 diciembre (RTC 1991\234) "esta segunda sanción no se impone en ejercicio del ius puniendi que el Estado ostenta para reprimir las conductas tipificadas como delito o falta dentro del territorio nacional sino en uso del poder disciplinario que la Administración tiene sobre sus dependientes o funcionarios, esto es, en virtud de la relación jurídica estatutaria que vincula al funcionario con la Administración sancionadora". Ahondando en la idea, la ya citada Sentencia 180/2004, de 2 de noviembre, señala: "lo que resulta afectado en este caso es el interés legítimo de la Administración en su conjunto de servir

con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE); el de cada uno de los entes u órganos que la integran, en particular el de asegurar el funcionamiento eficaz del servicio público que les está encomendado, de donde fácilmente se infiere que la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de ésta; salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste".

Por tanto, si bien el Tribunal Constitucional no ha entendido aplicable la prohibición de bis in ídem a ciertos supuestos, en los cuales es posible la sanción administrativa como consecuencia de la condena penal, en dichos supuestos estamos ante sanciones administrativas previstas en el ámbito disciplinario para los funcionarios. No es fácil saber si la lógica utilizada para establecer esta excepción es extrapolable al caso que ahora se examina, pero en todo caso la aplicabilidad de la anterior excepción del principio a los altos cargos resulta dudosa, pues estos no son funcionarios, ni tampoco "dependientes" de la Administración, sino los encargados de dirigirla, su estatuto presenta notables diferencias con el régimen estatutario de los funcionarios, y su nombramiento se debe a una decisión discrecional del órgano correspondiente. En este sentido debe resaltarse el hecho de que tanto la regulación del legislador estatal, como la proyectada en el texto sometido a dictamen, no se refiere a un régimen disciplinario, sino sancionador; lo que, a juicio de este Consejo permite cuestionar el ajuste a derecho de la regulación pretendida.

Finalmente advertir que no parece tener mucho sentido la incorporación de esta situación al listado de infracciones, toda vez que la única sanción que se le atribuye es el cese en su puesto público y que la disposición adicional segunda del anteproyecto ya contempla el cese inmediato del alto cargo, cuando se acuerde la apertura de juicio oral en una causa penal por cualquier delito o falta, precepto este que será objeto de análisis más adelante".

D) Observaciones sobre infracciones y sanciones en materia de gestión económica y presupuestaria y disciplinaria, contenidas en el artículo 45 del Anteproyecto.-

El apartado 1 de dicho precepto se remitía a lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, que enumeran las infracciones en estas materias con carácter básico.

Pese a la remisión anterior, en el apartado 2, se contenía una larga relación de infracciones que agrupaba en muy graves, graves y leves, sin diferenciar entre las relativas a gestión económico-presupuestaria y disciplinaria.

En dicha relación figuraban infracciones que transcribían algunas de las ya establecidas en el artículo 28 (por ejemplo apartados a, b, d), precepto al que previamente se había remitido. Sin embargo, no incluía otras, ni tampoco las del artículo 29. También contenía infracciones análogas a las previstas en la norma estatal básica, pero alterando su redacción (por ejemplo, apartados f, i, k) y, finalmente, incorporaba otras nuevas no contempladas en la norma estatal (l, ñ, o).

Después de observar que en el expediente no constaban las razones de esa peculiar técnica legislativa, el Consejo estimó que *"de acuerdo con lo expresado en consideraciones precedentes sobre la problemática de la transcripción de normativa básica, estima el Consejo que en el presente caso lo más adecuado es determinar la remisión a la relación de infracciones establecidas en los artículos 28 y 29, tal como se consigna en el primer párrafo de este artículo y, en su caso, en un segundo apartado, se indique que además de esas se tipifican las que se considere conveniente añadir.*

En relación con estas últimas, el borrador sometido a dictamen introduce dos nuevos tipos infractores:

"ñ) La preparación y adjudicación de contratos por encima del valor del precio de mercado.

o) La preparación y adjudicación de contratos cuando no exista necesidad para el desarrollo de la actividad de la Administración o cuando su objeto se pueda prestar por medios propios".

A juicio de este Consejo la redacción de dichos tipos infractores plantea problemas desde la perspectiva del principio de tipicidad. Dicho principio, como se ha señalado anteriormente, supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y las sanciones aplicables, así como las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones que tengan rango legal y tiene su fundamento en los principios de libertad (artículo 1.1 de la Constitución) y de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución).

El Tribunal Constitucional tiene señalado que el principio de tipicidad exige que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa), lo que implica un mandato dirigido al legislador y al poder reglamentario según el cual "han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el "máximo esfuerzo posible" (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever así, las consecuencias de sus acciones (STC 151/1997, de 29 de septiembre)" (STC 218/2005, de 12 de septiembre).

En el caso de las infracciones indicadas, su configuración se ha hecho exclusivamente a partir de conceptos jurídicos indeterminados (valor de mercado, que no exista necesidad o que se pueda prestar por medios propios). Si bien el principio de tipicidad no veda el empleo de este tipo de conceptos, su "compatibilidad con el artículo 25 de la Constitución, según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permita prever, con suficiente seguridad jurídica la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada" (STC 208/2005, de 12 de septiembre).

En el supuesto concreto que nos ocupa, estima el Consejo que dicho defecto podría corregirse en el primero de los tipos indicados (si se desea mantener esta infracción) incorporando a la redacción alguna expresión que reduzca el margen de apreciación y añada claridad al supuesto previsto, por ejemplo señalando que la infracción se produce en el caso de adjudicación de contratos cuando ésta supere "manifiestamente" o "de forma notoria" el valor de mercado.

En el segundo de los casos, estima que la valoración de la necesidad del desarrollo de una actividad, y más aún la valoración de si la prestación de su objeto se puede o no llevar a cabo por medios propios, conlleva necesariamente un cierto margen de discrecionalidad del que la Administración puede disponer en circunstancias normales y dentro de la ley, de manera que la consideración de esa actuación como una infracción grave compromete seriamente el principio de tipicidad, por lo que se aconseja su supresión".

E) Observaciones sobre la responsabilidad política por causa penal, contemplada en la Disposición adicional segunda del proyecto normativo.-

Esta disposición establecía que: "Sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador establecido en el Título V de esta Ley, en el caso que se acuerde

judicialmente la apertura de juicio oral en una causa penal contra un alto cargo de la Administración regional, el Consejo de Gobierno sancionará su responsabilidad política mediante su cese inmediato".

El Consejo era consciente de que *"la propuesta proyectada responde a una legítima demanda de los ciudadanos que exigen a sus cargos públicos una mayor responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, pero no puede olvidarse que esta exigencia debe canalizarse por vías que respeten plenamente el ordenamiento jurídico y las garantías previstas en el mismo, lo que no es el caso con la redacción plasmada en la citada disposición del anteproyecto". Considerando a continuación que dicho enunciado "califica impropiaamente como "responsabilidad política", lo que en realidad es una consecuencia jurídica desde el momento en que pasa a incorporarse como exigencia al ordenamiento. La responsabilidad política sigue por definición unos parámetros y reglas diferentes a los de la responsabilidad jurídica, y puede en consecuencia asumirse personalmente, o exigirse por quien tiene potestad para ello, con total independencia del curso o resultado de un eventual proceso penal seguido por determinados hechos. La responsabilidad política implica simplemente un reproche en la valoración que se hace de una gestión llevada a cabo por un cargo público, y conlleva el cese del mismo, pero solo puede ser exigida por quien designó al cargo (por ejemplo, y siempre en el contexto de un régimen parlamentario, los ministros a los cargos que han designado, el Presidente a los ministros, el Parlamento al Presidente, y eventualmente el pueblo a los representantes que eligió). La doctrina ha analizado con cierto detalles las características y diferencias entre responsabilidad política y responsabilidad jurídica (por ejemplo, Esther González Hernández, *La responsabilidad penal del Gobierno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, especialmente pp. 153 ss.). Como ha señalado Joaquín García Morillo, "la responsabilidad política no excluye la concurrencia de otras responsabilidades jurídicas, pero es ajena a ella. Sólo puede ser exigida por quien designó a la persona para un determinado cargo, y se circunscribe a una valoración de la gestión política del designado que concluye en la pérdida de confianza que se había depositado en él cuando se le encargó dicha gestión. Por ello, su pertinencia es absolutamente subjetiva, y el criterio para su exigencia se limita a la oportunidad y es completamente ajeno a la legalidad" (Joaquín García Morillo, *"El control parlamentario del Gobierno"*, en Luis López Guerra et alii, *Derecho Constitucional*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 9ª edición, 2013, pp. 117-118; el mismo autor analiza el tema con más profundidad en su artículo "Responsabilidad política y responsabilidad penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 52, 1998, pp. 81 ss.)*

De este modo, esta responsabilidad, por su propio fundamento y naturaleza, no puede imponerse jurídicamente. El Derecho puede establecer los procedimientos a través de los cuales se exige (por ejemplo, revocatoria del mandato, moción de censura, cese o dimisión), pero no imponerla automáticamente como consecuencia de una circunstancia determinada, sin convertir el supuesto en un caso de exigencia de responsabilidad jurídica.

Por ello, la configuración del cese como una consecuencia jurídica automática y obligada con motivo de la apertura de un juicio oral en un proceso penal, plantea múltiples problemas de legalidad e interpretativos si se trata de configurar como un caso de juridificación de la exigencia de responsabilidad política y, además, podría suponer (al menos en algunos casos) una injerencia del poder legislativo en el ámbito competencial propio del poder ejecutivo, como es la discrecionalidad en el cese de los cargos públicos.

Descartado, por tanto, que pueda preverse este supuesto de cese como un caso de exigencia obligatoria, por parte del Consejo de Gobierno, de responsabilidad política a todos los cargos afectados, cabría valorar si es posible la previsión legal de este cese en otros términos, o con una naturaleza diferente. En este sentido, ha de admitirse que más allá de la dimisión o el cese por parte de quien designó al cargo, existen otros motivos de cese, de apreciación más o menos automática, y que pueden preverse en la normativa que regula el estatuto jurídico de los diferentes cargos afectados. Este estatuto es netamente diferente al de los funcionarios públicos, y no es necesariamente uniforme para todos los cargos a los que se refiere la norma en examen (para el caso de los altos cargos, el asunto ha sido objeto de estudio por Rafael Jiménez Asensio, Altos cargos y directivos públicos, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2^a edición, 1998, especialmente pp. 137 ss., quien excluye de esta categoría a los miembros de los gobiernos).

De este modo, la consecuencia prevista en la disposición adicional segunda pretende aplicarse a una multiplicidad de cargos, cuya posición y estatuto no son homogéneos en todos los aspectos, y cuya designación corresponde a distintos órganos, dado que no todos los altos cargos de la Administración son designados y nombrados por el Consejo de Gobierno. Así, por ejemplo, el Presidente es investido por las Cortes de Castilla-La Mancha, ante las que responde; los Vicepresidentes y Consejeros, son nombrados y cesados por el Presidente del Consejo de Gobierno (artículo 17 del Estatuto de Autonomía); algunos de los miembros del Consejo Consultivo son designados por las Cortes de Castilla-La Mancha (artículo 11/2003, de 25 de septiembre). Por ello no es admisible la re-

dación del apartado que atribuye al Consejo de Gobierno la competencia para acordar el cese en todos los casos (ello sería particularmente cuestionable en el caso del Presidente).

Sucede, además, que bien por exigencias del principio de separación de poderes o de la lógica del sistema parlamentario, bien por previsiones expresas del Estatuto de Autonomía, en ciertos casos existe una reserva normativa para la regulación del estatuto jurídico de ciertos cargos, lo que incluye sin duda sus causas de cese.

Así, las causas de cese del Presidente de la Junta de Comunidades están reguladas de modo tasado en el artículo 16 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, por lo que la Ley no puede incorporar un nuevo supuesto adicional, sin la previa modificación de aquel. Por lo demás, el art. 13.2 del propio Estatuto de Autonomía establece una reserva de ley de especial rigidez (ya que su aprobación requiere mayoría de tres quintos) para la regulación del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Esta reserva incluye obviamente las causas de cese, que han sido incluidas en la regulación de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Por ello el establecimiento de una nueva causa de cese para los cargos regulados actualmente en dicha Ley requeriría necesariamente la reforma de ésta. Dado que el anteproyecto de Ley en examen dará lugar a una ley ordinaria (salvo que cumpla los requisitos para reformar la Ley 11/2003, lo que en todo caso debería hacerse expresamente), el mismo solo puede prever una nueva causa de cese para cargos distintos al de Presidente y a todos los regulados en la Ley 11/2003.

Fuera de las causas de cese establecidas en la norma reguladora del estatuto de cada cargo (aunque con frecuencia incluido o previsto en alguna medida en las mismas, o en todo caso en norma con rango de ley), dicho cese solo podrá producirse como consecuencia de una condena penal o de una sanción administrativa que lo lleven aparejado. De hecho, el anteproyecto en examen prevé el cese como sanción para la comisión de determinadas infracciones, y la misma ha sido establecida en múltiples normas estatales y autonómicas que regulan el régimen sancionador a que se encuentran sometidos los cargos públicos, donde la destitución del cargo figura como sanción que corresponde a la comisión de infracciones muy graves (por ejemplo artículo 18.2.a) de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de conflictos de intereses de miembros de Gobierno y Altos Cargos de Administración). Cabría entonces preguntarse si el supuesto de cese como consecuencia de la apertura de juicio oral en cualquier causa penal podría preverse

como tal sanción administrativa, partiendo de que esta consecuencia tiene en realidad una naturaleza materialmente sancionadora para quien la sufre.

En este caso, el supuesto no dejaría de plantear dudas, desde la perspectiva del non bis in ídem (en su vertiente formal) y de la presunción de inocencia, pero estima que acaso las mismas podrían superarse si se entiende que en este caso el fundamento de la sanción no sería la comisión de un delito, sino el desvalor que para la función desempeñada por el cargo en cuestión, y en definitiva para el poder ejecutivo, supone la situación generada con la apertura del juicio oral y la correspondiente acusación penal que ha de afrontarse. De este modo, la prueba de la infracción y la imposición de la correspondiente sanción no desvirtuarían la presunción de inocencia en lo relativo a la comisión del delito de que se trate. Sin embargo, el supuesto aún plantearía dudas desde la perspectiva de que una infracción ha de ser "cometida" por la persona a quien se le imputa y va a ser sancionada, y la mera apertura de juicio oral no implica necesariamente la comisión de actos, aunque sí conlleva una actuación que ha merecido la consideración de razonablemente indiciaria de criminalidad, lo que justificaría quizá su consideración como un desvalor autónomo, lesivo para la función propia del cargo y la del Gobierno y la Administración. En todo caso, la configuración como una infracción autónoma, no exenta como se ha dicho de ciertas dudas, implicaría abandonar el automatismo y la ausencia de garantías que se deducen de la regulación actual, desprovista de todas las formalidades que permiten una defensa, lo que no es jurídicamente viable por dictarse al margen del procedimiento que rige dicha potestad sancionadora (artículo 134, apartados 1 y 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Ello implicaría una reubicación del precepto y una revisión total de su redacción.

En suma, y para concluir este punto, en el caso de que se considere necesario mantener la propuesta, esta debería reconducirse como modificación del estatuto jurídico de cada uno de los cargos afectados, mediante su incorporación como causa legal de cese a añadir a las ya establecidas, lo cual exigiría, en el caso de la Presidencia de la Junta, la modificación del Estatuto de Autonomía, como ya se dijo antes, y en el de los restantes miembros incluidos en la regulación del Consejo de Gobierno y del Consejo Consultivo, la modificación de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, con observancia de la mayoría especial que esta Ley requiere para ello según dispone el artículo 13.2 del Estatuto de Autonomía. Otra alternativa, no exenta de dudas, sería su configuración como sanción administrativa. Siendo descartable, a juicio de este Consejo, su mantenimiento como supuesto de exigencia obligatoria y jurídicamente vinculante de responsabilidad política".

El anteproyecto informado no fue objeto de aprobación por las Cortes de Castilla-La Mancha.

- Dictamen número 45/2015, de 17 de febrero, solicitado por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, sobre el anteproyecto de Ley de la Actividad Física y el Deporte en Castilla-La Mancha.

Los objetivos de la norma sometida a la consideración del Consejo Consultivo se contenían en la Memoria justificativa del anteproyecto. Se exponía la conveniencia y motivación del anteproyecto que se pretendía aprobar, examinando al respecto las necesidades de aumentar la práctica deportiva por parte de la población y de asumir nuevas manifestaciones del fenómeno deportivo, de actuar contra los índices de obesidad y sedentarismo de la población, de incorporar a la legislación deportiva autonómica las directrices y principios que ha establecido la Unión Europea sobre el fomento de la actividad física, y de evitar la duplicidad administrativa en la ejecución de políticas de fomento de la actividad física y el deporte. También respecto a la conveniencia y motivación de la norma, se mencionaban en la memoria los aspectos siguientes: ausencia de regulación en la actividad física y el deporte en edad escolar y en el ámbito universitario; descenso en la participación de la ciudadanía en las actividades de las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha y reducción del número de licencias federativas; complejidad y carencias del entramado asociativo vinculado al deporte; escasez de deportistas castellano-manchegos de alto nivel; bajos índices de práctica de actividad física y deporte por parte de las mujeres; carencias de capacitación profesional en la organización del deporte; falta de racionalidad en la construcción, gestión y mantenimiento de las infraestructuras de la actividad física y el deporte; déficits en los instrumentos de colaboración y cooperación interinstitucional; incorporación a la legislación autonómica de determinados aspectos de la legislación estatal en materia de lucha contra el dopaje; carencias en el sistema de protección de la organización del deporte; y el sistema de disciplina deportiva, que no se adecuaba al desarrollo de las competiciones deportivas.

En el texto del dictamen, se recogieron las consideraciones esenciales que se exponen a continuación.

El artículo 30, apartado 1.d) del anteproyecto establecía que *"las federaciones deportivas de Castilla-La Mancha podrán realizar, entre otras que le reconozca esta ley, su desarrollo reglamentario y el resto del ordenamiento jurídico, las siguientes actividades propias: [...] d) Gestión y explotación de infraestructuras*

para la actividad física y el deporte de titularidad propia o de titularidad de cualquier persona física o jurídica, pública o privada", actividad que según el apartado 2 del mismo precepto, se realizaría en régimen de derecho privado.

Por su parte el artículo 31 establecía las funciones públicas que las federaciones deportivas ejercerían por delegación de la Junta de Comunidades, actuando para ello como sus agentes colaboradores. Sólo estas funciones delegadas estarían sometidas al régimen de tutela de la Junta de Comunidades, por virtud del artículo 32.

El dictamen recogía que "entre las funciones propias de las federaciones deportivas, el anteproyecto de ley incluye la gestión de infraestructuras de titularidad pública. Sin embargo, esta misma gestión es atribuida por los artículos 5.22, 6.4 y 7.1.e) a la Junta de Comunidades, a las Diputaciones Provinciales y a los Ayuntamientos, respectivamente, en función de la titularidad autonómica, provincial o municipal de la infraestructura.

De ello se desprende que existe una importante contradicción entre los preceptos de la propia norma, puesto que la gestión de las infraestructuras deportivas de titularidad pública se atribuye como propia tanto a las diferentes Administraciones Públicas afectadas como a las federaciones deportivas.

Atendiendo a la naturaleza de las infraestructuras para la actividad física y el deporte de titularidad pública, acudimos a la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local y al Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los Bienes de las Entidades Locales, cuyos artículos 79, y 1.1 y 4, respectivamente, permiten calificar aquellas como bienes demaniales de servicio público, cuya tutela y conservación constituyen una obligación impuesta a las Entidades Locales por el artículo 9.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, que no puede abstraerse del ámbito deportivo por medio de una norma autonómica, pues ello contraría la norma estatal.

Como quiera que la gestión de las infraestructuras aparece atribuida en los artículos 5, 6 y 7 a las Administraciones Públicas, es factible su ejercicio por las federaciones deportivas, pero en régimen de delegación de funciones, o funciones públicas delegadas, como las denomina el anteproyecto, a fin de evitar que el patrimonio de la Administración autonómica y de las Entidades Locales escape al control y fiscalización de la Administración, con vulneración del régimen de tutela y defensa de su patrimonio por la Administración Pública y dejación de obligaciones por esta en el ejercicio de sus competencias".

El apartado 3 del artículo 104 del texto proyectado contemplaba el concepto de reincidencia como criterio de graduación de las sanciones en materia de actividad física y deporte, y que se definía como *"la comisión en el plazo de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, sancionada por resolución firme en vía administrativa"*. Según consideró el Consejo, habría de adaptarse *"a la dicción empleada por el legislador básico estatal en el artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que define la reincidencia como "la comisión en el plazo de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme"*.

El anteproyecto presentado por el Gobierno fue finalmente aprobado por Ley 5/2015, de 26 de marzo, de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha, teniendo en cuenta todas las consideraciones de carácter esencial indicadas.

- Dictamen número 151/2015, de 20 de mayo, solicitado por la Consejería de Empleo y Economía, sobre el anteproyecto de Ley de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de Castilla-La Mancha.

Según se exponía en la memoria, el proyecto legislativo, además de recoger todas las modificaciones que se contienen en la nueva legislación básica, pretendía conseguir los siguientes objetivos: a) mejorar y reforzar el sistema cameral; b) fijar un sistema de adscripción universal de todas las empresas a las Cámaras sin obligación económica; c) incentivar las contribuciones voluntarias, dando mayor representatividad en los órganos de gobierno a las empresas que hayan realizado dichas contribuciones; d) diferenciar las actividades de carácter privado de las Cámaras de las funciones públicas, exigiendo contabilidades separadas entre dichas funciones, sin perjuicio de la unidad de sus cuentas anuales; e) homogeneizar el régimen jurídico de sus trabajadores y f) implementar los principios de imparcialidad y transparencia y exigir la elaboración de Códigos de buenas prácticas.

El dictamen emitido por el Consejo efectuó dos observaciones con carácter esencial, referidas a la regulación del pleno y de los recursos frente a las resoluciones de las Cámaras Oficiales.

Respecto al pleno, se señaló que *"el artículo 10 de la ley básica regula la composición del pleno, estableciendo que su número estará comprendido entre 10 y 60 vocales, distribuidos en tres grupos: El primero, cuyos vocales serán los representantes de todas las empresas pertenecientes a las Cámaras en atención*

a la representatividad de los distintos sectores económicos que se determinará conforme a los criterios que se establezcan por la administración tutelante. Estos vocales serán elegidos mediante sufragio libre, igual, directo y secreto, entre todas las personas físicas y jurídicas que ejerzan una actividad comercial, industrial o de servicios en la demarcación; el segundo, está constituido por representantes de empresas y personas de reconocido prestigio en la vida económica dentro de la circunscripción de cada Cámara, en la forma que se determine por la administración tutelante y el tercero está constituido por representantes de las empresas de mayor aportación voluntaria en cada demarcación, también elegidos en la forma que determine la administración tutelante, añadiendo que el número de vocalías de cada uno de los grupos será establecido por las administraciones tutelantes, garantizando que, como mínimo, dos tercios de las vocalías correspondan al grupo primero.

Según se refleja en el artículo 10 del anteproyecto de Ley, el número de vocales del pleno se fija en la banda 20 a 36, y se ha optado por determinar el número de representantes de todas las empresas en el mínimo establecido por la norma básica, esto es, dos tercios. Igualmente, ha atribuido el número mínimo posible -uno- a la representación de las empresas con mayor aportación voluntaria, lo cual, no resulta acorde con la promoción de una mayor representación directa de las empresas en función de su contribución a la Cámara, pudiendo ello afectar a uno de los pilares de su sostenibilidad económica, según ésta se enmarca en la legislación básica. Como consecuencia de ello, el texto legal que se propone, apuesta por la mayor representación legalmente posible de las empresas y personas de reconocido prestigio en la vida económica dentro de la circunscripción de cada Cámara. Es de reseñar que este sistema de asignación del número de vocalías, que es criticado en varias de las alegaciones formuladas, prima de forma notable a las organizaciones empresariales intersectoriales y territoriales, sin que en el expediente se reflejen las circunstancias que se hayan podido tener en cuenta para adoptar esta opción legislativa, la cual, ajustándose a los márgenes que a tal efecto confiere el legislador estatal, debiera tener su reflejo en la exposición de motivos, que es donde el legislador debe reseñar la finalidad que se pretende conseguir mediante las medidas legislativas que se plasman en el texto de la ley.

Por lo que se refiere a la regulación que se efectúa de la representación de empresas y personas de reconocido prestigio, la misma suscita diversas dudas interpretativas que, en aras de la seguridad jurídica, debieran ser salvadas en el texto que finalmente se remita a las Cortes Regionales para su discusión y, en su caso, aprobación. Así, el primer párrafo del apartado 2.c) dice que este grupo

está compuesto por "Representantes de empresas y personas de reconocido prestigio en la vida económica dentro de la circunscripción de cada Cámara a propuesta de las organizaciones empresariales intersectoriales y territoriales más representativas. Estos vocales representarán el resto del pleno hasta completar su totalidad. Con este fin, las citadas organizaciones empresariales presentarán la lista de candidatos propuestos en número que corresponda a las vocalías a cubrir", lo que parece querer decir que todas las organizaciones empresariales intersectoriales y territoriales que tengan el carácter de más representativas pueden presentar una lista de candidatos. Sin embargo, el párrafo siguiente de este apartado dice que "El órgano tutelar constatará cuál es la organización empresarial intersectorial más representativa de conformidad con lo dispuesto en la normativa laboral", sin reseñar a qué efectos, lo cual pudiera ser interpretado como que todos los representantes deben pertenecer a la candidatura presentada por esta organización, lo que tampoco resulta compatible con lo que se dice en el apartado 3.b), según el cual, "Los vocales del grupo c) serán elegidos por los vocales del grupo a)".

En el último párrafo del apartado 3 se establece que "El órgano tutelar constatará y velará porque los vocales del grupo c) tengan acreditado su prestigio e idoneidad para el nombramiento", esto es, parece que se atribuye al órgano tutelar la facultad de decidir si los candidatos propuestos por las organizaciones empresariales reúnen la idoneidad requerida para la función que van a representar en el pleno, pero de ser así, ello no debe hacerse en términos tan abstractos que lo que implica una facultad de tutela se pueda convertir en una apreciación discrecional del órgano tutelante. Para que esta facultad sea adecuada a los fines que la pudieran justificar, el legislador debe salvaguardar la autonomía de las organizaciones empresariales estableciendo los criterios que han de tenerse en cuenta por el órgano tutelar que le permita declarar la inidoneidad de los candidatos propuestos, así como establecer la fase en la que dicha declaración se pueda efectuar.

Dicho lo anterior, advierte este Consejo que la esencialidad de las consideraciones que se efectúan sobre este artículo va referida únicamente a la regulación que se contiene en el apartado 2.c) y en el último párrafo del apartado 3".

En cuanto a los recursos, el artículo 47 del anteproyecto decía que: "Las resoluciones de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de Castilla-La Mancha y del Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de Castilla-La Mancha dictadas en ejercicio de sus funciones público-administrativas, así como las que afecten a su régimen general, serán recurri-

bles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previo recurso administrativo formulado ante la persona titular de la consejería competente en materia de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios".

Consideró el Consejo que "el contenido de este artículo puede considerarse como una mera transcripción de lo que al efecto establece apartado 1 del artículo 36 de la Ley 4/2014, de 1 de abril, puesto que la única variación que efectúa es la de modificar la expresión "administración tutelante" por la de "la persona titular de la consejería competente en materia de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios", pero al incorporarlo a un texto legal autonómico se está ejerciendo una competencia legislativa sobre una materia procesal respecto de la cual la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha carece de competencia material, por lo que, como dijo el Tribunal Constitucional en las sentencias 154/2014, de 25 de septiembre y 182/2014, de 6 de noviembre, ya citadas anteriormente, no resulta jurídicamente admisible ni siquiera la reiteración de su contenido en el texto autonómico. Esta falta de competencia material es deducible de la mera lectura del título competencial al amparo del cual el Estado dicta dicha disposición, que como se dice en el apartado 2 de la disposición final primera es el artículo 149.1.6^a de la Constitución en materia de legislación procesal".

Al igual que ocurriera con el anteproyecto de Ley de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de Castilla-La Mancha, la disposición no fue aprobada por las Cortes Regionales.

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 2015, en la emisión de cuatro dictámenes sobre anteproyectos de ley, 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.

PALABRAS CLAVE

remisión normativa, supletoriedad, técnica normativa, reproducción de normativa estatal, inconstitucionalidad, normativa básica, Estatuto de Autonomía, régimen sancionador, graduación de sanciones, infracciones, seguridad jurídica, recursos, régimen estatutario de los funcionarios públicos.

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 2015, 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.

KEYS WORDS

referral regulations , supletoriedad , technical regulations , reproduction of state regulations , unconstitutional , basic regulations , Statute of Autonomy, penalties, sanctions graduation , offenses , legal security , resources, statutory scheme for civil servants .

ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES
DE CASTILLA-LA MANCHA
(DE 1 DE ENERO DE 2015 A 31 DE DICIEMBRE DE 2015)

M^a del Pilar Molero Martín-Salas
Profesora Contratada Doctor Acreditada de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 01-03-2016
Aceptado: 11-06-2016

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 2015.

II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas.

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 2015.

Durante dicho periodo se han aprobado en Castilla-La Mancha un total de 8 leyes, un número bastante inferior al de otros periodos, ya que por ejemplo durante el año 2010 se aprobaron un total de 18 leyes.

Sin embargo parece que se modifica la tónica seguida durante los últimos años, si bien la situación económica no se descuida, sí parece que el enfoque que trata de darse a la legislación no se centra tan abiertamente en el aspecto económico.

Concretamente las leyes aprobadas han sido las siguientes:

- Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha.

- Ley 2/2015, de 19 de febrero, por la que se modifica la Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha.

- Ley 3/2015, de 5 de marzo, de Caza de Castilla-La Mancha.

- Ley 4/2015, de 26 de marzo, por la que se crea el Instituto Regional de Investigación y Desarrollo Agroalimentario y Forestal de Castilla-La Mancha

- Ley 5/2015, de 26 de marzo, de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha.

- Ley 6/2015, de 30 de julio, de modificación de la Ley 3/2000, de 26 de mayo, de Creación del Ente Público de Radio-Televisión de Castilla-La Mancha.

- Ley 7/2015, de 2 de diciembre, por la que se modifica la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, en materia de jornada de trabajo, y la Ley 10/2014, de 18 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2015, en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal funcionario y estatutario de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

- Ley 8/2015, de 2 de diciembre, de medidas para la garantía y continuidad en Castilla-La Mancha de los servicios públicos como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas.

- Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 36(23-02-2015).

El principal objetivo de esta ley es aunar en una única norma todo lo relativo a mediación, entendida ésta como un mecanismo extrajudicial para la resolución de conflictos.

La labor del mediador se entiende como esencial, pues será el que tratará de acercar las posturas de las partes en conflicto, siempre de manera neutral y ofreciendo un servicio, no sólo a nivel familiar, sino también social.

La ley se compone de 40 artículos a lo largo de los cuales se regula el Servicio Regional del Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha. Este servicio trasciende del ámbito familiar, que se considera el objetivo habitual del mecanismo de la mediación, y se incluyen otros del ámbito social. Además de los problemas propios del entorno familiar, como son la ruptura de pareja, la relación de los menores con sus padres, la obligación de alimentos entre parientes, o los conflictos que puedan surgir en situaciones de adopción o acogida, también se prevé la mediación para otros asuntos dentro de la comunidad escolar, en el ámbito sanitario, ente la víctima y el menor infractor, etc.

También se establecen los principios por los que debe regirse la mediación tales como la voluntariedad del sometimiento a la misma, la igualdad, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad del proceso, etc. Así como los derechos y obligaciones tanto del mediador como de la partes implicadas.

Asimismo se establecen las normas de procedimiento para llevar a cabo la mediación: inicio del procedimiento, elección del mediador, duración del procedimiento, etc.

- Ley 2/2015, de 19 de febrero, por la que se modifica la Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 40 (27-02-2015).

La propia exposición de motivos establece los principales objetivos de la ley: reforzar los incentivos para favorecer la permanencia de las farmacias en el medio rural, mejorar la planificación farmacéutica, fomentar la política de uso racional de medicamentos y adaptar la normativa regional a los cambios de diversas normas de ámbito estatal.

Se introducen reformas respecto a la planificación de las farmacias, con la finalidad de favorecer el establecimiento de las nuevas, y la sostenibilidad de la ya existentes, principalmente en el ámbito rural.

También se amplían las funciones de la farmacia para conseguir una mejor integración en el sistema de salud y dar una mejor respuesta a lo demandado por los pacientes.

- Ley 3/2015, de 5 de marzo, de Caza de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 49 (12-03-2015).

Se trata de una ley amplia, que consta de 87 artículos, además de las disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales.

Comienza la ley reconociendo la importancia de la caza, por ser una actividad muy practicada en la región y por su incidencia en diversos ámbitos como el económico o el social. Ello supone que debe regularse de manera adecuada, y para ello se pone el punto de mira en determinados aspectos relevantes:

- Se incorporan los Planes de Conservación del Patrimonio Genético, especialmente pensado para las especies más sensibles.
- Las especies de caza y sus hábitats, en lo que respecta a los daños que dichas especies puedan ocasionar en el lugar donde están.
- Especial atención a las especies autóctonas.

- Regulación de la documentación necesaria, así como dispositivos para el traslado de las piezas muertas.

- Especial atención a aspectos sanitarios relacionados con la salud pública.

- Regulación de los requisitos para ejercer la actividad, así como los medios para llevarla a cabo, especialmente respecto a los tipos de armas.

- Impulso de las sociedades y clubes de cazadores.

- Para la promoción de la actividad cinegética se crea la Marca de Calidad "Caza Natural de Castilla-La Mancha".

- Se estipulan los distintos tipos de terrenos para llevar a cabo la actividad.

- Creación de la figura de cuarteles comerciales de caza, integrados en cotos de caza. Estos cuarteles pueden ocupar parte o la totalidad del coto, y consistirán en aquellos terrenos en los que se realiza la suelta de ejemplares para aumentar la capacidad cinegética de ese territorio.

- Promoción de la libertad de pactos para la obtención de derechos cinegéticos...

- Ley 4/2015, de 26 de marzo, por la que se crea el Instituto Regional de Investigación y Desarrollo Agroalimentario y Forestal de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 67 (08/04/2015).

Con la intención de fomentar la agricultura, ganadería, las industrias afines a las mismas, así como la investigación y el desarrollo se elabora esta ley, y se crea el Instituto Regional de Investigación y Desarrollo Agroalimentario y Forestal de Castilla-La Mancha.

Se trata de un organismo autónomo cuyos objetivos se centran en potenciar la investigación, desarrollo, innovación, formación, modernización y transferencia de conocimientos y resultados de la investigación, dirigidos a los sectores agrícola, ganadero, forestal, medioambiental, cinegético, de la acuicultura y de la pesca fluvial, así como de sus industrias de transformación y comercialización, mediante el impulso del desarrollo tecnológico y la dinamización de iniciativas

que comporten nuevas orientaciones productivas o la adecuación al mercado y sus exigencias de calidad y competitividad.

Dicho instituto, para conseguir los objetivos propuestos, contará con diversas facultades como la posibilidad de realizar contratos, prestar servicios, contraer y conceder préstamos, contratar estudios, suscribir convenios con las Administraciones Públicas, así como con empresas públicas y privadas, solicitar subvenciones, elaborar y proponer planes de investigación, etc.

- Ley 5/2015, de 26 de marzo, de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 67 (08/04/2015).

También se trata de una ley amplia formada por 132 artículos y diversas disposiciones. Los beneficios del deporte son indiscutibles, y por ello existen diversas normativas al respecto entre las que cabe destacar el Libro Blanco sobre el Deporte que sin duda marca un cambio y un importante avance en la materia.

Sin embargo la evolución social y las nuevas necesidades hacen necesaria una revisión de la regulación existente, esencialmente el deporte ha dejado de ser visto como un medio para competir, y ha empezado a concebirse como un medio para conseguir bienestar y salud. Del mismo modo se considera necesaria una regulación que ponga en valor la investigación en la materia y se preocupe por la formación y cualificación de los profesionales que la ejercen.

Por tanto, el objetivo de la presente ley, además de unificar toda la regulación existente en torno al deporte, pretende establecer el régimen jurídico de la actividad física y el deporte en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, dentro del marco de competencias que le atribuye su Estatuto de Autonomía, con la finalidad de promocionar su conocimiento y práctica entre la población, dentro de unas condiciones óptimas de seguridad, sostenibilidad y garantía de acceso y de la coordinación y convivencia entre todos los agentes implicados.

- Ley 6/2015, de 30 de julio, de modificación de la Ley 3/2000, de 26 de mayo, de Creación del Ente Público de Radio-Televisión de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 149 (31-07-2015).

En este caso nos encontramos ante una ley breve. Consta de un único artículo que modifica el artículo 4 de la ley 3/2000 a través de la que se crea el Ente Radio-Televisión de Castilla-La Mancha.

La modificación operada a través de esta ley lo que pretende es acomodar la normativa autonómica a la estatal, en cuanto al régimen de elección de los miembros del Consejo de Administración.

A partir de la reforma si los candidatos no obtienen la mayoría cualificada de dos tercios se prevé que puedan ser elegidos por mayoría absoluta en una segunda votación.

También se incorpora como modificación que pudiera transcurrir un plazo prudencial sin que el Consejo de Administración emita su parecer sobre informes o propuestas remitidas por el Consejo de Gobierno, dándose por cumplido el trámite por la falta de respuesta.

- Ley 7/2015, de 2 de diciembre, por la que se modifica la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, en materia de jornada de trabajo, y la Ley 10/2014, de 18 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2015, en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal funcionario y estatutario de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 244 (16-12-2015)

Con la presente ley se pretende reformar algunas de las medidas que se adoptaron por el Gobierno en la legislatura anterior, que en su momento fueron tomadas con la intención de paliar la mala situación económica del momento. En concreto dichas medidas se refieren a la ampliación de la jornada laboral semanal de los funcionarios públicos de 35 horas a 37,5, y la no concesión de la prolongación en el servicio activo de un funcionario cuando ha llegado su edad de jubilación.

En lo que respecta a la primera de las cuestiones, la presente ley modifica la jornada laboral y la vuelve a situar en 35 horas semanales (debe tenerse en cuenta que dicha previsión ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad frente al TC, y el propio recurrente, el Presidente del Gobierno, ha solicitado que dicha medida se suspenda hasta que el TC se pronuncie al respecto, por lo que a día de hoy siguen vigentes las 37,5 horas)

En cuanto al segundo de los asuntos, la presente ley establece algunos supuestos por los que el órgano encargado de declarar la jubilación de un funcionario, puede considerar que se prolongue el servicio activo del mismo.

Por último decir que la ley también se refiere al personal estatutario y funcionario que presta servicios en las instituciones sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, y se prevé que la prolongación de la permanencia en el servicio activo de dicho personal se rige por su propia normativa y por lo dispuesto en el correspondiente plan de ordenación de recursos humanos al que se refiere dicha normativa propia.

- Ley 8/2015, de 2 de diciembre, de medidas para la garantía y continuidad en Castilla-La Mancha de los servicios públicos como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

En el año 2013 se aprueba en el estado la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, entre cuyos objetivos están los de clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones; racionalizar la estructura organizativa de la Administración Local bajo los principios de eficacia, estabilidad y sostenibilidad financiera; y establecer y garantizar un control financiero más riguroso.

En la ley estatal se establece el régimen para el ejercicio de determinadas competencias en materia de salud, bienestar social y educación supeditando su asunción por parte de las Comunidades Autónomas a un nuevo sistema de financiación autonómico y local, si bien hasta que dicha asunción de competencias se produzca, y para evitar la inseguridad jurídica que hasta ese momento se pueda producir, es necesario regular el ejercicio competencial de estas materias por parte de los municipios.

Por ello, la presente ley tiene como objetivo principal garantizar la continuidad en la prestación de servicios públicos, clarificando y dotando de seguridad jurídica el régimen aplicable a competencias tan esenciales como la educación, la sanidad y servicios sociales, para que puedan seguir prestándose por los municipios, hasta tanto sean definitivamente asumidas por la Administración Autonómica tras la aprobación del nuevo sistema de financiación autonómica.

RESUMEN

Esta crónica hace referencia a la actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2015.

PALABRAS CLAVE

Cortes, región y actividad legislativa.

ABSTRACT

This article refers to the legislative activity that the Regional Parliament of Castilla-La Mancha, from January 1 to December 31 of 2015.

KEYS WORDS

Parliament, Autonomus Region and legislative activity.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
AUTONÓMICO Y PARLAMENTARIO
(1 ENERO DE 2015 A 1 DE ENERO DE 2016)

Dra. M^a Elena Rebato Peño
Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM.

Recibido: 05-02-2016
Aceptado: 20-06-2016

SUMARIO

1. Actividades sobre derechos fundamentales.

1.1. XX. Jornadas de Derecho Constitucional: "El derecho de sufragio", Ciudad Real, 26 y 27 de noviembre.

2. Actividades relacionadas con el Sistema Autonómico:

2.1. XXV. Seminario de Estudios Autonómicos: "Reforma Constitucional y Estado Autonómico". Toledo, 12 y 13 de marzo.

2.2. XVIII. Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla- La Mancha: "Representación política, participación y democracia". Cuenca, 12 y 13 de marzo.

3. Actividades en materia de Justicia Constitucional.

3.1. III. Edición título de especialista en Justicia Constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución. Toledo, 6 a 24 de julio.

3.2. XVI. Jornadas de Justicia Constitucional: "Tribunal Constitucional y modelo territorial de Estado". Toledo, 12 y 13 de noviembre.

1. Actividades sobre derechos fundamentales.

1.1. XX. Jornadas de Derecho Constitucional: "El derecho de sufragio", Ciudad Real, 26 y 27 de noviembre.

De un modo u otro, todas las actividades que figuran en esta reseña han tenido una especial vinculación con la cuestión de la democracia, la forma de participación del ciudadano en la vida pública y cómo se enfrentan estas cuestiones en la Constitución de 1978, así como en los ordenamientos jurídicos autonómicos. No en vano el año 2015, ha sido el "año electoral" por excelencia, ya que se han celebrado elecciones municipales y autonómicas en la mayoría de las Comunidades Autónomas, siendo el broche de oro las elecciones generales del mes de diciembre.

En esta ocasión por tanto, las vigésimas jornadas de Derecho Constitucional que dirige D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de D. Constitucional, con la coordinación de la Dra. María Martín Sánchez, Profesora Contratada Doctora, se centraron en el estudio del derecho de sufragio y sobre todo en las nuevas aristas o dimensiones a las que las teorías clásicas sobre el sufragio tienen que enfrentarse.

De este modo, hubo ponencias generales en relación al derecho de sufragio, como la impartida por D. Pablo L. Murillo de la Cueva, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba en relación a las inelegibilidades e incompatibilidades como restricciones del derecho de sufragio pasivo; o la de D. Javier Matía Portilla, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid sobre el ejercicio del derecho de sufragio por los residentes extranjeros. Otras disertaciones tuvieron un carácter más específico, como la de D^a. Rosario García Mahamud, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Jaime I. sobre el derecho de sufragio a través de los nuevos avances tecnológicos.

El tercer bloque temático de las Jornadas lo constituyó sin duda alguna el tema electoral, directamente vinculado con el ejercicio del derecho de sufragio. Así el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado, expuso cómo debe entenderse el derecho fundamental a la libertad de expresión en el marco de unas elecciones, cuál sería el contenido esencial irreductible y cómo podría ponderarse para no suponer una limitación de otros derechos fundamentales.

También las elecciones, pero en este caso las autonómicas o las denominadas plebiscitarias como en el caso catalán, fueron objeto de debate en una Mesa

Redonda coordinada por el director de las jornadas y en las que participaron D. Enrique Belda Pérez- Pedrero; D^a M^a Elena Rebato Peño, Profesores titulares de la UCLM y D. Jesús García- Minguillán Molina y D. Jesús López de Lerma, Profesores asociados de la UCLM.

La tipología de los sistemas electorales, la definición de los mismos y sus características, fueron el objeto de la ponencia presentada por D. Fco. Javier Díaz Revorio, Consejero Consultivo de Castilla- La Mancha y Catedrático de D. Constitucional de la UCLM.

2. Actividades relacionadas con el Sistema Autonómico:

2.1. XXV. Seminario de Estudios Autonómicos: "Reforma Constitucional y Estado Autonómico". Toledo, 12 y 13 de marzo.

El Seminario de Estudios Autonómicos que viene organizando el área de Derecho Administrativo del campus de Toledo ha cumplido en esta ocasión 25 años. Tal y como señaló el Rector de la UCLM en la inauguración del Seminario, este programa supone una referencia en la trayectoria del área de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo y de la propia Universidad. En definitiva son representativas del esfuerzo que realizan los académicos por acercarse a las temáticas de actualidad que más preocupan no sólo al alumnado sino a la ciudadanía en general.

En estas "bodas de plata" del Seminario, el tema en cuestión era la reforma de la Constitución desde la óptica del diseño territorial de descentralización política realizado por la Carta Magna en 1978.

La ponencia que abrió el Seminario, corrió a cargo del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, D. Javier García Roca, que delimitó la temática del programa en uno de los aspectos más demandados en lo que a reforma de la Carta Magna se refiere, cual es el diseño del Estado Autonómico y la reforma del Título VIII de la Constitución. Se señalaron las líneas generales de la reforma del texto constitucional y sus procedimientos, así como las características básicas del sistema de descentralización territorial diseñado *ex constitutitione*.

A partir de esta intervención el resto de disertaciones abordaron distintas cuestiones conexas, como el Estado Social a nivel territorial, a cargo de D. José

Esteve Pardo, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona; la competencia estatal de "lo básico" a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por D. Luis Ortega, Magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de D. Administrativo de la UCLM; el régimen local y la reforma constitucional, por D. Luciano Parejo Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid; el desarrollo autonómico de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, por D. Marcos Almeida Cerredá, Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad de Santiago de Compostela; o simplemente el pluralismo territorial y su relación con la democracia, a cargo de D. Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

No obstante la gran protagonista de este Seminario fue Cataluña y el referéndum consultivo convocado dentro del denominado "proceso soberanista catalán". Sobre el correcto significado y entendimiento del referéndum consultivo y de las posibles consecuencias de convertirlo en un referéndum plebiscitario, debatieron, D. Juan José Solozábal Echevarría, Catedrático de D. Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid; D. Santiago Muñoz Machado, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid y D. Eliseo Aja Fernández, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona.

2.2. XVIII. Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: "Representación política, participación y democracia". Cuenca, 12 y 13 de marzo.

La democracia y la participación política, han sido los ejes de las decimoctavas Jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla-La Mancha, que se llevaron a cabo los días 12 y 13 de marzo en el campus de Cuenca de la Universidad de Castilla-la Mancha.

Las jornadas, con gran acogida por parte de los alumnos, fueron inauguradas por la Vicerrectora de Cultura, Deporte y Extensión Universitaria, D^a M^a Ángeles Zurilla Cariñana y por los decanos de las Facultades de Ciencias de la Información y de Ciencias Sociales del campus de Cuenca. Dirigidas por D. Francisco Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y D^a María Pilar Molero Martín-Salas, Profesora Ayudante Doctora de la UCLM y coordinadas por D. Tomás Bastarache Bengoa, Profesor Ayudante Doctor de la UCLM, representan una actividad no solo auspiciada e impulsada por la propia

Universidad y el área de Derecho Constitucional de Cuenca, sino que cuentan también con la participación del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha y la financiación de las Cortes de Castilla- La Mancha.

"Apología de la democracia representativa", fue el tema elegido por el primer ponente de las Jornadas, D. Luis M^a Díez- Picazo Giménez, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional. En su intervención no sólo se limitó explicar las líneas que separan la democracia directa y la representativa, ni a manifestar la primacía de ésta, pese a que en nuestras actuales sistemas perviven instituciones de democracia directa, como el referéndum o la iniciativa legislativa popular; sino que fue, tal y como presagiaba el título de su ponencia un defensor a ultranza de la democracia representativa pese a los problemas que ésta pueda plantear. Su ponencia también sirvió para abrir el debate a otros aspectos estrechamente relacionados con la misma y que fueron objeto de discusión académica en intervenciones posteriores. Así ocurrió en la conferencia de D. Eduardo Espín Templado, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional, que introdujo en el debate la figura de los partidos políticos como instrumento vehicular entre el ciudadano y la representación. Esta exposición fue complementada por el director de las Jornadas en su intervención sobre democracia, sistema electoral y comunicación entre elector y representantes. La perversión de los resultados electorales por el sistema proporcional utilizado y la desconexión entre representante y representados fueron el núcleo de la misma.

D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, introdujo en este debate sobre democracia representativa una de las instituciones de democracia directa contempladas constitucionalmente, cual es la iniciativa legislativa popular como posible instrumento de regeneración democrática.

Finalizaron las ponencias, con la ofrecida por D. Marc Carrillo López, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, sobre la situación y limitación de los derechos fundamentales relativos a la participación en la nueva Ley de Seguridad Ciudadana.

Un elemento característico que no puede faltar en estas Jornadas es la inclusión de Mesas Redondas que desde una perspectiva multidisciplinar analicen el tema objeto del Seminario. En esta ocasión se llevaron a cabo dos Mesas Redondas. La primera, dirigida por la co-directora del programa en relación a la opinión pública, medios de comunicación y periodistas en un sistema democrático y en la que participaron D. Esteban Urriztieta, redactor jefe de El Mundo y D. Antonio Pérez Henares, periodista y escritor.

La mesa relativa al papel de las Cortes regionales y a la participación política en Castilla- La Mancha, fue moderada por D. Francisco Javier Díaz Revorio y en ella participaron los portavoces parlamentarios del Grupo Parlamentario Socialista, Popular y Podemos.

3. Actividades en materia de justicia constitucional.

3.1. III. Edición título de especialista en Justicia Constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución. Toledo, 6 a 24 de julio.

El Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, celebró en el mes de julio la tercera edición de las que ya van camino de convertirse en unas enseñanzas de postgrado que son un referente a nivel europeo en materia de Justicia e Interpretación Constitucional.

Más de 130 alumnos con alta cualificación profesional y procedentes de Argentina, Costa Rica, México, Perú, República Dominicana y España entre otros países se dieron cita en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales para recibir una formación especializada en el ámbito de la Justicia Constitucional, los procesos constitucionales y la aplicación judicial de la Constitución.

Los directores del curso, los catedráticos de Derecho Constitucional, D. Eduardo Espín Templado y D. Fco. Javier Díaz Revorio y M^a Elena Rebato Peño, Profesora Titular de la UCLM, así como los secretarios D^a. Wendy M. Jarquín Orozco y D. Jesús López de Lerma Galán, volvieron a organizar un curso con metodología y enfoque comparado teórico- práctico en el que se analizaron las últimas tendencias en el ámbito del constitucionalismo, así como el papel de la jurisdicción especializada y jurisdicción ordinaria.

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 ser exhaustivos, participaron en este programa expertos en Filosofía del Derecho como los doctores Manuel Atienza, Luis Prieto Sanchís, Marina Gascón Abellán o Alfonso García Figueroa; y en D. Constitucional, como D. Miguel Carbonell, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, D. Lucio Pegoraro, de la Universidad de Bolonia, D. Humberto Nogueira Alcalá, de la Universidad de Talca y D. Néstor Pedro Sagües, de la Universidad de Buenos Aires.

Impartieron conferencias en el seno del programa, los magistrados: Hermógenes Bienvenido Acosta, del Tribunal Constitucional de la República Dominicana; D. Eloy Espinosa- Saldaña, del Tribunal Constitucional de Perú; D. Eduardo Ferrer Mac- Gregor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y D. Luis López Guerra, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

También fueron ponentes todos los profesores del área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla- La Mancha, junto a otros especialistas procedentes de otras Universidades.

3.2. XVI. Jornadas de Justicia Constitucional: "Tribunal Constitucional y modelo territorial de Estado". Toledo, 12 y 13 de noviembre.

Más de 200 alumnos asistieron durante los días 12 y 13 a la decimosexta edición de las Jornadas de Justicia Constitucional, organizadas por el área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, co- dirigidas por el Catedrático de Derecho Constitucional y Consejero Consultivo de Castilla- la Mancha, D. Fco. Javier Díaz Revorio y D^a M^a Elena Rebato Peño, Profesora Titular de D. Constitucional de la UCLM.

Estas Jornadas pretenden ampliar la formación de los alumnos en el ámbito del Derecho Constitucional y en esta ocasión también Electoral, siempre desde la óptica ofrecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que contribuye a interpretar los conflictos y/o dudas que puedan surgir. La temática no es original en este año 2015 repleto de citas electorales, pero si actual y además muy completa ya que ofrece una perspectiva comparada sobre estas cuestiones, lo cual no suele ser muy habitual en actividades de este tipo.

El Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado, inició estas Jornadas con una ponencia genérica sobre la jurisprudencia constitucional en materia electoral, que sentó las bases de las conferencias posteriores que trataron temas más específicos. Así, el catedrático de D. Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares, disertó sobre la función de las barreras electorales en los distintos sistemas electorales autonómicos existentes. La función de garantía de las Juntas Electorales, fue el tema elegido por D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba; reflexión esta que se vio complementada por la ponencia de D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, quien hizo

referencia a las garantías jurisdiccionales en materia electoral ante el Tribunal Constitucional.

Desde un enfoque totalmente diferente se llevó a cabo la conferencia de D. Francisco Ruiz Gonzalez, Catedrático de Informática, quien realizó una propuesta de reforma del sistema electoral de Castilla-La Mancha, basándose en un programa matemático propio que ha desarrollado a nivel informático.

La dimensión comparada de las Jornadas llegó con la intervención del Magistrado de la Sala Especial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México, D. Felipe de la Mata, quien habló de las garantías electorales en México; y con la Mesa Redonda sobre los problemas electorales en el ámbito comparado, en el que participaron los secretarios de las Jornadas, D^a Wendy M. Jarquín Orozco, Letrada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Nicaragua y Profesora Invitada de la UCLM y D. Jesús López de Lerma Galán, Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la UCLM y D^a M^a José Majano Caño, Profesora Asociada de Derecho Constitucional en la UCLM.

La perspectiva autonómica también estuvo presente en la segunda de las Mesas Redondas que se celebró en relación con la evolución y las perspectivas sobre el sistema electoral de Castilla-La Mancha y en la que participaron las profesoras de Derecho Constitucional de la UCLM, D^a María Martín Sánchez, Profesora Contratada Doctora y D^a María Pilar Molero Martín Salas, Profesora Ayudante.

RESUMEN

Esta reseña recoge las principales actividades académicas de Derecho Público desarrolladas en la UCLM durante 2015.

Se presta especial atención a las llevadas a cabo por el área de Derecho Constitucional sobre Derechos Humanos, Justicia Constitucional y Derecho Autonómico.

PALABRAS CLAVE

Actividades académicas; Derechos Humanos; Justicia Constitucional y Derecho Autonómico.

ABSTRACT

This review includes the main Public Law academic activities developed in UCLM during 2015. Special attention is paid to those, carried out by the Constitutional Law area about Human Rights, Constitutional Justice or Autonomic Law.

KEY WORDS

Academic activities; Human Rights; Constitutional Justice; Autonomic Law.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONALIDAD
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS
(DE 1 DE ENERO DE 2015 A 31 DE DICIEMBRE DE 2015)

María Martín Sánchez

Profesora Contratada Doctora (Profesora Titular Acreditada)
Área de Derecho Constitucional Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 10-03-2016

Aceptado: 05-06-2016

Tal y como venimos haciendo en esta publicación, se presenta una recopilación de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el año 2015, en relación a leyes aprobadas por Comunidades Autónomas y disposiciones del Estado que inciden en materia autonómica. Lo anterior, en procesos de control de la constitucionalidad, conflictos de competencia, conflictos en defensa de la autonomía local e impugnación de disposiciones autonómicas.

En relación con 2014, la reseña jurisprudencial correspondiente al año 2015, en términos generales, pone de manifiesto un incremento en la producción de sentencias en pronunciamientos de constitucionalidad. En lo que respecta a nuestra Región, encontramos cinco sentencias dictadas en este tipo de procedimientos (el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la ley 4/2014, de 21 de julio, de reforma de la ley electoral de Castilla-La Mancha; y cuatro en cuestiones de inconstitucionalidad relacionadas con la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo y el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)

Se presentan, como es habitual, dos partes diferenciadas. En primer lugar, se enumeran todas las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional relativas a Comunidades Autónomas, así como el proceso en el que han sido dictadas. Y a continuación, se hace una breve reseña 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. 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 260/2015, de 3 de diciembre de 2015 (BOE núm. 10 de 12 de enero de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 238/2015, de 19 de noviembre de 2015 (BOE núm. 312 de 30 de diciembre de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 237/2015, de 19 de noviembre de 2015 (BOE núm. 312 de 30 de diciembre de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 236/2015, de 19 de noviembre de 2015 (BOE núm. 312 de 30 de diciembre de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 233/2015, de 5 de noviembre de 2015 (BOE núm. 296 de 11 de diciembre de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 230/2015, de 5 de noviembre de 2015 (BOE núm. 296 de 11 de diciembre de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 214/2015, de 22 de octubre de 2015 (BOE núm. 284 de 27 de noviembre de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 209/2015, de 8 de octubre de 2015 (BOE núm. 272 de 13 de noviembre de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 202/2015, de 24 de septiembre de 2015 (BOE núm. 260 de 30 de octubre de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 198/2015, de 24 de septiembre de 2015 (BOE núm. 260 de 30 de octubre de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 196/2015, de 24 de septiembre de 2015 (BOE núm. 260 de 30 de octubre de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 156/2015, de 9 de julio de 2015 (BOE núm. 194 de 14 de agosto de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 154/2015, de 9 de julio de 2015 (BOE núm. 194 de 14 de agosto de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 111/2015, de 28 de mayo de 2015 (BOE núm. 159 de 4 de julio de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 108/2015, de 28 de mayo de 2015 (BOE núm. 159 de 4 de julio de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 107/2015, de 28 de mayo de 2015 (BOE núm. 159 de 4 de julio de 2015). Recurso de inconstitucionalidad

Sentencia 103/2015, de 28 de mayo de 2015 (BOE núm. 159 de 4 de julio de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 94/2015, de 14 de mayo de 2015 (BOE núm. 146 de 19 de junio de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 93/2015, de 14 de mayo de 2015 (BOE núm. 146 de 19 de junio de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 85/2015, de 30 de abril de 2015 (BOE núm. 136 de 8 de junio de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 84/2015, de 30 de abril de 2015 (BOE núm. 136 de 8 de junio de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 57/2015, de 18 de marzo de 2015 (BOE núm. 98 de 24 de abril de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 46/2015, de 5 de marzo de 2015 (BOE núm. 85 de 9 de abril de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 31/2015, de 25 de febrero de 2015 (BOE núm. 64 de 16 de marzo de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 30/2015, de 19 de febrero de 2015 (BOE núm. 64 de 16 de marzo de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 15/2015, de 5 de febrero de 2015 (BOE núm. 52 de 2 de marzo de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 14/2015, de 5 de febrero de 2015 (BOE núm. 52 de 2 de marzo de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 13/2015, de 5 de febrero de 2015 (BOE núm. 52 de 2 de marzo de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 11/2015, de 5 de febrero de 2015 (BOE núm. 52 de 2 de marzo de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 5/2015, de 22 de enero de 2015 (BOE núm. 47 de 24 de febrero de 2015). Recurso de inconstitucionalidad.

Sentencia 271/2015, de 17 de diciembre de 2015 (BOE núm. 19 de 22 de enero de 2016). Cuestión de inconstitucionalidad.

Sentencia 269/2015, de 17 de diciembre de 2015 (BOE núm. 19 de 22 de enero de 2016). Cuestión de inconstitucionalidad.

Sentencia 254/2015, de 30 de noviembre de 2015 (BOE núm. 10 de 12 de enero de 2016). Cuestión de inconstitucionalidad.

Sentencia 245/2015, de 30 de noviembre de 2015 (BOE núm. 10 de 12 de enero de 2016). Cuestión de inconstitucionalidad.

Sentencia 244/2015, de 30 de noviembre de 2015 (BOE núm. 10 de 12 de enero de 2016). Cuestión de inconstitucionalidad CLM.

Sentencia 235/2015, de 5 de noviembre de 2015 (BOE núm. 296 de 11 de diciembre de 2015). Cuestión de inconstitucionalidad.

Sentencia 228/2015, de 2 de noviembre de 2015 (BOE núm. 296 de 11 de diciembre de 2015). Cuestión de inconstitucionalidad.

Sentencia 218/2015, de 22 de octubre de 2015 (BOE núm. 284 de 27 de noviembre de 2015). Cuestión de inconstitucionalidad CLM.

Sentencia 200/2015, de 24 de septiembre de 2015 (BOE núm. 260 de 30 de octubre de 2015). Cuestión de inconstitucionalidad.

Sentencia 157/2015, de 9 de julio de 2015 (BOE núm. 194 de 14 de agosto de 2015). Cuestión de inconstitucionalidad.

Sentencia 143/2015, de 22 de junio de 2015 (BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015). Cuestión de inconstitucionalidad.

Sentencia 60/2015, de 18 de marzo de 2015 (BOE núm. 98 de 24 de abril de 2015). Cuestión de inconstitucionalidad.

Sentencia 50/2015, de 5 de marzo de 2015 (BOE núm. 85 de 9 de abril de 2015). Cuestión de inconstitucionalidad.

Sentencia 41/2015, de 2 de marzo de 2015 (BOE núm. 85 de 9 de abril de 2015). Cuestión de inconstitucionalidad.

Sentencia 22/2015, de 16 de febrero de 2015 (BOE núm. 64 de 16 de marzo de 2015). Cuestión de inconstitucionalidad.

Sentencia 185/2015, de 21 de septiembre de 2015 (BOE núm. 260 de 30 de octubre de 2015). Conflicto positivo de competencia.

Sentencia 178/2015, de 7 de septiembre de 2015 (BOE núm. 245 de 13 de octubre de 2015). Conflicto positivo de competencia.

Sentencia 61/2015, de 18 de marzo de 2015 (BOE núm. 98 de 24 de abril de 2015). Conflicto positivo de competencia.

Sentencia 58/2015, de 18 de marzo de 2015 (BOE núm. 98 de 24 de abril de 2015). Conflicto positivo de competencia.

Sentencia 45/2015, de 5 de marzo de 2015 (BOE núm. 85 de 9 de abril de 2015). Conflicto positivo de competencia.

Sentencia 25/2015, de 19 de febrero de 2015 (BOE núm. 64 de 16 de marzo de 2015). Conflicto positivo de competencia.

Sentencia 6/2015, de 22 de enero de 2015 (BOE núm. 47 de 24 de febrero de 2015). Conflicto positivo de competencia.

Sentencia 92/2015, de 14 de mayo de 2015 (BOE núm. 146 de 19 de junio de 2015). Conflicto en defensa de la autonomía local.

Sentencia 259/2015, de 2 de diciembre de 2015 (BOE núm. 10 de 12 de enero de 2016). Impugnación de disposiciones autonómicas.

Sentencia 147/2015, de 25 de junio de 2015 (BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015). Impugnación de disposiciones autonómicas.

Sentencia 138/2015, de 11 de junio de 2015 (BOE núm. 160 de 6 de julio de 2015). Impugnación de disposiciones autonómicas.

Sentencia 137/2015, de 11 de junio de 2015 (BOE núm. 160 de 6 de julio de 2015). Impugnación de disposiciones autonómicas.

Sentencia 32/2015, de 25 de febrero de 2015 (BOE núm. 64 de 16 de marzo de 2015). Impugnación de disposiciones autonómicas.

2. Breve comentario de las sentencias referentes a Castilla-La Mancha.

2.1 En recursos de inconstitucionalidad.

Sentencia 15/2015, de 5 de febrero de 2015 (BOE núm. 52 de 2 de marzo de 2015). Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Grupo Parlamentario Socialista 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. Se cuestiona la reducción de diputados prevista en la ley, por su posible vulneración de los principios de autonomía política, pluralismo y de interdicción de la arbitrariedad, además del derecho de acceso a los cargos públicos y sistema de representación proporcional. Tras su examen, el tribunal declara la constitucionalidad de la ley autonómica, avalando la reducción de la composición de las Cortes de Castilla-La Mancha (STC 197/2014), prevista en la misma.

2.2. En cuestiones de inconstitucionalidad.

Sentencia 43/2015, de 2 de marzo de 2015 (BOE núm. 85 de 9 de abril de 2015). Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con diversos preceptos del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. La cuestión se plantea en relación a las competencias sobre urbanismo. De un lado, el Tribunal Constitucional declara la inadmisión parcial y pérdida sobrevenida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 141/2014). Por su parte, se pronuncia a favor de la constitucionalidad del precepto legal que excluye la valoración de expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial y urbanística aún no realizados.

Sentencia 56/2015, de 16 de marzo de 2015 (BOE núm. 98 de 24 de abril de 2015). Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con diversos preceptos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, y el texto refundido de la Ley de suelo. La cuestión se plantea en relación al derecho de propiedad y expropiación forzosa. Se declara la inadmisión parcial y pérdida sobrevenida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 141/2014). Y el Tribunal Constitucional falla a favor de la constitucionalidad del precepto legal que excluye la valoración de expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial y urbanística aún no realizados (STC 43/2015, antes citada).

Sentencia 218/2015, de 22 de octubre de 2015 (BOE núm. 284 de 27 de noviembre de 2015). Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con diversos preceptos del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. El Tribunal Constitucional, en virtud del principio de igualdad y garantías expropiatorias, declara la nulidad del precepto legal que regula la compensación por privación de la facultad de participar en la actuación de primera urbanización sin que los propietarios hayan incumplido sus deberes (STC 141/2014). La sentencia cuenta con varios particulares: voto compartido por Dña. Adela Asúa Batarrita y D. Fernando Valdés Del-Ré, voto de Juan José González Rivas, voto de Juan Antonio Xiol Ríos, y voto compartido de Pedro José González-Trevijano Sánchez y Andrés Ollero Tassara.

Sentencia 244/2015, de 30 de noviembre de 2015 (BOE núm. 10 de 12 de enero de 2016). Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha respecto del artículo 23.1 a) y 2, en relación con los artículos 12 y 25, del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. Como en la anterior, la cuestión gira en torno a la vulneración del principio de igualdad y garantías expropiatorias. En la sentencia, se declara la pérdida parcial de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 218/2015, antes citada), y la constitucionalidad del método de capitalización de rentas para la valoración del suelo rural.

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 2015. 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 2015. In addition comes, it is made a brief comment of those processes played by Castilla-La Mancha.

PALABRAS CLAVE

Región, sentencia, Tribunal Constitucional.

KEY WORDS

Región, judgment, Constitutional Court.

