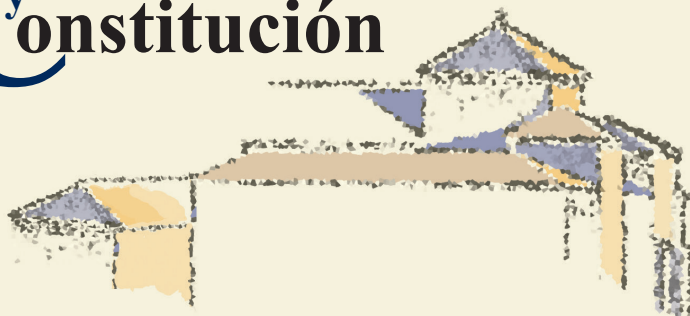




Parlamento y Constitución



Anuario

SUMARIO

I. ESTUDIOS

Guillaume Tusseau, *Enfrentar el panjudicialismo epistémico: la escotomización de formas políticas de control de constitucionalidad*.
Diego López Garrido, *El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de las sentencias judiciales firmes. La reforma del Recurso de Revisión por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, y la Ley 41/2015, de 5 de octubre*.

Luis López Guerra, *La evolución de los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos*.

Roberto Mayor Gómez, *Los códigos éticos o códigos de conducta en los parlamentos o asambleas legislativas: la necesidad de su implementación*.

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

Victor Orozco Solano, *Las sentencias básicas de la Sala Constitucional en materia de Derechos Humanos*.

Raúl Espinoza Gutiérrez, *Sistemas electorales, mayoría relativa, representación proporcional y las candidaturas independientes a cargos dentro de los parlamentos mediante la vía de representación. Una propuesta para su integración*.

III. RECENSIONES

Ignacio Durbán Martín, *Recensión del libro de Sergio Gerotto, Suiza. Sobre cómo se gobiernan los suizos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015*.

César Augusto Orrego Azula, *Recensión del libro de Fco. Javier Díaz Revorio, Estado, Constitución y Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar. Palestra Editores, Lima, 2017*.

IV. CRÓNICAS

Tomás Vidal Marín, *Una vez más la Ley Electoral de Castilla-La Mancha a juicio: comentario a la STC 15/2015, de 5 de febrero*.

María Martín Sánchez, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2016)*.

M^a del Pilar Molero Martín-Salas, *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2016)*.

Joaquina Guerrero Sanz, *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2016)*.

M^a. Elena Rebato Peño, *Reseña de actividades de Derecho Constitucional*.

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 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 Freijedo, *Universidad de Oviedo.*

Paloma Biglino Campos, *Universidad de Valladolid.*

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

José Luis Cascajo Castro, *Universidad de Salamanca.*

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

Javier Corcuera Atienza, *Universidad del País Vasco.*

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

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

Javier García Roca, *Universidad de Valladolid.*

Ángel Garrorena Morales, *Universidad de Murcia.*

Ángel Gómez Montoro, *Universidad de Navarra.*

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

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

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

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

José Antonio Montilla Martos, *Universidad de Granada.*

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

Alberto Pérez Calvo, *Universidad Pública de Navarra.*

Javier Pérez Royo, *Universidad de Sevilla.*

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

Manuel Ramírez Jiménez, *Universidad de Zaragoza.*

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

Alejandro Saiz Arnaiz, *Universidad del País Vasco.*

Remedio Sánchez Ferriz, *Universidad de Valencia.*

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

Manuel Terol Becerra, *Universidad Pablo de Olavide.*

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

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

Ernst Wolfgang Böckenförde, *Universidad de Friburgo.*

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

Ricardo Combellas, *Universidad Central de Venezuela.*

Krystian Komplak, *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.*

Julietta 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 2017

Nº 18

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

Anuario



**C^y Parlamento
Constitución**

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO.

Revista Jurídica de periodicidad anual.

Consulta de los números publicados:

http://www.cortesclm.es/paginas/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, las 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: 2017

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2017 N° 18 —

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

Guillaume Tusseau

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

Diego López Garrido

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha. Letrado de las Cortes Generales.

Luis López Guerra

Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Roberto Mayor Gómez

Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Víctor Orozco Solano

Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional, Universidad de Costa Rica. Letrado de la Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia.

Raúl Espinoza Gutiérrez

Licenciado en Derecho por la UNAM con estudios de posgrado por la misma institución, e investigador por la Universidad de Castilla-La Mancha.

Ignacio Durbán Martín

Investigador del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración de la Universitat de València-Estudi General.

César Augusto Orrego Azula

Doctorando, Universidad de Piura. Jefe de la Defensoría del Pueblo de Piura.

Tomás Vidal Marín

Profesor 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.

M^a del Pilar Molero Martín-Salas

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

Joaquina Guerrero Sanz

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

M^a. Elena Rebato Peño

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

ÍNDICE

I. ESTUDIOS

	<u>Págs.</u>
Guillaume Tusseau, <i>Enfrentar el panjudicialismo epistémico: la escotomización de formas políticas de control de constitucionalidad.</i>	009
Diego López Garrido, <i>El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de las sentencias judiciales firmes. La reforma del Recurso de Revisión por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, y la Ley 41/2015, de 5 de octubre.</i>	055
Luis López Guerra, <i>La evolución de los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos.</i>	081
Roberto Mayor Gómez, <i>Los códigos éticos o códigos de conducta en los parlamentos o asambleas legislativas: la necesidad de su implementación.</i>	103

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

Víctor Orozco Solano, <i>Las sentencias básicas de la Sala Constitucional en materia de Derechos Humanos.</i>	133
Raúl Espinoza Gutiérrez, <i>Sistemas electorales, mayoría relativa, representación proporcional y las candidaturas independientes a cargos dentro de los parlamentos mediante la vía de representación. Una propuesta para su integración.</i>	153

III. RECENSIONES

Ignacio Durbán Martín, <i>Recensión del libro de Sergio Gerotto, Suiza. Sobre cómo se gobiernan los suizos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.</i>	175
César Augusto Orrego Azula, <i>Recensión del libro de Fco. Javier Díaz Revorio, Estado, Constitución y Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar: Palestra Editores, Lima, 2017.</i>	181

IV. CRÓNICAS

Tomás Vidal Marín, <i>Una vez más la Ley Electoral de Castilla-La Mancha a juicio: comentario a la STC 15/2015, de 5 de febrero.</i>	199
María Martín Sánchez, <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2016).</i>	207
M ^a del Pilar Molero Martín-Salas, <i>Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2016).</i>	221
Joaquina Guerrero Sanz, <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2016).</i>	229
M ^a . Elena Rebato Peño, <i>Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2016).</i>	261

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **Guillaume Tusseau**, *Enfrentar el panjudicialismo epistémico: la escotomización de formas políticas de control de constitucionalidad.*
- **Diego López Garrido**, *El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de las sentencias judiciales firmes. La reforma del Recurso de Revisión por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, y la Ley 41/2015, de 5 de octubre.*
- **Luis López Guerra**, *La evolución de los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos.*
- **Roberto Mayor Gómez**, *Los códigos éticos o códigos de conducta en los parlamentos o asambleas legislativas: la necesidad de su implementación.*

ENFRENTAR EL PANJUDICIALISMO EPISTÉMICO:
LA ESCOTOMIZACIÓN DE FORMAS POLÍTICAS
DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Guillaume Tusseau

*Profesor de la Escuela de derecho de Sciences Po,
Miembro del Institut universitaire de France*

Recibido: 01-06-2017

Aceptado: 11-06-2017

SUMARIO

Introducción.

I. El control político por órganos jurídicos tradicionales.

A. El control político por un órgano legislativo.

1. El control de un órgano legislativo sobre otro órgano legislativo.

2. El control de un órgano legislativo sobre sí mismo.

B. El control político por un órgano ejecutivo.

II. El control político por órganos jurídicos originales.

A. El control político por un Estado miembro de una federación.

B. El control político por un órgano ad hoc.

C. El control político por el pueblo.

Conclusión.

Introducción

1. La época actual ve culminar un movimiento profundo de difusión, a nivel mundial, de un tipo de Estado que podría ser llamado “Estado constitucional”. Esta nueva figura se ha implantado sólidamente desde la Segunda Guerra mundial en varios países, por causa de cambios institucionales más profundos que se han producido en países de Europa del este y, más recientemente, en varios países de África, Asia y América del Sur.

De manera esquemática, el Estado constitucional se basa esencialmente en el establecimiento de constituciones escritas, previendo elementos tales y como unos derechos fundamentales, el Estado de derecho, la preeminencia del derecho, la democracia representativa, unas elecciones libres, la separación de los poderes, un poder judicial independiente, una cierta autonomía de los poderes locales, etc. Como lo nota por ejemplo Louis Henkin “Generalmente una constitución fija las formas y las instituciones del gobierno. Usualmente expresa o refleja una ideología político-económica, incluyendo los principios que gobiernan las relaciones entre el individuo y la sociedad. [...] En general, las constituciones modernas y prescriptivas reflejan y le dan efecto al constitucionalismo y al estado de derecho. El constitucionalismo no ha sido definido con autoridad en ninguna parte, pero según el uso común del término, se entiende que una constitución diseñada para reflejar el constitucionalismo tendrá elementos comunes, con algunas variaciones. Instauro la soberanía del pueblo y deriva su autoridad su autoridad de la voluntad popular. Prescribe un proyecto de gobierno responsable y responsable ante el pueblo a través del sufragio universal en elecciones periódicas. La autoridad gubernamental debe ser ejercida solo de acuerdo con leyes establecidas conforme a procesos constitucionales y congruentes con las prescripciones y limitaciones constitucionales. Varios sistemas constitucionales fraccionan la autoridad gubernamental a través de una separación de los poderes u otros pesos y contrapesos. (Algunos sistemas dividen la autoridad verticalmente a través de algunas formas de federalismo). Cada vez más, las constituciones prevén un control constitucional ejercido por una corte o alguna otra institución independiente con autoridad para monitorear la conformidad con las prescripciones constitucionales y para proveer soluciones a su violación. El constitucionalismo implica también que la constitución no puede ser suspendida, eludida o ignorada por órganos políticos del gobierno, y que puede ser emendada solo a través de procedimientos apropiados para cambiar su carácter constitucional y que da efecto a la voluntad popular al actuar constitucionalmente¹.”

1 L. Henkin, «Elements of Constitutionalism», in *International Commission of Jurists. The Review*, n° 60, 1998, pp. 11-22, pp. 11-12.

Más allá de la proclamación de estos principios y de la puesta en marcha de estos dispositivos, el Estado constitucional se caracteriza sobre todo por la voluntad de asegurar su efectividad concreta, de manera que no sean meras “reglas de papel” que disimulan una realidad diferente, sino que logren realmente enmarcar la vida de los ciudadanos y la práctica de las instituciones políticas. La innovación esencial consiste en la instauración de una instancia independiente de los otros poderes (Jefe de Estado, Gobierno, Parlamento, gobiernos locales, etc.) y cuya misión específica consiste en preservar los valores proclamados por la constitución y en garantizar el buen funcionamiento de las instituciones creadas por esta última. El derecho constitucional contemporáneo le otorga a una institución que no es otra que el juez constitucional este rol crucial.

2. A modo de ejemplo, los Estados Africanos han, sin excepción, escogido dotarse de ese elemento clave del constitucionalismo occidental contemporáneo: un sistema de justicia constitucional. Como lo subraya de esta manera un especialista, “si ha habido una innovación mayor en estos últimos años en la historia política e institucionales de los Estados Africanos es el rol jugado por las cortes constitucionales. Casi inexistentes durante los treinta años posteriores a la independencia, estas cortes han literalmente irrumpido en los regímenes africanos. Han sido no solamente instituidas en las nuevas leyes fundamentales, pero también puestas en marcha. Además, ejercen efectivamente unas atribuciones extensas. (...) Las decisiones son aplicadas, respetadas sin importar su contenido ni su alcance. (...) La mirada de las cortes a las reglas constitucionales y la importancia de su rol en el funcionamiento de las instituciones hacen de estas un elemento fundamental del régimen constitucional y de la realidad política².” Signo de una cierta “estandarización política e institucional”³ global en favor de un “constitucionalismo pluralista y democrático”, característico de una “época marcada por los esfuerzos para asegurar la difusión de la ideología jurídica y la promoción del

2 J. du Bois de Gaudusson, «Point d’actualité sur les modalités de production du droit constitutionnel dans les Etats africains francophones», in *Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2000, xxi+489 p., pp. 341-346, pp. 344-345. V. en el mismo sentido Id., «Les solutions constitutionnelles des conflits politiques», in *Afrique contemporaine*, n° 180, 1996, pp. 250-257, pp. 251-252; Id., «Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir», in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, lxxii+1783 p., pp. 609-627, pp. 612-614; Id., «Les tabous du constitutionnalisme en Afrique. Introduction thématique», in *Afrique contemporaine*, n° 242, 2012, pp. 55-56; M.-M. Mborantsuo, *La contribution des cours constitutionnelles à l’Etat de droit en Afrique*, préf. C. Debbasch, Paris, Economica, 2007, xv+365 p.

3 J. du Bois de Gaudusson, «Le mimétisme postcolonial, et après ?», in *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 45-55, p. 52.

Estado de derecho⁴”, la ingeniería desplegada de esta manera se basa en el presupuesto según el cual la garantía de “la ley suprema del país⁵” debe ser confiada a un juez, más que a alguna otra autoridad. Sin embargo, lo que parece haberse vuelto un elemento central de “la ortodoxia de las democracias constitucionales” no presenta carácter de necesidad alguno. *Hic et nunc*, la puesta en marcha de un sistema de justicia constitucional es el resultado de una elección. Este último toma lugar en un contexto más o menos exigente. Contribuyen a esta elección principalmente la tradición de lazos históricos y culturales con ciertos países desarrollados, la semejanza de los marcos conceptuales de los juristas, la presencia y la experiencia de expertos extranjeros, las presiones internacionales y regionales, las exigencias de los socios capitalistas, a los cuales pueden sumarse las estrategias de los perdedores políticos del momento, preocupados por preservar su posición anterior a través de la instauración de un dispositivo capaz de limitar el poder de los nuevos dirigentes, y las presiones de empresas que desean crear un ambiente jurídico seguro para sus inversiones, etc⁶. De esta manera, “estado último de la evolución, el control y la sanción de los jueces, comenzando por los del juez constitucional, se refuerzan con regularidad. En los ojos de la doctrina constitucional, este rol del juez se ha vuelto la clave del nuevo sistema: vemos en él una de las principales manifestaciones del progreso constitucional y figura a la cabeza de los criterios de buen gobierno constitucional y democrático definidos por la doctrina y las políticas y también por las instituciones internacionales y los socios capitalistas⁷.” A pesar del estatus de evidencia del que goza hoy, esta manera de asegurar la preservación de la constitución, de garantizar el buen funcionamiento de las instituciones que ella misma crea y de proteger los derechos fundamentales que proclama, no es para nada inevitable. Conviene recordar la violencia de la controversia que opuso hace un siglo a Hans Kelsen y Carl Schmitt a propósito del guardián de la Constitución. Esta controversia dependía de las circunstancias de la época –el debate sobre el *Prüfungsrecht*, la decadencia del régimen de Weimar, las preferencias políticas de los autores, etc. A pesar de ello, ponían en evidencia, de manera un tanto dramática, la cuestión del principio central de la elección de política constitucional que consiste en adoptar un sistema de

4 J. du Bois de Gaudusson, «L'accord de Marcoussis, entre droit et politique», in *Afrique contemporaine*, n° 206, 2003, p. 42.

5 Art. VI C de EEUU.

6 V. igualmente G. Tusseau, «La elección de un modelo de control de constitucionalidad: entre explicación y dogma», in *Parlamento y constitución. Anuario. Año 2015*, n° 17, 2016, pp. 9-36.

7 J. du Bois de Gaudusson, «Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme. Poursuite d'un dialogue sur quinze années de 'transition' en Afrique et en Europe», in *Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation. Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2007, xxii+1148 p., p. 337.

control de constitucionalidad donde esta misión recaiga en jueces y no en otras autoridades tildadas de “políticas”.

3. Según su etimología, la palabra “control” es el resultado de la contracción de las palabras “contre” y “rôle”. Se refiere a un segundo registro que permite verificar las informaciones contenidas en otro registro. En un contexto jurídico, se puede concebir el control como sugiere Charles Eisenmann. Según él, «Quien dice ‘control jurisdiccional’ dice ‘control jurídico’, es decir control de la regularidad jurídica, en otras palabras: de la regularidad o de la irregularidad frente a las reglas de derecho. El control es entonces la confrontación del objeto (en el sentido más amplio del término) con el modelo que dichas reglas dibujan y constituyen. ...y suponemos que dicho control termina en una decisión que –por lo menos– pronuncie que hay regularidad, es decir acuerdo con las reglas, o bien, al contrario, irregularidad, es decir desacuerdo, divergencia; así y solo así hay poder de control, poder jurídico. Cuáles son las consecuencias del juzgamiento de control, esa es otra cuestión susceptible de reglamentos o soluciones diferentes. Pero, independientemente de esas soluciones, podremos decir que existió operación de control y juzgamiento (en el sentido de la lógica) de control, es decir de conformidad o no-conformidad a las normas-modelo⁸.»

En el contexto del control llamado «de constitucionalidad», las normas-modelo son las que contiene la constitución.

4. Definida así, la actividad de control puede ser organizada de diversas maneras. La doctrina jurídica francesa ha asimilado frecuentemente que es posible separar dos grandes formas de control de constitucionalidad. Si bien es cierto que el único control que había conocido la historia constitucional de Francia había sido de naturaleza eminentemente política, la Vª Republica logró poner en marcha un control jurisdiccional de constitucionalidad con la instauración del Consejo constitucional⁹.

Sin embargo, es posible manifestar un cierto número de dudas respecto a la claridad de tal dicotomía entre control político y control jurisdiccional de constitucionalidad.

8 C. Eisenmann, «Le contrôle juridictionnel des lois en France», in Id., *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, C. Leben (éd.), Paris, Editions Panthéon-Assas, coll. «Les introuvables», 2002, 668 p., p. 536.

9 Título VII de la Constitución del 4 de Octubre de 1958.

En primer lugar, no parece posible identificar una “esencia” de lo jurídico o jurisdiccional¹⁰, como tampoco parece posible identificar una esencia de lo político¹¹.

En segundo lugar y de manera más precisa, en lo concerniente a la justicia constitucional, pocos autores estarían dispuestos a sostener el carácter apolítico o estrictamente y exclusivamente “jurídico” del control de constitucionalidad ejercido por jueces con una reputación bien establecida, como los jueces de la *Supreme Court of the United States* o del *Bundesverfassungsgerichtshof*. En el plano orgánico, la nominación de unos y otros se opera según modalidades en las cuales jamás están ausentes la intervención del poder político o bien las consideraciones partidistas¹². Así, la designación de un juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos es un factor esencial en el mandato de cada Presidente, así como un objeto de difícil discusión con el Senado quien es el que ratifica la nominación. En Alemania la designación de 16 jueces de la Corte constitucional federal por el Bundestag y el Bundesrat obedece a un sutil equilibrio entre las fuerzas políticas, tomando en cuenta a los grandes partidos así como a los pequeños y ventilando las sedes entre jueces afiliados y jueces no afiliados a los principales partidos¹³. De manera general, procesos de “lottizzazione” en la atribución de la carga de juez constitucional son muy frecuentes y presentes, por ejemplo en Italia¹⁴ así co-

10 V. en general I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle*, préf. Troper M., Paris, Dalloz, coll. «Nouvelle bibliothèque de thèses», 2005, xi+449 p. V. p. ej., sobre las dificultades de la definición de la noción de jurisdicción constitucional, M. Waline, «Éléments d’une théorie de la justice constitutionnelle en droit positif français», in *Revue du droit public*, 1928, pp. 441-462; V. Bouvier, «La notion de juridiction constitutionnelle», in *Droits*, n° 9, 1989, pp. 119-129; C. Santulli, «Les juridictions de droit international: essai d’identification», in *Annuaire français de droit international*, Vol. 47, 2001, pp. 45-61; Id., «Qu’est-ce qu’une juridiction ? Des organes répressifs internationaux à l’O.R.D.», in *Annuaire français de droit international*, Vol. 46, 2000, pp. 58-81; C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann (dir.), *La notion de «justice constitutionnelle»*, Paris, Dalloz, coll. «Thèmes et commentaires», 2005, ix+188 p.

11 *Contra*, v. sin embargo J. Freund, *L’essence du politique*, rééd., postf. P.-A. Taguieff, Paris, Dalloz, coll. «Bibliothèque Dalloz», 2003, 870 p.

12 Para una presentación general, v. p. ej. L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, Giappichelli, 2015, , xiv+305 p.

13 M. Fromont, «Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d’Allemagne», in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, p. 163.

14 J.-C. Escarras, «Italie», in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 4, 1988, pp. 165-181, pp. 169-175; M.L. Volcansek, «Political Power and Judicial Review in Italy», in *Comparative Political Studies*, Vol. 26, 1994, pp. 492-509; Id., *Constitutional Politics in Italy. The Constitutional Court*, London, Macmillan Press, New York, St Martin’s Press, 2000, ix+195 p., pp. 21-24; L. Pesole, «Composizione della Corte costituzionale e autonomie territoriali», in A. Anzon, G. Azzariti, M. Luciani (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere. Atti del Seminario di Roma del 14 marzo 2003*, Torino, G. Giappichelli, coll. «Quaderni della Rivista di diritto costituzionale», Vol. 3, 2004, xiii+259 p., pp. 13-65, p. 23; I.N. Guerrero, «Spunti in tema di elezione e nomina dei giudici costituzionali», in P. Costanzo (a cura di), *L’organizzazione e il funzionamento della*

mo en Suiza¹⁵, en Perú¹⁶, en Portugal¹⁷, en España¹⁸, en Croacia¹⁹ o en Hungría²⁰.

El ejercicio de sus funciones los conduce incluso a pronunciarse sobre los principios que constituyen el zócalo mismo del Estado. Esto implica pronunciarse sobre grandes temas de sociedad, como el derecho al aborto²¹, la bioética, la eutanasia²², la pena de muerte²³, los derechos de parejas del mismo sexo²⁴, etc.

Corte costituzionale, Torino, G. Giappichelli, 1996, x+778 p., pp. 111-121.

15 P. Knufer, «Le cas du Tribunal fédéral suisse», in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 4, 1988, pp. 219-227, pp. 221-222; A. Jomini, «Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle», in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, 2005.

16 C. Landa, «Estatuto del juez constitucional en el Perú», 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. 573-612, p. 575.

17 S. Amaral Garcia, N. Garoupa, V. Grempi, «Judicial Independence and Party Politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal», in *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 6, 2009, pp. 381-404.

18 J. García Roca, «El estatuto de los magistrados constitucionales en España», 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. 725-753, p. 739.

19 W. Sadurski, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht, Norwell, MA, Springer, 2005, xviii+377 p., p. 16.

20 M. De Visser, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, Oxford, Portland, Hart, 2014, xliii+484 p., pp. 206-207.

21 V. p. ej. CSEEUU, *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973); Consejo constitucional francés, Decisión n° 74-54 DC de 15 de enero de 1975; Corte constitucional federal de Alemania, BVerfGE 39, 1 (1975); BVerfGE 88, 203 (1993); Corte constitucional de Hungría, decisión 64/1991 (XII.17); Tribunal constitucional de Portugal, n° 25/84 y 85/85.

22 V. p. ej. D. Garrow, «The Right to Die: Death with Dignity in America», in *Mississippi Law Journal*, Vol. 68, 1999, pp. 407-430; J. Marshall, «The Right to Die: An Extension of the Right to Privacy», in *The John Marshall Law Review*, Vol. 18, 1985, pp. 895-914.

23 V. p. ej. CSEEUU, *Furman v. Georgia* 408 US 238 (1972); *Robert v. Simmons* 543 US 551 (2005); *Kennedy v. Louisiana*, No. 07-343; Corte constitucional de Sudáfrica, *The State v. T Makwanyane and M Mchumu* (CCT/3/94).

24 V. p. ej. Corte constitucional de Sudáfrica, *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); CS de Canada, *M. c/ H.* [1999] 2 RCS 3; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698. V. G. Tusseau, «Chronique de jurisprudence droit administratif et droit constitutionnel. Jurisprudence étrangère: La liberté sexuelle devant les juridictions constitutionnelles (Cour suprême de l'Inde, 11 décembre 2013, *Suresh Kumar Koushal and another v. NAZ Foundation and others*, civil appeal n° 10972 de 2013 et Cour suprême du Canada, 20 décembre 2013, *Canada (Procureur général) c/ Bedford*, 2013 CSC 72)», in *Revue française de droit administratif*, 2014, pp. 1224-1235; Id., «Un exemple de judiciarisation (autolimitée) de la politique: la liberté sexuelle devant les juridictions constitutionnelles», in L. Pegoraro, S. Bagni, G. Pavani (a cura di), *Metodologia della comparazione. Lo studio dei sistemi giudiziari nel contesto euro-americano*, Bologna, Filodiritto editore, coll. «Universitaria», 2016, 307 p., pp. 225-246.

En consecuencia, los jueces son conducidos por sus decisiones a contribuir en gran medida a la determinación del *ethos* de la sociedad. Las actuales jurisdicciones constitucionales están frecuentemente inmersas en la resolución de cuestiones determinantes concernientes a los fundamentos mismos de los Estados en las que ellas intervienen. Así, la Corte constitucional sud-africana participó en la instauración de un nuevo orden democrático, controlando el respeto constitucional de un número determinado de valores fundamentales que fueron incluso a pedir al “soberano” revisar su posición en lo concerniente a un determinado número de puntos. En Canadá, el fracaso del segundo referéndum sobre la soberanía en Quebec, condujo al gobierno federal a pedir a la Corte suprema que se pronunciara sobre la constitucionalidad de la secesión y sobre las modalidades que deberían enmárcala cuando esta proceda²⁵. El juez constitucional tuvo así que pronunciarse nada menos que sobre la posibilidad de una eventual división de Canadá así como de sus condiciones²⁶. Lo mismo ocurre con el Tribunal constitucional español, frente a los proyectos independentistas catalanes. Varias jurisdicciones constitucionales tuvieron que determinar la validez de golpes de Estado que violaban las normas constitucionales vigentes²⁷. La jurisprudencia de las cortes constitucionales europeas a propósito de la integración supranacional resulta también de suma importancia para la determinación de la forma de existencia de las unidades políticas²⁸ y las formas de interacción entre constitucionalismo nacional y constitucionalismo supranacional²⁹.

25 CS de Canada, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217.

26 V. p. ej. sobre dichas cuestiones R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2004, 214 p.

27 V. p. ej. T. Mahmud, «Jurisprudence of Successful Treason: Coup d’Etat & Common Law», in *Cornell International Law Journal*, Vol. 49, 1994, pp. 49-140.

28 V. p. ej. Consejo constitucional francés, Décisions n° 92-308 DC de 9 de abril de 1992, *Traité sur l’Union européenne, Rec.*, p. 55; 92-312 DC de 2 de septiembre de 1992, *Traité sur l’Union européenne, Rec.*, p. 76; 92-313 DC de 23 septiembre de 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l’Union européenne, Rec.*, p. 94; 2004-505 DC de 19 de noviembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l’Europe, Rec.*, p. 173; 2007-560 DC de 20 de diciembre de 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l’Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, Rec.*, p. 459; Tribunal constitucional español, Declaraciones n° 1/1992, 1/2004; Corte constitucional de Alemania, BVerfGE, 30; 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09; Tribunal constitucional de Polonia, Decisiones K 18/04 du 11 mai 2005 et K 32/09. V. J. Tajadura, J. de Miguel (coord.), *Justicia Constitucional y Unión Europea Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, pról. A. Torres del Morral, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, xviii+322 p.

29 V. p. ej. G. Tusseau, «Un chaos conceptuel qui fait sens: la rhétorique du constitutionnalisme global», in J.-Y. Chérot, B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, coll. «Penser le droit», 2012, xiii+302 p., pp. 182-228; Id., «Chronique de jurisprudence droit administratif et droit constitutionnel. Jurisprudence étrangère: La gouvernance économique et monétaire européenne au

Un número importante de “dramas” étnicos, sociales, económicos, etc., no se resuelven ante las clásicas instancias de representación política, por lo que se resuelven ante el juez. Por eso, la idea de un control político de constitucionalidad claramente distinto del control jurisdiccional debe manejarse con prudencia.

5. Desde un punto de vista externo, aunque unos y otros no están claramente definidos, parece que dos grupos de criterios podrían servir al establecimiento de la distinción entre un control jurídico y un control político de constitucionalidad.

(1) El primer criterio consiste en la calificación de político partiendo de la composición del órgano encargado del control de constitucionalidad. Se subdivide en dos sub-criterios analíticamente distintos.

(1.1) El primero se circunscribe a las modalidades de selección de los miembros del órgano. Será considerado como político un control ejercido por un órgano en el cual sus miembros fueron elegidos en función de su cercanía con ciertas ideologías políticas y no en función de sus competencias técnicas.

(1.2) El segundo se circunscribe al modo de designación de los miembros del órgano. Será considerado político un control ejercido por un órgano en el cual su composición es mayoritariamente o exclusivamente hecha en función de elecciones o de nominaciones efectuadas por autoridades políticas.

(2) El segundo grupo de criterios empleados para diferenciar un control político de un control jurídico tiene que ver con las modalidades de funcionamiento del órgano encargado de tal actividad. Nuevamente, dos sub-criterios deben ser disociados en el plano conceptual.

(2.1) El primero se reporta al modo de toma de decisión del órgano en cues-

prisme du constitutionnalisme allemand. Cour constitutionnelle fédérale allemande, 14 janvier 2014, 2 BvR 2728/13, et 18 mars 2014, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvR 1824/12, 2 BvE 6/12», in *Revue française de droit administratif*, 2014, pp. 602-614; Id., «Chronique de jurisprudence droit administratif et droit constitutionnel. Jurisprudence étrangère: Le constitutionnalisme européen aux prises avec la «désobéissance institutionnelle» des juges nationaux (Tribunal constitutionnel polonais, Décision SK 45/09 du 16 novembre 2011; Cour constitutionnelle tchèque, Décision Pl. ÚS 5/12 du 31 janvier 2012, *Pensions slovaques*)», in *Revue française de droit administratif*, 2013, pp. 149-157; Id., «*Irregularare aliquod et tantum non* monstro simile»: remarques sur les heurs et malheurs des dialogues juridictionnels transconstitutionnels», in P. Brunet, K. Hasegawa, H. Yamamoto (dir.), *Rencontre franco-japonaise autour des transferts de concepts juridiques*, Paris, Mare & Martin, 2014, 304 p., pp. 97-140.

tión así como a su relativa proximidad *vis-à-vis* de prácticas consideradas *hic et nunc* como representativas de la función jurisdiccional. Puede así ser considerado como “político” un control que se aleja de exigencias tales como: la imparcialidad de jueces, la presencia de partes (en el sentido de individuos que hacen valer un interés por actuar) en el proceso, el enjuiciamiento en forma colegiada, el respeto al principio de contradicción, la publicidad de debates, el hecho de decidir después de la entrada en vigor de la norma objetada, etc.

(2.2) El segundo tiene que ver con el tipo de argumentación desarrollada por el órgano encargado del control de constitucionalidad y su relativa proximidad *vis-à-vis* de prácticas consideradas *hic et nunc* como representativas de la función jurisdiccional. Puede entonces considerarse “político” un control donde el resultado es producto de un razonamiento formulado en términos de oportunidades o de preferencias, en oposición a un razonamiento apoyado sobre una motivación de apariencia deductiva y que da como resultado la conclusión de premisas que son presentadas como perteneciente al derecho positivo.

6. Lejos de las evidencias del horizonte constitucionalista contemporáneo que tienden a ocultarlo, a sacarlo de nuestro espíritu consciente, es decir en términos psicoanalíticos, a escotomizarlo, el control político de constitucionalidad conserva un interés incontestable. Es casi como si, en la ciencia del derecho constitucional contemporánea, se veía solo los jueces, de forma que se desarrollara una forma de panjudicialismo epistémico. Me parece que tal perspectiva puede conducir a planteamientos erróneos.

En primer lugar, en el plano histórico, el central político ha gozado de una preeminencia segura. Fue dominante en varios Estados durante todo el siglo XIX y durante la mayor parte del siglo XX y es solidario con una experiencia, con una cultura y con una memoria original. Las olas sucesivas por las cuales la justicia constitucional se ha desarrollado son testigos del carácter globalmente reciente del fenómeno de judicialización de la garantía de la constitución. No se trata probablemente de nada más que una etapa en la trayectoria del constitucionalismo, que no debería ocultar a sus antecesores.

En segundo lugar, *de lege ferenda*, los incontables debates que suscita la cuestión de la legitimidad de los jueces constitucionales conducen al desarrollo cada vez más afirmado de propuestas doctrinales y a políticas favorables al hecho

de “quitarle la constitución a los tribunales”³⁰. Ya sea por miedo de un gobierno de jueces reclamando una forma de supremacía de la interpretación constitucional dada por los tribunales sobre la dada por otros actores jurídicos, o basándose en estudios empíricos acreditando la ausencia de capacidad superior de los jueces sobre los actores políticos para asegurar el respeto de la constitución³¹, el control jurisdiccional de constitucionalidad es hoy objeto de contestaciones nuevas.

En tercer lugar, aun si el control político de constitucionalidad ha sido suplantado por el control jurisdiccional, no ha sido eliminado por este último. Simplemente ha debido adaptarse a su aparición y a su implantación duradera. Por ellos, no está descartado que las dos formas de control puedan, puntualmente, entrar en competencia, o hasta en conflicto. Otros actores diferentes de los jueces interpretan necesariamente la constitución desde el punto de vista de su propia acción y del examen de los otros órganos, y hacen de ella la referencia de un control³². El análisis estratégico de las interacciones constitucionales tira provecho de tales situaciones, que no pueden ser explicadas sin tener en cuenta la manera en la cual una pluralidad de actores de tipos diversos está en condiciones de apreciar la conformidad a la constitución de comportamientos, abstenciones o normas. La jurisdiccionalización del control de constitucionalidad no debe entonces llevar a ignorar las formas de garantías competidoras, complementarias o antagonistas, que pueden existir y contribuir a que “las Constituciones cumplan con (...) su función de reglamentación de las relaciones políticas”³³. No puede imponerse, como lo hace actualmente, sino a través de una interacción compleja con relación a los otros dispositivos, que contribuyen, *hic et nunc*, a darle su configuración particular al sistema de protección de la constitución en su conjunto³⁴.

30 M. Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2000, xii+242 p.

31 V. p. ej. *ibid.*; L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2004, xii+363 p.; R. Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, x+270 p.; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, ix+332 p.; Id., «The Core of the Case Against Judicial Review», *Yale LJ*, Vol. 115, 2006, pp. 1346-1406.

32 V. p. ej. T. Giraud, *L'interprétation de la constitution par les organes non juridictionnels*, Th. Droit public, Université Paris X – Nanterre, 2005, 464 p.; K.E. Whittington, *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, x+303 p.

33 J. du Bois de Gaudusson, «Introduction. 1 – Le constitutionnalisme en Afrique», op. cit., p. 11.

34 V. en ese sentido G. Tusseau, «Le pouvoir des juges constitutionnels», in M. Troper, D. Chagnollaude (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, 3 Vol., Paris, Dalloz, 2012, Vol. 3, xxxvi+825 p., pp. 169-206; Id., «Le gouvernement (contraint) des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison», in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n° 55, 2012, pp. 41-83.

En cuarto y último lugar, la existencia y el desarrollo mismos de las jurisdicciones constitucionales suscitan y renuevan una dinámica de apropiación política de la constitución. Por ello “Notaremos [...] el lugar concedido en el discurso político a las consideraciones políticas y a los intercambios de argumentos legales, sacados de la constitución y de las interpretaciones que hacemos de ella. El argumento constitucional se privilegia en los debates políticos y la referencia al derecho se ha vuelto un paso obligado de la legitimidad, bien sea en relación a la opinión nacional, o de la comunidad internacional³⁵.” Con estas palabras se subraya la importancia de la invocación de la constitución como parámetro de buen comportamiento por otros actores diferentes de los jueces. Aun si hay a veces, sin duda alguna, unas “instrumentalizaciones políticas y partidarias de las reglas constitucionales”³⁶, no son menos significativas del tipo de prácticas institucionales a las cuales el constitucionalismo contemporáneo da lugar. El rebasamiento del estudio de las formas jurisdiccionales de control de la aplicación de la constitución al cual invita el autor se revela crucial para dimensionar el “rol del derecho constitucional como norma fundamental y obligatoria, en la realidad como en el imaginario de las poblaciones, de los elegidos y de los otros actores del juego político”³⁷. El control político de constitucionalidad merece no ser desatendido ni excluido del conjunto de variables explicativas del comportamiento y de las decisiones de las jurisdicciones constitucionales, así como del funcionamiento de un sistema político en su conjunto, que aparece de ese modo como “judicializado”³⁸.

35 J. du Bois de Gaudusson, «Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme. Poursuite d'un dialogue sur quinze années de 'transition' en Afrique et en Europe», *op. cit.*, p. 336. V. également Id., «Les solutions constitutionnelles des conflits politiques», *op. cit.*, pp. 252-255; Id., «Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir», *op. cit.*, p. 612.

36 J. du Bois de Gaudusson, «Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme. Poursuite d'un dialogue sur quinze années de 'transition' en Afrique et en Europe», *op. cit.*, p. 339.

37 J. du Bois de Gaudusson, «L'accord de Marcoussis, entre droit et politique», *op. cit.*, p. 49.

38 C.N. Tate, T. Vallinder, (ed.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, London, New York University Press, 1995, xii+556 p.; D.W. Jackson, C.N. Tate (ed.), *Comparative Judicial Review and Public Policy*, Westport (Conn.), London, Greenwood Press, 1992, viii+214 p.; P.C. Magalhães, *The Limits of Judicialization. Legislative Politics and Constitutional Review in Iberian Democracies*, PhD., University of Ohio, 2003, xvii+398 p., accessible sur http://etd.ohiolink.edu/view.cgi?acc_num=osu1046117531; J. Couso, A. Huneeus, R. Sieder (ed.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2010, xii+287 p.; B. Dressel (ed.), *The Judicialization of Politics in Asia*, London, New York, Routledge, 2012, xiv+240 p.; R. Sieder, L. Schjolden, A. Angell (ed.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York, Palgrave MacMillan, 2005, xiii+305 p.; A. Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, xii+232 p.; Id., «The Politics of Constitutional Review in France and Europe», in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5(1), 2007, pp. 69-92; Id., In the Shadow of the Constitutional Council: The 'Juridicisation' of the Legislative Process in France», in *West European Politics*, Vol.

7. El objetivo del presente texto es por lo tanto, a fines de identificar lo impensado o, más correctamente, lo ignorado y lo escotomizado del pensamiento constitucional contemporáneo, proponer una cartografía de esta forma institucional. Más que a través de una clasificación perfectamente rigurosa y exhaustiva, una puesta en orden de diferentes tipos de controles políticos de constitucionalidad puede ser sugerida por medio de una gradación relativamente impresionista. Esta progresará a través de los ejemplos a medida que el control de constitucionalidad es ejercido por actores de los cuales uno se espera de manera cada vez menos espontánea e intuitiva a que esta función les sea atribuida. De esta manera y a grandes rasgos, es posible distinguir las operaciones a las que se dedican los órganos jurídicos tradicionales, tales y como una asamblea legislativa o un Jefe de Estado (I), de las que conciernen a actores jurídicos más originales, tales y como el Estado federado, un órgano *ad hoc* o, finalmente, el pueblo en si (II).

I. El control político por órganos jurídicos tradicionales

8. Los “órganos jurídicos tradicionales” pueden ser definidos como aquellos que reciben un cierto número de funciones jurídicas del orden jurídico. Es a aquellas misiones que se suma el control de constitucionalidad.

En vista de identificar esta última, es posible apegarse a la tripartición tradicional de poderes³⁹. Por otra parte, el poder judicial excluye hipotéticamente de las funciones a los órganos susceptibles de ejercer un control “político” de constitucionalidad, lo que de esta manera se opone al poder legislativo y al poder ejecutivo.

En este cuadro, el sentido que se da a los términos “ejecutivo” y “legislativo” es esencialmente orgánico y se justifica por razones didácticas. En efecto, en un plano material, el control de constitucionalidad de un acto jurídico, en la medida que puede llegar a invalidar esta norma, conduce necesariamente, al que lo ejerce, a crear dos tipos de normas⁴⁰. En primer lugar, si su decisión es necesaria pa-

12, 1989, pp. 12-34; M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002, xi+417 p.; A. Stone, *The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1992, vi+312 p.

39 A título de ejemplo, dicha tripartición es puesta en tela de juicio en Venezuela, donde la Constitución distingue cinco poderes: ejecutivo, legislativo, judicial, electoral y ciudadano. V. p. ej. N.P. Sagüés, «Cultura constitucional y desconstitucionalización», in *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Vol. 16, 2010, pp. 97-108, p. 101. Tal es también en caso en Ecuador y en Bolivia.

40 Para una demostración completa, v. M. Troper, «Le problème de l'interprétation et la théorie de la

ra que empiece la vigencia de la norma en cuestión, él ejerce un poder de co-decisión y se remarca, por ejemplo en el caso de una ley, co-autor de esta ley y por tanto detentaría un poder de tipo legislativo. Si la decisión de controlar interviene después de iniciada la vigencia de la norma controlada, la posibilidad de anulación, por medio de la producción de una norma de abrogación, constituye en este caso el ejercicio de un poder del mismo nivel, que ese en el cual se sitúa la norma censurada. Así, en la hipótesis del control de la validación de una ley, una decisión de abrogación es constitutiva del ejercicio de un poder de tipo legislativo⁴¹. En segundo lugar, el órgano encargado de ejercer un control de constitucionalidad es necesariamente conducido ya sea para identificar principios constitucionales no escritos, o para interpretar los enunciados del documento constitucional, i.e. para determinar su significación normativa. Resulta de ahí, que este actor crea, además de una norma de la jerarquía de la que controla, otra norma, de rango constitucional. Así en la hipótesis del control de una ley, es simultáneamente en un plano material, un legislador y un constituyente.

Es solamente con fines didácticos que propongo distinguir las situaciones en las cuales un control político de constitucionalidad es ejercido por un órgano legislativo (A), de las cuales este es ejercido por un órgano ejecutivo (B).

A. El control político por un órgano legislativo

9. Además de un órgano *ad hoc*, el constituyente puede confiar el control de constitucionalidad a un órgano ya dotado por otra parte de competencias. Es en primer lugar el caso en el cual es a un órgano legislativo que recae, solo o de forma concurrente con otros órganos, el control. Dos grandes tipos de situaciones deben sin embargo ser distinguidas con el fin de dar cuenta de la práctica en la materia. La situación en la cual dos órganos legislativos distintos coexisten, y en la cual uno de dichos órganos tiene como función el control de la actividad del otro (1), se opone

supralégalité constitutionnelle», in Id., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 358 p., pp. 293-315.

41 V. en ese sentido la tesis del legislador negativo de H. Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)», in *Revue du droit public*, 1928, pp. 223-227; Id., *Qui doit être le gardien de la constitution ?*, trad. fr. et intro. S. Baume, Paris, Michel Houdiard éditeur, coll. «Les sens du droit», 2006, 138 p., pp. 87, 127-128 n. 11. Sobre ese tema, v. también, más precisamente, C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, préf. O. Pfersmann, av.-prop. J.-C. Scholsem, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2006, xxxvii+537 p.

a la configuración institucional donde un solo y mismo órgano legislativo controla la constitucionalidad de sus propias producciones normativas (2).

1. El control de un órgano legislativo sobre otro órgano legislativo

10. El sistema de separación de poderes conocido bajo el nombre de “equilibrio de poderes”⁴² consiste en distribuir el poder de hacer la ley entre diferentes órganos, de los cuales el consentimiento es necesario para la entrada en vigor de dicha ley. Una configuración institucional tal puede primero concretizarse a través de la existencia de un derecho de veto legislativo del poder ejecutivo, tal y como existe en la Constitución de los Estados Unidos de América o como había sido establecida en la Constitución del 3 de septiembre de 1791⁴³.

También se puede repartir la función legislativa entre dos asambleas, como lo entendieron los constituyentes de 1795. Dos asambleas, el Consejo de los quinientos y el Consejo de *Anciens* se repartían así esta función bajo el imperio de la Constitución del 5 fructidor año III. El proceso legislativo preveía notablemente que las iniciativas de ley correspondían a la asamblea más joven, fuente de imaginación, mientras que el Consejo de *Anciens*, dotado de una sabiduría más grande, debía aprobar o rechazar en bloque las resoluciones de la primera (art. 95 C).

Uno de los motivos de rechazo consistía precisamente en la violación de la Constitución por parte del Consejo de los quinientos. El art. 88 C enunciaba que “El Consejo de *Anciens* rechaza la aprobación de las resoluciones del Consejo de los quinientos que no hayan sido tomadas en las formas prescritas por la Constitución”. La formulación de la decisión del Consejo de *Anciens* era particularmente reveladora. Su aprobación se expresaba a través de la fórmula “El Consejo de *Anciens* aprueba” (art. 96 C), su rechazo del contenido de la proposición de los quinientos era significada por los términos “El Consejo de *Anciens* no puede adoptar” (art. 98 C), mientras que su rechazo por causa de violación a las formas constitucionales prescritas se expresaba de la siguiente fórmula “La Constitución anula” (art. 97 C). Aparece así de manifiesto, que se ejercía un verdadero control político de la constitucionalidad –procedimental o formal– de la acción de una cámara por la otra.

42 Sobre el tema, v. M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, préf. C. Eisenmann, Paris, LGDJ, coll. «Bibliothèque constitutionnelle et de science politique», t. 48, 1973, 253 p.

43 V. *infra*, nº 18.

11. La siguiente Constitución, inspirada ampliamente por Sieyès, quien fue uno de los orquestadores del golpe de Estado que condujo a Napoleón Bonaparte al poder, sirvió de ocasión para hacer comprender nuevamente las preocupaciones que habían precedido su proyecto de *jurie constitutionnaire*⁴⁴. El control de constitucionalidad fue confiado en la Constitución del 22 frimario año VIII, al Senado conservador, que sedujo un número importante de Estados en América del Sur⁴⁵.

Compuesto de 80 miembros inamovibles y nombrados de por vida (art. 15 C) por cooptación entre tres candidatos respectivamente presentados por el Cuerpo legislativo, el Tribunat y el Primer cónsul (art. 16 C), el Senado conservador tiene como función la de “[mantener] o [anular] todos los actos que le son deferidos como inconstitucionales por el Tribunal [en virtud del art. 28 C] o por el gobierno” (art. 21 C). Como en la IV^a y la V^a República⁴⁶, un recurso por causa de inconstitucionalidad no puede apuntar hacia una ley si no hasta antes de su promulgación, i.e. dentro los diez días de su adopción (art. 37 C). Permaneciendo entre las manos exclusivas de instituciones políticas y excluyendo a particulares, el control opera únicamente *a priori* y se distancia de los rasgos presentados como las características de un control jurisdiccional de constitucionalidad.

12. El servilismo del Senado hacia el poder de Bonaparte y después de Napoleón I^{er} no le permitieron cumplir con su función de manera creíble. Pero dicho dispositivo institucional resultó una de las originalidades del constitucionalismo napoleónico. Después de su golpe de Estado, Louis-Napoleón Bonaparte proclamó así, el 14 de enero de 1852, que el Senado “es el depositario del pacto fundamental y de las libertades compatibles con la constitución; y es únicamente bajo la relación de grandes principios sobre los cuales reposa nuestra sociedad, que el Senado examina todas las leyes y propone nuevas al poder ejecutivo. El Senado interviene ya sea para resolver toda dificultad grave que podría presentarse durante la ausencia del Cuerpo legislativo así como para explicar el texto de la Constitución y asegurar lo que es necesario para su funcionamiento. Tiene derecho de anular todo acto arbitrario e ilegal y, gozando así de la consideración que

44 V. *supra*, n° 7. El hecho de que el Senado conservador sea considerado en un Título II de la Constitución distinto al Título III consagrado al Poder legislativo, podría también justificar la clasificación de este sistema en el marco del control político ejercido por un órgano *ad hoc*, visto *supra*, n° 6 y s.

45 V. F. Fernández Segado, *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América latina*, Saggio introductivo «Modelli giustizia costituzionale e attuazione dei diritti» S. Bagni, Bologna, Clueb, coll. «Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series», Vol. 17, 2006, xii+125 p.

46 V. *supra*, n° 8 y s.

se adjudica a un cuerpo exclusivamente competente del examen de grandes intereses o de la aplicación de grandes principios, el Senado cumple en el Estado el rol independiente, saludable, conservador, de los antiguos parlamentos.”

Fuerte en esta misión, el Senado se compone de 150 miembros máximo inamovibles y de por vida, regula por sénatus-consulte “todo lo que no ha sido previsto por la Constitución y que es necesario a su funcionamiento” así como “el sentido de los artículos de la Constitución que dan lugar a diferentes interpretaciones” (art. 27 C), y puede proponer modificaciones a la Constitución (art. 31 C). En lo concerniente de manera más precisa al control de constitucionalidad, muchas innovaciones remarcables deben ser mencionadas. El Senado examina obligatoriamente toda ley (art. 25 C). Después de dicho examen, este “se opone a la promulgación -1º De las leyes que serían contrarias o que atenten a la Constitución, a la religión, a la moral, a la libertad de culto, a la libertad individual, a la igualdad de los ciudadanos frente a la ley, a la inviolabilidad de la propiedad y al principio de inamovilidad de la magistratura; 2º De aquellas leyes que pudieran comprometer la defensa del territorio” (art. 26 C). Aparece así un control que además de ser obligatorio no es únicamente formal o procedimental, sino más bien substancial. Por otra parte, dicho control es posible por parte del gobierno así como de los ciudadanos, bajo la forma de peticiones de diferir todos los actos al Senado con el fin de controlar la constitucionalidad (art. 29 C). Tanto por su carácter *a priori* como *a posteriori*, así como por la activación de la solicitud de control por un simple ciudadano, dicho dispositivo parece particularmente completo. No obstante que la práctica del Segundo Imperio pueda parecer decepcionante, es sin embargo para algunos más rica que el sistema existente bajo la Vª Republica⁴⁷.

13. Su asociación con los principios del cesarismo democrático le condujo a alejarse de la práctica de la República parlamentaria que desarrolló otros tipos de controles políticos de constitucionalidad. Sin embargo, el ejemplo del Senado napoleónico, que sedujo a Simón Bolívar⁴⁸, tuvo cierta influencia en países extranjeros, y en especial en América latina⁴⁹. La Constitución de las Provincias

47 A. Ashworth, «Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire», in *Revue du droit public*, 1994, pp. 45-102.

48 V. S. Bolívar, *Obra política y constitucional*, E. Rozo Acuña (ed.), Madrid, Tecnos, 2007, cclv+203 p.; E. Rozo Acuña, *Bolívar. Pensamiento constitucional*, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 1983, 167 p.

49 V. F. Fernández Segado, *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América latina*, op. cit.

unidas del centro de América de 22 de noviembre de 1824 confiaba la protección de la Constitución a órganos del poder legislativo. Atribuía al Congreso velar por el respecto de los derechos y libertades consagrados por la Constitución, y le daba el poder de “anular [...] toda disposición legislativa que los contrarie» (art. 69.29). Según su artículo 99, el Senado “ Cuidará de sostener la Constitución; velará sobre el cumplimiento de las leyes generales, y sobre la conducta de los funcionarios del Gobierno Federal.” La Constitución Política del Estado Libre de Nicaragua, aprobada el 12 de noviembre de 1838, disponía también que cada una de las cámaras debía velar por el cumplimiento de la Constitución (art. 109.23).

14. China ofrece un último ejemplo de control de constitucionalidad ejercido por un órgano legislativo. El artículo 67 de la Constitución prevé explícitamente que «El Comité permanente de la Asamblea nacional popular tiene los poderes y las funciones siguientes: (1) interpretar la Constitución et velar por su aplicación.» Los deseos de ver emerger un control jurisdiccional de constitucionalidad no se cumplieron. A pesar de la proclamación, en el otoño de 2002, hecha por Hu Jintao, según la cual las masas deben considerar la constitución como «un arma jurídica para proteger los derechos de los ciudadanos», esta última sigue siendo injusticiable. Esta posición de principio fue adoptada a mediados de los años 50. El 30 de julio de 1955, la Corte Suprema indico que rechazaba tomar la Constitución como fundamento de sus decisiones⁵⁰. Esta posición, reiterada en 1986, pareció vacilar durante el caso *Qi Yuling*, en 2001. La Corte Suprema popular acepto tomar el derecho a la educación, proclamado por el artículo 46C, como fundamento de su fallo⁵¹. Uno de los jueces, Huang Songyou, quien cumple hoy una cadena perpetua por corrupción, defendió la decisión al compararla explícitamente con *Marbury v. Madison*, que había hecho de la interpretación de la constitución una parte integrante de la función jurisdiccional⁵².

15. Por lo tanto, los activistas tomaron la vía del control político de constitucionalidad. Usaron para ello el artículo 90(2) de la ley sobre la legislación del 15 de marzo del 2000. Según el texto, «Cuando un órgano estatal, un grupo social, una empresa, otra institución o un ciudadano [...] considera que una reglamentación administrativa, un acto administrativo local, un decreto autónomo o

50 G.D. Tiffert, «Epistrophe: Chinese Constitutionalism and the 1950s», in S. Balme, M.W. Dowdle (ed.), *Building Constitutionalism in China*, Palgrave, MacMillan, coll. «The Sciences Po series in International Relations and Political Economy», 2009, x+325 p., p. 62.

51 Shen Kui, «Is it the Beginning of the Era of the Rule of the Constitution? Reinterpreting China's First Constitutional Case», in *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 12, 2003, pp. 199-232.

52 T.E. Kellogg, «The Death of Constitutional Litigation in China?», in *China Brief*, Vol. 9(7), 2009, pp. 4-7.

un decreto especial desconoce la constitución o el derecho nacional, puede formular una demanda escrita ante el Comité permanente de la Asamblea nacional popular. La oficina operacional del Comité debe estudiar esta petición y, de ser necesario, transmitirla para ser examinada y respondida a los comités especiales pertinentes.»

No se trata *a priori* de más que un mero medio usado por los ciudadanos para quejarse y obtener informaciones, y no de un derecho a un *judicial review*. A pesar de estos límites, el procedimiento aparentemente anodino ha sido objeto de una utilización audaz. Desde 2003, varios ciudadanos lo han utilizado, a partir de un evento trágico, la muerte del joven Sun Zhigang, de 27 años de edad, durante el arresto administrativo al cual había sido sometido al ser sospechoso de ser extranjero. Unas peticiones contestaron el procedimiento de reclusión administrativa de extranjeros en su conjunto, al recurrir a una argumentación constitucional según la cual la reglamentación en cuestión, adoptada por autoridades administrativas, emanaba de autoridades incompetentes. Los artículos 8 y 9 de la Ley sobre la legislación imponen en efecto que una ley formal intervenga cuando se trate «de crímenes y de sanciones penales, de la privación de los derechos políticos de un ciudadano, de las medidas coercitivas y de las penas restrictivas de la libertad personal de un ciudadano y el sistema judicial». Además, esta reglamentación desconocía el artículo 37 C, que protegía la libertad individual y prohibía los arrestos arbitrarios. La petición contribuyó considerablemente a desarrollar la discusión constitucional, al mismo tiempo entre los juristas y en los medios de comunicación. El comité permanente la recibió y la examinó. Sin embargo, antes de pronunciarse, la reglamentación en cuestión fue reformada. El nuevo dispositivo limita las posibilidades de reclusión y de deportación forzada. Este resultado fue percibido como un avance. No obstante, señal de que la evolución es aun tímida, las autoridades prohibieron enseguida abordar el tema y cerraron los sitios web que habían acogido los principales foros de debate. A partir de ese momento, unas cuarenta peticiones similares fueron formuladas. Estas trataban de educación, trabajo, internet, etc., y permitían a los reformadores presionar al partido para volver este espacio de discusión eficaz. Sin desconocer los límites del dispositivo y la propensión variable de las autoridades a aceptarlas, la simplicidad del procedimiento y su apertura a cualquier ciudadano la hacen propicia al desarrollo de una cultura constitucional más activa, aun si no optase por la vía de una jurisdiccionalización de la protección de la constitución.

16. Además de verificar la conformidad a la constitución del actuar de los otros actores jurídicos, un órgano legislativo puede igualmente ser llevado a confrontar su propia actividad a la constitución.

2. El control de un órgano legislativo sobre sí mismo

17. Primero que todo, es posible que el órgano legislativo en su conjunto está a cargo de la apreciación de la constitucionalidad de su propio actuar.

A lo largo de los debates constituyentes relativos a la Constitución de 1848, la cuestión que se planteó fue la de saber quién juzgaría la constitucionalidad de las leyes. Con el fin de evitar el espectro de un Senado de Imperio⁵³, el comité de constitución consideró que revenía a la asamblea legislativa misma el ejercicio de dicho control⁵⁴.

Tal fue también la práctica de las cámaras bajo la III^a República en la cual según la lectura que ha dado R. Carré de Malberg, el control de constitucionalidad era político y largamente implícito. La soberanía parlamentaria que implicaba el régimen representativo puesto en marcha hacía de las cámaras las auténticas intérpretes de las leyes constitucionales. El parlamento determinaba su propia competencia, de tal suerte que él mismo resolvía la cuestión de la constitucionalidad o de la inconstitucionalidad de las leyes que él adoptaba.

Así como lo señala el gran publicista “corresponderá a la legislatura en el momento mismo de elaboración de las leyes, de examinar si la ley en deliberación es conforme a la Constitución y de superar las dificultades que podrían presentarse sobre ese punto. [...] Finalmente, una vez que la legislatura habría adoptado una ley, el hecho mismo de la adopción pondría la ley adoptada por encima de toda contestación relativa a su constitucionalidad. [...] La interpretación de la Constitución pertenece al Parlamento; a este porque al ejercer los poderes de soberano será juez de la constitucionalidad de sus propias leyes⁵⁵.” Durante el examen de un texto de ley, el Parlamento solo decide por que vía adoptarlo – legislación ordinaria o legislación constitucional. Dominando incluso este último proceso ya que el art. 8 de la ley constitucional del 25 de febrero de 1875 reserva a las cámaras la iniciativa de las revisiones constitucionales, su adopción siendo conferida a la Asamblea nacional, lo que equivale a la reunión de la Cámara de diputados y del Senado⁵⁶. Carré de Malberg dedu-

53 V. *supra*, n° 12 y s.

54 V. J. Godechot (éd.), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, 1994, 510 p., p. 256.

55 R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, xvii+228 p., pp. 131-132. V. también Id., «La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875», in *Revue politique et parlementaire*, 10 septembre 1927, pp. 339-354.

56 R. Carré de Malberg, «La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875», *op. cit.*, pp. 347-352;

ce que “La interpretación de la Constitución según el artículo 8 pertenece e incumbe solamente al Parlamento. Es solamente del Parlamento que surgen las soluciones de las dificultades que pueden surgir sobre los límites del poder legislativo. En otras palabras es el Parlamento el que se encuentra erigido como juez de la constitucionalidad de sus leyes⁵⁷.”

El control es atribuido entonces a un órgano político que se integra cuando proceda implícitamente de manera precisa al procedimiento mismo de adopción de la ley que el solo voto de la ley lleva *eo ipso* la conclusión según la cual, dicho control desemboca a declarar sin contestación posible, la constitucionalidad. De esta manera, es imposible que dicho control no haya sido ejercido, así como es imposible que no haya conducido a la declaración de constitucionalidad de la ley entrada en vigor.

18. Un sistema comparable existía en Bulgaria. El artículo 49 de la Constitución de Tarnovo, la primera constitución búlgara, que data de 1879, preveía que solamente la Asamblea Nacional era competente para decidir si las leyes que adoptaba estaban conformes a la Constitución. Según sus propios términos, «Solo la Asamblea nacional está habilitada para decidir si, en la elaboración de una ley, se respetaron todas las condiciones previstas por la presente Constitución.” Esta forma de autocontrol de constitucionalidad, que puede a veces tomar la forma de debates relativamente argumentados entre parlamentarios, y cuya práctica puede observarse en Alemania⁵⁸, en Estados Unidos⁵⁹ y en Canadá⁶⁰, es hoy un índice serio de un fenómeno de judicialización de la política. Bien sea en el estado de la iniciativa legislativa o en el de la discusión y adopción, los argumentos políticos tienden a ser eliminados en favor de argumentos de constitucionalidad, inspirados sobre todo de la jurisprudencia de los jueces constitucionales.

19. Si esta forma de control puede revertir, en una gran medida, un carácter puramente tácito, el control político de la actividad de las cámaras puede también tomar vías explícitas.

Id., *La loi...*, *op. cit.*, pp. 113-114, 133-134.

57 R. Carré de Malberg, «La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875», *op. cit.*, p. 345

58 V. p. ej. C. Landfried, *Bundesverfassungsgerichts und Gesetzgeber. Wirkung der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1984, 186 p.

59 V. p. ej. J.M. Pickerill, *Constitutional Deliberation in Congress. The Impact of Judicial Review in a Separated System*, Durham, London, Duke University Press, 2004, xiii+187 p.

60 V. p. ej. J.L. Hiebert, *Charter Conflicts. What Is Parliament's Role?*, Montreal, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2002, 280 p.

20. Bajo la IIIa República, en Francia, recaía en el presidente de cada cámara la responsabilidad de verificar la constitucionalidad de los textos que le eran sometidos⁶¹, los que hacía de él, según Marcel Waline, el agente de la jurisdicción constitucional. Este poder fue explícitamente previsto en Grecia, por el artículo 80.2 del reglamento de la asamblea. El presidente puede levantar la cuestión de la constitucionalidad del texto discutido, de antemano a otra excepción de procedimiento y a cualquier otro debate de fondo. Tal es notablemente el caso en el derecho positivo francés actual, en el cual la moción de rechazo previo (así como es llamada desde 2009, art. 91 del Reglamento de la Asamblea nacional) o el procedimiento de excepción de inadmisibilidad (art. 44 del Reglamento del Senado) permite a una de las dos asambleas oponerse a un texto en razón de su inconstitucionalidad. Su objeto es reconocer que el texto propuesto es contrario a una o varias disposiciones constitucionales. Su adopción trae una consecuencia radical, ya que implica el rechazo del texto.

Poco utilizado antes de mediados de los años setenta, la excepción de inadmisibilidad resultó más frecuente después. Dicha fecha coincide con el desarrollo de control de constitucionalidad ejercido por el Consejo constitucional. Su jurisprudencia ha proporcionado en efecto a la oposición un repertorio de argumentos jurídicos más substanciales que antes y aún más susceptibles de ser tomados en cuenta por la mayoría en la medida que la activación del Consejo es posible en caso de rechazo de la excepción y de adopción de la ley. El razonamiento desarrollado en la discusión y en el voto, anuncia aquel que será desarrollado, tanto por los requirentes como por la mayoría frente al Consejo constitucional⁶². En esta medida, el control de tipo político ejercido al interior de los órganos legislativos se acerca en cierta medida a la manera de razonar del control jurisdiccional.

21. Este tipo de procedimiento existe igualmente, por ejemplo, en Estados Unidos. En el Senado y en la Cámara de representantes, los parlamentarios pueden presentar una moción levantando una cuestión constitucional⁶³. Todo *congressman* puede levantar un “point of order” con relación a cualquier texto en

61 V. dans le même sens E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 2^e éd., Paris, Librairies-Imprimeries réunies, 1902, xvi+1432 p., p. 66.

62 A. Stone Sweet, «Constitutional Politics in France and Germany», in M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, *op. cit.*, pp. 204-205.

63 L. Fisher, «Constitutional Interpretation by Members of Congress», in *North Carolina Law Review*, Vol. 63, 1985, pp. 707-747, at 718-722; M. Tushnet, «Non-Judicial Review», in *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 40, 2003, pp. 453-492, at 456-468; Id., *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2008, xvi+272 p., pp. 120-129.

curso de aprobación. Comúnmente, el presidente de sesión zanja la cuestión. Sin embargo, cuando la moción tiene que ver con la constitucionalidad de una ley, la decisión está reenviada a la plenaria de la Cámara, y zanjada por un «roll call vote» en el Senado⁶⁴, es decir un voto en el cual cada senador, al ser llamado, opta por votar o no hacerlo. Estas mociones son relativamente raras (menos de una decena desde 1970), pero han tratado de cuestiones importantes, tales y como la constitucionalidad de la atribución al Distrito de Columbia de una representación en el Congreso, las leyes que limitan el financiamiento de los abortos, o las leyes que autorizan el «line item veto» en las leyes que otorgan créditos (*appropriation bills*). Singularizan las auténticas preocupaciones constitucionales de las autoridades políticas. Aun si los *congressmen* parecen más o menos deferentes en relación a la Corte Suprema, no es excepcional que subrayen su responsabilidad en materia de interpretación y protección de la Constitución, fundada especialmente en su capacidad, superior a las de los tribunales, para expresar los valores y las creencias de la población y, indirectamente, para hacer que esta participe en la interpretación constitucional⁶⁵.

22. El ejemplo más destacado de control de constitucionalidad confiado un componente del órgano legislativo es el de Finlandia, donde el órgano esencial de protección de la Constitución no es el poder judicial. A pesar del artículo 106 C, según el cual «Cualquier tribunal debe otorgar la primacía a la Constitución, si la aplicación de una disposición legal al caso sometido a su examen está en evidente contradicción con la Constitución», este nunca ha ejercido más que un control relativamente tímido de constitucionalidad de las leyes⁶⁶. El papel esencial recae en la Comisión de asuntos constitucionales de la Cámara. Esta se pronuncia durante el procedimiento de adopción de la ley. Según el artículo 74 C, “le corresponde a la comisión constitucional dar su opinión sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley y otros asuntos sometidos a su escrutinio, y sobre su relación con los acuerdos internacionales sobre los derechos humanos.” Compuesta por parlamentarios, es decir de manera estrictamente política, esta comisión tiene por tradición proporcionar interpretaciones muy argumentadas de la Constitución, al punto de haberse progresivamente dotado, a través de sus decisiones sucesivas, de una doctrina relativamente articulada, así como de precedentes que atan a los otros poderes públi-

64 Reglamento interior del Senado, regla nº XX.

65 V. p. ej. B.G. Peabody, «Congressional Constitutional Interpretation and the Courts: A Preliminary Inquiry into Legislative Attitudes, 1959-2001», in *Law & Social Inquiry*, Vol. 29(1), 2004, pp. 127-175; N.K. Katyal, «Legislative Constitutional Interpretation», in *Duke Law Journal*, Vol. 50, 2001, pp. 1335-1394; J.M. Pickerill, *Constitutional Deliberation in Congress*, *op. cit.*

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

cos. Este ejemplo ilustra el hecho de que la dominación del constitucionalismo jurisdiccional tiene ciertas excepciones.

23. Existe entonces una variedad importante de modalidades para que un órgano legislativo se vea llevado a ejercer una verdadera operación de control de constitucionalidad. Estas ilustran frecuentemente el hecho de que el desarrollo de un constitucionalismo más fuertemente jurisdiccionalizado no excluye un papel importante de otros actores en materia de aplicación de la constitución. Otras formas de control político son igualmente concebibles, lo cual refuerza aún más esta idea.

B. El control político por un órgano ejecutivo

24. El sistema administrativo puesto en marcha después de la Revolución francesa se caracteriza por una jerarquización extremadamente estricta de los diferentes órganos locales y nacionales y por su común subordinación a la ley, expresión de la voluntad general.

Por una instrucción del 12-20 de agosto de 1790, el Constituyente otorgó a las autoridades departamentales la misión de anular los actos inconstitucionales de las municipalidades. A un grado jerárquico superior, el Rey podía anular igual los actos de autoridades departamentales. Las relaciones entre autoridades locales así como entre autoridades locales y nacionales se tradujeron efectivamente en anulaciones por causa de inconstitucionalidad (y específicamente por usurpación de las competencias del poder judicial), y por el ejercicio de un control político de constitucionalidad por un órgano ejecutivo⁶⁷. Sin embargo, la forma más ilustrativa de un dispositivo tal, reside en otra parte.

25. En Francia, la idea de un control de constitucionalidad de los actos del Cuerpo legislativo fue prevista por los Constituyentes con el fin de justificar el veto suspensivo que disponía el Rey según la Constitución de 1791 (Título III, Capítulo III, Sección III C). Así, el art. 10 del Título II, Capítulo II, Sección II enunciaba que “El Rey rechazaría la sanción al decreto en el cual el preámbulo no presentara la observación de formas [de adopción de decretos legislativos]; si

67 V. para una demostración detallada J.-L. Mestre, «Administration, justice et droit administratif», in *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, <http://ahrf.revues.org/document608.html#bodyftn15>; S. Ségala, *L'activité des autorités administratives départementales des Bouches-du-Rhône de 1790 à 1792*, préf. J.-L. Mestre, Aix-en-Provence, PUAM, coll. «Histoire du droit», 1997, 432 p.

algunos de dichos decretos fuera sancionado, los ministros no lo podrían sellar ni promulgar y su responsabilidad para tales efectos duraría seis años.” Un sistema de control político de constitucionalidad formal a doble distensión sería así puesto en marcha: al control Real le seguiría un control ministerial, el ejercicio efectivo de este último estaba garantizado por un mecanismo de responsabilidad cercano al *impeachment* inglés⁶⁸.

La idea de un control de constitucionalidad por parte del Ejecutivo constituía igualmente un elemento central de la interpretación inicial de la función del veto presidencial en Estados Unidos, antes de que éste se convirtiera en un instrumento de tipo político. Así, no obstante que la Corte suprema haya admitido la constitucionalidad de la creación de una Banca nacional⁶⁹, Andrew Jackson se opuso en 1832 con su veto a la renovación de la carta de la segunda Banca en Estados Unidos. Él se fundamenta para ello en una argumentación de tipo constitucional. En 1819, la Corte había estimado que el Congreso podía poner en marcha la banca a título del art. I, Sección 8 (18) C, según la cual el Congreso tendría el poder “de hacer todas las leyes que serían necesarias y convenientes (*necessary and proper*) para la ejecución de los poderes [...] enumerados y todos los poderes conferidos por la presente Constitución al gobierno de los Estados Unidos o alguno de sus departamentos o de sus funcionarios”. Criticando dicha interpretación, el Presidente consideró que “nada en [las] legítimas funciones [de la Banca] la hacen necesaria o conveniente.” Lejos de constituir un ejercicio valioso de sus poderes por el legislador, y contradiciendo el análisis de John Marshall, la adopción de una ley como esa amenaza los derechos de los Estados. Jackson así desarrolló una argumentación precisa, que tiene lugar en el marco de un control de constitucionalidad propiamente dicho, a cargo del órgano ejecutivo supremo y capaz de competir con el control jurisdiccional.

El corazón doctrinal de esta concepción, que fue igualmente defendida por presidentes como Abraham Lincoln y Andrew Johnson, reside en lo que es conocido bajo el nombre de «departamentalismo». Según esta concepción, que admite matices afirmando de manera más o menos agresiva el poder del Presidente y del Congreso de interpretar la Constitución, todas las ramas del gobierno están sometidas a la Constitución, y por lo tanto deben, cada una en lo que la concierne y en el marco de sus propias funciones, hacer prevalecer su interpretación. Ningún monopolio y ninguna supremacía de los tribunales son admitidos.

68 V. en el mismo orden de ideas, el art. 131 de la Constitución del año III prohibiendo la promulgación de leyes que presenten un vicio de inconstitucionalidad formal.

69 CSEEU, *McCulloch v. Maryland* 17 US (4 Wheaton) 316 (1819).

26. Hoy en día, la interpretación de la Constitución realizada por el ejecutivo estadounidense es asistida por la *Office of Legal Counsel* del ministerio de justicia⁷⁰. Según el código de Estados Unidos⁷¹, el *Attorney General* puede darle su opinión a los órganos del ejecutivo con relación a la regularidad de su actuar. Su preparación recae por delegación en la Office, cuyas opiniones no todas son públicas. Esta tiene especialmente por función resolver los conflictos entre agencias gubernamentales, evaluar la constitucionalidad de los proyectos de ley o de los proyectos de actos administrativos del Presidente y controlar todos los textos de ley con el fin de determinar si la ley (1) parece constitucional, (2) presenta un riesgo de litigio, (3) plantea serias dificultades constitucionales o (4) requiere francamente un veto presidencial. Los mensajes de veto, así como los mensajes de aprobación de las leyes, son preparados con frecuencia por la Office. Conducen al Presidente a expresar su interpretación de la Constitución y del texto concernido. Compuesto por miembros nombrados por razones políticas y por funcionarios de carrera, la Office no es un órgano partidario, y se muestra preocupado por su propia reputación. A veces choca con el arrendatario de la Casa Blanca. De esta manera, si bien la administración Reagan quería poder ejercer un «line-item veto», la Office consideraba que el veto presidencial solo podía tumbar una ley integralmente⁷². La Corte Suprema le dio la razón a este último⁷³.

Las opiniones de la *Office* tienen un impacto considerable sobre las relaciones interinstitucionales. Sus recomendaciones conducen al Presidente a reforzar su poder de negociación sobre la redacción precisa de la ley del Congreso⁷⁴. Cuando cuentan con la firma del *Attorney General*, sus decisiones obligan a los agentes del ejecutivo. Son susceptibles de conferir una inmunidad a los agentes acusados posteriormente, fundándose en ellos, de violar el derecho federal. Desde este punto de vista, la interpretación de la Constitución dada por la Office puede obstaculizar ciertas diligencias que, de acuerdo con lo que prevén ciertas le-

70 V. p. ej. el análisis de miembros del OLC: D.W. Kmiec, «OLC's Opinion Writing Function: The Legal Adhesive for a Unitary Executive», in *Cardozo Law Review*, Vol. 15, 1993, pp. 337-374; J.O. McGinnis, «Models of the Opinion Function of the Attorney General: A Normative, Descriptive, and Historical Prolegomenon», in *Cardozo Law Review*, Vol. 15, 1993, pp. 375-436; R.D. Moss, «Executive Branch Legal Interpretation: A Perspective from the Office of Legal Counsel», in *Administrative Law Review*, Vol. 52, 2000, pp. 1303-1330.

71 28 U.S.C. §§ 511-513.

72 D.W. Kmiec, «OLC's Opinion Writing Function: The Legal Adhesive for a Unitary Executive», *op. cit.*, pp. 353-359.

73 CSEU, *Clinton v. City of New York* 524 U.S. 417 (1998).

74 Sobre la influencia de la perspectiva de un veto sobre los *Congressmen*, v. C.M. Cameron, *Veto Bargaining. Presidents and the Politics of Negative Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, xvi+292 p.

yes del Congreso, habrían podido apuntar a reprimir las violaciones a la Constitución⁷⁵. Los efectos prácticos del control político de constitucionalidad son por lo tanto considerables.

27. El poder de promulgación de las leyes del que dispone el jefe del ejecutivo es frecuentemente interpretado como una forma de protección de la Constitución. En el constitucionalismo alemán del siglo XIX, la promulgación y la publicación de la ley eran concebidas como un verdadero control de constitucionalidad. Según Paul Laband, «En el Estado monárquico, es el *nobile officium*, la alta misión política del soberano de examinar y de constatar, antes de publicar una ley, si ha sido creada conforme a la Constitución [...] los derechos de la Corona consisten en el ejercicio de las funciones legislativas, y es uno de los deberes que imponen estas funciones de verificación si las prescripciones jurídicas que fijan la marca del trabajo legislativo han sido fielmente respetadas. En el Imperio Alemán, estas funciones son atribuidas por el artículo XVII de la Constitución. No es ni el juez, ni el administrador, sino el Emperador el que está encargado de preservar la Constitución, de velar por ella⁷⁶.» En la medida en que el certificaba el respeto de las formalidades previstas por la Constitución, el acto del Jefe de Estado podía ser presentado como exento de todo control jurisdiccional de constitucionalidad.⁷⁷ Aun si ya no es el caso en el constitucionalismo actual, la intervención del Ejecutivo en materia de promulgación de las leyes sigue siendo potencialmente interpretada como una forma de control de constitucionalidad⁷⁸. En el actual derecho positivo francés, el procedimiento de promulgación de leyes por el Presidente de la República puede también ser interpretado como una forma de control de constitucionalidad de la ley. Con el fin de proceder a la promulgación, y en un término de quince días fijado por el art. 10 C, el Presidente puede en efecto demandar al Parlamento una nueva deliberación –que no le puede ser rechazada– de la ley o de alguno de sus artículos. Esta es en particular la interpretación que hace Mauro Cappelletti sobre el poder similar que dispone el Presidente de la República italiana en virtud del art. 74 C⁷⁹.

75 «Note: Immunity-Conferring Power of the Office of Legal Counsel», in *Harvard Law Review*, Vol. 121, 2007-2008, pp. 2086-2109.

76 P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, trad. fr. F. Larnaude, t. 2, Paris, V. Giard & E. Brière, 1901, vi+714 p., pp. 324-325.

77 *Ibid.*, pp. 318-326.

78 V. en ese sentido M. Waline, «Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français», *op. cit.*, pp. 452-454; R. Carré de Malberg, «La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels», *op. cit.*, pp. 144-145.

79 M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario...*, *op. cit.*, pp. 9-10.

En lo concerniente a la firma de actos de legislación delegada que constituían las ordenanzas, el Presidente Mitterrand operó también una forma de control de constitucionalidad de sus disposiciones. En 1986, Mitterrand rechazó firmar tres ordenanzas relativas a la privatización de empresas, al rediseño de circunscripciones para las elecciones legislativas y a la adaptación del tiempo de trabajo. Para hacerlo, se fundó en varios argumentos de constitucionalidad. Según él, “es conveniente mantenerse en la tradición republicana que sugiere que la Asamblea nacional determine las modalidades de elección de diputados.” Por otra parte, en lo concerniente a la desnacionalización, Mitterrand rechazó, como garante de la independencia nacional (art. 5 C), el consentimiento de “que bienes que pertenecen a la Nación [pasen] a manos de extranjeros”. De forma general, él invocaba para justificar su veto a la misión de “velar por el respeto de la Constitución”⁸⁰. Esta función no es en ningún caso el monopolio de las instituciones jurisdiccionales.

28. El control de constitucionalidad que ejercen las autoridades examinadas hasta ahora puede ser fácilmente comprendido como la continuación de la lucha política que puede, tradicionalmente, oponer las mayorías a las minorías parlamentarias y los parlamentarios a los ejecutivos. Se trataría no tanto de un verdadero control de constitucionalidad, comparable al que ejercen las jurisdicciones propiamente dichas, sino de un revestimiento argumentativo renovado por una lucha esencialmente fundada en unas consideraciones partidarias y, por lo tanto, políticas. Sin embargo, la riqueza de las argumentaciones constitucionales que son desarrolladas en ciertos contextos y la influencia que tienen, en el plano práctico, no permite llegar a una conclusión tan prematura. Además, la importancia de la referencia al derecho constitucional y la presencia renovada del « argumento constitucional⁸¹» en el debate político parecen ser rasgos característicos del constitucionalismo contemporáneo. Prolongan tradiciones bien establecidas o son la señal de necesidades prácticas, y también son uno de los efectos del lugar adquirido por el constitucionalismo jurisdiccional actual. La importancia y la especificidad de la protección de la constitución conducen a veces a que, además de estas instituciones tradicionales, algunos actores jurídicos más originales puedan ser llamados a cumplir esta tarea.

80 Las citas son tomadas de V. Moureaud, «Le refus de signature des ordonnances en 1986: un enjeu structurant en période de cohabitation», <http://www.repap.fr/docs/2/article3.pdf>, p. 2 (consultado el 21 de Enero de 2010).

81 J. du Bois de Gaudusson, «Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir», *op. cit.*, p. 612.

II. El control político por órganos jurídicos originales

29. Entre los actores diferentes de las instituciones políticas tradicionales que juegan un rol importante en materia de garantía del respeto a la constitución, es posible mencionar a los que intervienen en el contexto institucional particular que representan las relaciones entre las capas del gobierno en los Estados compuestos. En este marco, independientemente de una jurisdicción constitucional frecuentemente percibida como el instrumento del Estado federal, las instituciones federadas se han elegido a veces como garantes de la norma fundamental (A). La especificidad de la preservación de la supremacía de la voluntad del poder que constituye sobre la de los poderes constituidos conduce ciertos Estados a tratar de extraer la función de control de constitucionalidad del organigrama institucional tradicional. De esta manera, esta misión recae en órganos *ad hoc*, que no pertenecen a ninguno de los tres poderes identificados tradicionalmente (B). En fin, un estado último de desconfianza con respecto a las instituciones que supuestamente tienen que preservar la constitución, que sean o no jurisdiccionales, parece alcanzado cuando le corresponde al poder constituyente en sí, es decir, en el marco de un constitucionalismo liberal-democrático, al pueblo, preservar su obra (C).

A. El control político por un Estado miembro de una federación

30. La resolución de los litigios constitucionales que, en los Estados compuestos, pueden oponer a sus diferentes miembros, es hoy frecuentemente confiada a un juez constitucional⁸². Este no siempre fue el caso. El problema dio lugar a una controversia determinante en la historia del constitucionalismo estadounidense, donde las autoridades políticas han reivindicado el poder de ejercer un control de constitucionalidad⁸³. Dos visiones radicalmente antagonistas de la República americana se han opuesto. Según la primera, defendida por ejemplo por John Marshall y Joseph Story⁸⁴, el pueblo de Estados Unidos en su conjunto adoptó la Constitución. Un órgano nacional, la Corte Suprema, está encargado en

82 V. p. ej. art. 93.1 LF allemande, art. 161.1.c) C espagnole, art. 102.1.f) C brésilienne, art. 141 à 143 C belge.

83 J.-P. Feldman, *La bataille américaine du fédéralisme. John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, Paris, PUF, coll. «Léviathan», 2004, 294 p.; W.W. Freehling, *Prelude to Civil War*, New York, Harper & Row, 1966; F.B. Drake, L.R. Nelson (ed.), *States' Rights and American Federalism. A Documentary History*, London, Greenwood Press, 1999; K.E. Whittington, *Constitutional Construction*, op. cit., pp. 72-112.

84 J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, 4th ed., Boston, Little, Brown, and Company, 1873, Vol. 1, xxxii+748 p., pp. 214-293 (§§ 306-396).

última instancia de determinar la interpretación, puesto que se trata de una norma federal que debe ser interpretada de manera uniforme. Según la segunda, cuyo defensor más destacado fue John C. Calhoun (1785-1850), la Constitución fue adoptada no por un pueblo único, sino por los Estados. Resulta entonces que son ellos los que deberían poder interpretar la Constitución en última instancia. Esta se presenta como un pacto, corresponde a cada una de las partes de determinar el significado, de manera que el Estado pueda oponerse a una política federal que juzgaría como inconstitucional. Esta concepción es periódicamente invocada. A mediados del siglo XX⁸⁵, Virginia promulgo por ejemplo una ley interponiéndose entre el Estado y las medidas anti-segregación ordenadas por la Corte suprema de Estados Unidos⁸⁶. Actualmente esta tesis es puesta en relieve por el Tea Party, en vista de preservar las competencias de los Estados.

La discusión, que condujo a argumentaciones constitucionales extremadamente ricas, se cristalizó entre 1828 y 1833 a propósito de las tarifas aduaneras establecidas por la Unión. La medida era defendida por el Presidente Jackson, principalmente porque se trataba de la única fuente de ingreso posible para el Estado federal. Los Estados del Sur, y especialmente Carolina del Sur, contestaron la ley como inconstitucional y contraria a sus derechos. Sus reivindicaciones eran defendidas por Calhoun. Retomando propósitos expresados antes por Thomas Jefferson, este desarrollaba una doctrina de la «nulificación»⁸⁷. James Madison era más mesurado y hablaba de «interposición»⁸⁸.

«La anulación [o nulificación] será definida como una oposición, estimada constitucional por las autoridades de un Estado, a una acción o, stricto sensu, a una ley federal, y suspensiva en el límite de su territorio [...]. La interposición puede definirse como una simple protesta frente a una ley, a una decisión o a una acción del gobierno federal⁸⁹.» A través de estas acciones, un verdadero control de constitucionalidad de las acciones federales es ejercido por los Estados. Estos consideran haber conservado su soberanía y especialmente la prerrogativa, en su calidad de autores de la Constitución, de determinar si esta era respetada o no. Desde diciembre de 1828, Calhoun contesta la constitucionalidad de la ley sobre

85 L.M. Seidman, *Our Unsettled Constitution. A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*, New Haven, London, Yale University Press, 2001, xi+260 p., p. 114.

86 CSEU, *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954).

87 V. esp. J.C. Calhoun, *A Disquisition on Government and Selections from the Discourse*, C.G. Post (ed.), New York, Liberal Arts Press, coll. «The American Heritage Series», n° 10, 1953, xxxiii+104 p.

88 V. G. Hunt (ed.), *The Writings of James Madison*, Vol. VI, 1790-1802, New York, The Knickerbocker Press, 1906, xvii+464 p., pp. 326-331.

89 J.-P. Feldman, *La bataille américaine du fédéralisme*, op. cit., p. 10.

la tarifa. Todo Estado conserva, según él, la facultad de decidir cuando son violados sus poderes. Dispone de un derecho de veto que se expresa al declarar nulas y no advenidas, en los límites del Estado, las leyes federales contestadas. La protesta del 19 de diciembre de 1828 adoptada por las dos cámaras de Carolina del Sur atacó la ley sobre la tarifa, por considerarla un «breach of trust» o abuso de confianza por parte del Congreso. La réplica fue expresada por Daniel Webster, los días 26 y 27 de enero de 1830, en el Senado, presidido por Calhoun en calidad de vicepresidente de Estados Unidos. Según él, un tal derecho de oposición sería insurreccional y revolucionario. Disuelve la Unión, al instaurar 24 (en la época) intérpretes de la Constitución, y conduce a la anarquía⁹⁰. Según Madison, «La nulificación conlleva a poner pólvora bajo la Constitución y la Unión y a darle un fosforo a cada parte con el fin de hacerlas explotar a su antojo⁹¹.» La crisis se agrava en 1832, cuando la Convención del pueblo carolinense adopta una «ordenanza para anular ciertos actos del Congreso de Estados Unidos, pretendiendo ser leyes, levantando derechos e impuestos sobre la importación de productos extranjeros» y prohíbe la aplicación de los textos en cuestión. Mientras que de un lado como del otro, se preparaban para el uso de la fuerza, se llegó finalmente a una solución negociada. La ordenanza de anulación fue suspendida hasta la modificación de la ley sobre la tarifa. El conflicto, que se calmó y condujo a una visión menos centralista del federalismo, resurgió durante la guerra de secesión donde, de nuevo, los órganos políticos federados y federales se opusieron en cuanto a su interpretación de la Constitución.

31. En esta primera hipótesis donde los actores jurídicos federados pretenden ejercer un control de constitucionalidad de la acción de los actores federales, conviene subrayar que son siempre los actores jurídicos relativamente tradicionales –asambleas legislativas o constituyentes, gobiernos– que intervienen. El control político de constitucionalidad presenta una especificidad más pronunciada cuando concierne un órgano que se encuentra en margen del organigrama tradicional de los poderes constituidos.

B. El control político por un órgano *ad hoc*

32. Una de las referencias clásicas en la materia no es otra que el jurado *constitutionnaire* de Sieyès. En dos discursos del 2 y 18 termidor del año III, Sieyès

⁹⁰ *Ibid.*, p. 262.

⁹¹ Carta a Edward Coles de 29 de agosto de 1834, in *Letters and Other Writings of James Madison*, Vol. IV, Philadelphia, J.B. Lippincott & Co., 1865, lvii+694 p., p. 357.

propone la instauración de un jurado (inicialmente denominado “jurie”) *constitutionnaire* destinado a remediar las infracciones a la constitución así como hacerla plenamente obligatoria⁹². La prohibición hecha a los jueces en la ley de 16-24 agosto de 1790 de involucrarse en las funciones legislativas y administrativas impuso la puesta en marcha de un órgano *ad hoc* con el fin de asegurar por parte de los poderes constituidos el respeto de la Constitución.

Es por eso que Sieyès escribió: “Yo exijo tres servicios al jurado *constitutionnaire*:

- «1) Que vigile con fidelidad el cuidado del depósito constitucional;
 - «2) Que se ocupe al margen de pasiones funestas, de todos los puntos de vista que puedan servir al perfeccionamiento de la constitución;
 - «3) Finalmente, que ofrezca a la libertad civil una recurso de equidad natural, en las situaciones graves cuando la ley tutelada haya olvidado su justa garantía.
- «En otras palabras, considero al jurado *constitutionnaire*,
- «1) Como tribunal de casación en el orden constitucional;
 - «2) Como taller de proposiciones para las reformas que el tiempo podrá exigir a la constitución;
 - «3) Finalmente, como suplemento de jurisdicción natural en los vacíos de la jurisdicción positiva⁹³.»

Según los artículos II y III del proyecto, el jurado habría sido compuesto de 108 antiguos miembros de los consejos legislativos, renovados por terceras partes todos los años. Los 36 nuevos miembros eran electos por el jurado entre los 250 miembros que anualmente salían de los dos Consejos. A instancia de las Asambleas legislativas - Consejo de ancianos y Consejo de los quinientos - o de los ciudadanos, dicho jurado hubiera tenido como función precisa, el reprimir las violaciones en lo concerniente al reparto de competencias cometidas en las asambleas legislativas, en las asambleas electorales, las asambleas primarias y en el Tribunal de casación⁹⁴. Los actos declarados inconstitucionales hubieran sido reputados nulos y por lo tanto inexistentes⁹⁵.

92 Reimpresión del antiguo Monitor, Paris, H. Plon, 1862, t. XXV, 792, p., spec. 442-445, 449-452, http://books.google.fr/books?id=79JnAAAAMAAJ&printsec=toc&output=text&source=gbs_summary_r&cad=0 (consultado el 30 de marzo de 2017).

93 Reimpresión del antiguo Moniteur, t. XXV, p. 442.

94 *Ibid.*, p. 451 (art. VI del proyecto).

95 *Ibid.*, (art. VIII del proyecto).

Sin embargo, los miembros de la Convención no acordaron dar su apoyo a dicho proyecto, no obstante que estaba muy bien detallado y era precursor del control político de constitucionalidad por medio de un órgano *ad hoc*. Una idea como ésta no apareció en el derecho constitucional positivo si no hasta un siglo y medio más tarde.

33. El fin de la Segunda Guerra mundial marcó a nivel internacional una nueva ola de desarrollo de la justicia constitucional. Pero si bien es cierto que se pusieron en marcha, a título de ejemplo, la Corte constitucional federal alemana y la Corte constitucional italiana, y que Austria se renuevo con sus instituciones democráticas y su justicia constitucional o bien que Japón adoptó un control de constitucionalidad de tipo americano; Francia parecía todavía situarse al margen de tal movimiento.

Así, el “Comité constitucional” que hizo su aparición bajo la IVª República puede difícilmente ser comprendido como el actor de un control jurisdiccional. Mientras que, según la argumentación desarrollada tanto por John Marshall en 1803⁹⁶ como por Sieyès⁹⁷, el control de constitucionalidad busca asegurar el respeto de una norma inferior hacia una norma superior, el Comité fue instaurado por el Título XI de la Constitución, refiriéndose a la revisión y no a la supremacía de la Constitución.

El comité era notablemente “político” en razón de su composición (art. 91C). Presidido por el Presidente de la República, reúne también al presidente de la Asamblea nacional, al presidente del Consejo de la República, siete miembros electos por la Asamblea nacional al inicio de cada sesión anual bajo la representación proporcional de grupos, electos además fuera de sus miembros, y finalmente tres miembros electos en las mismas condiciones por el Consejo de la República.

El Comité puede ser activado mediante demanda conjunta del Presidente de la República y después, de un voto, del Presidente del Consejo de la República. Puesto en movimiento por dos de sus miembros, el control del Comité presenta entre otras cosas la particularidad de poder ser ejercido únicamente en el plazo de promulgación de la ley, i.e. antes de su entrada en vigor. Además, solo permite oponer al texto objetado los Títulos I^{ero} a X de la Constitución, lo que trae consigo una exclusión de la mayoría de las disposiciones de derecho constitucio-

96 *Marbury v. Madison* 5 US (1 Cranch) 137 (1803).

97 V. *supra*, n° 7.

nal substancial y específicamente del preámbulo de la Constitución. “El Comité constitucional examina (entonces) si la leyes votadas por la Asamblea nacional suponen una revisión de la Constitución” (art. 91 al. 3 C). Una vez activado, el Comité se esfuerza de llegar a un acuerdo entre la Asamblea nacional y el Consejo de la República. En el caso contrario, la ley que implique una revisión de la Constitución es reenviada a la Asamblea. Si esta última mantiene su voto, la ley no puede ser promulgada hasta la revisión de la Constitución (art. 93 al. 2 C).

En el fondo, se trata menos de oponerse a una ley que viole la Constitución que hacer que esta última se repliegue, de tal suerte que más allá de la cuestión del carácter jurisdiccional o político, la idea misma de “control” podría parecer impropia. La práctica de este dispositivo fue muy baja, ya que el Comité sólo fue activado una vez y logró un acuerdo entre las dos cámaras. Si la Constitución de 1958 se opone en numerosos aspectos a la de 1946, el control de constitucionalidad presenta un cierto número de continuidades.

34. El *Supremo Poder conservador*, creado por la segunda de siete leyes constitucionales mexicanas del 29 de diciembre 1836, que puede, según ciertos autores⁹⁸, ser acercado de las ideas de Sieyès, ofrece otro ejemplo de órgano ad hoc establecido afín de proteger la constitución. Este órgano es presentado como un cuarto poder, confiado a cinco personas que son renovadas una por una todos los dos años a partir de un sistema de listas. Solo pueden ser nombrados los mexicanos de nacimiento que gozan de sus derechos cívicos, mayores de 40 años, dotados de un patrimonio que produce una renta anual de al menos 3000 pesos y que hayan ocupado anteriormente las funciones de Presidente o Vicepresidente de la República, Senador, Diputado, Ministro o Juez de la Corte suprema de Justicia (art. 11).

Sus atribuciones son determinadas por el artículo 12 y son extremadamente amplias. Le reviene entre otros la función de anular, cuando es investido por el poder ejecutivo, por la Alta Corte de Justicia o por al menos 18 miembros del poder legislativo, leyes y decretos anticonstitucionales. También puede anular las actas del poder ejecutivo que fueron decididas desconociendo la Constitución o la ley, así como las actas de la Corte suprema de justicia en caso de usurpación de funciones. El Supremo Poder conservador puede igualmente constatar el impedimento del jefe de Estado, suspender la Alta Corte de Justicia cuando pone en

98 V. en ese sentido D. Pantoja Moran, «Sieyès et la constitution mexicaine de 1836», in *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 33, 2011, pp. 103-116.

peligro el orden público y suspender las sesiones del Congreso nacional. Puede establecer los otros poderes cuando fueran disueltos de manera revolucionaria. Puede oponer su veto a las revisiones constitucionales adoptadas por el Congreso. La similitud con las funciones que son clásicamente consideradas hoy en día como funciones de las jurisdicciones constitucionales es impresionante.

35. Bajo un registro diferente, los Estados socialistas se han mostrado reacios a la idea misma de un control jurisdiccional de la acción de los órganos públicos, supuestos encarnar el poder del proletariado unificado. Sin embargo, restablecieron cierto nombre de órganos de control que pueden tener un rol en materia de garantía de la constitución. Eso es particularmente el caso de la Prokuratura instaurada en la Unión Soviética en los años que siguieron la Revolución afín de velar a la aplicación de la legalidad socialista.

Conservada a pesar de la caída del comunismo (art. 129 C de la Federación de Rusia), esta institución que se dice independiente y que intervenía igualmente a título de ministerio público en materia penal y civil⁹⁹, está dotada de poderes de “supervisión general” muy vastos y enérgicos. Estos son relativamente restringidos por la ley federal sobre la Prokuratura de 1995¹⁰⁰ cuanto a la supervisión por los ciudadanos. Según este texto, se distinguen cuatro campos principales de inspección: (1) la ejecución de leyes por los diferentes niveles de institución legislativos y ejecutivos; (2) el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos; (3) la ejecución de las leyes por las agencias que efectúan operaciones de investigación; (4) el rol de las agencias de detención.

De iniciativa propia o bajo solicitud de los ciudadanos, puede controlar gran parte de las instituciones públicas, investigar, solicitar documentos, emitir recomendaciones, etc. Cuando un procurador constata la violación de una norma superior, particularmente constitucional, por un acto de una autoridad local o nacional, tiene derecho de formular frente a esta autoridad una protesta motivada, en la que solicita la modificación. La instrucción de los órganos de la Prokuratura, y sus 54 000 agentes que operan una red minuciosa en todo el territorio, es fácil y gratuita. En razón de sus fuertes lazos con la presidencia desde la era Putin¹⁰¹,

99 V. p. ej. N. Marie-Schwartzberg (dir.), *Le parquet et la prokuratura. Etude comparée France-Russie*, Paris, Société de législation comparée, coll. de L'UMR de droit comparé de Paris, Vol. 22, 2010, 171 p.

100 Trad. inglesa in W.E. Butler, J. Henderson (ed.), *Russian Legal Texts. The Foundations of a Rule-of-Law State and a Market Economy*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1998, xi+928 p., pp. 307-339.

101 V. p. ej. G.B. Smith, «The Procuracy, Putin and the Rule of Law in Russia», in F. Feldbrugge (ed.),

su eficacia es remarcable y por lejos superior a la de las decisiones de la Corte constitucional, que se ve de vez en cuando obligada de apoyarse en la Prokuratura para asegurar la aplicación de sus decisiones. Así, son dirigidas a ella más de 1 millón de demandas al año. En dos instrucciones del 1ero de junio 2000, el Procurador general Vladimir Ustinov dio un mes a los procuradores regionales para poner en conformidad las leyes y reglamentaciones regionales con la legislación federal y la Constitución. En noviembre, más de 3000 actas irregulares habían sido identificadas, entre las cuales 2500 modificadas o anuladas en razón de la Prokuratura. A fines del 2000, un reporte fijaba el número de actas irregulares invertidas a 52 000¹⁰². En 2003, formuló 147 722 protestas contra actas normativas ilegales o anticonstitucionales. 142 089, es decir 96,2% fueron satisfechas. 135 437 actas normativas irregulares fueron anuladas o modificadas por ella.

Con un alto grado de instrumentos constitucionales propios al constitucionalismo comunista¹⁰³, esta modalidad política de garantía de la constitución parece susceptible de remediación a ciertas dudas frente a la acción de la jurisdicción constitucional.

36. La última forma de control político de constitucionalidad es particularmente remarcable, ya que lejos de limitarse a hacer actuar unos contra otros a los órganos constituidos, pone directamente en acción el poder constituyente en la persona del pueblo, del ciudadano.

C. El control político por el pueblo

37. La naturaleza de un dispositivo como el antes mencionado es la de preservar la Constitución de los ataques que pueden ser hechos por los poderes constituidos, ya sea que estos estén coaligados para violarla, o bien que algunos de ellos a través de los dispositivos evocados anteriormente no estén en medida de

Russia, Europe and the Rule of Law, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, coll. «Law in Eastern Europe», Vol. 56, 2007, 223 p., pp. 1-14; E.S. Burger, M. Holland, «Law as Politics: The Russian Procuracy and its Investigative Committee», in *Columbia Journal of East European Law*, Vol. 2(2), 2008, pp. 142-193.

102 A. Trochev, «Russia's Constitutional Spirit: Judge-Made Principles in Theory and Practice», in G.B. Smith, R. Sharlet (ed.), *Russia and Its Constitution: Promise and Political Reality*, Leiden, Boston, M. Nijhoff, coll. «Law in Eastern Europe», Vol. 58, 2008, xxviii+206 p., pp. 53-77.

103 Para una comparación, v. p. ej. H. Oda, «The Procuracy and the Regular Courts as Enforcers of the Constitutional Rule of Law: The Experience of East Asian States», in *Tulane Law Review*, Vol. 61, 1987, pp. 1339-1363.

hacer frente a una violación. Sobre el plano de la filosofía política, esta forma de garantía de la constitución es particularmente importante, en la medida que, por un lado, restablece la movilización y la defensa de la constitución al nivel de aquellos en nombre de los cuales fue establecida en el constitucionalismo democrático. Por otro lado, conecta directamente el estudio del control de constitucionalidad a la problemática del consentimiento a la obediencia y de la manera de la cual este es concebido en la cultura constitucional dada¹⁰⁴.

38. Este control popular de constitucionalidad conoce diferentes formas. Ciertos autores han así considerado que el poder de los jurados en los tribunales debe incluir la capacidad de determinar no solamente las preguntas de hecho pero igualmente las de derecho y particularmente la posibilidad de declarar una ley anticonstitucional. Expresando esta doctrina de “anulación por el jurado¹⁰⁵”, el pensador libertario Lysander Spooner, considerada que “Durante más de seis cientos años – es decir desde la Magna Carta en 1215 – no ha habido un principio de derecho constitucional inglés o americano más claro que el según cual en los asuntos criminales no es únicamente el derecho o el deber de los jurados de juzgar lo que son los hechos, el derecho y la intención moral del acusado, *pero es también su derecho, su deber primero y superior, de juzgar la justicia de la ley y de considerar inválidas todas las leyes que, según ellos, son injustas u opresivas o de tomar por no culpables todas las personas que hayan violado leyes así o que hayan opuesto su resistencia a su ejecución*¹⁰⁶.”

Esta tesis, que permite así a los jurados populares de apartar leyes que ellos estimen anticonstitucionales y de negar su aplicación concreta ha sido por ejemplo invocada en la sentencia *R. c. Morgentaler* de la Corte suprema de Canadá¹⁰⁷. En este asunto, que ponía en cuestión el derecho al aborto, el abogado de los doctores demandados por haber practicado un aborto en violación de una prohibición que les imponía el código criminal había alegado, dirigiéndose al jurado:

104 Sobre ese tema, v. P.W. Kahn, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven, London, Yale University Press, 1997, xi+306 p.; Id., *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, London, The University of Chicago Press, 1999, ix+169 p.

105 Sobre ese movimiento, v. p. ej. A. Schefflin, J. Van Dyke, «Jury Nullification: Contours of a Controversy», in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 43, 1980, pp. 51-115; M. Timko (ed.), *Jury Nullification*, Los Angeles, Libertarian Mutual Press, 1987; J. Abramson, *We, the Jury. The Jury System and the Ideal of Democracy*, New York, BasicBooks, 1994, x+308 p., pp. 57-95.

106 L. Spooner, *An Essay on the Trial by Jury*, Boston, J.P. Jewett and Company, Cleveland (Ohio), Jewett, Pactor & Worthington, 1852, 224 p., p. 5, <http://www.archive.org/stream/anesayonthetria-32984gut/pg32984.txt> (consultado el 30 de marzo de 2017).

107 CS de Canadá, *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

“El juez les dirá lo que es el derecho. Les dirá qué elementos componen la infracción y lo que el ministerio público debe probar, qué defensas son o no admisibles y ustedes deben tomar en consideración el derecho. Pero yo les diré que son ustedes, y no otros, quienes deben aplicar el derecho a los elementos de prueba y que tienen el derecho de decir lo que no debe ser aplicado”. Llamaba entonces directamente a la “anulación” de la disposición contestada del código criminal por el jurado mismo. Mientras que alejaba de manera ruda esta argumentación, la Corte consigue constatar la anticonstitucionalidad de la ley en cuestión.

En Estados Unidos, la doctrina de la anulación, que es una variante de la desobediencia civil¹⁰⁸, es periódicamente invocada para fines partisanos para justificar la absolución de ciertos justiciables, acusados de infracción con los cuales ciertos grupos no están de acuerdo, en nombre de principios superiores, que sean reprimidos. Una organización especial, la *Fully Informed Jury Association*, que reagrupa a individuos de convicciones heteróclitas (militantes del medio ambiente, militantes del derecho de portar un arma, militantes de la legalización de la marihuana, militantes del derecho de los motociclistas etc.) ha mismo sido creada en 1989 para promover este derecho de anulación. De este hecho, en los Estados del Sur, un número de infracciones racistas han así evitado la condenación. Jurados compuestos únicamente de blancos han absuelto a personas acusadas de haber asesinado a negros o defensores de derechos civiles.

39. Recientemente, es bajo el ángulo del control popular de constitucionalidad que Horacio Spector a revalorado la noción de jurado constitucional. Un grupo de 36 a 72 personas, tiradas al azar de manera igualitaria y no especialmente formada a la interpretación y a la aplicación de textos jurídicos, susceptibles de solicitar la asistencia de expertos, tendría el poder de poner en cuestión, y de anular, una acción de la legislatura o del gobierno. Debería pronunciarse no bajo la forma de simples veredictos sobre la violación de un derecho constitucional, pero en la forma de decisiones plenamente motivadas. Mientras que el jurado constitucional de Sieyès presentaba un carácter relativamente aristocrático, pues era compuesto de hombres políticos, el jurado constitucional según Spector tiene capacidad de ofrecer, a través de la participación directa y aleatoria del pueblo mismo, una respuesta a la crítica del carácter antidemocrático de la justicia constitucional.

40. En la historia constitucional francesa, varios enunciados constitucionales pueden ser comprendidos como acreditando un poder popular de control de constitucionalidad.

108 J. Abramson, *We, the Jury*, *op. cit.*, p. 61.

En este sentido, la Constitución de 1793 preveía en su art. 123 que “La República francesa honra la lealtad, el valor, la vejez, la piedad filial, la desdicha. La República vuelve a poner en depósito su Constitución bajo el cuidado de todas sus virtudes.” Dicho texto, que nunca entro en vigor, dejo el lugar a una nueva Constitución que fue elaborada por la misma Asamblea. En su artículo 377 parece confiar de manera más explícita que antes la preservación de la Constitución a los ciudadanos. También enunciaba que “El pueblo Francés deja en depósito la presente Constitución a la fidelidad del Cuerpo legislativo, del Directorio ejecutivo, de los administradores y jueces; a la vigilancia de padres de familia, a las esposas y madres, a la afeción de los jóvenes ciudadanos, al valor de todos los franceses.” Paralelamente a los poderes constituidos y a los órganos políticos tradicionales, la garantía del respeto de la Constitución estaba así expresamente confiada a los miembros del pueblo.

Un proyecto de constitución girondina presentado por Condorcet el 15 de febrero de 1793 era aún más claro al respecto y contenía un Título VIII enteramente consagrado a “la Censura del Pueblo sobre los Actos de la Representación Nacional, y [al] Derecho de Petición”. Un control *a posteriori* podía ser desencadenado por cualquier ciudadano. Deseoso “de excitar la vigilancia de los Representantes del Pueblo sobre los actos de la Constitución, de la Legislación o de la Administración general, o bien de provocar la reforma de una ley existente o la promulgación de una ley nueva” se podía (con el acuerdo de cincuenta Ciudadanos del distrito) requerir a la oficina de su Asamblea primaria para convocarla el domingo siguiente con el fin de deliberar sobre la proposición (Título VIII, art. 1^{er}). En caso de aprobación, la Asamblea debe suscitar la reunión de otras Asambleas primarias del distrito. En caso de aprobación en ese nivel, las Asambleas de departamento deberán pronunciarse. Si su voto es a favor de la deliberación, el Cuerpo legislativo es entonces concernido por la cuestión. El art. 27 del mismo texto preveía de forma particularmente vasta, que “Serán sometidas al ejercicio del poder de censura todas las leyes y generalmente todos los actos de la legislación que sean contrarios a la Constitución”. Pero dicho texto, que consagraba expresamente una forma innovadora de control político de constitucionalidad nunca fue adoptado. En un sentido similar, la Constitución vigente de Bolivia prevé, en su art. 108 que “Son deberes de las bolivianas y los bolivianos: 1. Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes.”

41. Otros dispositivos menos explícitos pueden igualmente ser considerados como un derecho individual de control de la constitucionalidad de la acción de los poderes en turno. Así Larry D. Kramer identifica, a partir de un estudio histórico del constitucionalismo americano, varios elementos que, antes del desarrollo

de la justicia constitucional, llevaban al pueblo mismo a garantizar la protección de su constitución. Los medios de corrección y de resistencia, que no eran exclusivos los unos de los otros ni jerarquizados entre ellos, estaban muy bien establecidos, estructurados y daban lugar a controversias de calidad¹⁰⁹. Menciona en este contexto, aceptando ampliamente la protección de la constitución, diferentes derechos políticos como el derecho de voto, el derecho de formular peticiones, el derecho de reunirse para denunciar públicamente los actos inconstitucionales y pedir reparación, las manifestaciones, los boicots y las desobediencias civiles. A sus ojos, estos diferentes medios de acción desobedecían a las reglas implícitamente formalizadas, y llevaban al desarrollo de argumentaciones precisas que las diferenciaban claramente de un motín.

42. Finalmente, la desobediencia civil o resistencia a la opresión no puede parecer como un último modo para el pueblo de proteger su constitución. La asociación entre control jurisdiccional de constitucionalidad y la desobediencia civil no es excepcional. Así, según Hebert J. Storing, “la institución del control de constitucionalidad, donde los actos de las autoridades gubernamentales se ven confrontados (por los jueces) al derecho superior de la constitución, ofrece un tipo de “desobediencia civil” domesticada o civilizada. Una de las consecuencias prácticas de esta institución es de desviar la desobediencia y mismo la revolución hacia el canal del derecho¹¹⁰.”

La resistencia a la opresión tiene su fuente en doctrinas antiguas, pero encuentra su expresión moderna más característica con John Locke¹¹¹, que funda el derecho para el pueblo de sustraerse de los gobernantes que no respetan las condiciones bajo las cuales su poder fue establecido. El derecho constitucional positivo francés actual incluye en el bloque de constitucionalidad la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789¹¹². Esta enuncia que “Los representantes del pueblo francés, [...] consideran que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de desdicha pública y de corrupción de los gobiernos, por lo que han resuelto de exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con

109 L.D. Kramer, *The People Themselves*, op. cit., pp. 24-34. V. en el mismo sentido M.K. Curtis, «Judicial Review and Populism», in *Wake Lake Forest Law Review*, Vol. 38, 2003, pp. 313-373, esp. pp. 358-366.

110 V. p. ej. H.J. Storing, «The Case Against Civil Disobedience», in H.A. Bedau (ed.), *Civil Disobedience in Focus*, London, New York, Routledge, 1991, vi+217 p., p. 87.

111 J. Locke, *Two Treatises of Government*, 1690, Ch. XIX, <http://socserv2.mcmaster.ca/econ/ugcm/3113/locke/government.pdf> (consultado el 30 de marzo de 2017).

112 Consejo constitucional francés, Decisión n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

el fin de que dicha declaración constantemente presentada a todos los Miembros del Cuerpo Social, les recuerde sus derechos y sus deberes; con el fin de que los actos del poder legislativo y aquellos del poder ejecutivo, puedan en cada instante ser comparados con el objetivo de toda institución política y sean así más respetados; con la finalidad de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas bajo principios simples e innegables, que giren siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y del bienestar de todos.”

Dichos dispositivos explicitan el objetivo de la Declaración de constituir una norma de referencia para la evaluación de actividades de los gobernantes. Fundando con ello una forma de control de constitucionalidad. Según el art. 2 DDHC, “Dichos derechos [naturales e imprescindibles del hombre] son la libertad, la propiedad, la seguridad, y la resistencia a la opresión.” Es posible que veamos en esta última noción, incluso radicalizada en la Constitución del año I, en derecho – incluso en deber – a la insurrección¹¹³, como la última sanción política a la inconstitucionalidad¹¹⁴. La particularidad reside esencialmente en el hecho que el control político no se limita simplemente a un veto a la entrada en vigor de una norma o a la invalidación de la misma, sino incluso a una consecuencia mucho más radical, en la medida en que puede conducir al derrocamiento del gobierno.

43. Lejos de ser puramente utópico, en su brutalidad misma, una forma tal de control político de constitucionalidad puede perfectamente integrarse a una forma popular de constitucionalismo¹¹⁵, además que a una teoría racional del consentimiento a obedecer. Jeremy Bentham ha establecido por ejemplo los fundamentos de esta teoría, dejando a cada cual de calcular con cuidado y a la luz de la ética de la deliberación que desarrolla las circunstancias en las cuales conviene someterse o al contrario rebelarse¹¹⁶, ya que “¿Cuál es la máxima de un buen ciudadano bajo un gobierno de Leyes? *Obedecer de manera puntual; criticar libremente*”¹¹⁷. En su teoría del derecho constitucional, la medida del poder de los

113 V. art. 35 DDHC: «Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es, para el pueblo y cada parte del pueblo, el derecho más sagrado y el deber más indispensable.»

114 M.R. Kadish, S.H. Kadish, *Discretion to Disobey. A Study of Lawful Departures From Legal Rules*, Stanford, Calif., Stanford University Press, 1973, x+241 p., pp. 101-106.

115 Sobre el cual v. p. ej. M. Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2000, xii+242 p.; L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2004, xii+363 p.

116 G. Tusseau, *Jeremy Bentham. La guerre des mots*, Paris, Dalloz, coll. «Les sens du droit. Essai», 2011, 185 p., p. 152.

117 J. Bentham, *A Fragment on Government*, in Id., *The Works of Jeremy Bentham*, J. Bowring (ed.),

gobernantes depende del hábito y de la disposición a obedecer de la población. Estas actitudes no son otras que las sanciones que aseguran la juridicidad de las reglas de derecho constitucional¹¹⁸. La sanción del desconocimiento por la minoría gobernante (*ruling few*) de las condiciones (constitucionales) en virtud de las cuales les ha sido conferido el poder se expresa entonces muy directamente en una pérdida del consentimiento a la obediencia de la mayoría gobernada (*subject many*)¹¹⁹. No sin énfasis, el jurista liberal alemán Robert von Mohl considera que cuando un simple ciudadano no consiente a obedecer a una ley que él considera anticonstitucional, un tal fenómeno no puede ser interpretado de otra manera que el feliz signo del desarrollo de una cultura política preocupada por los derechos fundamentales, en la cual cada uno, ciertamente a su propio riesgo, asume la realización de estos derechos¹²⁰.

Conclusión

44. De la misma manera que no puede desatender las formas no jurisdiccionales del control de constitucionalidad, la doctrina actual no puede descuidar de unirse a ciertas temáticas de filosofía política. Especialmente en las sociedades en las que el constitucionalismo y los valores de los que es solidario tienen dificultad de implantarse de manera durable o serena, debe interrogarse sobre el concepto de constitución que presupone su discurso y sobre el que implica, del punto de vista de la autonomía política individual y colectiva, el hecho de aceptar de someterse a una constitución. Se trata así de nada menos que de medir como la exigencia de la conformidad a la constitución se establece o no – y de qué manera – como un elemento de la cultura constitucional misma de las sociedades en cuestión. Para referirme el ejemplo africano con el que comencé, Jean du Bois de Gaudusson insiste, de manera justificada, sobre el hiato que puede existir entre las sociedades políticas, especialmente africanas y las instituciones de las que se dotan o a las que son dotadas, y sobre la necesidad de estudiar los “factores de sensibilización, de costumbre y de impregnación jurídica, en una palabra: de apropiación de los actores políticos

Edinburg, W. Tait, 1838-1843, Vol. 1, xv+580 p., p. 230.

118 J. Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, P. Schofield (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2010, xl+351 p., p. 168.

119 G. Tusseau, «An Old English Tale? Bentham’s Theory of The Force of a Law», in Id. (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham. Essays on Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, London, New York, Routledge, coll. «Routledge Research in Constitutional Law», 2014, xii+422 p., pp. 80-133.

120 R. von Mohl, «Ueber die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze», in Id., *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik. Monographien*, Bd. 1, Tübingen, Laupp & Siebeck, 1860, xiv+778 p., pp. 93-95.

y de las poblaciones”. El hecho de no menospreciar las hipótesis de control política y especialmente popular, de constitucionalidad, lleva sobre el plano metodológico a “repolitizar” y “reculturizar” el derecho constitucional, a fines de no olvidar en el plano metametodológico que el panjudicialismo epistémico sólo es una de las varias posturas intelectuales, que nada tiene de necesario, sino que es una elección que merece ser consciente¹²¹. Es al empujar los límites de los hábitos doctrinales e invirtiendo en nuevos terrenos de investigación que será posible de favorecer una inteligencia plena y entera del constitucionalismo contemporáneo.

121 V. p. ej. en el mismo sentido R. Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford UP, 2014, xi+304 p.; G. Tusseau, «Oltre i ‘modelli’ di giustizia costituzionale, verso una comparazione pragmatista», trad. it. S. Bagni, in S. Bagni (a cura di), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bologna, Bononia University Press, coll. «Ricerche di diritto pubblico comparato», 2013, 245 p., pp. 23-46; Id., «Sur le métalangage du comparatiste: de la prétention à la neutralité à l’engagement pragmatiste», in *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n° 21, 2013, pp. 91-115; Id., «Droit comparé et théorie générale du droit. Remarques sur quelques allers-retours aporétiques», de próxima aparición.

RESUMEN

El desarrollo del Estado constitucional contemporáneo conduce los especialistas de derecho constitucional a concentrar su atención en el control jurisdiccional de constitucionalidad. Sin embargo, de ese modo se tiende a ocultar o escotomizar otras maneras, políticas, de asegurar la garantía de la constitución. El control político de constitucionalidad pertenece a una etapa importante de la trayectoria del constitucionalismo actual. Es solidario con una experiencia, con una cultura y con una memoria original. Además, los debates que suscita la legitimidad de los jueces constitucionales conduce a propuestas recientes cada vez más afirmadas favorables al hecho de “quitarle la constitución a los tribunales”. Aun si el control político de constitucionalidad ha sido suplantado por el control jurisdiccional, no ha sido totalmente eliminado por este último, lo que conduce a nuevas formas de interacción entre órganos constitucionales, haciendo de la garantía de la constitución una competencia compartida. A fines de identificar parte de lo impensado del pensamiento constitucional contemporáneo, ese texto propone una cartografía de esta forma institucional, analizando diferentes tipos de controles políticos de constitucionalidad, desde los ejercidos por órganos políticos tradicionales (órganos legislativos o órganos ejecutivos) hasta los que competen a órganos más originales como un Estado miembro de una federación, un órgano *ad hoc* o, finalmente, el pueblo en sí.

PALABRAS CLAVES

Control de constitucionalidad; metodología jurídica; derecho constitucional comparado; judicialización de la política; control político.

ABSTRACT

The development of the contemporary constitutional state leads constitutional scholars to concentrate on the jurisdictional control of constitutionality. However, this tends to hide or scotomize other, political, ways to ensure the guarantee of the constitution. The political control of constitutionality belongs to an important stage of the trajectory of current constitutionalism. It is related to an experience, a culture and an original memory. In addition, the debates about the legitimacy of constitutional judges lead to recent proposals to «take the constitution away from the courts». Even if the political control of constitutionality has been supplanted by judicial control, it has not been totally eliminated by the lat-

ter. This leads to new forms of interaction between constitutional organs, making the protection of the constitution a shared competence. In order to identify part of the scotomised aspect of contemporary constitutional thought, this text proposes a cartography of this institutional form, analyzing different types of political controls of constitutionality, from those exercised by traditional political bodies (legislative bodies or executive bodies) to more original bodies such as a member state of a federation, an *ad hoc* authority or, finally, the people themselves.

KEYWORDS

Constitutional review; legal methodology; comparative constitutional law; judicialisation of politics; political control.

EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO
DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES FIRMES.

LA REFORMA DEL RECURSO DE REVISIÓN POR LA LEY
ORGÁNICA 7/2015, DE 21 DE JULIO,
Y LA LEY 41/2015, DE 5 DE OCTUBRE.

Diego López Garrido
Catedrático de Derecho Constitucional.
Letrado de las Cortes Generales

Recibido: 01-09-2017

Aceptado: 15-09-2017

SUMARIO

1. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).*
2. *El TEDH y el principio de subsidiariedad.*
3. *La naturaleza jurídica de las sentencias del TEDH y su carácter vinculante.*
4. *El control de la ejecución de las Sentencias del TEDH.*
5. *Eficacia “erga omnes” y “cosa interpretada”.*
6. *El problema de la ejecución de las sentencias del TEDH por los tribunales nacionales.*
7. *España: la reforma del recurso de revisión por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, y la Ley 41/2015, de 5 de octubre.*
8. *La evolución de la eficacia de las sentencias del TEDH.*

1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Conviene recordar el contenido actual del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el rol del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, recogió las dieciocho principales libertades de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Su ámbito objetivo se ha ido ampliando progresivamente a través de la entrada en vigor de sucesivos Protocolos adicionales que pretenden proteger nuevos derechos: el Protocolo nº 1 se refiere al derecho a la propiedad y a otros derechos de contenido patrimonial, a la educación y al derecho al sufragio (marzo 1952); el Protocolo nº 4 recoge la prohibición de prisión por deudas, la libertad de circulación, la prohibición de expulsión de nacionales y la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros (septiembre 1963); el Protocolo nº 6 (abril 1983) prohíbe la pena de muerte, excepto en caso de guerra; el Protocolo nº 7 establece garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros, el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, el derecho a indemnización en caso de error judicial, el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por los mismos hechos y la igualdad entre esposos (noviembre 1984); el Protocolo nº 12 recoge la prohibición general de discriminación (noviembre 2000); y el Protocolo nº 13 (mayo 2002) extiende la abolición de la pena de muerte y la prohíbe en cualquier circunstancias, incluido el tiempo de guerra. Como se sabe, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos del año 1950 no solo protege a los nacionales de los Estados parte del Tratado, sino a cualquier persona que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado Parte, con independencia de su nacionalidad, o, incluso, aunque carezca de ella.

Una de las notas distintivas del Convenio de 1950 consiste en la existencia de un sistema de protección jurisdiccional supranacional de los derechos. Este mecanismo ha sufrido modificaciones de relevancia en dos ocasiones. La primera, a través del conocido Protocolo nº 11, de 11 de mayo de 1994, y, la segunda, a través del más reciente Protocolo nº 14, de 13 de mayo de 2004.

El Protocolo nº 11 modificó significativamente el Convenio con el objeto de superar la complejidad del mecanismo de protección existente y diseñar un proceso para la protección de los derechos del Convenio con todas las garantías. Se pretendía así responder al gran impacto que la caída del muro de Berlín supuso para el sistema de protección de los derechos del Convenio, ya que se duplicó el

número de Estados con el que había venido operando el Convenio durante sus primeros cuarenta años de existencia. Los nuevos Estados tenían estructuras no democráticas y no respetaban los Derechos Humanos, y necesitaban adaptarse.

El Protocolo 11 sustituyó el sistema de duplicidad de órganos (Comisión y Tribunales) por un único y permanente Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), órgano plenamente jurisdiccional. El TEDH asumió las competencias en materia de protección de derechos que hasta ese momento habían venido desempeñando el propio Tribunal, la Comisión y –aunque solo parcialmente– el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La reforma del Protocolo n° 11, que convirtió la demanda individual en una pieza fundamental del sistema, también trajo consigo un incremento considerable del número de demandas presentadas.

El Protocolo n° 14 introdujo, fundamentalmente, modificaciones de naturaleza formal –atinentes a cuestiones orgánicas y procesales– con el fin de agilizar el procedimiento y garantizar el derecho a un juicio justo sin dilaciones indebidas. El TEDH se organiza, además del Pleno, en cuatro formaciones: Juez único, Comité de tres jueces, Salas de siete jueces y Gran Sala de diez y siete jueces.

El Tribunal funciona en Pleno, a través de órganos unipersonales (jueces únicos), y a través de los siguientes órganos colegiados: Comités (integrados por tres jueces; requiriéndose la decisión afirmativa unánime del Comité; Salas (integradas por siete jueces, si bien es posible que el Pleno del Tribunal solicite al Consejo de Ministros que dichas Salas queden integradas por cinco miembros durante un periodo determinado); y Gran Sala (con una composición de diecisiete jueces). Forman parte necesariamente de la Gran Sala el Presidente del Tribunal, los Vicepresidentes y los Presidentes de las Salas.

El Pleno del TEDH no realiza funciones contenciosas. Únicamente tareas relativas a la organización interna del Tribunal.

Dentro de las novedades de carácter organizativo del Protocolo 14 está la posibilidad de que jueces unipersonales del órgano (jueces únicos) puedan pronunciarse sobre la admisibilidad e incluso el fondo de los asuntos en determinadas circunstancias. Del mismo modo, los Comités (de tres jueces) podrán también, no solo pronunciarse sobre la admisibilidad, sino, igualmente, decidir sobre el fondo del asunto cuando exista una jurisprudencia en el Tribunal consolidada sobre la materia.

Por otra parte, el Protocolo nº 14 también ha modificado el estatuto jurídico de los miembros del Tribunal, elevando de seis a nueve años la duración del mandato de sus miembros, y, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a su entrada en vigor, señala que los jueces del Tribunal no son reelegibles (se trata así de reforzar su independencia).

Dentro de las novedades de carácter procesal habría que destacar las introducidas en la fase de admisión. En primer lugar, los jueces únicos se pronunciarán sobre la admisibilidad de las demandas cuando dicha decisión se pueda adoptar sin necesidad de un examen complementario (hasta ahora esta función competía básicamente a los Comités). Es decir, los jueces únicos se pronunciarán sobre cuestiones repetitivas y/o sencillas, y, al margen de estos supuestos, serán los Comités o las Salas los que decidan, según las circunstancias del caso. Como ya hemos apuntado, los Comités también podrán dictar sentencia –antes del Protocolo no– sobre temas sobre los que exista una jurisprudencia consolidada en el Tribunal. Además, se ha introducido una nueva causa de inadmisión en el artículo 35.3.b) del Convenio, que permite inadmitir la demanda cuando “el demandante no haya sufrido un perjuicio importante, salvo que el respeto a los derechos humanos garantizados por la Convención y sus Protocolos exija un examen sobre el fondo de la demanda”. Así pues, se podrán rechazar los asuntos triviales y evitar la banalización de la función del Tribunal.

La novedad más interesante introducida por el Protocolo 14 es el llamado “caso piloto” (procédure de l’arrêt pilote). Con él se trata de modificar defectos de fondo del sistema jurídico que producirían constantes recursos ante el Tribunal. Fue el Comité de Ministros el que solicitó esta reforma del CEDH. El Tribunal ya ha dictado sentencias en esa dirección (STEDH, Gran Sala, 22 de junio de 2004, caso Broniowski contra Polonia; y STEDH de 15 de enero de 2009, caso Burdov núm. 2, contra Rusia).

Los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son elegidos por la Asamblea Parlamentaria por una mayoría absoluta de votos emitidos de entre una lista de tres candidatos presentada por cada una de las Altas Partes Contratantes concernidas. El Tribunal tiene jurisdicción obligatoria en todos los asuntos que afecten a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos, cualquiera que sea el tipo de demanda –individual o estatal– de la que conozca (o, lo que es lo mismo, los Estados no pueden decidir si aceptan o no la jurisdicción del Tribunal).

El juez elegido en representación de un Estado Parte en el litigio será miembro de pleno derecho de la respectiva Sala y de la Gran Sala. Cuando actúa en formación de juez único, ningún juez podrá examinar una solicitud contra la Alta Parte Contratante a cuyo título dicho juez haya sido elegido.

2. El TEDH y el principio de subsidiariedad.

Al Tribunal no puede acudir hasta no haber agotado sin éxito los recursos nacionales. Se trata por tanto de una instancia de naturaleza subsidiaria.

El principio de subsidiariedad, como apunta Roberto Niño, es un principio estructural del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que significa que los Estados son los principales responsables de la tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (I). Este principio se asienta en la cercanía e inmediatez de las autoridades nacionales y en las limitaciones ejecutivas de las jurisdicciones internacionales, como se muestra en los problemas de ejecución de las sentencias del TEDH, que vamos a estudiar en este trabajo. El principio de subsidiariedad se concreta en el Convenio Europeo en tres preceptos destacados:

Artículo 1: Obligación de respetar los derechos humanos

Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio.

Artículo 13: Derecho a un recurso efectivo

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Artículo 35: Condiciones de admisibilidad

Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.

El TEDH conoce las demandas interestatales (artículo 33), las demandas individuales presentadas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de la violación de alguno de los derechos del Convenio (artículo 34), y emite opiniones consultivas, a solici-

tud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos (artículo 47).

Pero el TEDH no es una jurisdicción de apelación o de casación. No es una instancia judicial más. Sus sentencias no poseen carácter ejecutorio, como luego veremos.

La pretensión de amparo internacional consiste en el recurso frente a la lesión producida por parte de los poderes públicos de un Estado miembro contra alguno de los derechos o libertades contenidos en el Título I del Convenio o en cualquiera de sus Protocolos, y a través del cual se solicita al Tribunal el reconocimiento de dicho derecho o libertad. Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y el Derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa, a la que luego aludiremos.

Pero no basta con esa satisfacción equitativa. La cuestión central es saber cuál es la fuerza ejecutiva de las sentencias del TEDH, en cuanto jurisdicción creada en el ámbito del Derecho Internacional, que ha evolucionado adquiriendo características judiciales inéditas en ese ámbito, aún sin llegar a tener la capacidad de legislador negativo que poseen los Tribunales Constitucionales, ni (salvo en España, y algún otro país europeo) la fuerza ejecutiva de los tribunales nacionales.

3. La naturaleza jurídica de las sentencias del TEDH y su carácter vinculante.

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos presentan una naturaleza declarativa y no pueden, por sí mismas, anular ni modificar un acto o una disposición interna (el Convenio no atribuye al Tribunal competencia para anular una sentencia de un Tribunal nacional). La sentencia del Tribunal Constitucional español 245/1991 señaló en su día que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son resoluciones meramente declarativas sin efecto directo anulatorio interno, ni ejecutoriedad a cargo de los Tribunales españoles. Aunque son obligatorias para los Estados Parte del Convenio, se deja que éstos decidan los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico interno para adaptarse a lo establecido en el art. 46.1 del CEDH, y, en definitiva, la efectividad de las resoluciones del Tribunal es uno de los problemas más importantes de esa jurisdicción de tutela internacional de derechos. De cualquier forma, y tal y como ha se-

ñalado el Tribunal Constitucional en la sentencia 245/1991, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constata una vulneración de derechos en nuestro país, se debe proceder a su reparación en el ámbito interno, para lo cual el Estado tiene un cierto margen de aplicación de las sentencias del Tribunal.

En efecto, las sentencias del TEDH son declarativas, pero, a la vez, son vinculantes, como enfatiza el artículo 46.1 del Convenio:

Artículo 46.1: Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias.

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos no dice cómo llevar a cabo esa obligación (el TEDH a veces la sugiere), pero el Estado firmante ha de cumplirla. Tiene una obligación de resultado conforme a lo que señale la sentencia en la parte argumentativa y en la parte dispositiva.

El TEDH extiende su competencia a los hechos y los fundamentos de derecho. No es un Tribunal de casación, que sólo se limita a la parte formal, es decir, a la aplicación de la norma. Así se desprende del art. 1 antes citado, y de los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (pacta sunt servanda). Es lo que la doctrina llama restitutio in integrum a la víctima: poner fin a la vulneración; restablecer la situación y compensar los daños; y evitar que el ilícito se repita. (STEDH 10.11.2004, caso Sejdovic) (2). Es lo que en el Derecho Internacional se conoce como “justicia material”.

La regulación de esta materia en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es similar a la expuesta en el CEDH. Según el art. 68.1 de la Convención, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en cuanto definitivo e inapelable, compromete a los Estados Parte en la Convención a “cumplir la decisión” en los casos en que sean parte. De modo que el Pacto de San José tiene un núcleo esencial, cual es que las sentencias de la Corte Interamericana tienen carácter “firme” (autoridad de cosa juzgada internacional) y “eficacia vinculante”. Las sentencias son transmitidas a todos los Estados Parte de la Convención, los cuales quedan sujetos a la interpretación de la Corte.

Los Estados han de acatar, pues, el fallo de la Corte, porque las sentencias de este Tribunal son obligatorias, lo que deriva de la responsabilidad internacional de los Estados, que supone el cumplimiento de buena fe de los instrumentos internacionales (Ferrer Mac-Gregor) (3).

En cuanto a la reparación del daño, está prevista en el CEDH a través de la “satisfacción equitativa” sustitutoria, cuando sea imposible hacerlo de otro modo:

Artículo 41: Satisfacción equitativa

Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

De ese modo, el Estado evita incurrir en una responsabilidad internacional (Bujosa Vadell) (4). En todo caso, la imposibilidad de que el Derecho interno permita reparar de modo perfecto “las consecuencias” de la violación del Convenio debe ser objetiva (STEDH, de 10 de marzo de 1972, caso Wilde, Ooms y Versyp; STEDH, de 7 de julio de 1989, caso Sanders).

El CEDH no llega a precisar tanto como la Convención Interamericana de Derechos Humanos de San José de 1969 (CIDH) que, en su artículo 63.1, habla expresamente de una “justa indemnización a la parte lesionada”, además de reparar las consecuencias de la vulneración de los derechos y libertades en cuestión.

La primera conclusión de las consideraciones expuestas en este apartado es que las sentencias del TEDH son obligatorias (“cosa juzgada” y “cosa interpretada”) para todos los Estados parte del CEDH, pero éste no prevé aún un carácter ejecutivo directo a dichas sentencias.

4. El control de la ejecución de las Sentencias del TEDH.

El Protocolo nº 14 ha modificado el sistema de fiscalización de la ejecución de las sentencias definitivas del Tribunal que dispusiera en su día el Protocolo nº 11. En concreto, este último establecía que las sentencias definitivas del Tribunal se debían transmitir al Comité de Ministros, el órgano encargado de velar por su ejecución, junto con el Secretario General. Tras la entrada en vigor del Protocolo nº 14, esta cuestión se regula de forma diferente en el artículo 31.b, en conexión con el artículo 46.4 del Convenio. Se ha dado competencia al Tribunal en cuanto al control de la ejecución de sus sentencias. El Comité de Ministros sigue siendo el órgano del Consejo de Europa que vela por la ejecución y el cumplimiento de las sentencias definitivas del Tribunal, pero ya no tiene por qué tener la última palabra al respecto. Si considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo

formalmente a ese Estado Parte y, por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación de acatamiento de las sentencias definitivas del Tribunal.

En este punto, el CEDH se diferencia de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, según el cual (art. 65) la Corte IDH controla la ejecución de sus sentencias y puede hacer recomendaciones a la Organización de Estados Americanos (OEA) si el Estado no ejecuta la sentencia de la Corte. Todo ello está relacionado con el carácter obligatorio de las sentencias de la Corte de San José, igual que las del Tribunal de Estrasburgo.

5. Eficacia “erga omnes” y “cosa interpretada”.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no solo permite la tutela supranacional de la mayor parte de los derechos fundamentales de las Constituciones Europeas, sino que constituye un criterio hermenéutico preferente en su aplicación.

El TEDH, sus sentencias, producen el efecto de “cosa interpretada”, que es otra dimensión de su carácter vinculante. Con ello, el Tribunal rebasa la solución del caso concreto. Los Estados están obligados a asumir esa interpretación aunque no haya sido parte en el caso. La Constitución española lo expresa claramente en su artículo 10.2:

“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”.

El efecto de “cosa interpretada” es definido por la doctrina como aquél atributo de las sentencias del TEDH consistente, dentro de su peculiar sistema de case-law, en su carácter vinculante en cuanto a la interpretación del Convenio que las sustenta (5).

Por eso, las interpretaciones insertas en las sentencias del TEDH sobrepasan el caso concreto al que se refieren y se extienden a otros supuestos. Estas interpretaciones se objetivan, cobran vida propia, y tienen vis expansiva indudable, con efectos y fuerza que no eran esperables cuando nació el Tribunal de Estrasburgo.

El efecto de “cosa interpretada” está manifestado con claridad en los artículos del CEDH que a continuación se reproducen:

Artículo 45

La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del presente Convenio que las Altas Partes Contratantes o la Comisión le sometan, en las condiciones previstas por el artículo 48.

Artículo 46

1. Cada una de las Altas Partes Contratantes puede declarar, en cualquier momento, que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial la jurisdicción del Tribunal para todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del presente Convenio.

2. Las declaraciones a que se refiere el párrafo anterior podrán hacerse pura y simplemente o bajo condición de reciprocidad por parte de varias o de ciertas otras Altas Partes Contratantes, o por un período determinado.

3. Estas declaraciones se remitirán al Secretario general del Consejo de Europa, que transmitirá copia de ellas a las Altas Partes Contratantes.

Artículo 53

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte.

No hay que olvidar la ingente e importante doctrina que el TEDH ha ido elaborando desde su puesta en funcionamiento sobre el contenido y la efectividad de los derechos, que, como decíamos antes, ha trascendido los ordenamientos de los Estados miembros, sirviendo como referencia a otras instancias internacionales (por ejemplo, a la mencionada Corte Interamericana de Derechos Humanos) e incluso a órganos jurisdiccionales de muchos Estados que no son miembros del Consejo de Europa.

Por otra parte, al artículo 53 del Convenio prevé que ninguna de las disposiciones del texto se podrá interpretar en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.

6. El problema de la ejecución de las sentencias del TEDH por los tribunales nacionales.

Para abordar este tema crucial tenemos que referirnos a los modelos de relación de los ordenamientos jurídicos nacionales con el Derecho Internacional. Suelen distinguirse dos modelos: el dualista y el monista. En el primero, el Derecho internacional se sitúa fuera del ordenamiento jurídico nacional y, por tanto, para aplicarlo en un Estado firmante del instrumento jurídico (Tratado) hay que aprobar una ley nacional que lo integre en el ordenamiento nacional.

En el modelo monista, la firma y ratificación de un Tratado significa que, en ese mismo instante, pasa a formar parte del derecho interno.

Pues bien, no tiene que haber obstáculos para que –en cualquiera de los modelos– las sentencias del TEDH se ejecuten por el Estado que ha vulnerado el Convenio cuando de lo que se trata es de modificar una norma jurídica (poder legislativo) o una decisión administrativa (poder ejecutivo). El problema surge cuando el TEDH falla que una sentencia firme (que goza del afecto de cosa juzgada) de un Estado parte en el Convenio ha violado el mismo.

¿Cómo hacer que la decisión judicial del Estado se anule o se modifique cuando ha adquirido la fuerza de cosa juzgada?

Los Estados europeos miembros del Consejo de Europa y parte en el Convenio han acudido a diversas fórmulas. Otros, sencillamente, han obviado el asunto. España ofrece en estos momentos la mejor solución, tal y como vamos a exponer.

En algunos Estados que siguen el modelo dualista no se ha dictado ley alguna que inserte al CEDH en el derecho interno: Irlanda, Suecia e Islandia. Como señala, Ruiz Miguel, (el autor que más ha estudiado la perspectiva comparada, y a quien seguimos en su esquema) (6), el incumplimiento del Convenio solo da origen a una responsabilidad jurídica internacional. Pero no se puede ejecutar la sentencia del TEDH en sus propios términos. Noruega, a pesar de seguir el modelo dualista, ha reconocido eficacia interna a las sentencias del Tribunal de Estrasburgo.

El Reino Unido, a pesar de su modelo dualista, ratificó en tiempos de Tony Blair el CEDH. Algo, por cierto, que está en cuestión después del referéndum del Brexit, si nos guiamos por algunas declaraciones del entorno del gobierno británico.

Hay otros Estados de la familia dualista que han trasladado el CEDH al derecho interno. Entre ellos: República Federal de Alemania, Luxemburgo, Malta, Italia, San Marino, Grecia, Chipre, Finlandia y Dinamarca. Sin embargo, como advierte Ruiz Miguel, no por ello las sentencias del TEDH tienen carácter ejecutivo en esos países.

Las excepciones son pocas. Luxemburgo admite el carácter ejecutivo de una sentencia del TEDH solo cuando se refieran a una causa penal. Malta lo permite si el Tribunal Constitucional lo ordena.

En los países de modelo monista también hay dificultades para ejecutar las sentencias del TEDH cuando se trata de anular una sentencia firme: Holanda, Portugal, Austria, Suiza, Bélgica, Francia, Lichtenstein y Turquía (España estaba en este grupo, que abandonó en 2015). La eficacia de las sentencias del TEDH sobre las de los tribunales nacionales depende de lo que señala el derecho interno, y, en casi todos los casos, los tribunales nacionales, aunque sigan la jurisprudencia del TEDH, se resisten a que una sentencia de éste anule una sentencia estatal a con autoridad de cosa juzgada.

En Austria se han admitido revisiones de procesos sólo cuando el Fiscal General (*Generalprokurator*) ha interpuesto una demanda de nulidad de una sentencia penal impugnada en interés de la aplicación de la ley, cuando haya habido violación o incorrecta aplicación del derecho.

En Austria, precisamente, se ha dado una situación sin precedentes, aprobando el Parlamento una ley *ad hoc* para así aplicar la doctrina del TEDH a los Casos *Pataki y Dunshirn*. La Ley revisó sendas sentencias firmes antes de que fueran recurridas y examinadas por el propio Tribunal Europeo (7).

En algunos cantones suizos y en Bélgica se sigue el modelo austriaco y luxemburgués: en caso de violación del CEDH por una sentencia penal de un tribunal nacional, así apreciada por sentencia del TEDH, se ejecuta ésta última y se anula la sentencia del tribunal nacional.

7. España: la reforma del recurso de revisión por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, y la Ley 41/2015, de 5 de octubre.

En el caso Bultó (STC 245/1991, de 16 de diciembre), el Tribunal Constitucional aceptó la fuerza ejecutoria directa de una sentencia del TEDH sobre la ba-

se de forzar la admisión de un recurso de amparo de condenados con vulneración por tribunales nacionales de las garantías procesales, según la opinión del Tribunal de Estrasburgo. Para el TC español, había que admitir el amparo en ese caso porque la lesión del derecho fundamental seguía produciéndose y el derecho violado era la libertad personal.

Después de esa sentencia, no hubo ninguna otra que permitiera utilizar la vía del amparo para ejecutar una sentencia del TEDH. Otras vías resultaron estériles ante el Tribunal Constitucional: incidente de ejecución (2006), incidente de nulidad de actuaciones (2005) o recurso extraordinario de revisión (2001).

Más recientemente, sólo cabe aludir a un caso: por medio de un Auto de 13.5.2013, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo español, utilizando la reforma de la nulidad por la Ley Orgánica 6/2007, llegó a la conclusión de que se podría ejecutar una sentencia del TEDH contraria a una sentencia firme de un tribunal nacional por medio del incidente de nulidad de actuaciones, siempre que se dieran las circunstancias del caso Bultó: asunto penal, violación del derecho a la libertad personal y permanencia de la violación. Este Auto del Tribunal Supremo no resultó convincente para la doctrina (Pedro Tenorio), que consideró que hacer prevalecer las sentencias del TEDH sobre sentencias firmes españolas correspondía al legislador (8).

La posición mayoritaria de la doctrina, “de lege ferenda”, es que cabían dos soluciones: o bien establecer por ley una nueva causa de revisión de sentencias firmes con autoridad de cosa juzgada, en todos los órdenes jurisdiccionales, cuando el TEDH haya fallado que una sentencia de un tribunal nacional es contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos; o bien promulgar una reforma ad hoc del propio Convenio, a través de un Protocolo sobre ejecución de sentencias, que establezca esa vía con carácter general (Bujosa) (9).

El legislador español ha seguido la única vía que estaba en su mano: la de una ley que estableciera un nuevo supuesto de recurso de revisión, que se produciría cuando una sentencia del TEDH considerase contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos una sentencia firme de un tribunal español. Esa es la solución –correcta y precisa en nuestra opinión– que ofrece la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y la Ley 41/2015 que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.). Vamos a examinar en detalle esta normativa.

La racionalidad de la modificación legal que acomete la Ley Orgánica 7/2015, en lo relativo al TEDH, -que es solo una parte de la norma, pues su objetivo central es reformar en otras materias la LOPJ-, está explicitada en el Preámbulo de la mencionada Ley 7/2015:

“Se incluye, también, una previsión respecto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaren la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en sus Protocolos, estableciéndose que serán motivo suficiente para la interposición del recurso de revisión exclusivamente de la sentencia firme recaída en el proceso «a quo». Con ello se incrementa, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Constitución”.

En congruencia con esta manifestación de intenciones, la Ley 7/2015 sitúa el objetivo general en el artículo 5bis nuevo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dice así:

“Artículo 5 bis. Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

No hay margen para la duda en este precepto. Con carácter general, y siguiendo las normas procesales “de cada orden jurisdiccional”, este art. 5bis LOPJ crea un nuevo motivo añadido a los que permiten en nuestro ordenamiento jurídico interponer un recurso tan extraordinario como el de revisión. “Extraordinario”, porque es la única forma de poner en cuestión una sentencia ya firme, contra la que no cabría interponer recursos “ordinarios”.

El legislador es siempre reacio a establecer nuevos motivos para el recurso de revisión -ante el Tribunal Supremo en cualquier caso-. La seguridad jurídica (art. 9º.3 de la Constitución) se vería seriamente afectada si fuera sencillo revisar

sentencias que son firmes y gozan del efecto de cosa juzgada. A pesar de ello, ha terminado por imponerse una solución en la que España es pionera, y que es una manifestación del respeto a la autoridad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo que respecta a nuestro ordenamiento, el TEDH adquiere claramente una naturaleza jurisdiccional que se acerca a un Tribunal nacional y se aleja de un Tribunal en la órbita del Derecho Internacional. Quiebra de alguna manera el muro que separa el derecho interno del Estado soberano y el derecho internacional con orígenes en Westfalia hace varios siglos.

No obstante, el artículo 5bis prevé condiciones para que sea admisible la revisión de una Sentencia firme. La sentencia del TEDH sólo prevalecerá sobre la del tribunal español, y se admitirá por tanto el recurso, cuando la violación del CEDH atribuida a esta sentencia, “por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

Es importante notar que el artículo 5bis de la LO 7/2015, que reforma la LOPJ 6/1985, se refiere a “cada orden jurisdiccional”. No hace excepción, contra lo que sucede en la casuística de otros países, que limitan la revisión a causas penales en las que está en juego la libertad de las personas. Es una reforma del recurso de revisión de extraordinaria extensión y profundidad. Siempre será posible –en todos los órdenes jurisdiccionales– cuando una sentencia firme de un tribunal español haya vulnerado el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y así haya sido apreciado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Con ello se resuelven los problemas que se habían suscitado en el pasado al no haber cauces procesales para hacer ejecutar una sentencia del TEDH cuando se refería a una sentencia firme española.

La Ley Orgánica 7/2015 no se limita a proclamar con carácter general que es posible la revisión de sentencias firmes de tribunales españoles ante sentencias contrarias del Tribunal Europeo. También prevé la reforma, en idéntica dirección, de las leyes procesales correspondientes a cada jurisdicción, con lo que suministra al posible recurrente en revisión todos los instrumentos jurídicos. Se complementa con la reforma del recurso de revisión en la LECr. por la Ley 41/2015.

Jurisdicción Militar

La Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 7/2015 modifica la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. En concreto, modifica los artículos 328.2, 504 y 505, con la siguiente redacción:

Artículo 328.2:

“Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. En estos casos, los procesos de revisión se sustanciarán conforme a las normas sobre esta materia contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y no será de aplicación lo previsto en los artículos 329 a 333, 335 y 336. Se aplicarán las reglas sobre legitimación previstas en dicha Ley para ese tipo de procesos. Igualmente, las sentencias que se dicten en dichos procesos tendrán los efectos prevenidos para este caso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Artículo 504:

“1. Las sentencias firmes dictadas en recurso contencioso-disciplinario militar por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, así como los autos también firmes, a los que se refiere el artículo 478, dictados por dicha Sala, podrán ser objeto de recurso de revisión en los siguientes casos”:

.....

2. Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

3. En lo referente a legitimación, términos y procedimientos respecto a este recurso, regirán las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso

se interpondrá ante la Sala del Tribunal Supremo a que se refiere el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

** Artículo 505:*

“Artículo 505. Contra las sentencias firmes dictadas por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central o por los Tribunales Militares Territoriales se podrá interponer recurso de revisión ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo en los mismos plazos y por iguales trámites que los señalados en el apartado 3 del artículo anterior. Este recurso podrá fundamentarse en los mismos motivos que los relacionados en los apartados 1 y 2 del artículo anterior, salvo los contemplados en las letras a), b) y g) del apartado 1”.

Destaquemos que estos preceptos, en lo relativo a legitimación, términos y procedimiento del recurso de revisión, se remiten a la Ley de Enjuiciamiento Criminal o la Ley de Enjuiciamiento Civil, que luego examinaremos.

El recurso ha de plantearse ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

Jurisdicción Contencioso-Administrativa

La Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015 modifica también la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, e incluye el nuevo motivo de revisión basado en decisiones del TEDH contra sentencias firmes de tribunales españoles de esta jurisdicción.

Lo hace modificando el artículo 102.2 de la Ley 29/1998, en la forma siguiente:

“Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”.

Jurisdicción Civil

En igual sentido, la Ley 7/2015 (Disposición Final Cuarta) reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil. Incluye el nuevo motivo de revisión consecuencia de una sentencia del TEDH contra una sentencia firme de un tribunal civil español. A ello se refieren los artículos 510.2, 511 y 512.1, modificados, de la LEC, con la siguiente redacción:

Artículo 510.2:

“Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”.

Artículo 511 Legitimación activa:

“Podrá solicitar la revisión quien hubiere sido parte perjudicada por la sentencia firme impugnada. En el supuesto del apartado 2 del artículo anterior, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

Artículo 512.1:

“En ningún caso podrá solicitarse la revisión después de transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar. Se rechazará toda solicitud de revisión que se presente pasado este plazo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable cuando la revisión esté motivada en una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este caso la solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal”.

Como vemos, la modificación de la LEC que hace la Ley Orgánica 7/2015 (en vigor desde el 1 de octubre de 2015) exige que el recurrente sea la parte perjudicada por la sentencia firme que se ha impugnado y, por tanto, en el caso del TEDH, por el “demandante” ante este Tribunal. Es necesario, pues, esgrimir un interés legítimo para recurrir en revisión en un proceso de carácter civil.

Además, el art. 510.2 modificado de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece una condición que no hay en otras jurisdicciones: que la revisión “no pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”.

La LEC, en la modificación del art. 512.1, señala el plazo para recurrir en revisión una sentencia firme, si el motivo es una sentencia del TEDH. En vez de tener el recurrente en revisión un plazo de cinco años desde la publicación de la sentencia firme -que es el supuesto general para todos los recursos de revisión- el plazo para recurrir en revisión es de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del TEDH.

Jurisdicción Social

La Ley Orgánica 7/2015 no necesita reformar la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, porque esta Ley simplemente se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en lo relativo al recurso de revisión.

En efecto, el artículo 236.1 de la Ley 36/2011 citada dice en su primer párrafo que cabe el recurso de revisión contra “cualquier sentencia firme dictada por los órganos del orden jurisdicción social”, y añade que tal recurso podrá basarse en los motivos previstos en el artículo 510 LEC. Hemos visto que este artículo ha sido modificado por la Ley Orgánica 7/2015 en el sentido de admitir el recurso de revisión contra una sentencia firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considere que esa sentencia ha vulnerado el CEDH.

En consecuencia, en el orden jurisdiccional social, los recursos de revisión por este motivo tendrá iguales requisitos de legitimación activa que los que prevé la LEC (que el recurrente sea “demandante” ante el TEDH) y se exigirá también que la revisión “no pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas” (art. 510.2 LEC).

Hay que entender que, de acuerdo al artículo 512.1 LEC, el plazo para recurrir en revisión por vulneración del CEDH tendrá que ser de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del TEDH.

Jurisdicción Penal

La reforma del recurso de revisión en el enjuiciamiento criminal no se ha producido en la Ley 7/2015, sino en otra Ley, la 41/2015, de 5 de octubre, “de mo-

dificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales”. Esta Ley 41/2015 se aprobó por las Cortes Generales como anticipo a la reforma completa de la LECr. –en estudio desde hace bastante tiempo–, con el objeto de afrontar ciertas cuestiones “que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal” (Preámbulo de la Ley 41/2015).

Una de estas cuestiones que no podían esperar era “la necesidad de establecer en el ordenamiento español un cauce legal de cumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta ahora sin otra cobertura que la interpretación jurisprudencial” (Preámbulo de la Ley 41/2015).

El Preámbulo es bastante genérico. Porque lo cierto es que el texto que la Ley 41/2015 reforma en la LECr. para abordar esa cuestión se limita al recurso de revisión contra sentencias firmes de tribunales penales españoles, no al cumplimiento de todas las sentencias del TEDH. Los problemas no estaban en las que se referían a decisiones del poder legislativo o del poder ejecutivo: se podrían, y se pueden, aplicar modificando la ley, el reglamento o el acto administrativo considerados por el Tribunal Europeo contrarios al CEDH. El problema estaba, como dijimos, en las sentencias firmes del poder judicial. Por eso se aprobó la reforma del recurso de revisión en 2015. En todos los órdenes jurisdiccionales. Y la última reforma fue la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 41/2015.

Esta Ley, entre otras muchas modificaciones de la LECr., reforma su artículo 954.3, que pasa a quedar redactado así:

“Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiriera firmeza la sentencia del referido Tribunal”.

Se reiteran, como condiciones para interponer un recurso de revisión, que sea solicitada por el “demandante” ante el TEDH, y que se formule en el plazo de un año desde que adquiriera firmeza la sentencia del referido Tribunal.

Por último, debemos subrayar el vacío que aún hay cuando la sentencia del TEDH considera que quien ha vulnerado el CEDH es el Tribunal Constitucional (TC). Esto exigiría reformar la Ley Orgánica del TC, pero no ya para establecer un nuevo recurso de revisión, sino otra figura procesal, cuya gestión tendría que ser una función del propio Tribunal Constitucional.

8. La evolución de la eficacia de las sentencias del TEDH.

Con independencia de lo referente a la ejecución directa de las sentencias del TEDH, lo cierto es que este Tribunal (como la Corte Interamericana) ha evolucionado en una doble dirección. En primer lugar, ampliando su enfoque o punto de vista hacia un horizonte más amplio que el puro caso concreto que examina, proponiendo reformas legales que reparen la vulneración del CEDH (o del CIDH) de modo que se eviten nuevos casos. Se ha producido sin duda en aumento de la auctoritas del TEDH (y la CIDH).

En segundo lugar, el TEDH se ha ido abriendo cada vez más a la influencia venida de los tribunales nacionales, es decir, aceptando la perspectiva de éstos y matizando su propia jurisprudencia, en una especie de “diálogo” entre tribunales (Luis López Guerra).(10). Se manifiesta aquí también el principio de subsidiariedad.

Este fenómeno, plasmado en conceptos tales como el “margen de apreciación” de los tribunales nacionales, adaptándolo a las características del derecho nacional, se ha proyectado en los Protocolos 15 y 16 del CEDH. Son textos aún no en vigor. El Protocolo 15 plasma el concepto de “margen de apreciación”, como un aspecto del principio de subsidiariedad (Geir Ulfstein). Todo ello, asumiendo que el TEDH está en la mejor posición para lograr un “consenso interpretativo” sobre el CEDH entre los 47 países que forman parte de ese Convenio. De este modo se evita que el “margen de apreciación” no desemboque en fragmentación legal.

El sistema del CEDH tiene una naturaleza diferente al monolitismo de los sistemas jurídicos nacionales. Así, como apunta Ulfstein, (11) los tribunales nacionales pueden resultar ser “mediadores” entre los sistemas legales nacionales e internacionales, y también entre sistemas nacionales diferentes.

En esa dirección va el non nato Protocolo 16, que autoriza a los tribunales nacionales a requerir una opinión al TEDH sobre la interpretación del Convenio en el contexto de casos de que se ocupan. Es ésta otra contribución al “diálogo entre tribunales” propia de la globalización que vivimos.

Notas y Bibliografía Complementaria

Notas

(1) Niño Estébanez, Roberto. La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Madrid, 2014, p. 23s.

(2) Vid. el excelente análisis que desarrolla el magistrado Niño Estébanez, *Ibidem*. pp. 39ss.

(3) Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Eficacia de la Sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman v. Uruguay*). Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, Valencia, 2013. Este artículo reproduce el voto razonado a la Resolución de la Carta Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

(4) Bujosa Vadell, Lorenzo M. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español, Madrid, 1997.

(5) Niño Estébanez, *op. Cit.*, p. 48

(6) Ruiz Miguel, Carlos. La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional, Madrid, 1997.

(7) Bujosa Vadell, *cit.*, p. 203.

(8) Tenorio, Pedro. “Derechos en serio, recurso de amparo, reordenación de la garantía judicial y reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, UNED, Revista de Derecho Político, nº 88, 2013, pp. 130 a 132.

(9) Burjosa, cit., pp. 205ss y 215ss.

(10) López Guerra, L. “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”, en UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 32, 2013, pp. 154ss.

(1) Ulfstein, G. “The European Court of Human Rights and national courts: a Constitutional relationship”, en Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection, New York, 2016, pp. 47ss.

Bibliografía Complementaria

* Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales. XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, 2013.

* Cacho Sánchez, Y. “Fundamento de las críticas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Del Río Prada c. España”, en Revista de Derecho Comunitario Europeo (2014), pp. 491 – 525.

* Lozano Eiroa, Marta. “Principio de legalidad y ejecución de las sentencias del TEDH: STEDH Del Río Prada c. España de 21 de octubre de 2013”, en Revista General de Derecho Europeo 32 (2014).

* Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos, Madrid, 2009.

* La defensa convencional de los derechos en España. ¿Es posible el diálogo entre tribunales?, Madrid, 2015.

* Ripol Carulla, S. El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español. La incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español, Barcelona, 2007.

* Ripol Carulla, S. Velázquez Gardeta, J.M., Pariente de Prada, I., Ugarte-mendia Eceizabarrena, J.I. España en Estrasburgo. Tres décadas bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Navarra, 2010.

RESUMEN

Este artículo trata del problema de la ejecución de las sentencias del TEDH, cuando estas consideran contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos sentencias de tribunales nacionales que son las últimas en el orden jerárquico judicial.

Los Estados europeos miembros del Consejo de Europa han utilizado diversas vías. España ha encontrado la mejor solución: un nuevo recurso de revisión, a través de la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de Julio y la Ley 41/2015 de 5 de Octubre.

PALABRAS CLAVE

TEDH, Convenio Europeo de Derechos Humanos, ejecución de sentencias, recursos contra sentencias de tribunales nacionales, recurso de revisión.

ABSTRACT:

This article is on the problem of direct execution of ECHR judgements when these judgements see that a judgement of a national court, which is the last one within the judiciary organization, violates the European Convention of Human Rights.

The European states, members of the Council of Europe, have used several ways. Spain has met the best way: a new revision appeal, through the Organic Act 7/2015, 21th July and the 41/2015 Act, 5th October.

KEY WORDS

ECHR, European Convention of Human Rights, judgements execution, national courts judgements appeals, revision appeal.

LA EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Luis López Guerra

*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrático de Derecho Constitucional.*

Recibido: 01-09-2017

Aceptado: 15-09-2017

SUMARIO

1. *Líneas evolutivas de los sistemas europeo e interamericano.*
2. *La evolución de la jurisprudencia. Criterios generales.*
 - 2.1. *La protección efectiva de los derechos humanos.*
 - 2.2. *El Convenio como “instrumento vivo”.*
 - 2.3. *La apreciación de las “obligaciones positivas” de los Estados.*
 - 2.4. *Conceptos autónomos.*
3. *La evolución en cuanto a los efectos de las Sentencias de los respectivos Tribunales en ambos sistemas.*
 - 3.1. *Efectos individuales*
 - 3.2. *Efectos generales.*
4. *La evolución del carácter jurisdiccional del sistema.*

1. Líneas evolutivas de los sistemas europeo e interamericano.

A partir del final de la Segunda Guerra Mundial han aparecido diversos sistemas de protección internacional de derechos humanos, cada uno de ellos con sus propias características respecto de los derechos protegidos y los medios previstos para su protección. Sin duda, el más ambicioso en cuanto a su extensión es el sistema creado por los Pactos de Naciones Unidas de 1966, con la intención de incluir a toda la comunidad internacional. Como sistemas regionales han aparecido, en el ámbito europeo, el sistema creado por el Convenio de 1950, y el derivado de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en vigor a partir del Tratado de Lisboa; a ellos habría que añadir en el ámbito africano, el derivado de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.

De entre estos sistemas, los creados por el Convenio Europeo de 1950 y la Convención Interamericana de 1969 merecen especial atención; aparte de representar los ejemplos más evidentes de sistemas realmente operativos, muestran características relevantes, sólo parcialmente presentes en los demás. Se trata de sistemas cuya finalidad exclusiva es la protección de los derechos humanos, sin constituir (como es el caso de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) un aspecto parcial de una organización constituida con objetivos de otra índole. Los dos sistemas ofrecen además la peculiaridad de haber representado una auténtica revolución en el Derecho internacional, por varias razones:

Primeramente porque ambos convenios vienen a garantizar derechos a los individuos frente a los Estados en que residan o bajo cuya jurisdicción se encuentren: no se trata ya sólo de obligaciones interestatales, sino de garantías respecto de personas en su ámbito de jurisdicción.

En segundo lugar, porque ya no obedecen a la lógica tradicional del Derecho internacional en el sentido de que los respectivos convenios sean pactos que establezcan (como en el Derecho internacional clásico) obligaciones recíprocas entre Estados, de forma que el cumplimiento por uno representa la garantía de cumplimiento por el otro. Los convenios europeo e interamericano rompen con el concepto de reciprocidad, al establecer una garantía colectiva, o un orden jurídico que debe ser respetado por todos los Estados firmantes. Esta idea de que el Convenio establece un orden constitucional común se encuentra por ejemplo, en la sentencia *Loizidou contra Turquía* (1996) del Tribunal Europeo, o, entre otra muchas, en la Opinión Consultiva 2/82 de la Corte Interamericana, de 24 de septiembre, donde se afirmaba que “*al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del*

cual ellos por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.” Las obligaciones asumidas por los Estados, continuaba, “son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones por parte de las Altas Partes contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos”.

Finalmente –y se trata de un elemento esencial– ambos sistemas se han dotado de una instancia jurisdiccional encargada de garantizar efectivamente el cumplimiento del respectivo convenio por los Estados firmantes, instancia a la que, en formas diversas como se verá, tienen acceso las personas afectadas.

Desde una perspectiva dinámica, el tiempo transcurrido desde la puesta en marcha de ambos sistemas- tomando como punto de partida en el sistema europeo el año de la elaboración del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en 1950, y en el caso interamericano, bien la elaboración de la Convención Interamericana en 1969, bien, si se quiere, la creación de la Comisión en 1959- permite ya verificar cómo estos sistemas se han adaptado a la realidad, y cómo han ido superando los diversos desafíos derivados de su misma – relativa- novedad en el ámbito del Derecho internacional.

Las fechas son importantes. El establecimiento del sistema interamericano con posterioridad al europeo ha venido a plantear la cuestión de si, finalmente, no se producirá una evolución hacia el “modelo” europeo, ya que ambos sistemas persiguen los mismos objetivos, esto es, la defensa de unos mismos derechos por definición universales; y que en consecuencia, deberán llegar a las mismas conclusiones, tanto respecto del contenido y límites de esos derechos como de los medios adecuados para protegerlos. Desde esta (ciertamente eurocéntrica) perspectiva, la evolución del sistema europeo, más antiguo, debería mostrar el camino a seguir al sistema interamericano.

Obviamente se trata de una perspectiva simplista, dadas las peculiaridades de los contextos europeo e interamericano. Así y todo, y aún admitiendo que las cosas no son tan simples, cabe preguntarse hasta qué punto esas peculiaridades han afectado la evolución de cada sistema, en sus dimensiones sustantiva y procedimental, influyendo en la proximidad o distancia entre las soluciones adoptadas por cada uno de ellos. Valga ya apuntar que es sobre todo la segunda dimensión, de carácter procedimental, la que refleja más profundamente las distintas condiciones en que cada sistema lleva a cabo sus funciones.

Cuando se comparan los dos sistemas, es posible detectar varias líneas similares de evolución. Ahora bien, esas líneas se han seguido con intensidad diversa. En algunos aspectos, la línea evolutiva ha sido muy parecida, si no idéntica; en otras, aun mostrando una tendencia común, los dos sistemas muestran elementos diferenciadores. Y finalmente, en algún supuesto, cabe preguntarse si efectivamente existe una línea evolutiva compartida.

En consecuencia, tres líneas evolutivas puedan destacarse:

- Una primera, en que la evolución de ambos sistemas ha sido prácticamente idéntica, referida a los principios de la jurisprudencia de ambos Tribunales, de Estrasburgo y San José, respecto de la protección sustantiva de los derechos reconocidos en los respectivos convenios:
- Una segunda, en que cabe apreciar sustanciales diferencias, referida a la evolución de la eficacia del sistema y su repercusión en la realidad de los Estados.
- Finalmente, una evolución compartida hasta cierto momento, pero que ofrece dudas respecto a su continuación: me refiero a la tendencia hacia la garantía exclusivamente jurisdiccional de la protección de los derechos de los respectivos convenios. Concretamente, la cuestión del acceso directo de las personas a los Tribunales europeo e interamericano.

2. La evolución de la jurisprudencia. Criterios generales.

Dada la naturaleza de las materias de que se ocupan ambas cortes, (es decir, la protección de derechos de valor universal, y no únicamente regional) no resulta sorprendente que los tribunales de San José y Estrasburgo hayan desarrollado un conjunto de métodos interpretativos de los mandatos de sus respectivos convenios en un proceso que si en un momento pudo calificarse de unidireccional (de Estrasburgo a San José) pronto se convirtió en un proceso de influencias recíprocas, y explícitamente constatadas.

2.1. La protección efectiva de los derechos humanos.

Uno de esos principios interpretativos comunes ha sido el referente a la naturaleza de la protección, efectiva y no meramente formal, que debía prestar-

se a los derechos que ambos sistemas reconocían. Este principio fue expresado por el Tribunal de Estrasburgo en su sentencia en el caso *Airey contra Irlanda* el año 1979: “*El Convenio pretende garantizar derechos que no sean meramente teóricos o ilusorios, sino que sean prácticos y efectivos*” (§24) Esta pretensión de efectividad se traduce en una interpretación que pone el acento en el contenido del derecho desde una perspectiva teleológica: el texto del Convenio ha de interpretarse de acuerdo con el fin que se propone, despejando interpretaciones estrictamente literalistas. A este respecto, los fines del Convenio aparecen expresamente establecidos en su Preámbulo, como elemento a tener en cuenta para su interpretación.¹

En *Airey*, el Tribunal consideró que la negativa del Estado irlandés a proporcionar defensa jurídica gratuita a una mujer sin recursos económicos en una demanda de separación venía a vulnerar el derecho a un juicio justo, aun cuando el Convenio no hiciera mención expresa de tal obligación del Estado. La búsqueda del efecto útil de la declaración de derechos ha llevado en ocasiones a una interpretación extensiva de esos derechos, por cuanto que el Convenio pretende proteger su ejercicio, no restringirlo. Pero además, el Tribunal ha tenido en cuenta el contexto en que el Convenio aparece, y sus finalidades últimas, esto es, el mantenimiento de Estados democráticos de Derecho: en palabras del Tribunal, “*cualquier interpretación de los derechos y libertades garantizados ha de ser consistente con el espíritu general del Convenio, como instrumento diseñado para mantener y promover los valores e ideales de una sociedad democrática*”².

No es difícil encontrar afirmaciones similares en la jurisprudencia de la Corte de San José, con referencias al principio de *effet utile* de los mandatos de la Convención, y a la obligación de los Estados miembros de proporcionar una protección efectiva de los derechos de la Convención. Como pudo señalar el juez Sergio García Ramírez en su voto concurrente a *Comunidad Mayagna* (2001), el objeto y fin de la Convención se concentran en el reconocimiento de los derechos de las personas y en la previsión de instrumentos jurídicos a este fin. En esta línea, por ejemplo, en *López Lone y otros v. Honduras* (2015) la Corte estableció que “*Como este Tribunal ha señalado en otras oportunidades, las disposiciones de Derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas (principio del effet utile), lo que significa que el Estado tiene la obligación de conser-*

1 Ver al respecto Franz MATSCHER, “Les contraintes de l’interprétation juridictionnelle. Les méthodes d’interprétation de la Convention Européenne » en Frédéric SUDRE (ed.), *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant, 1998, pp.15-40.

2 *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, §87.

grar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica” (par. 214). Afirmaciones similares pueden encontrarse, por ejemplo, en *Personas Dominicanas v. República Dominicana* (2014, par. 271) o en *Gelman v. Uruguay. Supervisión del cumplimiento* (2013, par.63). El principio del *effet utile* respecto de los mandatos de la Convención se ha extendido también respecto de los remedios internos establecidos en los Estados miembros para reparar los daños causados por vulneraciones de derechos de la Convención (*Velásquez Rodríguez v. Honduras*, 1988, par. 66; *Brewer Carías v. Venezuela*, 2014, par. 87).

2.2. El Convenio como “instrumento vivo”.

Habida cuenta de esta perspectiva, y como consecuencia lógica, ambas cortes han recalcado que, frente a una interpretación que pudiera llamarse “originalista” de ambos Convenios, éstos deben entenderse como instrumentos de protección de derechos también en el contexto de circunstancias cambiantes o imprevistas respecto de la existentes en el momento de su aprobación; ambos Convenios serían instrumentos vivos, que aspiran a mantener su vigencia y efectividad a través de cambios sociales de todo tipo.³ En palabras del juez del Tribunal de Estrasburgo Franz Matscher, “*los conceptos de los que se sirve el Convenio deben entenderse en el sentido en que los comprenden las sociedades democráticas actuales, y no en el sentido que los conceptos tenían hace cuarenta años, cuando se elaboró el Convenio*”⁴. Esto significa que, por un lado, el Tribunal de Estrasburgo ha debido interpretar el Convenio en forma evolutiva, en el sentido de proporcionar una protección a los derechos allí reconocidos frente a amenazas y peligros derivados de nuevas situaciones, no previstas o imprevisibles para los autores del mismo. Una muestra de estos supuestos de actuación del Tribunal interpretando el Convenio como un instrumento vivo frente a nuevas amenazas a los derechos humanos pudiera ser la representada por aquellos casos en que se ha ampliado el alcance del artículo 8, relativo al derecho a la vida privada y familiar y a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia. El Tribunal ha podido interpretar este artículo en forma ciertamente innovadora, al referirlo a invasiones del domicilio y la vida privada que van más allá de los supuestos clásicos de entrada domiciliaria ilegítima. La sentencia en el caso *López Ostra c. España*⁵ vino a extender la protección de la Convención a los supuestos de invasión

3 SSTEDH *Tyrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978; *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979.

4 MATSCHER, *cit.* p. 23.

5 STEDH de 8 de diciembre de 1994.

del domicilio por agentes nocivos y molestos, como los malos olores, dando lugar así, en forma refleja, a un derecho al “medio ambiente domiciliario”; en esta misma línea, las sentencias en los casos *Gómez Moreno contra España*⁶ y *Martínez Martínez c. España*⁷ incluyeron a los ruidos entre esos agentes nocivos. Este tipo de decisiones, recibidas quizás con cierta sorpresa en un momento inicial han venido, al cabo de pocos años, a ser aceptadas como expresión “lógica” de la protección del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 8 CEDH y como adaptación de esa protección a nuevas necesidades.

Pero además, la interpretación del Convenio como un “instrumento vivo” se ha traducido en que el ocasiones el Tribunal de Estrasburgo ha venido a alterar su jurisprudencia en cuanto a la determinación del contenido de un derecho, teniendo en cuenta la evolución de las condiciones existentes en el contexto europeo, y el desarrollo de un consenso o *standard* consolidado al respecto en el ámbito de los países miembros. Ello puede percibirse en supuestos como la inclusión dentro de los derechos garantizados por el artículo 9 del Convenio de la objeción de conciencia al servicio militar⁸, o la apreciación de la importancia de un consenso europeo respecto del alcance del principio de irretroactividad de las normas penales⁹. En el primer supuesto, si bien el Tribunal se había pronunciado inicialmente sobre la inexistencia de un derecho a la objeción de conciencia al servicio militar derivado de la garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religión reconocida en el artículo 9 del Convenio, posteriormente, y a la vista del cambio producido en los ordenamientos europeos al respecto, que en su inmensa mayoría garantizaban el derecho a la objeción de conciencia, vino a extender el contenido del citado artículo, condenando al Estado armenio por el no reconocimiento de la objeción de conciencia a varios Testigos de Jehová. Y en el caso *Scoppola contra Italia*, del año 2009, el Tribunal llevó a cabo también una reinterpretación del Convenio, a la vista del cambio en la cultura jurídica europea; si bien en un principio había considerado que el artículo 7 del Convenio, relativo a al principio de legalidad en el derecho penal, no obligaba a los Estados a aplicar en favor del acusado las normas penales más favorables posteriores a los actos constitutivos de delito por los que se le acusaba, en *Scoppola* el Tribunal cambió de criterio. Verificando cuál era el estado actual de la cuestión en Europa, el Tribunal concluyó que el citado artículo debiera interpretarse en el sentido de que los Estados estaban obligados a una aplicación a los acusados de las

6 STEDH de 16 de noviembre de 2004.

7 STEDH de 18 de octubre de 2011.

8 STEDH *Bayatyan c. Armenia*, de 7 de julio de 2011.

9 STEDH *Scoppola c. Italia (2)*, de 17 de septiembre de 2009.

leyes penales más favorables. Por ello, el concepto de “standard común europeo” cobra considerable importancia, por cuanto su evolución apreciada por el Tribunal puede suponer también una evolución en su interpretación de los derechos del Convenio.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que esta interpretación evolutiva del Convenio se lleva a cabo dentro de las exigencias de la seguridad jurídica, de forma que la jurisprudencia del Tribunal no se convierta en imprevisible o sometida a cambios innecesarios¹⁰; a estos efectos, el Convenio reserva en principio, a la Gran Sala, compuesta por diecisiete jueces, la tarea de revisar la interpretación dada hasta ese momento a los mandatos del Convenio¹¹.

Esta línea argumental ha sido también adoptada en forma continua por la Corte de San José. Por ejemplo, y dando múltiples referencias, en *Huapaya v. Perú* (2015) afirmó que “*la Corte ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*”. Y anteriormente, en *Artavia Murillo v. Costa Rica* (2012), manifestó que “*tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales con las reglas de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados*”. Valga señalar también, como exponentes de esta posición, los votos separados del juez Vio Grossi en *Galindo Cárdenas y otro v. Perú* (2015) y *Comunidad campesina de Santa Bárbara v. Perú* (2015)

2.3. La apreciación de las “obligaciones positivas” de los Estados.

Consecuencia también de este enfoque interpretativo, orientado a la efectividad de los derechos fundamentales, ha sido la introducción por ambas cortes en su jurisprudencia del concepto de obligaciones positivas del Estado, derivadas del reconocimiento de derechos por los respectivos Convenios: esto es, que el

10 Ver a este respecto SUDRE, « L’interprétation dynamique... » *cit.* p 240-241. Para una visión más general, Antoine GARAPON, “Les limites a l’interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l’homme » en *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, 86 (2011) pp. 435-456.

11 La reserva no es absoluta: de acuerdo con el artículo 30 del Convenio, “(...) si la solución de una cuestión puede conducir a una contradicción con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la Sala podrá, en tanto no haya dictado sentencia, inhibirse en favor de la Gran Sala, a menos que una de las partes se oponga”.

respeto de esos derechos implica no solamente que las autoridades públicas deben abstenerse de actuaciones que interfieran indebidamente en su ejercicio por las personas bajo su jurisdicción, sino también, y adicionalmente, que esas autoridades tienen la obligación de proveer los medios necesarios para prevenir su vulneración, así como para la defensa efectiva de los mismos. Esta línea jurisprudencia ha sido seguida desde sus inicios por la Corte de San José en su primera sentencia sobre el fondo (*Velásquez Rodríguez v. Honduras*, 1988). El Tribunal de Estrasburgo ha insistido en este punto tanto en lo que se refiere a vulneraciones causadas directamente por esos poderes públicos, como también en los supuestos en que la inacción de tales poderes se convierte en elemento determinante de esa violación, aun cuando ésta se haya iniciado por actuaciones de terceros particulares. Si bien el Convenio protege a los justiciables frente a los poderes públicos (sin que quepan reclamaciones frente a alegadas violaciones por individuos particulares, en cuyo caso se trataría de supuestos excluidos de la jurisdicción del Tribunal *ratione personae*) esa protección se entiende como dirigida tanto contra la acción como contra la inacción de tales poderes, dando así lugar a lo que ha llamado “efecto horizontal” del Convenio.

Un ejemplo de reconocimiento de tales obligaciones positivas sería la jurisprudencia del Tribunal en cuanto a la protección de los derechos a la vida (artículo 2 CEDH) y a la integridad física frente a tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH). En la jurisprudencia del Tribunal, la protección de estos derechos no se ciñe únicamente a lo referente a la interdicción de su violación material por las autoridades estatales. A partir de la sentencia *Mac Cann c. Reino Unido*¹² el Tribunal ha venido a mantener que el derecho a la vida supone, no sólo la interdicción de atentados materiales contra este derecho, sino también la obligación de las autoridades de, en el supuesto de infracciones en este aspecto, llevar a cabo todas las investigaciones necesarias para determinar y explicar adecuadamente las circunstancias del caso, los culpables y las posibles reparaciones. Esta doctrina ha supuesto, entre otras consecuencias, un valladar jurídico determinante frente a los supuestos de atentados a la vida o a la integridad física que se puedan pretender disfrazar como “desapariciones”, puesto que la ausencia de constancia material de la violación del derecho (esto es, la localización del cuerpo de la víctima) no puede servir de disculpa o justificación de las autoridades, cuando éstas no pueden suministrar una explicación satisfactoria del destino del desaparecido. Similares consecuencias pueden derivarse de la “dimensión formal” del derecho en lo que se refiere a los supuestos de malos tratos (artículo 3 CEDH),

12 STEDH de 27 de septiembre de 1995.

cuando, sin que sea posible una evidencia material de su autoría, las autoridades responsables de la seguridad y bienestar del detenido no quieren o pueden dar explicaciones sobre los daños que se le hayan infligido¹³ o que se alegue fundadamente que se hayan producido.¹⁴ La vulneración de los derechos a la vida o a la integridad física debe pues examinarse desde ambas perspectivas, formal y material, de manera que su vulneración no pueda quedar desprovista de sanción (o condena) en virtud de la inactividad de las autoridades. Respecto de la Corte de San José, a partir de *Velásquez Rodríguez*, ha reiterado (por ejemplo en *Gomes Lund y otro contra Brasil*, 2011) que todos los órganos de los sistemas nacionales de derechos humanos tienen la obligación de investigar las violaciones graves de los mismos¹⁵. En este aspecto, pues, la jurisprudencia de ambas cortes sigue también caminos coincidentes.

2.4. Conceptos autónomos.

Uno de los problemas fundamentales en la interpretación de los mandatos del Convenio Europeo deriva, como ya se apuntó, de la necesidad de aplicación a ordenamientos jurídicos muy diferentes, en situaciones sociopolíticas muy diversas, y que incluso ofrecen una amplia variedad en cuanto a la misma definición de los conceptos jurídicos básicos. Por ello se ha hecho necesario que el Tribunal de Estrasburgo formule metodologías interpretativas del Convenio que hagan posible, por un lado, establecer criterios de aplicación común respecto de los diferentes ordenamientos de los Estados miembros y por otro una necesaria flexibilidad en cuanto a las circunstancias propias de cada ordenamiento. En cuanto a lo primero, y para superar el problema de la diferencia de conceptos y definiciones jurídicas en los diversos ordenamientos, una de estas técnicas, de carácter inicial, ha sido el empleo de los llamados “conceptos autónomos”¹⁶, a la hora de definir el significado que el Tribunal da a los términos del Convenio¹⁷. El Tribu-

13 SSTEDH *Assenov. c. Bulgaria*, de 28 de octubre de 1998; *Slimani c. Francia*, de 27 de julio de 2004.

14 Así en *Martínez Sala c. España*, de 2 de noviembre de 2004; *San Argimiro Isasa c. España*, de 28 de noviembre de 2010, o *Beristain Ukar c. España*, de 8 de marzo de 2011.

15 Cf. Lawrence BURGOGUE LARSEN y Nicolás MONTOYA CESPEDES, “El diálogo judicial entre el TEDH y la CIDH” en L. LOPEZ GUERRA y A. SAIZ ARNAIZ (dirs.) *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*, Palestra, Lima, 2015, pps. 348-349.

16 SSTEDH *Engel y otros c. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976; *König c. Alemania*, de 28 de junio de 1978.

17 Sobre este tema, POPOVIČ, D. “Autonomous Concepts of the European Human Rights Law” en M. JOVCANOVIC, M., y KRSTIC, I., eds., *Human Rights Today. 60 Years of the Universal Declaration*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2010, págs. 113-126.

nal ha preferido, en forma consistente, establecer que esa definición debía realizarla el propio Tribunal, sin adoptar forzosamente el sentido que a esos conceptos dieran los ordenamientos nacionales. De esta forma, el Tribunal ha creado su propio sistema de conceptos, independientemente del alcance de los mismos en los sistemas conceptuales de la legislación, la jurisprudencia o la doctrina en los Estados firmantes. Ejemplos de esta posición pudieran ser la definición del concepto de “víctima” del art. 34 del Convenio, acuñado por la doctrina jurisprudencial¹⁸ y que comprende tanto víctimas directas, como víctimas indirectas¹⁹ y en algún supuesto, víctimas potenciales²⁰; o los conceptos de “acusación” e “infracción” del artículo 6, que, de acuerdo con el Tribunal no se ven restringidos a los supuestos incluidos en los procedimientos formalmente definidos como penales en cada ordenamiento, sino que pueden englobar también supuestos definidos localmente como “infracciones administrativas”.²¹ Otros conceptos autónomos, no dependientes de la acepción que se les dé en el ordenamiento nacional, podrían ser los de “derechos y obligaciones civiles” “testigo” e incluso el mismo concepto de Derecho. El Tribunal, en efecto, y siguiendo en esto una orientación propia de los países del *common law*, considera que por Derecho ha de entenderse tanto la normativa derivada de la legislación como la que resulta de su aplicación práctica por la jurisprudencia de los Tribunales.

Hay que señalar que la Corte de San José no ha desarrollado esta posición en forma sistemática. Sin embargo, se encuentra de alguna forma presente en su jurisprudencia, como evidencia el voto concurrente del juez Cançado Trindade en *Caesar v. Trinidad y Tobago* (2005) en que señala que “*otro aspecto a ser recordado aquí es el del significado autónomo de los términos de los tratados de derechos humanos (a diferencia de su significado por ejemplo en el Derecho nacional)*”.

En conclusión, si bien no sería completamente exacto afirmar que ha existido una total coincidencia entre los criterios sustantivos de interpretación de ambas cortes, no resulta difícil afirmar que han seguido conscientemente un conjunto de principios interpretativos comunes²².

18 STEDH *Klass c. Alemania*, de 6 de septiembre de 1978.

19 STEDH *Kurt c. Turquía*, de 25 de mayo de 1998.

20 SSTEDH *Modinos c. Chipre*, de 21 de abril de 1993; *Saadi c. Italia*, de 22 de febrero de 2008.

21 SSTEDH *Deweer c. Bélgica*, de 27 de febrero de 1980; *Engel c. Países Bajos*, (cit).

22 Ver entre otros, BURGOGUE LARSEN, cit, 329-359; también Guillem CANO PALOMARES, “Diálogo entre jurisdicciones supranacionales de derechos humanos” en Miguel REVENGA SANCHEZ y Patricia CUENCA GOMEZ, eds. *El tiempo de los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 47-72.

3. La evolución en cuanto a los efectos de las Sentencias de los respectivos Tribunales en ambos sistemas.

Hay un segundo aspecto en que resulta relevante la comparación en cuanto al desarrollo de ambos sistemas, europeo y americano: el que se refiere a los efectos de las sentencias de sus respectivos tribunales. Valga señalar que en este aspecto se producen mayores matices en la evolución de los dos sistemas, aun cuando muestren en parte líneas coincidentes. Y ello tanto en lo que se refiere a los efectos individuales de sus sentencias —esto es, en cuanto al caso concreto efectivamente resuelto— como en cuanto a sus efectos generales, es decir, el establecimiento de directrices vinculantes a los órganos de los Estados firmantes del respectivo convenio.

3.1. Efectos individuales.

En cuanto a los efectos individuales, los dos sistemas presentan —o mejor dicho, presentaban— una importancia diferencia inicial. El Convenio europeo prevé un efecto esencialmente declarativo de las sentencias del Tribunal: éstas son vinculantes para los Estados, que deben cumplirlas. Pero las modalidades de ejecución se encomiendan a los mismos Estados con una particularidad: esta ejecución debe ser supervisada, no por el Tribunal sino por un órgano específico, sin parangón en el sistema interamericano, esto es, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, integrado por los ministros de asuntos exteriores de todos los Estados miembros o sus representantes, y que se reúne con periodicidad. En principio pues (y tal fue la posición inicialmente adoptada por la jurisprudencia del Tribunal) éste se limitaba a declarar en su caso la violación de un derecho del Convenio. Ahí acababa su misión.

Como es bien sabido, otra es la situación en el sistema interamericano. En éste no se diseña una figura similar al Comité de Ministros, sino que es la Corte el órgano competente para supervisar la ejecución de sus decisiones y resolver los incidentes que se planteen. Ello supone que las sentencias de la Corte, en lo que se refiere a sus efectos, sean mucho más extensas y precisas que las del Tribunal de Estrasburgo, y hagan concretas referencias a la forma en que ha de llevarse a cabo su cumplimiento, tanto en lo referente a debida *restitutio in integrum* como en cuanto a las compensaciones debidas a los afectados, incluyendo compensaciones de tipo moral (como homenajes a las víctimas, o reconocimientos póstumos) o medidas para impedir futuras violaciones (como cursos de formación de servidores públicos).

Ahora bien, estas diferencias, que a veces han dado lugar a reproches de timidez dirigidos al Tribunal Europeo, han venido reduciéndose en varios aspectos, ya que este Tribunal, aun manteniéndose lejos de la práctica de la Corte de San José ha ido aumentando la intensidad y alcance de sus pronunciamientos sobre la ejecución de sus sentencias.²³

En primer lugar, y desde un inicio, aplicando la previsión del artículo 41 (en la numeración actual) del Convenio que, como excepción al principio declarativo permite al Tribunal otorgar una compensación por daños morales o materiales al afectado, caso de declarar una violación de alguno de los derechos del Convenio. La cuantía de esta compensación es variable: pero, como muestra de hasta donde puede llegar, baste señalar que en su sentencia sobre el artículo 41 en el caso *Yukos c. Rusia* (2014), en el que previamente había declarado la violación por la Federación Rusa del derecho de propiedad de la recurrente, una compañía petrolera, el Tribunal impuso una compensación de 1.800 millones de euros.

En segundo lugar, porque progresivamente el Tribunal ha decidido que, para que pueda producirse una efectiva protección de los derechos del Convenio, no basta en algunos casos la mera declaración de violación, sino que también se requiere la adopción por parte del Estado en cuestión de medidas concretas e inmediatas. Tal línea se inició en la sentencia que resolvió el caso *Assanidze v. Georgia* (2004), en que Tribunal declaró la violación del derecho a la libertad personal del recurrente derivada de que éste hubiera permanecido en prisión largo tiempo después de haber cumplido su condena. El Tribunal no se limitó a declarar la violación de ese derecho, sino que ordenó la liberación inmediata del recurrente. En otros casos ha ordenado también medidas de ejecución, como acordar a un padre derechos de visita a sus hijos, o restituir inmediatamente a un juez a su antiguo puesto en un tribunal.

En tercer lugar, otro elemento relevante en la evolución del sistema europeo, bajo influencia directa del sistema interamericano, ha sido la paulatina introducción de medidas provisionales, que podrán aplicarse a partir de la presentación de la demanda, antes de que se haya producido resolución sobre el fondo (e incluso sobre la misma admisibilidad) del caso. Estas medidas, a diferencia del sistema interamericano, no están previstas en el Convenio ni en sus Protocolos. Fueron introducidas por el Reglamento del Tribunal, elaborado por él mismo; en

23 Para una exposición más amplia sobre este tema, me remito a mi trabajo “ Compliance with the Strasbourg Court Rulings: a General Overview” en Katie ZIEGLER et. al. (eds.) *The U.K. and European Human Rights: a strained Relationship?*, Londres, Hart, 2015, pps. 323-340.

una primar fase no se consideraron estrictamente vinculantes para los Estados, pero, a partir de la sentencia en el caso *Mamatkulov c. Turquía* (2005), su no observancia por el Estado afectado es considerada por el Tribunal como una violación del Artículo 34 del Convenio. Hoy las medidas provisionales, en supuestos como los relativos a casos de extradición, resultan elemento frecuente, y esencial, en la práctica del Tribunal.

3.2. Efectos generales.

Una mayor divergencia en la evolución de ambos sistemas puede observarse en lo que se refiere a la posición de ambas cortes respecto a los efectos generales de sus sentencias. Ciertamente, tales efectos van por su propia naturaleza más allá del caso concreto, en virtud, no del principio de cosa juzgada (*res iudicata*) que afecta al caso individual, sino del principio de cosa interpretada (*res interpretata*); corresponde en ambos sistemas la interpretación decisiva de los mandatos de los respectivos convenios al correspondiente Tribunal, de Estrasburgo o San José. Los principios generales interpretativos del Convenio y la Convención se imponen así a las autoridades nacionales en casos distintos de aquellos en que formularon. Desde esta perspectiva, se ha ido imponiendo el concepto de eficacia *erga omnes* de las resoluciones de ambos tribunales: no sólo respecto de las autoridades del Estado parte en el caso sobre el que versa la sentencia, sino, en forma más general, respecto de las autoridades de los Estados firmantes del respectivo convenio.

¿Qué ocurre, a la vista de estos efectos generales, en aquellos casos en que se verifica que la legislación interna se opone a los mandatos del convenio, bien en su literalidad, bien respecto de la interpretación que de esos mandatos han efectuados los respectivos Tribunales de Estrasburgo y San José?

Por una parte, en ambos sistemas se ha respondido con una técnica similar, es decir, la interpretación conforme. El Derecho interno debe ser interpretado de una manera que no resulte contraria a la jurisprudencia de San José o de Estrasburgo, en cada caso, incluso si ello supone un cierto esfuerzo.

¿Qué ocurre si tal interpretación no es posible? Aquí difieren, al menos por el momento, los cauces seguidos por la jurisprudencia de los dos tribunales. El de San José ha venido a establecer, en Sentencias como la del caso *Almonacid Are-*

llano c. Chile el denominado control de convencionalidad²⁴, y, aún más, un control de convencionalidad difuso por parte de las autoridades (sobre todo judiciales) de los Estados. Por lo que se refiere a las autoridades judiciales, la fuerza vinculante de la Convención (en la forma en que la Corte la interprete) les obliga, (dentro de las formas establecidas en sus ordenamientos) a la inaplicación de las normas internas que se opongan a aquéllas²⁵

Valga señalar que el Tribunal Europeo no ha adoptado esta posición. Ha preferido centrarse en la declaración, en las circunstancias del caso concreto, de la eventual violación de algún derecho del Convenio, contentándose en ocasiones, con criticar la falta de protección interna del mismo. Pero hay que señalar también que ha utilizado otras técnicas.

Por un lado, como ya se ha indicado, señalando al Estado, con referencia al artículo 46 del Convenio, la necesidad de eliminar situaciones sistémicas que puedan conducir a violaciones generalizadas de derechos reconocidos en el mismo. En ocasiones, tales indicaciones pueden ser altamente precisas, concretando los cambios específicos que deben llevarse a cabo. Pero, además, el Tribunal Europeo ha utilizado otras técnicas para dar efectos generales a sus sentencias. La más destacada ha sido sin duda la representada por el empleo de las denominadas “sentencias piloto”.

Estas sentencias pretenden enfrentarse con un fenómeno en gran parte derivado de la admisión del recurso directo ante el Tribunal: la presentación ante éste de cientos y aún millares de demandas idénticas en cuanto a sus motivos, planteando en forma repetitiva el mismo problema en un país determinado. Ejemplos podrían ser los casos relativos a las condiciones pésimas de las prisiones en algunos países; el impago masivo de pensiones reconocidas por la ley y confirmadas por los Tribunales; o la expropiación de hecho de la propiedad de un número considerable de personas, a las que se impediría obtener las rentas derivadas de la propiedad urbana, mediante la imposición de alquileres que no cubren siquiera el coste del mantenimiento.

24 Ver sobre esta cuestión, Raúl CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

25 Una amplia exposición sobre las consecuencias del control de convencionalidad puede encontrarse en Sergio GARCIA RAMIREZ, “El control judicial interno de convencionalidad” en A. SAIZ ARNAIZ y E. FERRER MAC GREGOR, *Control de convencionalidad, interpretación y dialogo judicial. Una visión desde America Latina y Europa*, México, Porrúa, 2012, pps. 269/306.

El procedimiento de las sentencias piloto, empleado por el Tribunal en estos supuestos, consiste en la selección de un caso concreto, y, al resolverlo, en señalar el problema de índole sistémica existente en el país, apuntando las líneas generales para resolverlo, y concediendo un plazo al Estado para que lleve a cabo las necesarias reformas. Mientras tanto, el Tribunal paraliza la continuación de los procesos repetitivos del mismo tipo, sin que recaiga sentencia sobre ellos. Cuando el Tribunal estima que el Estado ha cumplido con las reformas señaladas, y ha ofrecido una solución para remediar las violaciones del derecho de que se trate, el Tribunal procede a considerar que los recurrentes disponen de una vía para la resolución de su queja por parte del Estado en cuestión, y por ello procede a declarar las demandas inadmisibles, para que sean resueltas por las autoridades domésticas, de acuerdo con la nueva regulación interna. En otro caso, y transcurridos los plazos concedidos, el Tribunal procede a la resolución, en ocasiones de forma sumaria, de los casos repetitivos, apreciando la vulneración del Convenio por el Estado.

4. La evolución del carácter jurisdiccional del sistema.

Como se ha indicado, la creación de un órgano jurisdiccional de garantía de los derechos reconocido en los respectivos convenios, a iniciativa de los individuos afectados, representa uno de los elementos esenciales de ambos sistemas. Ahora bien, la evolución de las condiciones de actuación de este órgano jurisdiccional, si bien presenta características similares en ambos, no deja de presentar también algunas diferencias en cuanto al grado de judicialización del sistema.

El sistema europeo muestra una clara evolución en su aspecto de garantía jurisdiccional. En un principio, el sistema presentaba dos niveles de control: uno no jurisdiccional representado por la Comisión Europea, y otro jurisdiccional, representado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tras la creación de la Comisión Europea en 1956, en 1959 se constituye el Tribunal Europeo, que dicta su primera sentencia en 1961.

El acceso de los individuos a este Tribunal se veía restringido por la necesidad de canalizar sus demandas a través de la Comisión: era ésta la que, actuando como filtro, trasladaba eventualmente el caso al Tribunal. Por otra parte, la Comisión podía trasladar las demandas a un órgano político, el Comité de Ministros, sin naturaleza jurisdiccional.

Este sistema, que excluía el acceso directo de los afectados al Tribunal, fue cobrando progresivamente una naturaleza exclusivamente jurisdiccional. El Pro-

toloco 9 al Convenio, que entró en vigor el año 1994, permitía que, una vez trasladada la demanda de la Comisión al Tribunal, las personas afectadas pudieran personarse en el procedimiento ante éste. Pero sobre todo la reforma efectuada en el año 1998, mediante el Protocolo 11 al Convenio, supuso la definitiva judicialización del sistema:

- Se hizo obligatoria para todos los países firmantes del Convenio la aceptación de la jurisdicción del Tribunal:
- Se suprimió la Comisión Europea de Derechos Humanos.
- Se suprimieron las competencias decisoras del Comité de Ministros.
- Se estableció la posibilidad de que las demandas de las personas accedieran directamente al Tribunal Europeo, una vez agotadas las vías internas:
- Se convirtió al Tribunal en un Tribunal permanente, con jueces dedicados exclusivamente a su función, elegidos por periodos primero de seis y posteriormente, a partir de 2010, de nueve años.

La consecuencia de este proceso ha sido la consolidación de un sistema con un solo nivel de control, y completamente jurisdiccional. El Comité de Ministros conserva una función de supervisión de la ejecución de las sentencias del Tribunal, como se verá más adelante.

El sistema interamericano ha experimentado una evolución en parte similar, si bien con características particulares. Si en la práctica podríamos situar sus orígenes lejanos en la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los pasos hacia una mayor caracterización jurisdiccional del sistema podrían enumerarse como sigue:

- El establecimiento, por la Convención de San José de 1969, de una Corte Interamericana de Derechos Humanos:
- La creación efectiva de esta Corte en 1986:
- La emisión de su primera sentencia sobre el fondo en 1988:
- La introducción en su tercer reglamento del año 1996 de la posibilidad de que los particulares afectados pudieran participar en el procedimiento ante la Corte en los casos remitidos por la Comisión. Posibilidad ampliada el año 2000.

Este último aspecto reviste extraordinaria importancia, y resulta similar a la posibilidad introducida en su momento en el sistema europeo por el Protocolo 9 al Convenio. El sistema interamericano no permite el acceso directo a la Corte de las personas recurrentes, ya que sus demandas deben dirigirse a la Comisión, que actúa como un filtro. En su versión inicial, el sistema interamericano

limitaba el *ius standi* (derecho a iniciar un procedimiento ante la Corte) así como el *locus standi* (derecho a participar en ese procedimiento) a la Comisión y a los Estados. Los recurrentes se hallaban personados únicamente mediante su condición de adjuntos a la representación de la Comisión ante la Corte. Pero paulatinamente esa situación evolucionó: a partir del tercer reglamento de la Corte, de 1996, se concedió a los recurrentes la facultad de presentar, una vez trasladado el caso a la Corte, argumentos y pruebas ante la misma, si bien sólo en la etapa de reparaciones. Pero sobre todo, a partir de la reforma del Reglamento del año 2000 (artículo 23) se posibilitó una participación directa de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, en todas las etapas del procedimiento ante la Corte.

Hasta el momento, pues, ambos sistemas parecen haber seguido una evolución parcialmente similar, en el sentido de crear una instancia jurisdiccional y de facilitar el acceso a ella de los recurrentes. Cabría preguntarse, como se hizo en las líneas iniciales de esta exposición, si, en una primera aproximación, y habida cuenta de que el sistema interamericano se inició con posterioridad al europeo, pudiera decirse que el sistema de San José se encuentra en una fase semejante a la creada por el protocolo 9 y ya superada por el sistema europeo mediante su protocolo 11. Desde esta perspectiva, la evolución del sistema europeo mostraría al americano la línea de evolución a seguir: es decir, la completa judicialización del sistema, y la creación de un solo órgano o instancia, la Corte, con acceso directo de los justiciables y constituida por jueces a tiempo completo.

Desde luego, tal apreciación no deja de ser atractiva, al menos aparentemente. Pero hay razones para pensar que se trata de una visión que no tiene en cuenta las muy diversas circunstancias e historia de ambos sistemas

Valga señalar primeramente que, en el sistema interamericano, la función de la Comisión se configura en forma propia. La Comisión es anterior a la Corte, y a la misma Convención, y ha desarrollado una serie de funciones que no equivalen a las de la antigua Comisión Europea. El papel de la Comisión en lo que se refiere al monitoreo de la vigencia de los derechos humanos en los diversos países, a la respuesta a las consultas de los Estados, a la adopción de medidas provisionales, o a la consecución de arreglos amistosos le confiere una identidad y utilidad propia dentro del sistema. No aparece pues (a diferencia de lo que ocurría con la Comisión Europea de Derechos Humanos) como un órgano meramente conexo a la Corte y subordinado a él.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que el contexto en que se crea el sistema europeo, en los términos que se reflejan en el preámbulo al Convenio (“*Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es **realizar una unión más estrecha entre sus miembros**, y que uno de los medios para alcanzar esa finalidad es la protección y desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*”) fue inicialmente un contexto de integración, esto es, de superación de barreras nacionales y aun del mismo concepto de soberanía, y de búsqueda de la creación de un nuevo modelo de coexistencia entre los Estados europeos. Incluso tras la ampliación de los miembros del Convenio (actualmente 47, incluyendo países como Turquía o la Federación Rusa, lejos del proceso de integración político-económica que supone la Unión Europea) la idea de una “comunidad europea” que supere antiguos enfrentamientos sigue ejerciendo una profunda influencia intelectual y permanece en la base del sistema. Prueba de ello pudiera ser la insistencia del Tribunal en referirse a un “standard europeo” de derechos, o la deferencia mostrada a partir de su sentencia *Bosphorus* hacia el ordenamiento de la Unión Europea y la presunción (si bien *iuris tantum*) de la convencionalidad de su actuación. Muy posiblemente sea más difícil trasladar ese concepto al contexto interamericano, ni siquiera a los países firmantes de la Convención, en los que, al menos por el momento, no se ha producido una iniciativa hacia la integración con la intensidad de la Unión Europea. Ha podido incluso apuntarse por algún significado autor que los diferentes enfoques en cada sistema en cuanto a la relación entre cada una de las dos Cortes y los tribunales nacionales (por ejemplo, en lo que refiere a la extensión del “margen nacional de apreciación”) podrían derivar de las diferentes perspectivas en cada sistema referentes al nivel de integración entre los Estados miembros²⁶.

Pero, además, y como factor a considerar cara a una eventual evolución del sistema interamericano, conviene tener también en cuenta factores y condiciones de tipo logístico. La reforma introducida por el protocolo 11 en el sistema europeo, haciendo posible el acceso directo de los recurrentes al Tribunal de Estrasburgo implicó un progresivo aumento de las demandas ante él presentadas, con los consiguientes desafíos y dificultades. El sistema europeo, en su versión actual, ha conseguido superar el enorme reto que supuso tal incremento (unas sesenta mil demandas al año) derivado de la extensión del *ius standi*, y del aumento de países miembros del sistema. Ello fue posible aplicando pro-

26 Por ejemplo, ver las observaciones del antiguo presidente de la Corte de San José, A. CANÇADO TRINDADE en *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 386.

fundas reformas, algunas de ellas necesitadas de un nuevo protocolo, el número 14. Gracias a ellas, ha conseguido reducir drásticamente la bolsa de asuntos atrasados. Pero aun así los desafíos que el Tribunal ha debido afrontar para llevar a cabo su labor prestando una protección real y efectiva han sido considerables, y han exigido intensos esfuerzos, tanto desde la perspectiva procedimental como, siendo realista, desde la perspectiva de los recursos disponibles. Por ello, parece que, también en este aspecto, el “modelo europeo” ha respondido a las condiciones y posibilidades propias de su contexto, sin que por ello deba considerarse un paradigma o punto de llegada obligatorio en el desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos.

RESUMEN

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos han dado lugar a la creación de los dos sistemas regionales más relevantes para la protección internacional de los derechos humanos. Ambos sistemas han adoptado, en su desarrollo, líneas directivas muy similares en lo que se refiere al contenido sustantivo de los derechos reconocidos en sus respectivos instrumentos, en un proceso de influencias recíprocas. Pero igualmente, los dos sistemas mantienen características propias respecto del procedimiento ante los respectivos tribunales, así como respecto de la forma de asegurar la efectividad de las correspondientes sentencias. El presente artículo trata de mostrar los elementos comunes en la evolución de ambos sistemas, así como aquellos aspectos en que han adoptado perspectivas distintas.

PALABRAS CLAVES

Derechos Humanos, Convenio Europeo, Convención Interamericana.

ABSTRACT

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Interamerican Convention on Human Rights have created the two more relevant regional systems for the international protection of human rights. Both systems have adopted, along their development, very similar directing lines concerning the substantive content of the rights recognized in their respective instruments, in a process of mutual influences. But, at the same time, both systems maintain their own peculiarities with respect to the procedures before their courts, as well as with respect to the ways to ensure the effectiveness of the judgments of these courts. The present article intends to show which are the common elements in the evolution of both systems, as well as those aspects in which they have adopted diverging perspectives.

KEY WORDS

Human Rights, European Convention, Interamerican Convention.

LOS CÓDIGOS ÉTICOS O CÓDIGOS DE CONDUCTA
EN LOS PARLAMENTOS O ASAMBLEAS LEGISLATIVAS:
LA NECESIDAD DE SU IMPLEMENTACIÓN

Roberto Mayor Gómez¹

Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha

Recibido: 25-09-2017

Aceptado: 16-10-2017

SUMARIO

- 1. Introducción*
- 2. Los códigos de conducta en los Parlamentos: antecedentes*
- 3. La necesidad de códigos de conducta en los Parlamentos*
- 4. La naturaleza jurídica de los códigos éticos en los Parlamentos*
- 5. El contenido de los códigos éticos en los Parlamentos*
- 6. Conclusiones*

¹ Las opiniones reflejadas en este artículo son exclusivas de su autor y no han de coincidir necesariamente con las de las Cortes de Castilla-La Mancha.

1. Introducción

Hay que partir de la base que en el momento en el que una persona adquiere la condición de empleado o cargo público, además de las obligaciones jurídicas inherentes al mismo, y de las que se puede derivar distintos tipos de responsabilidad legal en caso de incumplimiento (responsabilidad disciplinaria, penal, civil...), asume un compromiso o responsabilidad de naturaleza moral frente a la institución que representa, la ciudadanía y la sociedad en general.

Así, un empleado o cargo público puede ajustar su comportamiento o conducta a la legalidad, sin que ello sea por tanto generador de responsabilidad jurídica, pero estar, sin embargo, incurriendo paralelamente en conductas éticamente reprochables, impropias del cargo que desempeña o que son contrarias a los principios que deben regir su actuación (integridad, honestidad, ejemplaridad, responsabilidad...), generando otro tipo de responsabilidad, la denominada responsabilidad moral. Es necesario poner de manifiesto y ser conscientes que ese tipo de conductas contrarias al comportamiento ético, a pesar de que, insistimos, no generen responsabilidad jurídica, pueden provocar un notable daño en la organización de la que se trate, y en los empleados de la misma, al provocar desconfianza o rechazo de la ciudadanía.

Surge entonces la necesidad de elaborar un documento que regule los principios y reglas de comportamiento éticos que una organización o institución considera y asume que debe resultar de aplicación a las actividades o actuaciones que desarrolla, tanto en sus relaciones internas como en sus relaciones externas. Este tipo de códigos de conducta suelen tener un contenido básico que incluye un cierto número de pautas mínimas de comportamiento que sus miembros asumen de forma voluntaria, así como unos compromisos de cumplimiento, incluyendo algunos también un procedimiento, más o menos coercitivos, para garantizar su cumplimiento². En definitiva, se puede afirmar que las obligaciones deontológicas, tal como se plasman en los códigos de conducta aprobados por las instituciones, corporaciones o colegios profesionales, pueden llegar a convertirse en obligaciones jurídicas.

2 A pesar de lo que en un primer momento pudiera pensarse, las normas deontológicas sí que contienen algún tipo de obligatoriedad, como ha sido reconocido por los órganos judiciales, y así, entre otras, en la STC 219/1989, de 21 de diciembre, se declara que: «*las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios Profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencia en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega a favor de los Colegios*» (FJ 5º).

Con carácter general, la existencia de los códigos deontológicos resulta útil en la medida que representan el conjunto de principios y reglas éticas que regulan y guían el desempeño de una actividad profesional. De esta manera, es el propio colectivo profesional quien determina las normas que van a regir su actividad lo que, sin duda, resulta ser un factor muy positivo ya que aportan transparencia, confianza y seguridad a la ciudadanía y al propio profesional, respecto cómo y bajo qué principios debe ejercer su actividad profesional o cargo público.

Además, y con carácter general, a través de los códigos deontológicos se consigue, entre otros, los siguientes objetivos:

- definir el comportamiento correcto del profesional con sus clientes y con otros profesionales o del cargo público con los ciudadanos
- delimitar responsabilidades profesionales o del cargo público
- promover el incremento de conocimientos científicos, técnicos, o de políticas públicas

2. Los códigos de conducta en los Parlamentos: antecedentes

La elaboración de códigos de conducta en el ámbito parlamentario tiene numerosos referentes, particularmente en el ámbito del derecho comparado de las democracias occidentales y de la Unión Europea, como veremos a continuación.

Así, la existencia de códigos de conducta parlamentarios es una práctica actualmente cada vez más generalizada cuyo origen se remonta a los Estados Unidos con el denominado «Code of Ethics for Government Service»³ que fue adoptado a través de una resolución del Congreso de los Estados Unidos en 1958⁴.

Un hito importante en el impulso de los códigos de conducta en los parla-

3 Para una mayor información sobre el origen de este código de conducta puede verse el artículo «House Committee on Ethics: A Brief History of Its Evolution and Jurisdiction», Jacob R. Straus Analyst on the Congress March 8, 2011, pág. 2, disponible en:

<https://ethics.house.gov/sites/ethics.house.gov/files/HouseCommitteeEthics3%202011%20Straus.pdf> [fecha de última consulta: 21 de julio de 2017].

4 H.Con.Res. 175, 85th Cong.2d Sess., July 11, 1958 (72 Stat.B12). Véase también el «Code of Ethics For Government Service», House proceeding, Congressional Record, vol. 103, part 12 (August 28, 1957), pág. 16297; y el «Code of Ethics For Government Service» Senate proceeding, Congressional Record, vol. 104, part 10 (July 11, 1958), pág. 13556.

mentos está representado por el denominado «informe Nolan»⁵. En el año 1994, el entonces Primer Ministro de Reino Unido John Major creó el Comité para la creación de estándares de la vida pública, presidido por el juez profesional Lord Nolan, en donde se concluiría, entre otros aspectos, que las Cámaras deberían redactar un código de conducta que expusiera los principios generales que deberían guiar la conducta de los Diputados y Diputadas.

La constitución del citado Comité estuvo motivada por la existencia en esa época de un particular clima convulso en la sociedad británica derivado de la publicación en diversos medios de comunicación de un aluvión de comportamientos cuestionables atribuidos a parlamentarios, altos cargos... Se trataba de casos de corrupción (sobornos a diputados para obtener tratos de favor, obtención de puestos para ex altos cargos y funcionarios en empresas en cuya privatización habían participado o con las que habían tenido relación durante su mandato, abuso de poder político, escándalos de naturaleza sexual...) que tuvieron una incidencia directa en percepción negativa de la sociedad británica en sus instituciones⁶.

Por tanto, la creación de este Comité fue la respuesta a la preocupación de la opinión pública ante los escándalos que se estaban produciendo por el deterioro en el cumplimiento de las normas de conducta, y la necesidad de restablecer la confianza del ciudadano hacia sus instituciones.

El «informe Nolan» establece la necesidad de reconocer una serie de principios de actuación (altruismo, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad, y liderazgo) que deben regir en toda la Función Pública y aplicarse en todos los ámbitos, en cuanto que todos ellos sirven de algún modo al interés público. Además, se recomienda que los principios anteriores constituyan la base de los códigos de conducta que deben aplicarse en el sector público, los cuales deben ser redactados en cada institución de forma que se adapte mejor a sus circunstancias, y así puedan formar parte de la cultura de cada organización. Finalmente, se recomienda expresamente que haya códigos de conductas para los parlamentarios.

5 La lectura de este informe, traducido al idioma castellano, puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.iapqroo.org.mx/website/biblioteca/NORMAS%20DE%20CONDUCTA%20PARA%20LA%20VIDA%20PUBLICA.pdf>

[fecha de última consulta: 8 de agosto de 2017].

6 MARTÍNEZ BARGUEÑO, Manuel (1996): «Informe NOLAN: (normas de conducta de la vida pública)», *Gestión y análisis de políticas públicas* n° 5-6, págs. 209 y ss, INAP.

Posteriormente, y especialmente en épocas recientes se ha incrementado el número de parlamentos que han elaborado códigos de conducta⁷, y, en particular, el Parlamento Europeo, en año 2011, también aprobó un Código de conducta que regula los intereses económicos y financieros de los parlamentarios⁸. En este sentido, el artículo 11 del Reglamento interno del Parlamento Europeo⁹, relativo

7 Desde un punto de vista cronológico, los códigos deontológicos parlamentarios que han sido aprobados son los siguientes: Estados Unidos (1958); República Federal de Alemania (1986); Malta y Reino Unido (1995); Reino Unido. Cámara de los Comunes (1996); Polonia (1998); Irlanda (2002); Georgia y Canadá (2004); Lituania y Letonia (2006); Bosnia-Herzegovina (2008); Francia y Parlamento Europeo (2011); Bélgica (2013).

Un enlace directo a los textos de los códigos deontológicos parlamentarios aprobados en el derecho comparado, se puede encontrar en el siguiente enlace:

<http://sesiondecontrol.com/actualidad/nacional/codigos-de-conducta-para-parlamentarios/> y en <http://miguelgonzalo.net/codigos-conducta/>

[fecha de última consulta: 21 de julio de 2017].

8 El texto del Código de conducta que regula los intereses económicos y financieros de los parlamentarios europeos se puede visualizar en el siguiente enlace:

http://www.europarl.europa.eu/pdf/meps/201305_Code_of_conduct_ES.pdf

[fecha de última consulta: 8 de agosto de 2017].

9 Este precepto declara que: «1. El Parlamento establecerá normas de transparencia relativas a los intereses económicos de sus miembros en forma de un código de conducta que será aprobado por la mayoría de los diputados que lo componen, y que se incluirá como anexo del presente Reglamento interno.

Dichas normas no podrán perturbar o limitar de otro modo el ejercicio del mandato y de las actividades políticas o de otra índole relacionadas con dicho mandato.

2. *Los diputados deben adoptar la práctica sistemática de reunirse únicamente con los representantes de intereses que estén inscritos en el registro de transparencia establecido mediante el Acuerdo entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea relativo al Registro de transparencia.*

3. *El comportamiento de los diputados se caracterizará por el respeto mutuo, se basará en los valores y principios tal como se definen en los Tratados, y en particular en la Carta de los Derechos Fundamentales, y preservará la dignidad del Parlamento. Además, no comprometerá el desarrollo normal de los trabajos parlamentarios, ni el mantenimiento de la seguridad y el orden en las dependencias del Parlamento, ni el funcionamiento de su equipamiento.*

En los debates parlamentarios, los diputados se abstendrán de adoptar un lenguaje o un comportamiento difamatorio, racista o xenófobo, así como de desplegar pancartas o carteles.

Los diputados cumplirán las normas del Parlamento sobre el tratamiento de la información confidencial.

El incumplimiento de estas prescripciones y normas podrá dar lugar a la aplicación de medidas tomadas de conformidad con los artículos 165, 166 y 167.

4. *La aplicación del presente artículo no irá, por lo demás, en detrimento de la animación de los debates parlamentarios ni de la libertad de expresión de los diputados.*

Se fundará en el pleno respeto de las prerrogativas de los diputados, tal como se definen en el Derecho primario y en el Estatuto de los Diputados.

Se basará en el principio de transparencia y garantizará que toda disposición en la materia se ponga en conocimiento de los diputados, que serán informados individualmente de sus derechos y obligaciones.

5. *Cuando una persona empleada por un diputado o una persona a la que el diputado haya facilitado el acceso a las dependencias o a los equipos del Parlamento vulnere las normas de conducta establecidas en el apartado 3, podrán aplicarse al diputado en cuestión, en su caso, las sanciones definidas en el artículo 166.*

6. *Los Cuestores fijarán el número máximo de asistentes que cada diputado podrá acreditar.*

a los intereses económicos de los diputados y normas de conducta ya establece unas normas de conductas, y prevé la elaboración de un código de conducta aplicable al Parlamento que se contiene como Anexo I.

El Código de conducta de los diputados al Parlamento Europeo en materia de intereses económicos y conflictos de intereses está constituido por nueve artículos en donde se contienen: los principios rectores y principales deberes que deben regir la actuación de los diputados al Parlamento Europeo en el marco de sus funciones; una definición del conflicto de intereses y la forma de proceder en caso de concurrir; la exigencia de la presentación de una declaración de intereses económicos antes del final del primer período parcial de sesiones siguiente a las elecciones al Parlamento Europeo (o en un plazo de 30 días después de entrar en funciones en el curso de una legislatura); la regulación de los obsequios o beneficios similares recibidos en el ejercicio de sus funciones; la creación de un Comité Consultivo sobre la Conducta de los Diputados; el procedimiento para casos de posible infracción del código de conducta; y las medidas de aplicación del código de conducta.

En el ámbito parlamentario español, refiriéndonos en primer término al Congreso de los Diputados y el Senado, indicar que no existe un código de conducta para diputados y senadores, sin perjuicio de la existencia de disposiciones aisladas que se contienen en la Constitución Española, en la Ley Electoral y en los respectivos Reglamentos de las cámaras en donde se regulan aspectos sobre incompatibilidades, obligatoriedad de confidencialidad, necesidad de asistir a las sesiones y de actuar de forma respetuosa...

En todo caso, la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno¹⁰ ha supuesto de forma indirecta la aplicación de una serie de principios éticos en el ámbito parlamentario¹¹ tales como la transparencia en la tramitación de asuntos públicos, la publi-

7. El código de conducta, los derechos y los privilegios de los antiguos diputados se establecerán mediante decisión de la Mesa. No se harán distinciones de trato entre los antiguos diputado».

¹⁰ De conformidad con su art. 2.1.f), el Congreso de los Diputados, el Senado, y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo, quedan dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la ley. Por su parte la Disposición adicional octava dispone que: «El Congreso de los Diputados, el Senado y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas regularán en sus respectivos reglamentos la aplicación concreta de las disposiciones de esta Ley».

¹¹ A título de ejemplo se puede citar el Acuerdo de la Mesa de las Cortes de Castilla-La Mancha, de 9 de enero de 2017, relativo a las normas para la aplicación en el ámbito de las Cortes de Castilla-La Mancha de la legislación sobre transparencia y derecho de acceso a la información pública sobre la actividad de

cidad activa, el ejercicio del mandato con criterios de imparcialidad, el respeto de una conducta digna, la plena dedicación de los miembros de las cámaras a los asuntos públicos...¹²

No obstante, en lo que se refiere a los principios del buen gobierno, en donde se incluiría, en su caso, la elaboración de un código ético no resulta de aplicación a las asambleas legislativas o parlamentos, sin que tampoco las leyes de transparencia de las Comunidades Autónomas¹³ que han desarrollado la normativa estatal, tengan prevista su aplicación directa a los respectivos parlamentos o asambleas autonómicas.

En el ámbito de los parlamentos o asambleas legislativas autonómicas hasta este momento únicamente Cataluña y Canarias han aprobado un específico código de conducta para sus parlamentarios¹⁴.

Así, hay que destacar que en el artículo 15 del Texto refundido del Reglamento del Parlamento de Cataluña¹⁵ se dispone que: «1. Son de aplicación a los di-

la Cámara [BOCCLM núm. 106, de 9 de enero de 2017].

12 Véase a estos efectos el artículo de SARMIENTO MÉNDEZ, Xosé Antón (2015): «La información y transparencia en los parlamentos españoles», págs. 116 y ss, Corts: Anuario de derecho parlamentario nº 28.

13 Así, en el artículo 35.3 de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha se reconoce que los principios de buen gobierno podrán ser objeto de concreción, desarrollo y complemento reglamentario por los sujetos que enumera en el artículo 4.1 de la ley, en donde no está incluida las Cortes de Castilla-La Mancha, que deberán elaborar un código ético al que ajustarán su conducta todos sus altos cargos o personal directivo o asimilado, («BOE» núm. 36, de 11 de febrero de 2017).

14 En el resto de parlamentos autonómicos no se han aprobado códigos de conductas, sin perjuicio de la existencia de normas de conducta en sus respectivos reglamentos que, en algunos casos, han sido agrupadas y publicadas en sus respectivos Portales de Transparencia, disponible en los siguientes enlaces:

- Parlamento de Cantabria

<https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/Codigo%20etico.pdf>

[fecha de última consulta: 11 de agosto de 2017].

- Cortes de Castilla-La Mancha

<https://www.cortescslm.es/index.php/portal-de-transparencia>

[fecha de última consulta: 11 de agosto de 2017].

- Parlamento de Galicia <http://www.es.parlamentodegalicia.es/sitios/web/Transparencia/>

[DocsTransparencia/3.d.IV.1.%20Codigo%20C3%A9tico%20Reglamento%20Parlamento%20Deputados%20cas.pdf](http://www.es.parlamentodegalicia.es/sitios/web/Transparencia/DocsTransparencia/3.d.IV.1.%20Codigo%20C3%A9tico%20Reglamento%20Parlamento%20Deputados%20cas.pdf)

[fecha de última consulta: 11 de agosto de 2017].

- Asamblea Regional de Murcia

<http://www.asambleamurcia.es/arm/codigo-etico>

[fecha de última consulta: 11 de agosto de 2017].

15 Publicado en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña núm. 6967, de 1 de octubre de 2015.

putados, con carácter general, los principios éticos y las reglas de conducta establecidas para los altos cargos por la legislación de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

2. Corresponde a la Comisión del Reglamento elaborar y aprobar un código de conducta. El Código de conducta debe regular, como mínimo, las situaciones de conflicto de intereses, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de incompatibilidades y de las declaraciones de actividades y de bienes, y el procedimiento y las consecuencias en caso de incumplimiento.

3. La Comisión del Estatuto de los Diputados es el órgano encargado de emitir un informe para determinar si existe conflicto de intereses y, en general, sobre la aplicación del Código de conducta. Los informes deben publicarse en el Portal de la Transparencia del Parlamento»¹⁶.

En desarrollo del mandato del artículo 15 del Reglamento del Parlamento se ha elaborado el Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña¹⁷ que trata de regular todos los ámbitos esenciales que integran el concepto de buen gobierno, y así define los principios básicos a los que los Diputados y Diputadas deben ajustar su actuación (integridad, honorabilidad, objetividad, imparcialidad, transparencia, responsabilidad, y austeridad). También se establecen las reglas básicas del comportamiento de los cargos electos para con los ciudadanos, los empleados públicos, las demás instituciones y los medios de comunicación. Finalmente, completa el régimen de incompatibilidades por razón del cargo definido por la ley de transparencia, regulando las situaciones de conflicto de intereses y declarando las consecuencias de un eventual incumplimiento.

Más recientemente, en el Parlamento de Canarias se ha aprobado el código de conducta de los miembros del Parlamento de Canarias, en virtud de resolución de la Mesa de fecha 19 de enero de 2017¹⁸. En este código de conducta se contienen principios generales de conducta (actuación desinteresada, integridad, transparencia, diligencia, honradez, responsabilidad, cumplimiento de las reglas de cortesía parlamentaria y respeto, tanto hacia los miembros de la Cámara como hacia el personal del Parlamento y la ciudadanía en general). Además, se contiene una

¹⁶ Este precepto fue introducido por la reforma parcial del Reglamento del Parlamento de Cataluña, aprobada por su Pleno en la sesión del día 8 de julio de 2015 «BOE» núm. 196, de 17 de agosto de 2015.

¹⁷ Publicado en el BOE núm. 249, de 14 de octubre de 2016 (publicado en el «Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña» número 7177, de 4 de agosto de 2016).

¹⁸ Publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Canarias núm. 22, de 19 de enero de 2017.

definición de la situación de conflicto de intereses, se regulan los gastos de viaje y dietas, los obsequios recibidos por los miembros de la Cámara, o la agenda institucional. Finalmente, se contempla un régimen sancionador para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que integran el citado código de conducta y para adoptar, si procede, las medidas necesarias en caso de incumplimiento por los miembros del Parlamento de Canarias¹⁹.

3. La necesidad de los códigos de conducta en los Parlamentos

Hay que partir de la base que, en el año 2013, el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa²⁰(GRECO) aprobó un informe²¹ con unas recomendaciones precisas para el Parlamento español, al considerar que las actuales medidas relacionadas con los principios éticos y las normas de conducta eran insuficientes.

En este sentido, se declara en el citado informe que la elaboración y aprobación de un código de conducta o ético implicaría la demostración del compromiso del Parlamento con la integridad, creando una expectativa compartida por parlamentarios y ciudadanos sobre el tipo de conducta que debe esperarse de un parlamentario. Asimismo, suscitaría debates entre los parlamentarios sobre qué tipo de conductas resultan aceptables o inaceptables y les haría más conscientes de lo que se espera de ellos.

19 Un comentario sobre los Códigos de conducta de los parlamentos de Cataluña y Canarias se puede consultar en:

GONZALO ROZAS, Miguel Ángel (2017): «Códigos éticos y códigos de conducta: buenas prácticas en gobernanza», disponible en: <http://miguelgonzalo.net/codigos-de-conducta-para-los-diputados/> [fecha de última consulta: 14 de agosto de 2017].

20 El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) supervisa el cumplimiento de sus 49 estados miembros con los instrumentos anti-corrupción del Consejo de Europa. La supervisión del GRECO incluye un «procedimiento de evaluación» que está basado en las respuestas específicas de un país al cuestionario y a las visitas in situ, y para el que hay un seguimiento de evaluación de impacto («procedimiento de cumplimiento») que examina las medidas tomadas para ejecutar las recomendaciones resultantes de las evaluaciones de países. Se aplica un proceso dinámico de evaluación mutua y presión entre iguales, combinando la experiencia de los profesionales que actúan como evaluadores y representantes del estado que participan en las asambleas plenarias. Los informes de evaluación y cumplimiento, adoptados por el GRECO, así como otras informaciones sobre el GRECO, están disponibles en: www.coe.int/greco.

21 IV Evaluación Greco informe (2013), cuarta ronda de evaluación, Prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales, informe de evaluación, España, aprobado por el Greco en su 62ª reunión plenaria (Estrasburgo, 2 a 6 de diciembre de 2013), disponible en:

<https://rm.coe.int/16806ca049>

[fecha de última consulta: 9 de agosto de 2017].

Además, se considera que aprobación de un código de conducta o ético en los parlamentos demostraría también a la ciudadanía que sus representantes tienen la voluntad de tomar medidas para instaurar, mantener y promover unos valores éticos en sus respectivas cámaras que fomenten valores como la honradez. Se añade que el valor educativo de elaborar un código y mantenerlo actualizado resulta clave para un parlamento en una etapa de crisis de credibilidad, por lo que deben ser los propios parlamentarios los que tomen la iniciativa o, por lo menos, quienes deben tomar parte activa en su elaboración.

Por todo ello, el GRECO concluye recomendando que cada Cámara legislativa: «(i) *elabore y apruebe un código de conducta con la participación de sus miembros que sea de fácil acceso para los ciudadanos (que incluya asesoramiento sobre, por ejemplo, la prevención de conflictos de intereses, regalos y otras ventajas, actividades complementarias e intereses financieros, requerimientos de publicidad); (ii) que se complemente con medidas ad hoc para su puesta en práctica, incluso a través de una fuente institucional de asesoramiento confidencial que proporcione a los parlamentarios orientación y asesoramiento sobre cuestiones éticas y posibles conflictos de intereses, así como con actividades formativas especializadas*»²².

La necesidad de implementar códigos de conducta en los parlamentos o asambleas legislativas ha sido igualmente puesta de manifiesto por diversas organizaciones²³.

22 En el informe de conformidad adoptado por el GRECO el 1 de julio de 2016 en la 72ª sesión plenaria, (Strasbourg, 27 de junio-1 de julio 2016), publicado el 10 de octubre de 2016, se concluye que por España no se ha cumplido la recomendación emitida en el año 2013 y se solicita que «en la nueva legislatura se emprenda lo antes posible una discusión institucional concluyente sobre la integridad y las cuestiones éticas relacionadas con la conducta parlamentaria, lo que en última instancia resultará en la adopción de un Código de Conducta para ambas Cámaras acompañado de mecanismos adecuados de asesoramiento y ejecución». El texto, disponible en inglés, se puede consultar a través del siguiente enlace: <https://rm.coe.int/16806ca04a>

[fecha de última consulta: 14 de agosto de 2017].

23 En el Índice de Transparencia de los Parlamentos (IPAR) del año 2016 elaborado por Transparency Internacional España, como novedad, ya se incluyó entre los apartados sometidos a evaluación de los parlamentos una relativa a la existencia de los códigos de conducta, y así, en concreto, el apartado 44 evaluaba el siguiente parámetro: «Existe y se publica un “Código Ético o de buen Gobierno” del Parlamento que todos los parlamentarios y altos cargos deben conocer y cumplir, y/o en su caso una Comisión específica de Ética (con información sobre su composición y eventuales resoluciones)».

En las conclusiones de su informe, Transparency Internacional España declara que sigue habiendo en todo caso un buen número de asignaturas pendientes para diversos parlamentos, como es la inexistencia de un código ético parlamentario.

Toda la información sobre la evaluación y resultado de los parlamentos se puede consultar en el si-

Desde un punto de vista doctrinal, son numerosos los autores que también han apostado decididamente por implantar códigos de conducta en los parlamentos o asambleas legislativas, y así JIMÉNEZ ASENSIO²⁴ han declarado que *«Conveniría que las Cortes Generales y las asambleas de las Comunidades Autónomas, así como los órganos de representación de las entidades locales, se pusieran manos a la obra, antes de que la imagen pública de estas instituciones se deteriore más aún por unas conductas “ajustadas a la legalidad” de algunos de sus parlamentarios, pero escandalosamente inmorales a ojos de la ciudadanía. No vale ya con el reproche derivado de una “ética difusa”, debemos dar pasos decididos hacia una “ética codificada” en los Parlamentos. No hay otro camino».*

Por su parte NAVARRO MÉNDEZ²⁵, que ha desarrollado una labor muy activa y relevante en este ámbito en el Parlamento de Canarias, considera que *«La aprobación de Códigos de Conducta es una práctica que debería comenzar a extenderse a lo largo y ancho de nuestra geografía parlamentaria, dado que, por un lado, objetivamente constituyen mecanismos idóneos para la mejora de los niveles de transparencia en el funcionamiento de las Asambleas legislativas y a que, por otra parte, pueden contribuir de forma eficaz a mejorar de los niveles de credibilidad de dichas Instituciones, hoy muy erosionados, propiciando un mayor nivel de rendición de cuentas».*

En igual sentido se manifiesta SOLÍS FALLAS²⁶ que declara que *«Dentro del amplio marco de medidas que se podría emprender no cabe duda de que los códigos de ética, con las limitaciones apuntadas, resultan valiosas herramientas en la lucha contra la corrupción. Se deben crear y, con ello, desarrollar programas de capacitación para que los parlamentarios, el personal legislativo y los periodistas que cubren el trabajo legislativo conozcan y con cierta frecuencia recuerden cuáles son los principios, los valores, los deberes y las prohibiciones que han de orientar el trabajo parlamentario. Insistir en la educación y en la capacitación*

guiente enlace:

<http://transparencia.org.es/indice-de-los-parlamentos-ipar-2016/>

<http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/03/resultados-ipar-2016.pdf>

[fecha de última consulta: 14 de agosto de 2017].

24 JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2015): «¿Códigos de conducta para los parlamentarios?», La mirada institucional, disponible en: <https://rafaeljimenezasensio.com>.

25 NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio (2017): «La ética como pauta de comportamiento político: los códigos de conducta parlamentarios», comunicación presentada en el XV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, pág. 21.

26 SOLÍS FALLAS, Alex (2014): «Ética en el Parlamento: transparencia y rendición de cuentas», Revista de Ciencias Jurídicas, núm. 134, mayo-agosto 2014, pág.172.

permitiría reconstruir un consenso básico sobre lo que desde el ámbito ético y moral debería orientar la conducta de los gobernantes y los gobernados».

En definitiva, los códigos de conducta en los parlamentos o asambleas legislativas se configuran como una fórmula que puede ayudar, sin duda, a mejorar la confianza de los ciudadanos hacia estas instituciones.

4. La naturaleza jurídica de los códigos éticos en los Parlamentos

En relación a la naturaleza jurídica de los códigos éticos en los parlamentos, y como ya han reconocido otros autores²⁷, no cabe duda que tienen un indudable carácter normativo que deriva de que: suele ser desarrollo del propio Reglamento de la Cámara; de su propio contenido, que suele incluir un régimen sancionador para garantizar el cumplimiento del mismo; del órgano parlamentario que lo aprueba, generalmente la Mesa de la Cámara; y la publicidad de su contenido a través de los diarios o boletines oficiales de las asambleas legislativas o parlamentos.

Sin perjuicio de que son diversos los sentidos en lo que puede hablarse de la deontología profesional, y en consecuencia de la naturaleza jurídica que se puede atribuir a los códigos deontológicos²⁸, en mi opinión la fórmula más adecuada para las asambleas legislativas o parlamentos sería la de deontología profesional como Derecho en donde, sin perjuicio de valorar la influencia de la ética en la configuración de los códigos deontológicos y de que su valor deba ser preferentemente orientativo y preventivo, se configuran éstos como normas jurídicas que regulan la conducta profesional²⁹, de manera que las obligaciones deontológicas que se contienen en los códigos de conducta se convierten en auténticas obligaciones jurídicas³⁰.

El carácter vinculante de los códigos de conducta en los parlamentos ha sido

27 NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio (2017): «La ética como pauta de comportamiento político: los códigos de conducta parlamentarios», comunicación presentada en el XV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, pág. 10.

28 Véase a estos efectos la obra de AAVV (2011): «Ética y Deontología Públicas», Editorial Universitas S.A, págs. 199 y 200, que distingue entre Deontología Profesional como ética aplicada, Deontología Profesional como moral corporativa, y Deontología profesional como derecho.

29 Esta es la posición que mantiene SÁNCHEZ STEWART, NIELSON (2008): «La profesión de Abogado», vol.1: Deontología, Valores y Colegios de Abogados, Madrid, Difusión Jurídica, pág. 43.

30 RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, JOAQUÍN (2010): «Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos», en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD), nº 20, pág. 96.

también defendido por NAVARRO MÉNDEZ³¹, con cita en otros autores.

En este sentido, en el propio preámbulo del Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña³² se aborda esta importante cuestión declarando que *«Los códigos de conducta se han visto muy a menudo como meras declaraciones programáticas, no se han percibido como verdaderas reglas obligatorias de conducta y con unas garantías efectivas de control y exigencia. Pero esta percepción debe cambiar forzosamente con la entrada en vigor de la Ley de transparencia, porque su contenido pone de relieve un cambio sustancial en el modo de valorar los códigos de conducta. Los códigos de conducta no pueden tener un valor meramente declarativo, de deseo o recomendación y deben convertirse en instrumentos de contenido vinculante, que tengan como objetivo garantizar la integridad, honorabilidad, transparencia y responsabilidad de los cargos públicos electos. Este cambio de enfoque se produce porque los códigos se convierten en instrumentos de existencia obligatoria, que tienen como finalidad desarrollar y concretar las reglas de conducta que establece la Ley de transparencia y deben determinar las consecuencias de su incumplimiento»*.

En efecto, uno de los peligros de los códigos de conducta o deontológicos es que se conviertan en meras declaraciones formales programáticas, y por tanto en meros códigos declarativos de cumplimiento voluntario que, si además no va acompañado, como última ratio, de un elemento punitivo, convierta aquellos en una declaración de intenciones³³.

5. El contenido de los códigos éticos en los Parlamentos

En la elaboración y aprobación de los códigos éticos en los parlamentos resulta fundamental que participen activamente los miembros que van a ser destinatarios de la misma, y que su tramitación sea objeto de publicidad para que sea accesible a la ciudadanía, configurando un proceso transparente que permita que pueda realizar aportaciones que sean útiles.

31 NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio (2017): «La ética como pauta de comportamiento político: los códigos de conducta parlamentarios», comunicación presentada en el XV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, pág. 14.

32 Publicado en el BOE núm. 249 de 14 de octubre de 2016.

33 En el artículo 27 del Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña se contiene un régimen sancionador en caso de incumplimiento. También en el artículo 7 de la Resolución de la Mesa del Parlamento de Canarias por la que se aprueba el Código de conducta de los miembros del Parlamento de Canarias se contiene igualmente un régimen sancionador.

El código ético o deontológico en los parlamentos como mecanismo de autorregulación tiene que contener principios de carácter universal y aquellos específicos y adecuados relacionados con la actividad parlamentaria.

En el informe Nolan, al que ya hemos hecho referencia anteriormente, se citan como principios básicos en los códigos deontológicos los siguientes: altruismo, integridad, objetividad, rendición de cuentas, apertura, honestidad, y liderazgo.

Dentro de los principios generales de carácter universal MARTÍNEZ MORÁN cita, entre otros, los principios de beneficencia, autonomía y justicia³⁴, aunque SANTAELLA³⁵ añade otros principios deontológicos universales que complementen los anteriores (principio de probidad, desinterés y decoro)³⁶.

En el ámbito específico de los parlamentos, resulta muy interesante los aspectos básicos a tener en cuenta que NAVARRO MÉNDEZ³⁷ destaca en este tipo de códigos deontológicos: producción endógena, carácter vinculante y evolutivo, complementariedad, elevación de rango normativo, pedagogía y difusión.

Desde un punto de vista del derecho positivo, en el Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña se proclaman como principios generales de actuación y ejercicio del cargo, entre otros, la integridad, honorabilidad, objetividad, imparcialidad, transparencia, responsabilidad y austeridad³⁸.

Por su parte la Resolución de la Mesa del Parlamento de Canarias por la que se aprueba el código de conducta de los miembros del Parlamento de Canarias enuncia los siguientes principios generales de conducta: actuación desinteresada-

34 Estos principios son definidos y analizados en la obra de AAVV (2011): «Ética y Deontología Públicas», editorial Universitas S.A, págs. 207 y 208.

35 SANTAELLA LÓPEZ, Manuel (1994): «Ética de las profesiones jurídicas, Universidad Complutense y Universidad Pontificia de Comillas», Madrid, págs. 19 y 20.

36 Destacar también los principios que se contienen en el artículo 5 del Código ético y de conducta del Ayuntamiento de Barcelona (BOPB de 13 de septiembre de 2017): derechos humanos, legalidad, lealtad institucional, igualdad, imparcialidad, integridad, rendición de cuentas, transparencia...

El Código ético y de conducta del Ayuntamiento de Barcelona es analizado por JIMENEZ ASENSIO en: <https://rafaeljimenezasensio.com/2017/09/06/codigo-etico-y-de-conducta-del-ayuntamiento-de-barcelona-1/> [fecha de última consulta: 28 de septiembre de 2017].

37 NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio (2017): «La ética como pauta de comportamiento político: los códigos de conducta parlamentarios», comunicación presentada en el XV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, págs. 15 y 16.

38 La definición de estos principios se contiene en los artículos 3 y ss del Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña.

da, integridad, transparencia, diligencia, honradez, responsabilidad, cumplimiento de las reglas de cortesía parlamentaria y respeto, tanto hacia los miembros de la Cámara como hacia el personal del parlamento y la ciudadanía en general³⁹.

Con carácter general, estos códigos deontológicos tienen que contemplar, entre otros aspectos, los valores que se consideran que deben orientar la organización y la actuación de los sujetos que forman parte de la misma, así como unas normas de conducta que deben regir el comportamiento de aquellos, siendo necesario, a mi modo de ver, que también prevean sistemas de reprobación de conducta.

Un elemento con gran trascendencia práctica que debería prever el código ético en el parlamento o asamblea parlamentaria para garantizar su propia efectividad es un procedimiento o cauce de orientación y asesoramiento a través del cual los diputados/as y el resto del personal al servicio de aquellas pueda canalizar las dudas o cuestiones éticas que se puedan suscitar en el desarrollo de sus funciones en relación con la institución (conflicto de intereses, regalos, actividades complementarias...)⁴⁰. Igualmente sería conveniente contemplar, con las debidas garantías de confidencialidad, canales de queja o denuncia que puedan ayudar a identificar comportamientos o conductas de riesgo de infracción del código deontológico.

Dentro del contenido propio y específico del código ético en los parlamentos es necesario establecer la regulación de aquellos aspectos que, al menos tienen que ser contemplados:

1º) Conflicto de intereses

La necesidad de regular las cuestiones relativas al conflicto de intereses de los

39 Artículo 1.2 de la Resolución de la Mesa del Parlamento de Canarias por la que se aprueba el Código de conducta de los miembros del Parlamento de Canarias

40 En relación con el conflicto de intereses en el artículo 2.4 de la Resolución de la Mesa del Parlamento de Canarias por la que se aprueba el Código de conducta de los miembros del Parlamento de Canarias se dispone que, en caso de duda sobre la existencia o el alcance de un conflicto de intereses, el diputado o diputada podrá dirigirse a la Mesa, que resolverá lo que proceda, pudiendo solicitar esta, si lo estima oportuno, dictamen motivado a la Comisión del Estatuto de los Diputados y de Peticiones.

Por su parte, el artículo 16 del Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña señala que «1. Los diputados del Parlamento, mediante la Mesa del Parlamento, pueden pedir un informe a la Comisión del Estatuto de los Diputados si creen que pueden incurrir en una situación de conflicto de intereses. 2. La Mesa del Parlamento debe pedir el parecer de la Comisión del Estatuto de los Diputados si lo considera necesario o si un diputado le ha expresado dudas sobre la posibilidad de estar incluido en una situación de conflicto de intereses».

diputados y diputadas en el ejercicio de sus funciones es un aspecto esencial en los códigos éticos en los parlamentos o asambleas legislativas. Lo que se trata de evitar a través de esta figura es que los intereses personales, profesionales...de los diputados/as puedan influir en su actividad parlamentaria.

Desde un punto de vista jurídico, para definir el conflicto de intereses puede ser útil la definición que ya se contempla en el artículo 11 de Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado⁴¹, en donde se exige que los altos cargos sirvan con objetividad los intereses generales, debiendo evitar que sus intereses personales puedan influir indebidamente en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades. Además, se entiende que se está incurrido en conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos.

En los códigos de conducta parlamentarios que han sido aprobados se contiene una regulación específica de esta cuestión, y así en el Código de conducta del Parlamento de Cataluña se contiene una definición del conflicto de intereses cuando dispone que se producirá cuando de los intereses personales⁴² del diputado/a pueda deducirse razonablemente que puede condicionar el ejercicio del cargo parlamentario en perjuicio del interés general⁴³. Un aspecto práctico muy útil es la previsión de que un diputado o diputada pueda solicitar un informe si considera que puede incurrir en una situación de conflicto de intereses.

Por otra parte, en el Código de conducta del Parlamento de Canarias se contiene también una regulación de los conflictos de intereses, entendidos como aquellas situaciones en las que un miembro de la Cámara tenga un interés personal directo o indirecto en un asunto que pueda influir de manera inadecuada en el cumplimiento de sus deberes como diputado⁴⁴ fijándose que, en tal caso, habrá de adoptar de inmediato las medidas necesarias para resolverlo y, si no pudiera hacerlo por sus propios medios, deberá notificar esta circunstancia de forma inmediata a la Mesa. Asimismo, en caso de duda sobre la existencia o el alcance de un

41 Publicada en el «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

42 El artículo 15 establece una definición de los intereses personales de los diputados y diputadas.

43 Un aspecto destacable que prevé el Código de conducta de Cataluña es que contempla que lo anterior no afecta en ningún caso la participación y la actuación de los diputados en el ejercicio de la función legislativa, salvo que se trate de iniciativas legislativas con objeto o contenido singular o particular. Tampoco afectaría al ejercicio de las demás funciones parlamentarias si el objeto o el contenido de la iniciativa legislativa tiene carácter general o se refiere a un colectivo indeterminado de destinatarios.

44 Artículo 2.2 del Código de conducta del Parlamento de Canarias.

conflicto de intereses, el diputado podrá dirigirse a la Mesa, que resolverá lo que proceda, pudiendo solicitar, si lo estima oportuno, dictamen motivado a la Comisión del Estatuto de los Diputados y de Peticiones⁴⁵.

Además se prevé con una finalidad preventiva que si el diputado o diputada que, en el marco de su profesión o en el de una actividad remunerada se ocupe directamente de una cuestión que sea objeto de debate en el Pleno o en una Comisión, lo manifieste con anterioridad al inicio de su intervención⁴⁶.

2º) Declaración de actividades y de bienes, así como de intereses económicos

Se trata de un contenido que, con carácter general, ya viene reflejado en la mayor parte de reglamentos parlamentarios⁴⁷, aunque también debiera ser desarrollado y detallado, a mi modo de ver, en los códigos éticos parlamentarios, por ser un aspecto esencial.

Además, resulta fundamental que esta información sea objeto de publicidad a través del Portal de Transparencia sin perjuicio de garantizar que el tratamiento de los datos personales de terceras personas distintas al diputado/a sea conforme a la legislación de protección de datos personales.

Desde un punto de vista práctico, un problema que se detecta es que en algunos casos no es fácil conocer con exactitud realmente cuales son las retribuciones ya que no se indica si son brutas o netas, o no está prevista la publicación de las retribuciones variables de los diputados/as (productividad, horas extras, indemnizaciones, dietas, etc.), por lo que sería necesario que se aclarase el concepto retributivo, que debiera ser la retribución íntegra o bruta por ser esta una cantidad objetiva, ya que la retribución neta está fundamentada en factores subjetivos (estado civil, números de hijos...), y que se incluyera, en todo caso, la totalidad de los conceptos desagregados.

En relación con la declaración de actividades y bienes me parece muy interesante y acertada la previsión del artículo 26.4 del Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña que contempla que los servicios del parlamento deban elaborar anualmente un informe que debe tener como objeto com-

45 Artículo 2.3 del Código de conducta del Parlamento de Canarias.

46 Artículo 16.2 del Código de conducta del Parlamento de Canarias.

47 Véase, por ejemplo, el artículo 21 del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha, aprobado en Sesión Plenaria de 16 de octubre de 1997, BOCCLM núm. 133 (16-10-1997).

probar que las declaraciones tributarias de los diputados y diputadas coincidan con la declaración de actividades y de bienes, y la declaración de intereses económicos. En mi opinión, y en los mismos términos que se manifiesta el citado precepto, sería conveniente que igualmente se emitiera un informe final que verificara que desde la toma de posesión hasta la terminación del mandato del diputado/a no se aprecia ninguna anomalía en la declaración de actividades y de bienes, y la declaración de intereses.

3º) Obsequios o regalos

A mi modo de ver, en este apartado tendría que adoptarse una posición más contundente que la que se puede apreciar hasta ahora, y directamente no admitir ningún tipo de obsequio, regalo...que se haga a título individual a un diputado/a.

Así, no podemos obviar que hay un precepto del Código Penal vigente, artículo 422, que dispone que: «La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años»⁴⁸.

Antes de la modificación del citado precepto en el año 2010 había una jurisprudencia que señalaba que los «regalos de cortesía» eran impunes, si bien ahora la nueva dicción del artículo 422 del Código Penal no parece dejar ningún margen en el tipo penal a esa posibilidad. Véase como el Código Penal no prevé los «regalos de cortesía» o de ínfima importancia económica como causa de exoneración del delito⁴⁹.

Si se analiza los códigos éticos en los parlamentos se comprueba que se sigue contemplando estos «regalos de cortesía», fijando unos límites cuantitativos diferentes y no sometidos a ningún criterio, y lo que es más preocupante contraviniendo la legislación penal.

48 Artículo 422 redactado por el apartado centésimo vigésimo segundo del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio).

49 No obstante, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en su artículo 26, incluye entre sus principios de actuación, «no aceptar para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente».

Así, por ejemplo, en el ámbito parlamentario el Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña se entiende por obsequio o regalo de valor el que supera el importe estimado de 150 euros⁵⁰. Desde mi punto de vista, llama la atención el uso de un concepto tan indeterminado como «estimado» ya que ello no deja de ser una percepción subjetiva y que además puede ser totalmente desconocido su valor para el receptor.

Por su parte, en el Código de conducta de los miembros del Parlamento de Canarias se dispone que los diputados y diputadas no aceptarán para sí ni para terceras personas obsequios que superen los límites de los usos sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo futuro de sus funciones, si bien a continuación se reconoce que pueden aceptar por razones protocolarias, obsequios que les sean entregados con arreglo a normas habituales de cortesía y cuyo valor estimado no sea superior a 99 euros⁵¹.

En definitiva, en ambos parlamentos se sigue reconociendo la posibilidad de que los diputados y diputadas puedan percibir obsequios de «cortesía» siempre que no superen una determinada cuantía, lo que a mi modo de ver supone desconocer la previsión del artículo 422 del Código penal y el espíritu de la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo⁵².

Por otro lado, para evitar actuaciones fraudulentas sería conveniente que se fijaran límites totales temporales como, por ejemplo, se ha hecho en algunos códigos éticos⁵³ en los que se fija un límite máximo del valor de los regalos que pueden ser aceptados durante el periodo de un año precedentes de la misma persona física o jurídica.

50 Artículo 22.1 del Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña.

51 Artículo 4.1 del Código de conducta de los miembros del Parlamento de Canarias.

52 Véase a estos efectos el artículo de MAYOR GÓMEZ, Roberto (2015): «Los delitos de corrupción en el ámbito de la Administración Pública: la reforma del Código penal introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y la necesaria aplicación de otras políticas públicas en la lucha contra la corrupción en la Administración Pública Española», *Gabilex* núm. 4, diciembre 2015.

53 Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid sobre régimen de regalos que reciban el Alcalde, los Miembros de la Junta de Gobierno, los Concejales con responsabilidades de gobierno, los Concejales, Presidentes de los Distritos, los titulares de los órganos directivos y los empleados públicos del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos (BO. Ayuntamiento de Madrid 10/11/2015 núm. 7535 pag. 6 -7. Disponible en el siguiente enlace:

https://sede.madrid.es/FrameWork/generacionPDF/ANM2015_72.pdf?idNormativa=575a670d951f0510VgnVCM2000000c205a0aRCRD&nombreFichero=ANM2015_72&cacheKey=8

[fecha de última consulta: 1 de octubre de 2017].

Como instrumento que garantice la efectividad del código de conducta se hace igualmente necesaria la creación de un órgano encargado de dar respuesta a los dilemas éticos, resolver los conflictos, quejas o reclamaciones que se puedan suscitar, y aplicar, en su caso, el régimen sancionador⁵⁴ que se prevea, la emisión de resoluciones o informes...

También resultaría muy útil el desarrollo de actividades formativas en esta materia que permitieran inculcar en los miembros del parlamento una cultura ética.

Finalmente, es necesario articular un sistema de seguimiento y evaluación de la aplicabilidad del código de conducta que permita su continua mejora y actualización a las circunstancias detectadas en el parlamento o asamblea.

4º) Gasto de actividades

El código ético tiene que contemplar la regulación de los gastos originados por el cumplimiento de actividades que llevan a cabo los diputados o diputadas en ejercicio del cargo (gastos de viajes, dietas...) que deberán ser autorizados por el órgano competente del parlamento, una vez acreditado el coste efectivo, a través de las facturas, o documento equivalente. Además, como ya contempla el Código de conducta de los miembros del Parlamento de Canarias⁵⁵, resulta conveniente que se proceda a publicar regularmente en el Portal de Transparencia de cada parlamento o asamblea las actividades e importes de los gastos originados por los diputados y diputadas.

5º) Agendas

Un aspecto que está más relacionado con la transparencia⁵⁶, aunque puede te-

54 El artículo 25, apartados 1 y 3, del Código de conducta del Parlamento catalán dispone que la Mesa del Parlamento debe garantizar el cumplimiento del código y adoptar, si procede, las medidas necesarias en caso de contravención, aunque igualmente se establece que la Comisión del Estatuto de los Diputados es el órgano encargado de emitir un informe para determinar si hay conflicto de intereses y, en general, sobre la aplicación del Código de Conducta (art. 25.3).

En el supuesto del Parlamento canario, está previsto que esas funciones le corresponden a la Mesa de la Cámara (quien, no obstante, a la hora de determinar la existencia de un posible conflicto de intereses, puede solicitar un dictamen motivado a la Comisión del Estatuto de los Diputados y de Peticiones (artículos 2.5 y 7).

55 Artículo 3.2 del Código de conducta de los miembros del Parlamento de Canarias.

56 M.A. GONZALO (cfr. «La publicidad de la agenda de los parlamentarios», publicado en su blog *Un largo adiós*, disponible en:

<http://miguelgonzalo.net/la-publicidad-de-la-agenda-parlamentaria/>) [fecha de última consulta: 9 de oc-

ner incidencia en la ética pública es la relativa a las agendas de los parlamentarios.

En el Código de conducta del Parlamento de Cataluña⁵⁷ se exige la publicidad de la agenda de los parlamentarios (las reuniones, los contactos y las audiencias que los diputados mantienen, en el ejercicio de sus funciones, con cualquier persona, entidad u organización que tenga la condición de grupo de interés⁵⁸ y pueda influir en la tramitación de las iniciativas parlamentarias o el ejercicio del derecho de voto) en el Portal de la Transparencia del Parlamento.

Se exige que la agenda esté actualizada y sea publicada con una periodicidad quincenal como mínimo, indicándose las personas, entidades y organizaciones concernidas, así como la fecha y el objeto de la reunión, el acto o la actividad.

En el código de conducta del Parlamento de Canarias se contiene una regulación que si bien es similar a la anterior, se establece el matiz de que será responsabilidad de cada diputado y diputada el cumplimiento de la obligatoriedad de tenerlo actualizado y publicado.

6º) Régimen sancionador

Para poder imponer una sanción a un diputado o diputada por incumplimiento del código ético, no solamente es necesario que esté normativamente establecido un tipo infractor y la sanción que le corresponde, sino que, además, es necesario seguir un cauce procedimental también previamente establecido.

Teniendo en cuenta el ámbito en que nos encontramos, parlamentos o asambleas legislativas, y que las sanciones que puedan ser impuestas a un diputado/a pueden afectar o alterar las decisiones de aquellas, es necesario ser muy exigentes en la regulación del régimen sancionador, por lo que para que pueda imponerse una sanción tiene que existir una previa regulación sustantiva en la que se ampare la misma, debiendo estar la infracción previamente tipificada como ilícita, y acompañada por la determinación de la sanción que procede imponer por su transgresión. Además, debe seguirse de forma rigurosa un procedimiento que también tiene que estar previamente establecido en el código ético.

tubre de 2017].

57 Artículo 9 del Código de conducta del Parlamento de Cataluña.

58 Un aspecto muy destacable en el Parlamento de Cataluña es la creación de un Registro de grupos de interés (BOPC núm. 349, de fecha 6 de marzo de 2017).

A la vista de la regulación que ya se contempla del régimen sancionador en los Código de conducta de los miembros del Parlamento de Canarias y Cataluña se pueden hacer una serie de consideraciones.

Así, en los términos anteriormente expresados, a mi modo de ver, resulta más adecuada la regulación que se contiene en el Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña⁵⁹ ya que tipifica específicamente las infracciones, la motivación y graduación, las sanciones que pueden imponerse...e incluso se prevé una fase de información reservada que puede resultar muy útil. Se trata, en definitiva, de una más que correcta regulación del régimen sancionador en la que no se aprecian lagunas y que podría servir de modelo para implantar en el resto de parlamentos o asambleas legislativas.

En relación con el régimen sancionador del Código de conducta de los miembros del Parlamento de Canarias⁶⁰, más escueto en su regulación, adolece de algún aspecto que puede plantear dudas de que sea conforme a derecho y así no contempla una tipificación de las infracciones que pueden cometerse sino que, de forma genérica, indica que «Las infracciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones previstas en el presente código de conducta podrán dar lugar a la imposición por parte de la Mesa...», por lo que no parece que el principio de tipicidad sea íntegramente respetado en los términos exigidos por los órganos judiciales.

Hay que tener en cuenta que el principio de tipicidad⁶¹ consiste en la descrip-

59 Artículos 25 y ss del Código de conducta de los miembros del Parlamento de Cataluña.

60 Artículo 7 del Código de conducta de los miembros del Parlamento de Canarias.

61 Según establece el Tribunal Supremo se exige a la Administración un rigor en la calificación de los hechos y de subsunción en el tipo (STS de 9 de noviembre de 1982). En la tarea tipificadora han de evitarse también cláusulas generales, estándar o indeterminadas, que permitan al órgano sancionador actuar con excesivo arbitrio y sin el prudente razonamiento (STC 219/1989).

El Tribunal Constitucional ha declarado que «el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE), en relación con el principio de seguridad jurídica también garantizado constitucionalmente (artículo 9.3 CE), exige que cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora sea la propia resolución administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su motivación ... identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción. Sólo así puede conocer el ciudadano en virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona» (STC 161/2003, de 15 de septiembre). El principio de tipicidad exige entonces “no sólo que el tipo infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones, estén suficientemente predeterminados, sino que impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación” (véase SSTC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 297/2005, de 5 de noviembre, FJ 8) en el bien entendido, a los efectos de constatar la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora, que tal transmisión podría no ser expresa, sino “implícita” [Véase (SSTC 161/2003, de 15 de septiembre,

ción expresa, detallada y clara de la conducta infractora y la indicación de la sanción específica para dicha infracción, y esta descripción de la conducta sancionable y la mención de la sanción respectiva deben regularse en el código de conducta.

En definitiva, si finalmente se contempla un régimen sancionador en el código ético de los parlamentos o asambleas legislativas resulta necesario prestar especial atención a la regulación que se establezca para evitar que la eventual sanción que pueda ser impuesta a un diputado o diputada pueda ser finalmente anulada por el Tribunal Constitucional por cuestiones procedimentales inherentes a la propia regulación del régimen sancionador contemplado.

6. Conclusiones

De todo lo expuesto, habría que concluir que los parlamentos o asambleas legislativas no solamente no pueden ser «islotes» ajenos a la implantación de los códigos éticos, en cuyo proceso ya estamos inmersos en distintos ámbitos (empresas privadas, Administraciones Públicas...), sino que deberían liderar este proceso con firmeza y determinación. En el ámbito parlamentario español este proceso de incorporación de códigos éticos ya ha comenzado en el Parlamento de Cataluña y el Parlamento de Canarias siendo deseable que el resto de parlamentos sean conscientes de su necesidad y continúen la senda iniciada.

En un momento convulso de nuestra democracia, se debe fortalecer la convicción y confianza de los ciudadanos hacia nuestras instituciones, siendo los parlamentos o asambleas legislativas una pieza esencial de cualquier Estado democrático. Por ello, la sociedad tiene que tener la certeza de que sus legítimos representantes se guían en sus actuaciones por unas reglas o principios morales, por lo que los códigos éticos se configuran como un pilar fundamental para hacer pública e inquebrantable la confianza entre los ciudadanos y sus representantes. Incluso, considero que las asambleas legislativas o parlamentos no solamente deben limitarse a implantar códigos éticos, sino que deben ser un faro o catalizador de los mismos y de los principios inspiradores para otras instituciones.

En un momento como el presente, los cargos electos deben ser conscientes que su forma de actuar en el ejercicio de su actividad parlamentaria tiene que ser

FJ 3; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 297/2005, de 5 de noviembre, FJ 3; 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 3; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 8)] o “razonablemente deducible”, siempre que lo sea de una forma “sencilla” e “incontrovertida” [STC 218/2005, FJ 3].

un espejo de plenitud y conciencia ética, en la medida que será observada por la sociedad, y que cualquier actuación contraria a la misma acaba debilitando la democracia y el Estado de Derecho.

Los códigos éticos que se aprueben en los parlamentos o asambleas legislativas deben ser el resultado de un proceso de convicción real de los propios cargos electos de su necesidad, ya que en caso contrario se corre el riesgo de que se conviertan en meras fórmulas o declaraciones programáticas, por lo que es necesario una participación activa en su elaboración, control y mejora continua por parte de aquellos.

En todo caso, si bien la implantación de códigos éticos en los parlamentos o asambleas legislativas es un aspecto importante, también hay que decir que ello no deja de ser una pieza dentro la infraestructura global de la ética que debe construirse en estas instituciones a través de lo que se ha denominado «Marco de Integridad Institucional»⁶². Así, el objetivo tiene que ser más ambicioso y tratar de conseguir, como indica VILLORIA MENDIETA, «un proceso de mejora continua que pretende, paso a paso, cambiar la cultura organizacional y, por tanto, impregnar el funcionamiento ordinario de la institución de prácticas y comportamientos éticos»⁶³.

Es decir, en el desarrollo de un régimen de ética y conducta en las asambleas legislativas o parlamentos la elaboración de un código ético o de conducta es esencial, pero se necesita de algo más que la publicación de un conjunto de principios, reglas...siendo un objetivo esencial generar una cultura en torno a sus disposiciones⁶⁴.

62 VILLORIA MENDIETA, M (2012): «El Marco Institucional de Integridad en España: Situación Actual y Recomendaciones», editorial Tirant Lo Blanch.

63 VILLORIA MENDIETA, M e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A (2016): «Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público», Observatorio Iberoamericano de la Democracia, Buenos Aires / Caracas, 227 pp.

64 En este sentido, véase las recomendaciones contenidas en G. POWER, Manual de ética y conducta parlamentarias. Guía para parlamentarios, Grupo de Trabajo Mundial sobre Ética Parlamentaria (GOPAC)-Fundación Westminster para la Democracia (disponible en: http://gopacnetwork.org/Docs/PEC_Guide_ES.pdf). [fecha de última consulta: 8 de octubre de 2017].

Bibliografía

AAVV (2011): «Ética y Deontología Públicas», editorial Universitas S.A.

AAVV (2013): «Manual práctico del instructor de procedimientos sancionadores administrativos y disciplinarios», editorial Lex Nova, Thomson Reuters.

GONZALO ROZAS, Miguel Ángel (2017): «Códigos éticos y códigos de conducta: buenas prácticas en gobernanza», disponible en: <http://miguelgonzalo.net/codigos-de-conducta-para-los-diputados/>.

GONZALO ROZAS, Miguel Ángel (2014): «Conducta parlamentaria», en Sesión de control.com, mayo 2014.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2015): «¿Códigos de conducta para los parlamentarios?», La mirada institucional, disponible en: <https://rafaeljimenezasensio.com>.

MARTÍNEZ BARGUEÑO, Manuel (1996): «Informe NOLAN: (normas de conducta de la vida pública)», Gestión y análisis de políticas públicas nº 5-6, págs. 209-214, INAP.

MAYOR GÓMEZ, Roberto (2015): «Los delitos de corrupción en el ámbito de la Administración Pública: la reforma del Código penal introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y la necesaria aplicación de otras políticas públicas en la lucha contra la corrupción en la Administración Pública Española», Gabillex núm. 4, diciembre 2015.

NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio (2017): «La ética como pauta de comportamiento político: los códigos de conducta parlamentarios», comunicación presentada en el XV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España.

NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio y NAVARRO MARCHANTE, Vicente Jesús (2016): «La participación ciudadana en los procedimientos parlamentarios de las comunidades autónomas: una vía eficaz para combatir la fatiga del Parlamento», en Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 35.

NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio (2015): «Parlamentos abiertos y transparentes. La apuesta por las TIC en la vida parlamentaria», en J. Tudela Aranda (ed.), Los Parlamentos autonómicos en tiempos de crisis, Fundación Manuel Giménez Abad, Colección actas, núm. 9.

POWER, Greg (2009): «Manual de ética y conducta parlamentarias. Guía para parlamentarios», Londres: Organización Mundial de Parlamentarios contra la Corrupción (GOPAC), Grupo de Trabajo Mundial sobre Ética Parlamentaria y Fundación Westminster para la Democracia.

RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín (2010): «Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos», en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD), N° 20, pág. 96.

SÁNCHEZ STEWART, Nielson (2008): «La profesión de Abogado», vol.1: Deontología, Valores y Colegios de Abogados, Madrid, Difusión Jurídica, pág. 43.

SANTAELLA LÓPEZ, Manuel (1994): «Ética de las profesiones jurídicas, Universidad Complutense y Universidad Pontificia de Comillas», Madrid.

SARMIENTO MÉNDEZ, Xosé Antón (2015): «La información y transparencia en los parlamentos españoles», págs. 105-132, Corts: Anuario de derecho parlamentario n° 28.

SOLÍS FALLAS, Alex (2014): «Ética en el Parlamento: transparencia y rendición de cuentas», pág. 172, Revista de Ciencias Jurídicas, núm. 134, mayo-agosto 2014.

VILLORIA MENDIETA, Manuel (2012): «El Marco Institucional de Integridad en España: Situación Actual y Recomendaciones», editorial Tirant Lo Blanch.

VILLORIA MENDIETA, M e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A (2016): «Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público», Observatorio Iberoamericano de la Democracia, Buenos Aires/ Caracas, 227 pp.

RESUMEN

El objetivo principal de este artículo es poner de manifiesto la necesidad de incorporar códigos éticos en los parlamentos o asambleas legislativas como fórmula para fortalecer estas instituciones.

PALABRAS CLAVE

Códigos éticos, parlamentos.

ABSTRACT

The main objective of this article is to highlight the need to incorporate ethical codes in parliaments or legislative assemblies as a formula to strengthen these institutions.

KEYS WORDS

Ethical code, parliament.

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

SUMARIO

- **Víctor Orozco Solano**, *Las sentencias básicas de la Sala Constitucional en materia de Derechos Humanos.*
- **Raúl Espinoza Gutiérrez**, *Sistemas electorales, mayoría relativa, representación proporcional y las candidaturas independientes a cargos dentro de los parlamentos mediante la vía de representación. Una propuesta para su integración.*

LAS SENTENCIAS BÁSICAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

Víctor Orozco Solano¹

Recibido: 01-06-2017

Aceptado: 10-06-2017

SUMARIO

1. *Introducción*
2. *Recuento de las sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional en materia de derechos humanos*
3. *Conclusiones*
4. *Bibliografía*

¹ Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional, Universidad de Costa Rica, Letrado de la Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia.

1. Introducción

En términos generales, el propósito de estas notas es desarrollar las sentencias emblemáticas que la Sala Constitucional de Costa Rica ha dictado en materia de derechos humanos, su valor normativo como parte integrante del Derecho de la Constitución, así como en lo que atañe a la aplicación del control de convencionalidad, que ha impulsado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Jurisprudencia, en cuya razón todos los órganos estatales tienen la obligación de interpretar y armonizar todo el ordenamiento jurídico interno con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los criterios que sobre ésta, ha impulsado la Corte IDH, todo en el marco de las competencias procesales y legales.

Se trata, ciertamente, de una selección arbitraria de estas sentencias, que se ha apoyado en un criterio cualitativo, dada la importancia que han tenido respecto a la incorporación, en el ordenamiento jurídico interno, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, su fuerza normativa y su carácter *supra* constitucional, de tal forma que debe ser aplicado, en razón del principio *pro persona*, incluso por sobre la Constitución Política, si confieren mayores garantías o un estándar superior de protección que la Norma Fundamental.

De esta forma, es preciso sostener que en el sistema de justicia constitucional costarricense los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos no solo tienen un valor *supra* constitucional, sino que, asimismo, forman parte del bloque de constitucionalidad o del Derecho de la Constitución.

Cabe señalar, al analizar la línea jurisprudencial que se pone de manifiesto en esta contribución, se trata de una expansiva y progresiva, siempre tendente a fortalecer el pleno goce y disfrute de los derechos humanos. No obstante, es preciso mencionar, en los últimos años no se ha tratado de un criterio unánime, con lo que podríamos enfrentar, a futuro, una tendencia regresiva en cuanto al reconocimiento de estos derechos.

2. Recuento de las sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional en materia de derechos humanos

Tras 26 años de funcionamiento de la Sala Constitucional, es posible resaltar las siguientes decisiones a propósito del control de convencionalidad, el carácter *supra* constitucional de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos humanos y su fuerza normativa, por estricto orden cronológico:

1) (Caso Roque Di Leoni).

La Sentencia No. 1147-90 de 21 de septiembre: en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para reconocer a un funcionario judicial sentenciado su derecho a la jubilación; en este pronunciamiento se expresó que los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos “*tienen, no sólo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma (reformado por ley N. 7128 de 18 de agosto de 1989); entre esos derechos, concretamente, los reconocidos en los artículos 25, 28 y 30 –así corregidos los que se invocan en la acción- del Convenio sobre la Seguridad Social, N. 102 de la OIT*”. Así, en esta sentencia resalta la Sala que el Derecho de los Derechos Humanos, tanto interno como internacional, prohíbe cualquier tipo o clase de discriminación en el reconocimiento y garantía de los derechos de los delincuentes, imputados o condenados, y para ello utiliza como normas aplicables no sólo el artículo 33 de la Constitución Política, sino también el Preámbulo y el artículo 2 de la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre; los artículos 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos; el Preámbulo, y los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Preámbulo y el artículo 2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y otros textos internacionales, entre ellos, el Convenio 102 de la OIT.

2) (Sentencia debido proceso).

La Sentencia No. 1739-92, de 1° de julio, en que la Sala Constitucional conoció la Consulta Judicial Preceptiva de Constitucionalidad (expediente No.1587-90) planteada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con base en un recurso de revisión interpuesto por Mario Enrique Arias Arguedas contra la sentencia del Juez Tercero Penal de San José de las 8:00 horas del 8 de mayo de 1964, que le impuso la pena de un año de prisión, con condena de ejecución condicional, por el delito de estafa en perjuicio de “Compañía Distribuidora G. Renero”. En esta sentencia (redactada por el Magistrado Piza Escalante) la Sala Constitucional desarrolló todos los elementos del derecho al proceso debido, cuyo contenido esencial no sólo ha sido protegido por los artículos 39 y 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino también en diversos Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3) (La sentencia hombre-mujer).

La Sentencia No. 3435-92 y su aclaración: No. 5759-93: en estos pronunciamientos, la Sala reconoció el derecho del extranjero casado con mujer costarricense a naturalizarse, tras haber interpretado el artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, de acuerdo con los artículos 2.1, 3 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 1.1, 2, 17, 24, 51, 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 23.1.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta decisión tiene como antecedente la opinión consultiva emitida por la Corte IDH con respecto a la propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica en materia de naturalización. En efecto, en ese pronunciamiento, No. OC-4/84 de 19 de enero de 1984, la Corte IDH dijo: *“que sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el artículo 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges.”*

4) (El caso de la colegiatura obligatoria de los periodistas).

La Sentencia No. 2313-95, de 9 de mayo, en que se resolvió la acción de inconstitucionalidad planteada por Róger Ajún Blanco, contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por considerarlo contrario a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este pronunciamiento la Sala Constitucional declaró inconstitucional la norma impugnada, teniendo en consideración lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la colegiatura obligatoria de los periodistas en la Opinión Consultiva No. OC-5-85 de 13 de noviembre de 1985 en el sentido que: *“que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*. Ahora bien, con respecto a la obligación del país de acatar lo resuelto por la Corte IDH con motivo de su función consultiva, no solo la contenciosa, la propia Sala Constitucional, en esta sentencia dispuso: *“VII.- No puede ocultarse que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasiones parece distinguir entre los efectos de una opinión consultiva y una sentencia propiamente tal, no tanto por lo que puede obedecer a un punto de vista estrictamente formal, sino más bien pensando en que la vía consultiva se puede convertir en un sustituto encubierto e indebido del caso contencioso, soslayándose así la oportunidad para las víctimas de intervenir en el proceso. En otras palabras,*

pareciera que la Corte no ha querido otorgar a sus Opiniones la misma fuerza de una Sentencia (producto de un caso contencioso) en resguardo de los derechos de posibles afectados, que en la vía consultiva no podrían obtener ventajas indemnizatorias de la decisión. Pero, y sin necesidad de llegar a conclusiones generales, más allá de lo que esta Sala tiene ahora para resolver, debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan (artículo 7.1.). En los propios antecedentes de este asunto, está claro que fue nuestro país (el Estado denominado Costa Rica) el que puso en marcha el mecanismo de la consulta, cuando acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en procura de una opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas. Esa circunstancia torna inescapable concluir en que la decisión recaída, contenida en la Opinión Consultiva OC-5-85, obligó a Costa Rica, de manera que no podía mantenerse una colegiatura -obligatoria- para toda persona dedicada a buscar y divulgar información de cualquier índole. En otras palabras, la tesis de “la fuerza moral de la opinión consultiva”, si cabe llamarla así, puede ser sostenida válidamente respecto de otros países -Estados- que ni siquiera se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta. Pero aplicada al propio Estado consultante, la tesis suena un tanto ayuna de consistencia y seriedad, porque vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte, si la sentencia que se dicta -Opinión Consultiva- la puede archivar aquél lisa y llanamente. Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley N° 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no solo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación. Ciertamente, no ha

sucedido así y desde hace ya casi diez años, como se dijo, el Estado costarricense ha mal disimulado su deber a acatar lo dispuesto por la Corte, la que precisamente se pronunció ante la propia petición de este país.”

5) (Caso del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

La Sentencia No. 2000-09685 de 1 de noviembre, en que se conoció la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley de aprobación del “*Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”; en esta decisión, la Sala Constitucional se refirió sobre la eficacia de que se dota en el sistema de justicia constitucional costarricense a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que formalmente no han sido suscritos o aprobados conforme al trámite constitucional, del siguiente modo: “*En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país”.* Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), por su carácter y naturaleza, no ha necesitado de los trámites constitucionales de aprobación, para entenderse como vigente y con la fuerza normativa que le otorga la materia que regula. Otro tanto cabe decir de las “Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos”, de la Organización de las Naciones Unidas, que aunque sean producto de reuniones de expertos o el trabajo de algún departamento de esa organización, por pertenecer nuestro país a ella, y por referirse a derechos fundamentales, tienen tanto el valor de cualquier normativa internacional que formalmente se hubiera incorporado al derecho interno costarricense. En este sentido puede citarse la sentencia N° 2000-07484, del veinticinco de agosto último, en que por virtud de un hábeas corpus formulado por un recluso, esta Sala condenó al Estado por violar esas Reglas Mínimas, particularmente por el hacinamiento y falta de higiene constatadas en un centro penitenciario. En esa misma fecha, también se estimó un recurso de hábeas corpus planteado en favor de unos ciudadanos panameños que habían ingresado al país con visa de turismo y que, según las autoridades de Migración, solamente permitía “fines de recreación” y que fueron sorprendidos ejerciendo una protesta pacífica ante las instalaciones de la Corte ínter americana de Derechos Humanos, donde pendía su caso, originado en alegadas violaciones a sus derechos por parte del Gobierno de la República de Panamá. Se les detu-

vo y se les iba a deportar, de modo que la Sala anuló las resoluciones que en tal sentido se habían dictado, porque, como se nota, sería absurdo que al ser Costa Rica sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se impida a quienes tengan pendientes casos ante ella, entre ellos extranjeros, expresarse en forma pacífica y pública a favor de los derechos que considere les asisten”.

6) (Sobre la tutela del derecho al medio ambiente).

La Sentencia No. 2002-10693 de 7 de noviembre, en que se reitera el criterio sostenido por la Sala Constitucional en las anteriores oportunidades, para admitir el derecho de toda persona de participar en la formación de las decisiones públicas referentes a la protección del ambiente, en los términos en que está consagrado en los numerales: 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 16 de la “*Carta Mundial de la Naturaleza*”, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N°37/7 de 28 de octubre de 1982; 8.2 de la “*Declaración sobre el derecho al desarrollo*”, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N°41/128, de 4 de diciembre de 1996.

7) (Sobre la reelección presidencial).

La sentencia No. 2003-2771 de 4 de abril, que corresponde a la acción de inconstitucionalidad planteada contra la reforma constitucional del inciso 1) del artículo 132 de la Constitución Política (la sentencia de la reelección presidencial). En esta sentencia se dice, en términos generales, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye un límite implícito al poder de reforma de la Constitución, de tal forma que para suprimir un derecho fundamental previsto en el DDHH no se puede acudir a la vía prevista en el artículo 195 constitucional. En esta sentencia se dijo: “*Estimamos que la acción resulta procedente por haberse efectuado mediante una reforma parcial, por un lado la restricción y por el otro, la eliminación de un derecho fundamental. El derecho de reelección había sido consagrado por el Constituyente y es una garantía constitucional de los derechos políticos de los costarricenses en el ejercicio del derecho de elección, consagrado además, en el artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Lo anterior implica la anulación de la reforma practicada al artículo 132 inciso 1) de la Constitución Política mediante Ley No. 4349 del 11 de julio de 1969, por lo que retoma vigencia la norma según disponía antes de dicha reforma*”.

8) (Sobre la inconveniencia por omisión).

La sentencia No. 2010-11352 de 29 de junio, en que se resuelve la acción de inconstitucionalidad promovida por Maureen Patricia Ballesteros Vargas, contra el artículo 262 del Código Electoral. En este pronunciamiento, que constituye un típico ejemplo de inconveniencia por omisión, la Sala concedió un plazo de treinta y seis meses a la Asamblea Legislativa para que dicte reforma parcial a la Constitución Política, así como la reforma a su Reglamento, para incorporar el deber de probidad como una causal de cancelación de credencial de los Diputados, y otras sanciones. Lo anterior, teniendo en consideración lo dispuesto en los artículos 65 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y el número VII de la Convención Interamericana contra la corrupción. En esta sentencia la Sala Constitucional señaló: *“no le cabe duda que tiene competencia de dar un plazo al órgano o ente correspondiente para que se cumpla con la obligación internacional, inclusive cuando se trata de una reforma o modificación constitucional. El principio de derecho internacional *effet utile* exige del Estado, en la interpretación y aplicación de los Tratados sobre derechos humanos, y de aquellos no autoaplicables (*non-self executing*), la de estimular a todos los órganos del aparato estatal para que se generen efectos duraderos en el orden interno de acuerdo con las obligaciones internacionales adquiridas, de modo que se deben tomar las medidas necesarias en todo su conjunto, para asegurar que los términos de un acuerdo internacional tengan efectos en armonía con el derecho interno. A esto siguen los mecanismos de cooperación entre los Estados y organizaciones internacionales, y de seguimiento sobre la compatibilidad de la legislación interna con la de los convenios internacionales”*.

9) (Sobre el aseguramiento de parejas del mismo sexo, C. C. S. S.).

La sentencia No. 2012-5590 de 2 de mayo, dictada en la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social —norma que definía como beneficiario del seguro de salud a aquella persona de sexo distinto—, en donde la mayoría de la Sala consideró que no resultaba aplicable al tema del aseguramiento para parejas del mismo sexo, lo resuelto en la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Atalá Riffo vrs. Chile. Lo anterior, al considerarse que la decisión de la Corte IDH no desarrolla ni realiza referencia alguna al tema de la conyugalidad homosexual, la seguridad social homosexual, la democratización de instituciones social y jurídicamente reconocidas a las personas heterosexuales, ni los derechos reproductivos de las personas homosexuales. En dicha resolución se desarrolló por el contrario el tema del derecho a la vida familiar como derecho hu-

mano, señalándose que no es posible decidir sobre la custodia y cuidado de los hijos con base en la orientación sexual de los progenitores. Con lo cual, según la mayoría de la Sala “*es claro que el “juicio base” de la resolución de la CIDH, en nada resulta aplicable al caso concreto*”. Lo anterior por cuanto, en aquel caso se tiene como supuesto fáctico dos menores de edad que no pueden relacionarse con su progenitor por motivos de inclinación homosexual, mientras que en el caso que ahora ocupa, lo pretendido es el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo para tener acceso al seguro social de su conviviente. De lo anterior se deduce, siguiendo la argumentación sostenida por la mayoría de la Sala Constitucional, que el supuesto fáctico del caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es aplicable al conocido y fallado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pese a que en ambos se producen sendas discriminaciones por motivos de orientación sexual. Aunado a lo anterior, sin duda destaca el voto particular del Magistrado Castillo Víquez, quien se niega a conceder carácter vinculante a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo en aquellos asuntos en que el Estado costarricense no es parte.

10) (Aplicación del caso Leopoldo López).

La sentencia No. 2013-04491 de 3 de abril, la Sala Constitucional se negó a aplicar los alcances del fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Mendoza vs. Venezuela, con el argumento que el supuesto de hecho conocido en aquel caso es distinto del fallado por la Sala, en la medida en que, como se argumentó en el voto de mayoría, la prohibición de inhabilitación de los funcionarios públicos por parte de órganos administrativos únicamente alcanza a los que son escogidos mediante elección popular. Al respecto, en el voto de mayoría se afirmó: “*En la sentencia de la Corte Interamericana en el caso López Mendoza vs. Venezuela de 1° de septiembre de 2012, ese órgano regional estimo que violentaba el parámetro de convencionalidad (artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) una sanción de inhabilitación por tres años impuesta a quien se había desempeñado por ocho años como Alcalde del Chacao –Estado de Miranda-, sea en un puesto de elección popular, para postular su nombre como candidato de la Alcaldía del Estado Mayor de Caracas y, eventualmente, ser electo en ese cargo de designación popular. Esa sanción en el ordenamiento jurídico venezolano es accesoria a la declaratoria de responsabilidad administrativa de un funcionario público. La Corte Interamericana estimó que la sanción administrativa impuesta de inhabilitación para ejercer funciones públicas, por el Contralor de la República de ese país, violentaba el derecho al sufragio pasivo, sea a ser electo popularmente de*

López Mendoza, ante su proyecto de postularse como Alcalde del Estado Mayor de Caracas. Lo anterior, queda ratificado con la transcripción literal de las consideraciones de la Corte Interamericana. Así en el Considerando 104 estimó lo siguiente: “104. La Corte debe determinar si las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo y la consiguiente imposibilidad de que registrara su candidatura para cargos de elección popular son o no compatibles con la Convención Americana” Luego añade lo siguiente: “105. Así pues, refiriéndose específicamente al caso concreto que tiene ante sí, la Corte entiende que este punto debe resolverse mediante la aplicación directa de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el párrafo 1 de dicho artículo, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo. En la consideración de la Corte Interamericana 108 se indica: “En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.” En la consideración 140, vuelve a reiterar la Corte Interamericana lo siguiente: “140. Al respecto, la Corte resalta que existe una diferencia importante entre la sanción de multa y la sanción accesoria de inhabilitación para postularse a elecciones, que, como ya se señaló, implica una limitación al sufragio pasivo (supra párr. 108)”. En los “Puntos Resolutivos” o parte dispositiva, la Corte Interamericana resuelve, expresamente, lo siguiente: “1. El Estado es responsable por la violación del derecho a ser elegido, establecido en los artículos 23.1.b y 23.2, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 109 de la presente Sentencia. Finalmente, la Corte Interamericana declara lo siguiente: “1. El Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad a la emisión de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 217 del presente Fallo. En la presente acción de inconstitucionalidad, los funcionarios públicos que acuden a este Tribunal, no son de elección popular y no aducen que se hubieren postulado para un puesto de elección popular, por lo que no está en juego el derecho a ser electo o el sufragio pasivo, con lo que la sentencia de la Corte Interamericana, evidente y manifiestamente, no resulta aplicable.”

11) (Casos de fecundación en vitro).

Las sentencias No. 2013-10712 de 8 de agosto, y No. 2014-3715 de 14 de marzo, en que la Sala Constitucional, por mayoría, se ha negado a exigir a las autoridades costarricenses la obligación de aplicar la técnica de la fecundación in vitro a las amparadas, pese a los alcances del fallo de la Corte IDH. En esta línea, en la última sentencia la Sala ha sostenido que: *“en la citada sentencia se le impone al Estado de Costa Rica **el deber de regular** el desarrollo de la FIV, precisamente, para hacer posible la aplicación de esta técnica en nuestro país, **NO QUE SE DICTE UNA SENTENCIA DE ESTA SALA NORMANDO ESTA TÉCNICA**. Esa regulación, al estar de por medio derechos fundamentales, necesariamente tiene que ser mediante ley, toda vez que así lo impone el principio de reserva de ley (artículo 28 constitucional). Así las cosas, mientras la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo no emitan y sancionen una ley que regule la materia, no es posible exigir la aplicación de la técnica de la FIV, salvo que se vulnere, ni más ni menos, el numeral 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 28 constitucional y se contradiga la misma sentencia de la Corte; amén de que un acto de esa naturaleza se constituiría en una indebida interferencia de esa Sala en el proceso de ejecución de sentencia que está fiscalizando el Tribunal internacional de derechos humanos y en el proceso de cumplimiento de sentencia que han elegido el Poder Legislativo y Ejecutivo. Si bien este Tribunal no desconoce que la puesta en práctica de la técnica denominada FIV es considerada por la Corte como un derecho, su ejecución tiene una serie de consecuencias que exige la regulación de esta materia mediante Ley formal, tal y como se indicó supra. Por tal razón, el recurso de amparo debe ser declarado sin lugar”*. Por su parte, en el voto salvado de la Magistrada Hernández López se sostiene: *“a) se priva de efectos y de su valor vinculante a la sentencia de esta Sala número 2000-2306 de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo del dos mil; b) se ordena a las todas autoridades públicas involucradas, abstenerse de cualquier acción que tenga como efecto directo o indirecto impedir o prohibir la práctica de la técnica de la fertilización in Vitro, entendida ésta en la forma y con el alcance descritos en la citada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la FIV, lo anterior sin perjuicio del obligado ejercicio de las potestades de vigilancia y regulación atribuidas a las autoridades públicas con competencias específicas sobre la materia; c) se ordena dar acceso a la amparada a los servicios especializados de la Caja Costarricense de Seguro Social, para ser valorada sobre si ella y su pareja presentan un problema de infertilidad que les permita clínicamente calificar para el acceso a la técnica de Fertilización In Vitro. De resultar positiva la valoración, darle acceso a ese tratamiento bajo las regulaciones de su médico tratante”*. Lo anterior

al considerarse que el principio de reserva legal debe aplicarse a las limitaciones a los derechos fundamentales, no a su aplicación directa de la Constitución, ya que estos son “*self executing*”, es decir no necesitan de leyes que los implementen para su garantía. De otro lado, en el voto particular del Magistrado Jinesta Lobo a la decisión No. 2013-10712, se expuso: “*No obstante, conforme se transcribió supra, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la prohibición de esa técnica, producto de lo resuelto por la Sala Constitucional, implicó una “arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia”, así como una discriminación indirecta por razón de discapacidad, género y económica en perjuicio de los demandantes. De ahí entonces que, en aplicación en este caso concreto del criterio vertido por la CIDH, para los suscritos Magistrados, lo procedente es acoger el presente proceso de amparo y, en consecuencia, ordenarle a Ileana Balmaceda Arias, en su condición de Presidente Ejecutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, o a quien ocupe su cargo, adoptar las medidas que correspondan para que inmediatamente después de dictada la regulación que debe efectuar el Estado costarricense sobre la técnica de Fertilización in Vitro, se le aplique ese tratamiento a la recurrente Yesenia Caldera Umaña, siempre que sus condiciones médicas así lo permitan y que no exista una contraindicación por parte de un médico institucional*”. Cabe mencionar que el Poder Ejecutivo emitió un decreto en que se regulaba la técnica de la Fecundación in vitro, que fue impugnado ante la Sala Constitucional. La Sala Constitucional, con una votación dividida, por mayoría declaró la inconstitucionalidad de ese Decreto, pero, luego, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de 26 de febrero de 2016, dispuso, entre otras cosas, que “*debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público*” y, además, “*disponer que, en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo tercero de la sentencia y conforme a lo indicado en el Considerando 36 de esta resolución, se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia*”. Con lo cual, a partir de ese momento, ha sido aplicada la técnica *supra* aludida.

12) (Caso Colegio de Abogados).

La sentencia No. 2014-12703 de 1º de agosto, en la cual la Sala Constitucional afirma el carácter vinculante de la Jurisprudencia de la Corte IDH, con sustento en la siguiente argumentación: “**III.- CARÁCTER VINCULANTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.** El control de convencionalidad di-

señado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (básicamente, a través de las sentencias en los casos Almonacid Arellano y otros c/. Chile de 26 de septiembre de 2006, Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú de 24 de noviembre de 2006, Cabrera García y Montiel Flores c/. México de 26 de noviembre de 2010 y Gelman c/. Uruguay de 24 de febrero de 2011) es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas” Dicho criterio, que no es compartido por todos los Magistrados titulares que actualmente integran la Sala Constitucional, ha servido de base para afirmar el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre todo en aquellos casos en que la República de Costa Rica no es parte. Así, en el caso concreto, la Sala Constitucional se valió de los alcances de la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, en cuanto a la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual, y se obligó al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica a extender a la pareja del recurrente el carné para el ingreso y uso de las instalaciones de esa corporación profesional y, en caso de presentar las gestiones concretas, tramitar lo correspondiente para que pueda incluirlo como beneficiario de la póliza de vida y asegurado en las pólizas de los seguros voluntarios. Cabe mencionar que con esta decisión la Sala Constitucional modificó el criterio vertido en la sentencia No. 2012-5590 de 2 de mayo de 2012, dictada en la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro, supra comentada.

13) (Caso Colegio de Médicos). La sentencia No. 2015-0450.

Se trata de un caso similar al anterior. El recurrente demandó la tutela de sus derechos de petición y pronta resolución, igualdad y no discriminación por razón de su orientación sexual, pues, en su criterio, el Colegio Profesional recurrido, se niega a otorgar un carné para uso de sus instalaciones a su compañero. En esa oportunidad se dispuso: *“Se declara con lugar el recurso. Se anula el acuerdo del Acta de la Junta de Gobierno de ese Colegio, No. 2014-10-01 de 1º de octubre de 2014. Se ordena a Alexis Castillo Gutiérrez, en su condición de Presidente de la Junta de Gobierno del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, o a quien ocupe su cargo, extender un carné para el ingreso y uso de las instalaciones de esa corporación profesional a la pareja del recurrente”*.

14) (Caso del Ministro de la Presidencia).

La sentencia No. 2014-18643 de 12 de noviembre, en la que se resuelve la Acción de inconstitucionalidad promovida por Álvaro José Orozco Carballo, para que se declare inconstitucional el Acuerdo Presidencial número 001-P del 8 de mayo de 2014, publicado en el Alcance Digital número 15 de La Gaceta número 88 de 9 de mayo de 2014, en lo que respecta al nombramiento del Ministro de la Presidencia. En esta decisión, y tras afirmar el carácter vinculante del control de convencionalidad, así como los alcances del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se afirma que *“el bloque de convencionalidad reconoce, en términos amplios y con carácter de derecho humano, el derecho de acceder a los cargos públicos y estatuye que tal acceso debe producirse en condiciones de igualdad. Es decir, descarta tanto el recurso a obstáculos discriminatorios, como la oposición de limitaciones ilegítimas, esta última noción entendida en el sentido enunciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ivcher Bronstein contra Perú (sentencia de 24 de setiembre de 1999, competencia): “(...) El artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella (...)” Es bajo este contexto del derecho convencional que cabe examinar la restricción del texto constitucional frente al acto objeto de la acción”*. **VII.- Interpretación del requisito constitucional de pertenencia al estado seglar.** *La solución del problema planteado depende, necesariamente, del alcance y contenido que se dé a la palabra “seglar”. Como se indicó supra, existe un principio fundamental de la hermenéutica ius constitucional, recogido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido que toda limitación de un derecho fundamental debe interpretarse de forma restrictiva. El ordinal 142 de la Constitución, al consagrar los requisitos a cumplir para poder fungir como Ministro en el Poder Ejecutivo, indudablemente establece una restricción del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos; por consiguiente, dichas condicionantes, atendiendo al principio favor libertatis, deben ser entendidas en el sentido que menos limite la posibilidad de las personas de acceder a ese tipo de cargos, omitiendo hacer una aplicación extensiva a supuestos que el Constituyente Originario no previó. Ya el Tribunal Supremo de Elecciones, en sus resoluciones No. 0566-E-2005 de las 09:35 hrs. de 10 de marzo de 2005 y No. 7504-M-2012 de las 13:40 hrs. de 19 de octubre de 2012, hizo ver que al discutirse los alcances del vocablo “seglar” en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, que dio pie a la promulgación de la actual Constitución, hay una tendencia a identificarlo históricamente con*

la clase sacerdotal y religiosa de la Iglesia Católica (acta n.º 65). Sin embargo, el método subjetivo o voluntarista no conduce a una solución concluyente, por lo cual, echando mano al método literal gramatical, con base en la vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española, se indica para la palabra “seglar”, como segunda acepción: “Que no tiene órdenes clericales”; y para el vocablo “clero”: “2.m. Clase sacerdotal en la Iglesia católica.”. De este modo, resulta claro que la inteligencia restringida de lo clerical atañe solamente a los religiosos de la Iglesia Católica y, en atención a las consideraciones de convencionalidad ya indicadas, relacionadas con el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, así como a la interpretación necesariamente restrictiva de las limitaciones a los derechos humanos, es la solución por la cual debe optar la Sala. En consecuencia, se declara sin lugar la acción”.

3. Conclusiones

Tales son, a grandes rasgos, las sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tendentes a reconocer el carácter *supra* constitucional de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, su valor o su fuerza normativa, así como el carácter vinculante del *corpus iuris* interamericano, como se puso de manifiesto en la sentencia No. 2014-12703 de 1º de agosto, redactada por el Magistrado Jinesta Lobo. Debo confesar que la idea de hacer un recuento de estas sentencias no es exclusiva del autor, se trata más bien de un esfuerzo compartido con varios juristas mexicanos, entre ellos, Iván Carlo Gutiérrez Zapata y Laura García, ex Secretarios de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de México, con lo cual, esperamos regresar en otra oportunidad con un trabajo más acabado, que reúna las sentencias básicas de cada Sala, Tribunal Constitucional o Cortes Supremas de cada país latinoamericano.

4. Bibliografía

En la confección de este trabajo se ha utilizado, como punto de partida, la siguiente bibliografía básica:

ARMIJO SANCHO, Gilbert (2003): “La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica”, *Ius et Praxis*, Vol. 9, No. 1, Talca, 2003.

BACHOF, Otto (1985): “Jueces y Constitución”, Cívitas, Madrid

BIDART CAMPOS, German y CARNOTA, Walter (2001): “Derecho Constitucional Comparado, Tomo I”, Ediar Ediciones, Buenos Aires.

BRYCE, J. (1998): “Constituciones flexibles y Constituciones rígidas”, Madrid, CEPC.

CARRILLO Marc, y ROMBOLI Roberto (2012): “La reforma del recurso de amparo”, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

CASTILLO VÍQUEZ, Fernando (2011), “Temas controversiales del Derecho Constitucional”, Juriscentro, San José.

CORWIN, E. S. (1978): “La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual”, Fraterna, Buenos Aires.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2001): “Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional”, Lex Nova, S.A., Valladolid.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1992): “El sistema constitucional español”, Dykinson, Madrid.

FERRERES COMELLA, Víctor (2011): “Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad”, Marcial Pons, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. (1983): “La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional”, Cívitas, Madrid.

HARO, Ricardo (2004): “El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (1995): “Derecho Procesal Constitucional”, Juriscentro, San José.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (2013): “El diálogo de las Cortes en Costa Rica” en Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos, Coordinadores Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, Tirant lo Blanch, México D. F.

HESSE, Konrad (1992): “Escritos de Derecho Constitucional”, Madrid, CEPC.

HESSE, Konrad (2001): “Manual de Derecho Constitucional”, Marcial Pons, Madrid.

LEGUINA VILLA, Jesús (1987): “Principios Generales del Derecho y Constitución”, Revista de Administración Pública, Nº114, septiembre-diciembre, Madrid.

MOLAS, Isidre (2005): “Derecho Constitucional”, Tecnos, Madrid.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2004): “Constitución”, Iustel Publicaciones, Madrid.

OROZCO SOLANO, Víctor (2012): “La fuerza normativa de la Constitución frente a las normas preconstitucionales”, UBIJUS-CEAD, Ciudad de México.

OROZCO SOLANO, Víctor (2008): “La fuerza normativa de la Constitución” Investigaciones Jurídicas, San José.

PATIÑO CRUZ, Silvia. y OROZCO SOLANO, Víctor (2004): “La Inconstitucionalidad por Omisión”, Investigaciones Jurídicas, San José.

PÉREZ TREMP, Pablo (2003): “El Tribunal Constitucional y Juez ordinario. Una deuda pendiente del legislador”. En Autonomía y Justicia y Cataluña, VII Seminario Organizado por el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, Consejo General del Poder Judicial de España y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, GESMAX, SL, Barcelona.

PIZA ESCALANTE, Rodolfo (1993): “*Justicia Constitucional y Derecho de la Constitución*”, en Jurisdicción Constitucional”, Juricentro, San José.

PIZA ESCALANTE, Rodolfo (2004): La Justicia Constitucional en Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José.

SOLANO CARRERA, Luis Fernando (2006): “Supremacía y eficacia de la Constitución, con referencia al Sistema Costarricense”, en Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica, Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, Grupo 3SL, Barcelona.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por fin desarrollar las sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional de Costa Rica en materia de derechos humanos, tras 27 años de funcionamiento de este Tribunal Constitucional.

PALABRAS CLAVES

Sala Constitucional, Jurisprudencia, Sentencia, Derechos Humanos.

ABSTRACT

This paper aims to develop the emblematic sentences of the Constitutional Chamber of Costa Rica in the area of human rights, after 27 years of operation of this Constitutional Court.

KEY WORDS

Constitutional Chamber, Jurisprudence, Judgment, Human Rights.

**SISTEMAS ELECTORALES, MAYORÍA RELATIVA,
REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL Y LAS CANDIDATURAS
INDEPENDIENTES A CARGOS DENTRO DE LOS PARLAMENTOS
MEDIANTE LA VÍA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL,
UNA PROPUESTA PARA SU INTEGRACIÓN**

Raúl Espinoza Gutiérrez¹

Recibido: 01-09-2017

Aceptado: 11-09-2017

¹ Licenciado en derecho por la UNAM con estudios de posgrado por la misma institución, e investigador por la UCLM, España.

En la actualidad, es innegable que las candidaturas independientes han obtenido un protagonismo sin precedentes, ello derivado de la crisis de legitimidad que hoy en día enfrentan los partidos políticos; para muestra de lo anterior, basta observar las elecciones celebradas en Francia donde un candidato que comenzó sin pertenecer formalmente a algún partido llegó a la presidencia.

En un sistema político, interactúan distintos actores, y donde existen diferentes estructuras de poder, reglas, pesos, contrapesos que hacen que diferentes instituciones funcionen.

Dentro de estos actores, se encuentran las candidaturas independientes como manifestación de la participación ciudadana, y una oposición flagrante al sistema de partidos²razones por las cuales, es necesario avocarse a su estudio dentro de un sistema democrático.

El rol que desempeñan los candidatos independientes va guiado de acuerdo con el sistema constitucional y electoral correspondiente al lugar en donde se encuentren, asimismo dentro del sistema electoral se encuentra el sistema de representación proporcional, es decir el sistema de votación por representación proporcional con su reparto respectivo, mismo que es acogido por bastantes legislaciones para otorgar una mayor representatividad a los cuerpos colegiados.

Para comenzar, es necesario abordar una aproximación de la democracia, y que en ella entre otras cosas existe la participación ciudadana, el reconocimiento de los derechos político-electorales, concretamente el de ser votado.

Para tener un panorama de la democracia Como un antecedente que vale la pena citar a Pericles, en el Discurso fúnebre, en el cual refiere que:

“En cuanto al nombre, puesto que la administración se ejerce en favor de la mayoría, y no de unos pocos, a este régimen se lo ha llamado democracia; respecto a las leyes, todos gozan de iguales derechos en la defensa de sus intereses particulares; en lo relativo a los honores, cualquiera que se distinga en algún aspecto puede acceder a los cargos públicos, pues se lo

2 Nota: “El sistema de partidos se entiende como la composición estructural de la totalidad de los partidos políticos en un Estado. Los elementos pueden ser los siguientes: a) número de partidos, b) su tamaño, c) la distancia ideológica entre ellos, d) sus pautas de interacción, e) su interacción con la sociedad o grupos sociales, f) su actitud frente al sistema político”. Nohlen, Dieter, “Sistemas electorales y partidos políticos”, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp.41-42.

elige más por sus méritos que por su categoría social”.³

En las anteriores palabras, se relata, en una democracia hay ciertos parámetros, características y principios, como el de que la administración se ejerce en favor de la mayoría, además del tema de la igualdad. Aunque debemos tener claro que en esa época había esclavos, por lo que no se puede entender como una igualdad en nuestros días.

Otra de las características que desde entonces se le añade a la democracia es el de la participación, si bien es cierto la participación estaba restringida, es decir no participaban las mujeres, por ejemplo, ni los esclavos, la participación fue de lo más característico de la democracia en Grecia:

“Somos los únicos que tenemos más por inútil que por tranquila a la persona que no participa en las tareas de la comunidad. Somos nosotros mismos los que deliberamos y decidimos conforme a derecho sobre la cosa pública, pues no creemos que lo que perjudica a la acción sea el debate, sino precisamente el no dejarse instruir por la discusión antes de llevar a cabo lo que hay que hacer”.⁴

Por lo anterior, es claro que para los griegos la participación ciudadana era imprescindible para tomar las decisiones y los ciudadanos tenían que hacerlo para ser útiles a su comunidad, ya que la discusión e intercambio de ideas se muestra como algo positivo, y claro, donde nace el paradigma de la democracia directa donde los ciudadanos toman las decisiones y sobre ellos mismos recaen los efectos de esas decisiones.

En términos actuales, es claro que el ideal de democracia directa como fue su nacimiento en la sociedad ateniense es imposible dado las sociedades conglomeradas y con una densidad de población que deja el ideal democrático bastante lejos de la realidad, primeramente, porque en la sociedad griega “...hablamos de una comunidad muy pequeña; en una sociedad de 50 000 personas aproximadamente, sólo un máximo de 3 000 formaban el demos o pueblo y participaban en las asambleas”.⁵

3 Tucídides, Discurso fúnebre de Pericles versión pdf. https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184915/rev11_tucidides.pdf, p.4.

4 Ibid., p.6.

5 Fernández – Miranda Campoamor, Carmen y Fernández – Miranda Campoamor, Alonso, “Sistema Electoral, Partidos Políticos y Parlamento, Constitución y Leyes”, Madrid, 2003, p.24.

Por ello, era muy sencillo que esas 3 000 personas tomaran las decisiones de manera directa, ya que, la cantidad en número para decidir de quienes conformaban el cuerpo de decisión era reducido, sin menoscabo que cuando se menciona a esa sociedad griega era una sociedad donde existía la esclavitud y las mujeres no participaban.⁶

Una precisión que menciona Dieter Nohlen es que existen diferentes concepciones de democracia y como estos se distribuyen por lugar y tiempo, y que comúnmente se le pueden añadir diferentes calificativos a la democracia como directa, representativa, entre otros, sin embargo, menciona “... *en el mundo de las democracias consolidadas, la democracia es en general de tipo representativo*”.⁷ Sin olvidar dos elementos importantes que integran la democracia, el sufragio universal y competencia de partidos políticos⁸, lo que nos da la idea de un sistema de partidos, sin embargo, en la actualidad no sólo existe la competencia entre partidos, sino también participan las candidaturas de ciudadanos desligados de un partido político; es decir, *candidaturas independientes*.

De lo señalado, lo que es de resaltar es que dentro de la democracia existe como elemento toral el de sufragio, dentro de las dimensiones de este se encuentra el activo, y el pasivo, es decir de votar y ser votado.

Ahora bien, en un sistema democrático se manifiesta la voluntad ciudadana vía el sufragio, es decir *votos*, y estos se traducen necesariamente en curules, cargos, o lugares que ocuparan los representantes nacionales, consecuentemente, para llevar a cabo esa conversión, existen los *sistemas electorales*, que son:

“...el modo según el cual el elector manifiesta a través del voto el partido o el candidato de su preferencia y según el cual esos votos se convierten en escaños. Los sistemas electorales regulan ese proceso mediante el establecimiento de la distribución de las circunscripciones, de la forma de candidatura, de los procesos de votación y de los métodos de conversión de votos en escaños”.⁹

6 Un punto de vista importante es el que se detalla en la obra de las assembleístas de la comedia de Aristófanes, donde se visten de mujeres para poder acceder a una asamblea. Aristófanes, Asamblea de mujeres, “Comedias”.

7 Nohlen, Dieter, “La Democracia Instituciones, Conceptos y contexto”, Colombia, Colección Internacional N° 7, 2009, p. 377.

8 Idem.

9 Nohlen Dieter, “Sistemas electorales y partidos políticos”, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p.34.

Vemos que, los elementos responden al cómo se llevarán a cabo las elecciones en determinado lugar, porque, como enuncia, es la manera en que manifiesta el voto, tanto la manera de votar y ser votado, las circunscripciones, el proceso de cómo votar, y como los votos se convertirán en lugares dentro de un puesto público.

Por lo cual, son importantes los sistemas electorales “*sobre el proceso de formación de voluntad política*”¹⁰ y para la transferencia de poder, mediante por ejemplo escaños en el parlamento, y su funcionamiento va relacionado con el contexto complejo y cambiante, así, en síntesis:

“Los sistemas electorales representan estructuras complejas compuestas por una gran cantidad de elementos diferentes, los cuales se pueden combinar casi de cualquier modo.

Los sistemas electorales establecen normas para cuatro áreas: Distribución de las circunscripciones electorales, Candidaturas, Votación, La conversión de votos en escaños”.¹¹

De acuerdo con lo anterior, podemos establecer que los sistemas electorales dan la contextura a como se va a elegir, es decir, cómo será la elección que se practique una vez establecido quien es susceptible de votar y de ser votado, para así, establecer cómo será la votación, pudiendo ser, por mayoría y representación proporcional, y así su reparto respectivo, de manera uninominal, o plurinominal.

Sistema Mayoritario

Hasta ahora, hemos revisado que en un sistema democrático entre otras características existe la participación ciudadana y los sistemas electorales, ahora toca hacer referencia al tipo de fórmulas electorales que se pueden emplear de acuerdo al sistema de votación.

Dentro de las fórmulas de votación, se encuentran el sistema mayoritario y el de representación proporcional, el primero de ellos refiere a que:

10 Ibid, p.35.

11 Ibid p. 51.

“El sistema electoral mayoritario obedece a la regla de preferencia en favor del más votado, y está diseñado de modo y manera que el partido primero en orden de votación obtiene necesariamente una neta sobrerrepresentación en términos de escaños, en tanto que las minorías obtienen una representación parlamentaria notablemente menor que la obtenida en el cuerpo electoral”.¹²

En este sistema, lo que se aprecia es que quien tiene más votos va obtener necesariamente más curules o escaños en un determinado cuerpo parlamentario, lo que arroja poca representación de las minorías en comparación con su fuerza representada en las elecciones.

Una virtud de este sistema mayoritario es que “...*está pensado para procurar una alta relación entre los electores y el candidato electo favorecido, de este modo, el contacto personal y personalizado de la elección, por lo que sólo es viable en distritos pequeños*”.¹³

Lo citado, en obviedades que un candidato ganador por mayoría consecuentemente tendrá mayor representación, ya que más personas lo eligieron, sin embargo, este sistema adolece porque las minorías quedan subrepresentadas, ya que ellas poco pueden acceder a escaños si es que no ganan por mayoría alguna elección, a pesar de contar con sufragios emitidos en favor de estas opciones.

Lo anterior ya que, el sistema mayoritario se caracteriza porque:

“La población forma la única base de la representación, aplicándose rigurosamente y sin la menor atenuación de la ley de la mayoría. Sólo son elegidos los candidatos que han obtenido una mayoría numérica en cada circunscripción, por grande e importante que sea la minoría alcanzada por sus concurrentes; de tal suerte, que este sistema, aplicado lógicamente, puede conducir al absurdo resultado de que en un Parlamento no haya más representantes que los elegidos por la mitad más uno del número total de los electores, y que la mitad menos uno de los electores carezca de representación”.¹⁴

12 Martínez Sospedra, Manuel Et al. “Sistemas electorales Un estudio comparado” Tirant to Blanch, Valencia 2007, p.111.

13 Ibid, p.120.

14 Duguit, León, “Manual de Derecho Constitucional” trad. José G. Acuña, Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, Madrid, segunda edición, 1926, p. 164.

En estos términos, observamos que, si las mayorías eligen y se presentasen como única manera en la que el electorado pudiese decidir la conformación de los órganos de gobierno, luego entonces, las minorías y en especial ciertos grupos carecerían de representación, al grado de no existir, y en términos electorales sus votos no contarían para formar la representación nacional en un órgano legislativo.

El sistema mayoritario es utilizado principalmente por los países anglosajones, Gran Bretaña y Estados Unidos, así:

“En la variante de este sistema que se utiliza en Gran Bretaña y en los Estados Unidos, se elige a un candidato con el mayor número de votos. Por su analogía con las carreras de caballos a veces se denomina *firs-past-the-post system*”.¹⁵

Entonces vemos lo sencillo que refleja este sistema que uno gane y por lo tanto obtiene el curul, de acuerdo a la traducción de “*firs-past-the-post system*” se dice que:

“No hay una traducción correcta al castellano de esta expresión, que generalmente se reproduce en su versión original. Una traducción aproximada, que refleja la idea, pero no la literalidad de las palabras, es algo así como «el primero que gana» Este sistema, propio de la familia de los sistemas mayoritarios, técnicamente recibe el nombre de «sistema mayoritario uninominal a una vuelta»”.¹⁶

Todo ello, atendiendo a que “*Todos los sistemas mayoritarios dificultan que los partidos pequeños obtengan representación (a menos que estén concentrados geográficamente), porque necesitan lograr mayorías absolutas o relativas en los distritos electorales*”.¹⁷

Esta es una de las mayores críticas al sistema de mayoría ya que una minoría para lograr representatividad vía mayoría relativa, en principio se antoja difícil, salvo como bien se cita que sea una minoría aglomerada en una circunscripción (en la mayoría de las veces distrital o tal vez estatal, donde sea mayoría, pero no dentro de una representación nacional global).

15 Robert A. Dahl “La Democracia” trad. Fernando Vallespin, Ariel Quintaesencia, Barcelona, 2015, p.99.

16 Ibid, p.152- 153.

17 Lijphart, Arend, “Sistemas Electorales y sistemas de partidos un estudio de veintisiete democracias”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, trad. Fernando Jiménez Sánchez, 1995, p. 57.

Con todo, para que un sistema de mayoría pueda proporcionar una representación parecida a la votación se tendría que:

“Es obvio que para que el FPTP proporcione una representación aceptablemente equitativa, el apoyo a los partidos [o candidatos]¹⁸ no debe distribuirse de manera uniforme por todo el país. A la inversa, cuanto más uniformemente se distribuya el apoyo electoral, tanto mayor será la divergencia entre votos y escaños”.¹⁹

Por lo cual, para evitar la crítica de que el sistema de mayoría o como lo llama Robert Alan Dahl, *first-past-the-post system* (FPTP) sería necesario que las minorías estuvieran aglutinadas en ciertas circunscripciones lo que daría como resultado que forzosamente en ese específico distrito o circunscripción la minoría en un ámbito nacional sería mayoría en el ámbito distrital de la circunscripción.

Por todo lo anterior, además existen algunas circunstancias y resultados por los cuales se mantiene el sistema de mayoría, primero porque “...*no podemos ignorar el fuerte peso de la historia y las tradiciones de países como Gran Bretaña y Estados Unidos, donde este sistema ha prevalecido desde comienzos del sistema representativo*”.²⁰

Lo citado es clave porque no es posible desligar a una nación de su historia y de cómo ha funcionado, así si esas instituciones les sientan bien, es impensable cambiarlas ya que la óptica de un extranjero será diferente a la de un nacional.

Otros puntos que se privilegian con este sistema son:

“El FPTP se defiende a menudo precisamente porque supone un *hándicap*²¹ para terceros partidos, y de esa manera contribuye a establecer un sistema bipartidista. El resultado usual de la RP es, por el contrario, un sistema multipartidista. Particularmente en la democracia anglosajona, son muy admirados los sistemas bipartidistas y, correlativamente, los sistemas multipartidistas disgustan y son denigrados”.²²

18 Lo añadido es nuestro.

19 Robert A. Dahl, op. cit., p.154.

20 Ibid, p.154.

21 *Handicap* refiere a la condición o circunstancia que supone una desventaja en relación con otros o dificulta la realización o consecución de algo.

22 Robert A. Dahl, op. cit., p.157.

En este punto, se presenta como vemos también parte de su historia e idiosincrasia donde se encuentra que es de esa manera porque han funcionado así, y a ese sistema se le ven ventajas como se privilegia la eficacia del gobierno frente a la representación de minorías o de un sistema multipartidista que genera la representación proporcional.²³

Sin embargo, en cuanto a la elección de los parlamentos, el autor francés León Duguit, afirma que:

“...Y creemos que sostener la doctrina de que un Parlamento elegido con arreglo al puro sistema mayoritario expresa más exactamente la voluntad de la nación que un Parlamento en el cual los diversos partidos políticos que existen en el país tienen sus genuinos representantes, es ir en contra de la evidencia, es sostener un absurdo”.²⁴

Es evidente, la realidad que plantea este autor a la crítica de un sistema de mayoría puro, ya que la nación o el pueblo se componen de pluralidades, es decir no son homogéneos, sino más bien heterogéneos, por lo tanto, toda esa diversidad de interés, ideas, debe estar representada, y así si se expresaría más exactamente la voluntad del pueblo o nación (al margen de que este autor al ser francés utiliza con mayor proclividad la teoría de una nación del mandato representativo).

Sistema de Representación proporcional

Primeramente, al hablar del sistema electoral de representación proporcional, es necesario referir a su adopción que sucedió en Bélgica que adoptó este sistema a finales del siglo XIX, y después adoptada por diversos Cantones Suizos, y posteriormente por países como Dinamarca para las elecciones municipales.²⁵

Dentro de los sistemas de representación proporcional existen bastantes fórmulas cuyas numeraciones rebasaría los fines del presente trabajo, tenemos sin

23 “Con una mayoría ampliada de miembros del partido en la legislatura, a los líderes del partido generalmente les sobran votos suficientes, incluso si alguno de sus miembros se pasa a la oposición. Así, se arguye, el FPTP permite a los gobiernos satisfacer el criterio de eficacia. Por el contrario, en algunos países, la RP ha contribuido a producir tal cantidad de partidos y alianzas parlamentarias contendientes y en conflicto, que es extremadamente difícil constituir coaliciones de mayoría y éstas son altamente inestables. Como consecuencia, la eficacia del gobierno se reduce considerablemente”. Robert A. Dahl, op. cit., p.158.

24 Duguit, León, op. cit., p. 165.

25 Duguit, León, op. cit., p. 166.

embargo claro que la mayoría de los autores comulgan con que los más importantes son los métodos de división y los métodos de cociente.

Ahora bien, por lo que hace al sistema de representación proporcional, con independencia de la fórmula que se adopte como se verá, obedece a la representación de las minorías, esto porque:

“obedece a la regla de la distribución de puestos según la distribución del voto en el cuerpo electoral, de manera que cada partido obtiene una parte alícuota de la representación parlamentaria similar a la obtenida en términos de votos populares...tiene por finalidad prioritaria dar una imagen lo más fiel posible de los grupos políticos con significación social, así como de su importancia relativa”.²⁶

En estos términos, entendemos que el sistema de representación proporcional evita la sobrerrepresentación de los grupos mayoritarios y la subrepresentación de los minoritarios, y lo hace otorgando a cada partido un reflejo lo más exacto posible entre fuerza electoral reflejada en las urnas y su representación en un órgano colegiado de elección popular.

Este sistema de representación proporcional coadyuva a que se exprese la voluntad popular más exactamente a lo que fue que sucedió en las urnas, dentro de ello porque:

“...al hablar de una elección proporcional, no debe entenderse una cosa que es materialmente imposible, una proporción matemáticamente exacta entre el número de diputados atribuidos a cada partido y su importancia numérica, sino tan sólo una porción aproximada”.²⁷

Por lo anterior, si bien como se cita es imposible lograr una representación exacta en curules o escaños por la vía de representación proporcional de lo que sucede en una elección, no obstante, su exactitud es mayor de la que se daría por la vía de mayoría relativa.

Lo anterior, traería mayor pluralidad en la integración de Parlamentos y órganos colectivos de representación proporcional, y “...*busca obtener la mayor*

26 Martínez Sospedra, Manuel Et al, op. cit., p.111.

27 Duguit, León, op. cit.,p. 164.

*semejanza posible entre la distribución de los votos y la distribución de los escaños entre los partidos [y candidatos independientes]²⁸ que concurren en una elección, dando representación a las minorías”.*²⁹

Así las cosas, es factible partir de la premisa como se ha mencionado antes, de la pluralidad del cuerpo que forma la voluntad popular a representar, por lo cual, es deseable que todas las fuerzas políticas se encuentren representadas, sólo resta añadir que no solamente serían los partidos políticos lo que encuentren su representación en un parlamento, sino también los candidatos independientes como una fuerza política existente, y también como representación de minorías.

Todo esto porque, ya que no solamente se le deja decidir a la mayoría más uno, sino también entran en juego minorías para que sean representadas en los órganos de decisión, y a fin de cuentas de manejo de poder, siendo así desde mi óptica que en ese reparto también entren los candidatos independientes.

En consecuencia, la finalidad consistiría en que los votos sean tomados en cuenta, a pesar de que por la vía de mayoría relativa no se alcance lo suficiente para acceder a un curul por alguna circunscripción, entonces se alcanzará vía representación proporcional.

Existen muchas fórmulas de representación proporcional, “...se han inventado muchas más -y aún se pueden imaginar otras- que las que se han utilizado realmente”.³⁰ Por lo cual, las existentes son enunciativas más no limitativas.

Las fórmulas de representación proporcional fueron introducidas en Europa, específicamente “*El primer país en incorporarlas fue Bélgica-Ley Electoral de 1893- siguiéndole países escandinavos [como Finlandia y Suecia] y, después de la Primera Guerra Mundial, Italia, Alemania y Holanda, para generalizarse después de 1945*”.³¹

Existen diferentes fórmulas o tipos de fórmulas para anclar el sistema de representación proporcional, existiendo métodos de cociente y métodos de divisor, entre los métodos de cociente se encuentran el método Hare, que refiere a dividir los votos válidos entre número de escaños, Hare rectificada, que emplea la for-

28 Lo añadido es nuestro.

29 Martínez Sospedra, op. cit., p.116.

30 Lijphart, Arend, op. cit., p. 44.

31 Martínez Sospedra, Manuel Et al, op. cit., pp.113 y 130.

mula anterior, pero se le suma uno a los número de escaños; la fórmula Droop donde para obtener el cociente tanto a la votación como a los lugares se les suma uno, cuota Imperiali, donde al número de escaños se les suma 2, e Imperiali reforzada donde al número de escaños se le suma 3.³²

También existen los métodos de divisor, donde “...se trata de dividir el número de votos de cada partido...entre el número correspondiente de la serie de divisores...y se dan los escaños a quien(es) ha(n) obtenido el mayor número resultante de la división”.³³

Entre los métodos de divisor, o de serie de divisores, se encuentran; “la serie D’Hondt, la Serie Saint-Lagüe, Serie Saint-Lagüe rectificada, serie Imperiali y serie Danesa”³⁴ dentro de estas fórmulas como se dijo se divide la votación de cada uno de los contendientes entre los número que indica cada serie, puede ser el número de escaños en disputa, como lo es la fórmula D’Hondt, o los numero de divisores que la serie determine, pudiendo ser 1,3,5,7,9 como lo es la fórmula Saint-Lagüe³⁵ y posteriormente se hace la repartición a quienes hayan obtenido el mayor número de resultados³⁶ de la división.³⁷

Es importante resaltar que, el sistema que es la fórmula más antigua y que genera en su aplicación bastante proporcionalidad es la fórmula Hare, y funciona en estos términos, de acuerdo con el número de veces que se repita la votación obtenida por el partido, en relación con el cociente electoral, será el número de curules o escaños que obtendrá dicho partido.

Una vez hecho lo anterior, de acuerdo con esta fórmula, lo más común es que queden aún lugares por repartirse, para ello existen métodos como el resto mayor, el resto menor, y la media mayor, el resto mayor consiste en, donde una vez hecha la repartición vía cociente electoral y distribuidos los lugares, al quedar por repartir escaños o curules, y los partidos (y en nuestra propuesta candidatos independientes) les sea asignado un curul o escaño de acuerdo con el resto de votos que les sobren, ordenándose de mayor a menor, siendo el resto menor el que opera de manera inversa, es decir, se ordenan los resultados de menor a mayor.

32 Ibid, p.131.

33 Ibid, p.132.

34 Martínez Sospedra, Manuel Et al. op. cit., p.131.

35 Ibid., p.131.

36 De cualquier forma, esos resultados de dividir la votación entre una serie, se llaman cocientes, por lo que a quien tenga los mayores cocientes se le asignarán los curules o escaños a repartir.

37 Martínez Sospedra, Manuel Et al. op. cit., p.131.

Lo que comúnmente sucede con el resto mayor es que apoya a las minorías, ya que al ser el que menos votos utilizó en el reparto, por lo tanto, es al que más votos le sobran, y en esa tesitura será quien acceda al reparto por resto mayor primeramente que los demás partidos, así tenemos que: “*La fórmula de resto mayor tiende a dar una representación muy proporcional y, en especial, otorga una muy aproximada representación a los partidos pequeños, a los que favorece, o, mejor, apenas perjudica*”.³⁸

Desde nuestra óptica no es un defecto que se favorezcan a las minorías, ya que una virtud del sistema de cociente natural y de restos mayores es que se favorezcan a las minorías, pero no sólo por el hecho de favorecerlas, sino porque el sistema busca ser más representativo, es decir ser más exacto con la votación emitida, en favor claro tanto de mayorías como de minorías, en pocas palabras y como lo hemos expuesto, otorga una representación muy proporcional.

Así, si las minorías encuentran su representación en estos órganos, se puede afirmar que:

“...este plan asegura la representación proporcional al número de cada división del Cuerpo electoral, en el que tendrían personalidad efectiva no sólo los grandes partidos y algunas crecidas minorías de sección de ciertos distritos, sino cualquier minoría que, en un colegio o distribuida en todo el país, contase con bastantes votos para tener un representante, según el principio de justicia y equidad...Los electores estarían identificados personalmente con su representante, y éste con sus comitentes, porque, al darle sus sufragios, lo habrían hecho, ya porque de todos los **candidatos** fuese el que mejor representaba sus opiniones, ya por ser el individuo cuyos talentos y carácter les merecían mayor confianza y a quien con mayor voluntad encomendaban la tarea de pensar por ellos”.³⁹

Nótese la peculiaridad, con la que este autor se refiere a la representación proporcional, no la circunscribe como un beneficio o proporcionalidad exclusiva de los partidos políticos, sino se refiere a *candidatos* ello cobra importancia en la especie ya que a fin de sustentar nuestras propuestas los beneficiados del sistema de R.P. con los votos serán los candidatos independientes, y encontramos aquí que es un beneficio para ellos.

38 Martínez Sospedra, Manuel Et al, op. cit., p.135.

39 Stuart Mill, John, “Del Gobierno representativo” trad. Martha C.C. de Iturbide, Tecnos, Madrid, 1985, p. 89. (lo resaltado es nuestro).

En esa tesitura, siendo los candidatos independientes una opción política más dentro del sistema electoral del cual tiene la opción de votar un ciudadano, luego entonces son susceptibles que los sufragios emitidos en favor de ellos sean tomados en cuenta y finalmente alcancen un curul o escaño dentro de los órganos de elección popular.

Todo ello, sin estar bajo la tutela o afiliación de algún partido, y si bien John Stuart Mill no refiere a lo que hoy conocemos como candidato independiente, si se puede adecuar cuando refiere que:

“Con arreglo al sistema de Mr. Hare aquellos a quienes no agradasen los candidatos locales llenarían sus listas electorales con los nombres de personas cuya reputación nacional y principios, casi todos los hombres que hubiesen sobresalido en alguna esfera, tendrían posibilidades de llegar al cociente, aunque careciesen de influencia local y **no hubieran jurado obediencia a ningún partido...**”⁴⁰

Por ello, queda demostrado que el sistema de representación proporcional fue ideado para favorecer a candidatos, e inclusive aquellos que no tengan obediencia de algún partido, sino la atención está enfatizada en la persona y no en la corporación partidaria.

De lo que se deduce que, este sistema no sólo no es incompatible con las candidaturas independientes, sino que incluso si bien no existían como hoy los conocemos a mediados del siglo XIX, si fue pensado el sistema para favorecer a los candidatos que como se cita pudiesen estar o no a merced de un partido político, y podremos inferir que no estar bajo la tutela de un partido político significa ser independiente.

Inclusive, el sistema de representación proporcional también se consideró con miras a evitar el abuso de los partidos políticos, esto porque: *“Es menester recordar que, con el sistema actual de elección, la influencia de los grandes partidos es ilimitada; con el plan de Mr. Hare sería considerable, pero se la encerraría en ciertos límites”*.⁴¹

En estos términos, queda claro que el sistema de representación proporcional también es para ciudadanos que no pertenezcan a partidos políticos, es decir a candidatos independientes.

40 Ibid., p. 90. (lo resaltado es nuestro).

41 Ibid., p. 97.

Por lo expuesto, es importante tener en cuenta que “*El más antiguo y más conocido de los sistemas de RM utiliza la cuota Hare...*”.⁴² y como característica y virtud que tiene esta fórmula es que “*...es imparcial con los partidos pequeños y grandes, y tiende a producir resultados bastante proporcionales*”.⁴³

De todo lo anterior, queda recalcado que la fórmula Hare de resto mayor, es de las más proporcionales, e inclusive en palabras del autor de los Países Bajos, es de las fórmulas imparciales con los partidos políticos pequeños y grandes.

A manera de conclusión:

Después de revisar la relación y compatibilidad de los candidatos independientes con el sistema de R.P. podemos advertir lo siguiente

El sistema de representación proporcional se caracteriza por reflejar en las cámaras lo que para grupos minoritarios se han reflejado en las urnas, haciendo una representación lo más fiel posible de la votación que resulte.

Asimismo, se constató que los sistemas electorales de R.P. no corresponden exclusivamente a los partidos políticos, sino también a los candidatos independientes, y ello significa que, en buena medida, las minorías se verán favorecidas y, en consecuencia, se contarían con órganos más representativos.

En esta tesitura, si un candidato o candidatos independientes son representantes de cierto cúmulo de minorías, no habría razón de negarles el acceso a órganos de representación popular vía representación proporcional, y así se cumpliría la finalidad de esta forma de elección.

En estos términos, otorgándoles espacios de R.P. a los candidatos independientes, que gocen de cierta representatividad, un sistema electoral de representación proporcional funcionaría más adecuadamente, y cumpliría con su finalidad que como vimos es dar representación a grupos con significación social.

También que una de las fórmulas más proporcionales es la fórmula Hare, y que favorece a las minorías, junto con el resto mayor.

42 Lijphart, Arend, op. cit., p. 61.

43 ibidem.

Así una propuesta viable sería que los candidatos independientes puedan acceder vía resto mayor, ya que no es lo mismo competir con una votación distrital que con una votación nacional. Por lo tanto, en una circunscripción de carácter nacional un candidato independiente es difícil, que alcance el umbral de reparto a un congreso.

Entonces, para hacer valer los votos emitidos en el ámbito distrital y que los candidatos independientes como representantes de minorías tengan posibilidad de integrar los órganos de representación nacional, se propone que una vez hecha la repartición vía fórmula Hare, que es la más proporcional según vimos, al repartir vía resto mayor estos lugares se reserven a los Candidatos independientes de manera exclusiva.

Así con su votación distrital, y en la vía de reparto por resto mayor, donde los lugares que queden por repartir al congreso se distribuyan solamente entre los candidatos independientes, de forma decreciente de acuerdo con sus porcentajes de votación recibidos en las urnas y consecuentemente se asignen los lugares que falten por repartir.

De esta manera, si en un parlamento quedan 3 ó 4 lugares por repartir, esos que sean sólo para los candidatos independientes, de forma decreciente de acuerdo con sus porcentajes de votación distrital.

A primera vista, podría pensarse que es una discriminación que los partidos políticos no entren al reparto de R.P. vía resto mayor, sin embargo, no lo es porque ya han entrado por la vía de cociente natural, por lo que su representación no queda mermada, caso contrario que sí lo sería excluir a los Candidatos Independientes del reparto de R.P.

Para efectos del reparto a R.P. lo que sí puede hacerse es un sistema de resto mayor, donde los lugares que queden por repartir al congreso se repartan solamente entre los candidatos independientes, de forma decreciente de acuerdo a sus porcentajes de votación recibidos en las urnas.

Sólo así se les daría valor a los votos de los candidatos independientes, y se podrá contar con parlamentos más plurales donde la diversidad de ideas se podrá tener en los debates sostenidos por los candidatos, además de darse a conocer como una opción política más.

Existen muchas formas de otorgar valor a los votos y de que la representatividad se encuentre permeada en todos los órganos de representación popular y con

vías como estas más minorías se verán escuchadas y en consecuencia se construirá una sociedad mas democrática.

Bibliografía.

DAHL ROBERT A. “La Democracia” trad. Fernando Vallespín, Ariel Quin-
taesencia, Barcelona, 2015.

DUGUIT, LEÓN, “Manual de Derecho Constitucional” trad. José G. Acuña,
Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, Madrid, segunda edición, 1926.

FERNÁNDEZ – MIRANDA CAMPOAMOR, CARMEN Y FERNÁNDEZ –
MIRANDA CAMPOAMOR, ALONSO, “Sistema Electoral, Partidos Políticos y
Parlamento, Constitución y Leyes”, Madrid, 2003

LIJPHART, AREND, “Sistemas Electorales y sistemas de partidos un estudio
de veintisiete democracias”, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, trad.
Fernando Jiménez Sánchez, 1995.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, MANUEL Et al. “Sistemas electorales Un estudio
comparado” Tirant to Blanch, Valencia 2007.

NOLHEN, DIETER, et al., *Diccionario de Ciencia Política*, trad. de Romano
Marcos, et al., México, Porrúa, 2006, t. II.

----- *Sistemas electorales y partidos políticos*, 3a. ed., México, Fondo de
Cultura Económica, 2004.

----- *La Democracia Instituciones, Conceptos y contexto*, Colombia, Colec-
ción Internacional N° 7, 2009.

----- et al., *Diccionario de Ciencia Política*, trad. de Romano Marcos, et al.,
México, Porrúa 2006, t. I.

STUART MILL, JOHN, “Del Gobierno representativo” trad. Martha C.C. de
Iturbide, Tecnos, Madrid, 1985.

TUCÍDIDES, Discurso fúnebre de Pericles, [https://www.cephile.cl/cep/site/
artic/20160303/asocfile/20160303184915/rev11_tucidides.pdf](https://www.cephile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184915/rev11_tucidides.pdf)

RESUMEN

Hoy en día las candidaturas independientes han tomado relevancia, debido a la crisis por la que atraviesan los partidos políticos, y para desarrollar ese protagonismo es importante que se auxilien de diversas herramientas de las que dotan los sistemas electorales, como entre otras cosas su inclusión dentro del sistema de representación proporcional.

PALABRAS CLAVE

Candidatos independientes, partidos políticos, sistemas electorales, representación proporcional.

ABSTRACT

Nowadays, independent candidacies have taken on relevance, due to the crisis that the political parties are going through and, in order to develop that leadership, it is important that they be aided by several tools provided by the electoral systems, such as, among other things, their inclusion within the proportional representation system.

KEY WORDS

Independent candidates, political parties, electoral system, proportional representation.

III. RECENSIONES

SUMARIO

- **Ignacio Durbán Martín**, *Recensión del libro de Sergio Gerotto, Suiza. Sobre cómo se gobiernan los suizos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.*
- **César Augusto Orrego Azula**, *Recensión del libro de Fco. Javier Díaz Revorio, Estado, Constitución y Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar. Palestra Editores, Lima, 2017.*

RECENSIÓN DEL LIBRO DE SERGIO GEROTTO, SUIZA.
SOBRE CÓMO SE GOBIERNAN LOS SUIZOS, MADRID,
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, 2015.

Ignacio Durbán Martín

*Investigador del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política
y de la Administración de la Universitat de València-Estudi General.*

Recibido: 01-06-2017

Aceptado: 15-06-2017

Frecuentemente tenemos noticia, a través de los medios de comunicación, de que en Suiza se ha sometido a referéndum alguna cuestión de trascendencia para la vida pública del país. Así, por ejemplo, fue particularmente sonado hace unos años el referéndum sobre la construcción de minaretes en las mezquitas. También la consulta sobre la limitación salarial de los grandes ejecutivos atrajo una gran atención mediática en su momento. Lo mismo puede decirse del reciente referéndum sobre la prohibición a la banca comercial de crear dinero o el de la limitación de cupos de inmigración que ha puesto en entredicho los acuerdos con la propia Unión Europea. Y así podrían citarse muchos otros casos que ejemplifican el grado de curiosidad y desconcierto que genera en nuestro país una práctica política que, sin embargo, nada tiene de excepcional ni de controvertida para los suizos. Se trata, en realidad, de una de tantas manifestaciones cotidianas de su particular forma de concebir la democracia constitucional.

Pues bien, esas reacciones de curiosidad y desconcierto a las que me he referido también tienen lugar a menudo en el ámbito académico español. Y esto trae causa de que el modelo suizo resulta bastante más desconocido para nuestra doctrina científica de lo que a primera vista cabría esperar. Piénsese, por ejemplo, que de manera frecuente los especialistas en instituciones de democracia directa parecen encontrarse más cómodos, a la hora de ilustrar sus explicaciones, estableciendo analogías con la Atenas de Pericles que con sistemas más próximos a nosotros –en el tiempo y en el espacio– como lo es el suizo. Y adviértase también que cuando los estudios sobre el Estado autonómico recurren al derecho comparado –ya sea para explicar nuestra peculiar estructura territorial, ya sea para mostrar distintos elementos en los que podría inspirarse su reforma– se produce un llamativo contraste entre las numerosas referencias que suelen realizarse a modelos como el alemán o el canadiense y las escasas (o nulas) alusiones al sistema suizo.

El motivo que a mi parecer explica que el mundo académico marque una distancia tan acusada con Suiza (hasta el punto de que, en ocasiones, uno tiene la sensación de que se trata de un país ajeno a nuestro entorno) es que se intuye –sin duda con acierto– la enorme complejidad inherente al funcionamiento de sus estructuras democráticas. Expresándolo en otros términos podría decirse que el intrincado conjunto de particularidades que caracterizan al modelo suizo –fruto de avatares históricos con difícil parangón en el plano comparado– es la causa de que no exista especial ánimo o interés entre los especialistas por aproximarse a este sistema a fin de explorarlo y entenderlo.

Pues bien, teniendo en cuenta todo lo anteriormente apuntado, no cabe duda de que es una extraordinaria noticia –tanto para la doctrina, como para el público en

general- que el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales haya publicado recientemente una monografía de Sergio Gerotto, profesor de la Universidad de Padova, centrada en el examen del sistema jurídico-político por el que se rige la confederación suiza. Una obra muy interesante y curiosa a la que podemos dar la bienvenida por la traducción al castellano que ha realizado Remedio Sánchez Ferriz.

La virtud fundamental de este libro –titulado *Suiza* y subtítulo *Sobre cómo se gobiernan los suizos*– es que combina la capacidad de síntesis (la edición que aquí se presenta consta de un total de 160 páginas) con la exhaustividad y el rigor a la hora de abordar los distintos aspectos de los que se ocupa. Los nueve capítulos que conforman la obra delimitan un completo recorrido que transita por cada uno de los elementos clave para entender las principales dinámicas normativas e institucionales del país alpino.

Su punto de partida es una amplia contextualización que permite al lector tomar conciencia del cúmulo de factores geográficos, económicos y culturales que condicionan el funcionamiento del sistema político suizo. En sus primeros capítulos el trabajo contiene, además, un conjunto de nociones históricas necesarias para comprender el lento proceso de formación de la actual confederación; ello, que también difiere tanto de nuestros estudios de Derecho Constitucional, resulta peculiar en el tratamiento constitucional de dicho sistema que siempre, cualquiera que sea el autor, se inicia con referencias históricas amén de no pocas explicaciones del mismo carácter que a la hora de comprender y explicar cualquiera de sus instituciones hallaremos en todo estudio sobre el sistema suizo.

Una vez fijadas estas coordenadas –que permiten el correcto encuadre de los contenidos abordados en los restantes capítulos– el estudio se centra en el análisis de los aspectos más reseñables de este modelo constitucional. El primer elemento examinado es el sistema federal instituido al amparo del ordenamiento vigente en materia territorial. El autor da cuenta tanto de su compleja estructura multinivel como de los principales problemas que padece en la actualidad. Las páginas inmediatamente posteriores se centran en la descripción de algunos de los rasgos definitorios de la escena política del país. En concreto, se expone cuáles son los distintos partidos políticos con incidencia en el ámbito de las instituciones y se muestra un análisis de sus resultados electorales en perspectiva histórica. También se hace una sucinta mención a las asociaciones de intereses y movimientos sociales en tanto que actores relevantes de este particular sistema democrático hasta el punto de ser llamados a consultas siempre que se plantea la redacción y estudio de una nueva ley de relevancia constitucional y, por supuesto, también en toda reforma del texto fundamental.

El autor se ocupa después de la forma de gobierno directorial que representa un supuesto único en el mundo democrático. En este sentido, expone cuál es el juego de relaciones entre los poderes legislativo y ejecutivo centrado la atención, especialmente, en la peculiar composición y lógica de funcionamiento del segundo que, tal vez por la dificultad de entenderse desde la perspectiva de los países democráticos de nuestro entorno, se sintetiza con la expresión de “fórmula mágica”. Reflexiona también, en este punto, sobre el concepto de democracia consensual que tan a menudo se identifica con Suiza.

Posee una particular importancia e interés el capítulo dedicado a los instrumentos de democracia directa toda vez que se trata –como he apuntado al principio– del elemento que más sorprende al observador extranjero por cuanto constituye un caso único en el mundo. Esta parte del trabajo no solamente contiene un repaso de los distintos mecanismos existentes en cada nivel de gobierno sino que, en el transcurso de sus páginas, el autor detalla cuál es su regulación actual y qué problemas se derivan de su aplicación práctica.

Se reserva un capítulo específico a la cuestión del reconocimiento de los derechos fundamentales y las libertades públicas en el ordenamiento jurídico suizo. En él se relata el proceso de codificación de que fueron objeto hace casi dos décadas y se abordan, además, una serie de aspectos adicionales entre los que destaca el dificultoso proceso de recepción del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Justamente la sistematización de las novedades jurídicas en materia de derechos y libertades, en parte introducidas por la jurisprudencia del Tribunal Federal y en concreto en la aplicación por el mismo del Convenio Europeo, constituyó una de las razones de la reforma constitucional total llevada a cabo en 1999.

El sistema judicial es también uno de los elementos conformadores del Estado a los que se presta atención en este trabajo. Son particularmente interesantes, en este apartado, las reflexiones dedicadas a la ausencia de un control de constitucionalidad de las leyes sustituido sin embargo, tal como se acaba de aludir, por el llamado control de convencionalidad en la medida en que el Convenio Europeo sí había sido aplicado afectando a la interpretación de las leyes suizas.

Y, por último, el libro concluye con un interesante capítulo que describe cuál es la compleja situación de Suiza en el contexto de las relaciones internacionales; su tradicional neutralidad, con ser un punto indiscutible, no ha dejado de plantear polémica en especial a la hora de determinar su posición respecto de la Unión Europea con la que, si bien es cierto que se ha mantenido en un difícil equilibrio en base a pactos bilaterales, nada impide que la permanente in-

tervención popular en todo tipo de decisiones pueda generar problemas como en la realidad y muy recientemente se ha producido con el referéndum sobre el control de la inmigración.

A la vista de cuanto antecede puede decirse que el trabajo de Sergio Gerotto constituye una valiosa contribución académica. Y no lo es simplemente porque aborde una materia escasamente trabajada por nuestra doctrina, sino porque el planteamiento de su estudio es, a un mismo tiempo, riguroso y ameno. Se trata, en suma, de una obra de inexcusable lectura para todos aquellos que (desde dentro o fuera del ámbito académico) tengan interés en conocer cómo se gobiernan los suizos. Pero lo es también en cuanto constituye el más completo y a la vez sintético estudio en nuestra lengua. No es de ignorar el reciente interés entre nosotros que cabe comprobar en recientes publicaciones¹.

Pero en términos generales podríamos observar que los trabajos publicados constituyen estudios de concretas instituciones o de fenómenos aislados (como el de la secesión del Cantón del Jura) cuya comprensión requiere de su específica integración en la complejidad del sistema. Es justamente esa perspectiva de conjunto expuesta con lenguaje claro y directo lo que constituye la principal aportación de Sergio Gerotto quien justamente presenta su obra con el propósito de contribuir a la comprensión del sistema político suizo pero, sobre todo, con la esperanza que su lectura incite a continuar el interés por el mismo.

¹ Sin perjuicio de algunas contribuciones con las que esporádicamente prestamos atención a tan curioso sistema con ocasión de un acontecimiento relevante para el mismo como es la reforma constitucional de 1999 (ej. JARIA Y MANZANO, Jordi El federalismo suizo. Una respuesta a una sociedad plural. RVAP, núm. 61, 2001, o SANCHEZ FERRIZ, Remedio y GARCIA SORIANO, María Vicenta SUIZA (Una realidad histórica para el siglo XXI). Madrid, CEPC, 2001) recientemente sí parece haberse extendido algo más tal interés: Así, BELTRÁN ADELL, Francisco. El republicanismo en Suiza, en ISEGORIA 33/2006, ARENAS RAMIRO, M.: «La reforma constitucional suiza: el origen de la regla de oro fiscal», en Teoría y Realidad Constitucional, n.º 30, 2.º semestre de 2012, BILBAO UBILLOS, Juan María, “El proceso de gestación de un nuevo cantón de la confederación Helvética: La secesión del Jura”; en Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional, n.º. 7, 2006. RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J. “¿Derecho a decidir en clave interna? El conflicto del Jura y el referéndum de 2013”, en REAF núm. 20, octubre 2014. COLINO, César, “Suiza y la Unión Europea: condicionantes institucionales internos, retos y perspectivas de la “relación especial””. Real Instituto El Cano. Documento de Trabajo 51/2009.

RECESIÓN DEL LIBRO DE FCO. JAVIER DÍAZ REVORIO, ESTADO,
CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA. TRES CONCEPTOS QUE HAY QUE
ACTUALIZAR. PALESTRA EDITORES, LIMA, 2017.

César Augusto Orrego Azula
Doctorando. Universidad de Piura.
Jefe de la Defensoría del Pueblo de Piura.

Recibido: 01-07-2017

Aceptado: 10-07-2017

El profesor Francisco Javier Díaz Revorio, aporta generosamente a la comunidad académica peruana en febrero de este año su trabajo: *Estado, Constitución y Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar*, con el objetivo de analizarlos y proponer a su juicio las modificaciones y actualizaciones a la gran arquitectura, que supone la Democracia de cara a los nuevos retos de la sociedad en que nos desarrollamos.

El capítulo 1 denominado: *Algunas reflexiones sobre democracia y representación política: desde la Edad Antigua al Estado Social y Democrático de Derecho*, se destinada a realizar un recorrido histórico muy interesante para los estudiosos del gobierno del pueblo.

Analiza con seriedad los conceptos constitutivos de lo que hoy conocemos como Democracia, sosteniendo en reiteradas ocasiones la historicidad de sus elementos. La Democracia emerge en Atenas en el Siglo VI a.C por un aporte de Clístenes y se desarrolla en el siglo V a.C, gracias a los aportes de Pericles¹. Esta primera etapa incorpora dos elementos que marcarán su nacimiento: la participación directa² del pueblo en el gobierno y una restrictiva forma de entender a la ciudadanía³, pues se refería solo a una determinada clase social.

El concepto “representación” no se encontró en su tratamiento original, pues se asentaba en la participación directa del pueblo o demos⁴, hizo falta el trascurso

1 SINCLAIR, R. K., *Democracia y participación en Atenas*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 16. “Pero la mayoría una figura clave (para el comienzo de la democracia) fue Solón, legislador de finales de los años 590 () Algunas de sus reformas garantizaron ciertos derechos individuales fundamentales. En concreto protegieron la libertad personal de los atenienses frente a la esclavitud por deudas, permitieron que cualquier ciudadano pudiera pedir reparación en nombre de una persona agraviada y respaldaron el derecho de apelar al pueblo contra las decisiones de los arcontes o de los funcionarios. Solón facilitó asimismo el acceso al Poder en Atenas al acabar con el monopolio que ejercía la Aristocracia en la ocupación de los cargos públicos.” También en MIROQUESADA RADA, Francisco, *Democracia Directa y Derecho Constitucional*, Artes y Ciencias Editores, Lima, 1990, págs. 39-41, RODRIGUEZ ADRADOS, Francisco, *La Democracia Ateniense*, Alianza Editorial, Sexta Reimpresión, 1998, pgs. 78,79.

2 Ibidem, pág. 38, “El derecho universal de hablar en la Asamblea (isegoria) era ya patrimonio de todos los ciudadanos en la segunda mitad del siglo V.”

3 Idem, “Los ciudadanos constituían un grupo pequeño y exclusivista, y sólo los que fueran varones adultos, que quizás sumasen 35,000 hacia el 450, gozaban de derechos políticos en la polis ateniense.”

4 SARTORI, Giovanni, *La Democracia en 30 lecciones*, Santillana Ediciones Generales SL, 2009, edición a cargo de Lorenza Foschini, traducción de Alejandro Pradera, págs. 15,16. “Ya entre los siglos V y IV, el término demos tuvo todo tipo de interpretaciones. Para los griegos, a la palabra se le podían asignar cuatro significados: 1. *Plethos*, es decir, el *plenun*, el cuerpo de los ciudadanos en su integridad. Aquí el pueblo son “los todos”. 2. *Hoi polloi* “los muchos”. El inconveniente de esta acepción es que se remite a la pregunta: ¿Cuántos muchos son suficientes para formar el demos? Habría que establecerlo cada vez, y

de muchos siglos y ya situados en la Edad Media, para el surgimiento de los estamentos –clero, nobleza y burguesía–, que se conocerían como los primeros parlamentos. Esta inicial representación⁵, contiene tres notas que interesaría resaltar: a) la no incorporación del pueblo entre sus representados, b) se basa en un mandato imperativo, hoy alejado de la contemporánea representación y, c) fue un inicial límite al poder del rey, sobre todo en ámbitos como el tributario y el penal.

La Edad Moderna, anota el autor, es la etapa de la historia más alejada de los principios democráticos, aunque con matices distintos en Inglaterra y en Europa Continental. Los conceptos de representación y parlamento, fueron los más impactados, pues a diferencia de la edad precedente, donde los reyes necesitaban de los estamentos para su financiamiento bélico, la Edad Moderna produjo dos fenómenos económicos que propiciaron nuevas fuentes de riqueza para este mismo fin –el advenimiento de la banca y de las riquezas del nuevo continente, en los que las riquezas del Perú tuvieron un papel trascendente–. En consecuencia, los estamentos no fueron ya tan necesarios como instituciones sufragantes. Finalmente las notas pactistas –pacto social de Hobbes ideólogo del absolutismo– se encuentran presentes en el concepto de Estado moderno.

La teoría de la separación de poderes –a partir de una clara desconfianza en el poder nacida del absolutismo previo– y el reconocimiento de los derechos humanos, marca el inicio de la Edad Contemporánea y de un nuevo entendimiento de la Democracia y del nuevo Estado Constitucional. Sobreviene en esta época el Estado de Derecho y el principio de legalidad. El concepto de soberanía se traslada del monarca hacia la nación, por una clara victoria inicial de Sieyès sobre Rousseau que postulaba la soberanía del pueblo. Los tópicos como el parlamento y el concepto de representación se revitalizan, este último se articula a través del nacimiento de los primeros partidos políticos, como instrumentos imprescindibles para la canalización de la participación política en el Estado Contemporáneo, según lo aseverado por nuestro autor.

eso no puede ser. 3. *Hoi pleiones*, “los más”. En cambio, esta es una acepción fundamental porque la Democracia se fundamenta, como veremos, en una regla mayoritaria que deriva de esta acepción. 4 *Ochlos*, “la multitud”, una concentración ocasional que, no obstante, puede ‘calentarse’.”

5 DAHL, Roberto A., *La Democracia. Una guía para los ciudadanos*, Taurus, Grupo Santillana de Ediciones, S.A., Madrid, 1999, pág. 120. “El gobierno representativo no se originó como una práctica democrática, sino como un instrumento a través del cual gobiernos no democráticos –principalmente en manos de monarcas– podrían hacerse de valiosos ingresos y otros recursos que deseaban, particularmente para hacer la guerra. En sus orígenes, la representación no fue, por tanto, democrática; fue una institución no democrática que después se injertaría en la teoría y prácticas democráticas.”

¿Quiénes eran representados en esta reciente época?, constituyen sin lugar a dudas, la temática más importante para la configuración de nuestras actuales democracias, pues el siglo XIX estuvo marcado por el sufragio censitario, donde solo ejercían la prerrogativa de sufragar aquellos hombres con un determinado nivel de rentas y aportantes de los tributos que sostienen y solventan al Estado.

Necesitamos ingresar al siglo XX para poder heredar cambios, en lo referente a los derechos económicos, sociales y culturales, en la nueva configuración de un Estado social. Se produjo el tránsito de la soberanía nacional a la soberanía popular, superamos el sufragio censitario para ser partícipes todos los ciudadanos, en lo que se ha denominado el sufragio universal y poder ejercer el derecho a elegir y ser elegido, configurando así las nuevas notas de la Democracia.

Este primer capítulo es finalizado por el profesor español, con ocho preliminares conclusiones que son explícitas y aquí las reseñamos: a) Se muestra la historicidad de la democracia, b) asimismo se resalta que es un concepto polisémico pero también axiológico, c) siendo un gobierno del pueblo, se funda en decisiones adoptadas por mayoría, pero no se puede subvalorar a las minorías y sobre todo el respeto de los derechos de toda persona, d) habiendo nacido como democracia directa, la representación es una nota esencial en la actualidad, e) los partidos políticos hoy son instrumentos necesarios que transmiten la voluntad del pueblo, f) conceptos que no deben faltar en la actualidad son la separación de poderes, respeto a los derechos fundamentales⁶, sufragio universal y pluralismo político, g) se debe evitar “experimentos” en contra de la democracia, por lo que sugiere encontrar estrategias para mejorar el papel de los partidos políticos, limpieza de los procesos electorales e incidir en la formación cultural de la población para elegir mejor y, h) concluye con un concepto de “calidad de democracia”, en la medida que se cumplan con los parámetros democráticos esenciales, como el pluralismo político, reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales y la separación de poderes, limitando el poder y sometiéndolo a la ley.

6 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La democracia como bien humano esencial”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Democracia Representativa y Derecho Electoral, Nro. 03, Julio – Diciembre 2010, pg. 76. “Hoy en día, la forma de organización política que mejor cumple estas exigencias es la democrática. Consecuentemente, la organización política democrática se convierte hoy en día en un bien humano para la Persona cuya consecución le es debida a ella, convirtiéndose en lo justo humano y, por ello, en un derecho humano. () Y es que la exigencia de justicia humana es que la comunidad social en la que se vive adopte como organización política una que promueva en la mayor medida de lo posible la plena realización de la Persona a través de la más plena vigencia de sus derechos humanos.” La Democracia en consecuencia no solo debe respetar los derechos humanos, sino la plena realización de la persona.

El capítulo 2 denominado: *Estado: una teoría jurídica del poder y su crisis en el mundo globalizado*, destaca nuevamente la historicidad del Estado y realiza un análisis de su concepto y elementos.

A pesar de la diversa utilización del término Estado⁷, el profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha, conduce al lector a un término preciso: “Estado Moderno”, especificando que es la concreta e histórica forma de organización política de la población sobre un territorio, que surge en la Edad Moderna en Europa, extendiéndose y desarrollándose posteriormente. Explicita a través de este segundo capítulo, que los elementos del estado son el Poder, la Población y el Territorio, sostiene además que lo característico en el Estado Moderno, es que sus elementos gozan de dos principios: la igualdad y la unidad.

El primer elemento analizado es el Poder, definido como único e independiente de otros poderes, que se impone a los demás poderes y además global, debido a su aplicación a la totalidad de la sociedad. Asimismo es el único Poder capaz de utilizar legítimamente la coacción, es decir, posee el uso legítimo de la fuerza. Siendo así el Poder requiere de una justificación, explicándose desde fundamentos de divinidad del poder, teorías racionales como el contrato social de Hobbes, la soberanía del Parlamento, (soberanía nacional), hasta la actual soberanía popular.

El Poder soberano, tuvo entre sus principales ideólogos a Bodino, que reconoce que la soberanía es un Poder supremo, absoluto, ilimitado y perpetuo, al que adiciona el profesor Díaz Revorio, las notas del Poder soberano moderno: originario, único, indivisible, intrasmisible e imprescriptible. Pero hay un fuerte impacto en estas características en el siglo XVIII, cuando triunfa la idea de separación de poderes, decae la idea de Poder absoluto e ilimitado y la indivisibilidad del Poder se difumina.

La Edad Contemporánea y el siglo XX, proponen dos cambios importantes: a) formas de descentralización del Poder, así como la presencia del Estado Federal y b) el surgimiento de organizaciones internacionales y procesos de integración estatal como la Unión Europea. Sin embargo, en el primero de los casos, a entender del profesor de la península, no hay un impacto muy potente en torno a la unidad del Poder, pero en el segundo de los supuesto y más concretamente en el proceso de integración europea, considera que se ha afectado frontalmente las

7 PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, PEREZ SAEZ, Carolina, *Teoría General de la Política*, Editores Rimay, Lima, 2016, pg. 292. “el estado es la máxima concentración racional del poder que ha conocido la humanidad.”

notas del Poder ilimitado, absoluto, indivisible y supremo, manteniéndose en todo caso la caracterización del Poder originario, pues los estados son el origen de los procesos de integración, sin perder la potestad de abandonarlo.

El ejemplo más elocuente de la originalidad del Poder, es el producido en el Reino Unido, con el Brexit del 23 de junio de 2016, que luego de una votación, el resultado se inclinó a favor de abandonar la Unión Europea - unos 17 410 742 votantes-, cuyo proceso de negociación para abandonar la Unión Europea, hoy mantiene tensiones entre su publicidad o su reserva.⁸

Concluye el autor, que la titularidad de la soberanía ha migrado desde su originaria residencia en el Monarca y luego en el Parlamento debido al concepto de soberanía nacional, hasta nuestros días, en que el concepto de soberanía, que ya nadie discute, se instala en el Pueblo.

El Pueblo es un elemento constitutivo del propio Estado, sin embargo en la Edad Moderna, explicita el autor, el Pueblo era un elemento del Estado pero no participaba en el ejercicio del poder, sin embargo, en la Edad Contemporánea y con el Estado constitucional, el Pueblo asumirá la titularidad de la soberanía, sobretodo hay una exclusiva participación en el Poder Constituyente, lo refleja ejemplos como la Constitución de los Estados Unidos 1787 “*Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos () proclamamos y establecemos esta Constitución*” y la Ley Fundamental de Bonn de 1949 “*Conscientes de su personalidad (...) el Pueblo alemán () en virtud de su poder constituyente y a fin de organizar su vida política () ha adoptado la presente Ley Fundamental de la República Federal Alemana*”.

Propone el autor entender la ciudadanía de la calidad del nacional, es decir, distinguiendo el ciudadano de un Estado del que no lo es, uniéndolo al reconocimiento constitucional de derechos que involucran a todo hombre, de aquellos que se les reconocen solo a los nacionales, como los derechos de participación política. Pero esta diferenciación se ha estrechado por el proceso de integración europea y el nuevo concepto de “ciudadanía europea”.

La nación, es un tópico también analizado y es definida como la comunidad humana que posee ciertos rasgos culturales comunes y que tiene conciencia y voluntad de mantenerse como grupo humano, aseverando finalmente que España es

⁸ UE: *Conversaciones sobre el Brexit no pueden ser secretas*, Diario Gestión, 16 de mayo de 2017.

un única Nación, pero reconoce constitucionalmente una pluralidad de regiones y nacionalidades.

Respecto de Territorio último elemento del Estado, el autor hace un recuento de las teorías que lo explican: a) El territorio como objeto, que se subdivide en aquellos que consideran que el Estado tiene un derecho real de propiedad sobre el territorio y los que sustentan que el Estado ejerce indirectamente un dominio sobre el territorio a través de los súbditos, b) El territorio como parte integrante de la personalidad del Estado y c) Territorio como ámbito espacial de la validez del orden jurídico estatal.

El capítulo 3 del libro se denomina: *Diversos conceptos de Constitución*, probablemente será en este capítulo, donde se muestran las mayores diferencias con el autor. Los conceptos hasta ahora tratados en el libro, son Democracia y Estado, dejando en el centro de la discusión a la Constitución, que se aborda desde diversas formas de entenderla y valorarla.

Ha presentado el autor dos formas de abordar el concepto de Constitución: el Jurídico-Formal y el Material, dividiendo este último en cuatro ideas: a) como conjunto de normas que regulan aspectos esenciales en determinadas materias, b) concepto garantista de Constitución, c) Constitución en sentido sociológico-político y, d) el concepto decisionista.

La opción del profesor Díaz Revorio, como queda anotado en su obra, es por una concepción confluyente entre la jurídico-formal -dedicándole una mayor justificación- y legitimada de una concepción garantista de la Constitución. Dos conceptualizaciones que considera interdependientes en la actualidad.

Respecto a la Constitución desde el punto de vista formal, el catedrático español sostiene, que aquella acepción le imprime a la Constitución su real carácter jurídico, de hecho la referencia en el título lo reafirma -Concepto Jurídico - Formal de Constitución-, asimismo describe las tres características de este concepto: a) ser una norma jurídica, b) suprema y, c) que incorpora mecanismos de control de constitucionalidad de las normas de rango inferior, como un medio para garantizar la supremacía constitucional.

Sobre estas notas definitorias, sugiere cuáles son sus fortalezas y también sus debilidades, o más bien críticas, que en mi opinión le permiten luego aceptar un concepto adicional garantista de Constitución. Sus fortalezas las agrupa en tres ámbitos: a) Se imprime una incuestionable unidad a la Constitución, b) la Cons-

titución como origen del resto del ordenamiento jurídico y, c) impide caer en los imprecisos límites del concepto de Constitución desde lo material y no concibe que estos tengan alguna utilidad jurídica.

Plantea también, como corresponde a los académicos, cuáles son las críticas a la postura jurídico-formal, centrándolas en las siguientes: a) este concepto no es universal, b) propicia ausencia de una materia constitucional definida y c) su neutralidad axiológica, que prescinde del contenido material y de la finalidad de la Constitución. Asevera que esta última es la crítica más potente realizada a la concepción jurídico-formal, pues pudiera dar cabida a textos constitucionales no democráticos o que no reconocieran la separación de poderes y el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales.

De las cuatro concepciones que él agrupa en el concepto Material, me voy a referir, a aquella por la cual se termina decantando el autor, que es el concepto garantista de la Constitución, es decir, aquella regulación de una determinada organización del Estado, sostenida en el principio de separación de poderes y de la relación entre Estado y ciudadanos basada en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. Afirmo además que el concepto garantista no es un concepto jurídico, sino político, pues asevera líneas posteriores citando a Espín Templado “lo que distingue esta definición no es tanto su referencia al contenido () como el sentido o la finalidad a la que sirve ese contenido de la Constitución”.⁹

Concluye el profesor que es perfectamente posible unificar en un solo concepto a la Constitución, en los términos siguientes: “Norma jurídica suprema que garantiza la separación de poderes y los derechos fundamentales”¹⁰. Se permite adicionalmente reafirmar la idea que el concepto jurídico-formal le otorga la juridicidad a la Constitución, es decir posibilita la validez y vigencia de la norma y que el concepto material, no es jurídico sino político, concediéndole solo legitimidad a la Constitución, sin ninguna incidencia a su validez.

Me permito citar la frase siguiente del autor, que resume su posición y explicita de manera más real su pensamiento: “el texto normativo supremo que no garantice los derechos o la separación de poderes, será jurídicamente válido, y gozará del rango, posición y efectos propios de la norma situada en la cúspide del

9 Díaz Revorio, Francisco Javier, *Estado Constitución, Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar*, Palestra Editores, Lima, 2017, pág. 68, en Espín Templado, Eduardo, *Lecciones de Derecho Político*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pág. 86.

10 Díaz Revorio, Francisco Javier, *Estado ()*, pág. 68.

ordenamiento jurídico; pero será ilegítimo. En cierto sentido, constituirá un límite al poder, en tanto y en cuanto, si es efectivamente la norma suprema, el “poder constituido” está sometido a ella; pero no es un límite “real y efectivo”, si permite la concentración del poder y no garantiza a los ciudadanos posiciones de inmunidad frente a la actuación de ese poder. Si se quiere, podría ser denominada “Constitución”, pero sería una Constitución no legítima, porque no responde a los criterios del constitucionalismo ().”¹¹

Probablemente tiene un toque seductor esta forma de entender la Constitución, sin embargo, propongo brevemente algunas consideraciones que pueden ser meritadas al momento de leer el libro que comento, con el ánimo de generar otras alternativas de entender la Constitución, aquella que pone en el centro a la persona, su dignidad y sus derechos.

Me permitiré seguir a dos profesores de Derecho Constitucional, en el ámbito nacional al Dr. Carlos Hakansson Nieto y al profesor español Antonio Carlos Pereira Menaut. Los profesores citados, reafirman el carácter político y jurídico de la Constitución, pues como lo argumentan: “El límite del poder va a ser el derecho, por lo que la naturaleza de la Constitución es Política y jurídica”¹² y “Un pacto para elaborar una Constitución tiene una doble naturaleza, política y jurídica, porque es un medio para frenar el poder a través del Derecho.”¹³

Lo que marca la diferencia con el autor del libro, es la común opción de estos profesores por la conceptualización material de la Constitución, es decir, aquel medio para limitar el poder de los gobernantes, garantizando una esfera inviolable de derechos y libertades en favor de los ciudadanos. A diferencia de lo propuesto por el profesor Díaz Revorio, que sostiene que la percepción material es sólo política, proponen los profesores Hakansson y Pereira que es política, pero también, plenamente jurídica.

Otro elemento que quisiera aportar a la discusión, es la relación entre Constitución y Derecho y cómo esto influye decididamente, en la elección del concepto de Constitución que se prefiere. Estimo que la concepción de derecho que se sustenta en el libro comentado, tiene influencia y raíz en la concepción positivis-

11 Idem., pág. 69.

12 PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *En Defensa de la Constitución*, Colección Jurídica, Universidad de Piura, Primera edición peruana, 1997, pág. 42.

13 HAKANSSON NIETO, Carlos, *Curso de Derecho Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2009, págs. 79, 80.

ta kelseniana¹⁴, cuyas dos características son anotadas por el profesor Pereira: “se consideran *normae normarum*, normas reguladoras de la producción de las restantes normas, cierre y cúspide de sus respectivos ordenamientos jurídicos, que de ellas reciben su juridicidad y constitucionalidad.” () No son judicialitas, pero prevén el examen de la constitucionalidad de las normas, encargándolo a los Tribunales Constitucionales.”¹⁵

El profesor Díaz Revorio, en el acápite 4 del capítulo 3 que denomina: *Constitución como norma jurídica suprema*, revela su influencia positivista del derecho, pues su aproximación epistemológica, plantea algunas afirmaciones propias del positivismo jurídico, recopiladas por el profesor Pedro Serna, como: “a) la tesis coactiva, donde la fuerza deja de ser vista como recurso para convertirse en el contenido mismo de aquellas reglas que llamamos jurídicas (...), b) la teoría imperativa de la norma, según la cual las normas que componen la totalidad del ordenamiento jurídico tienen la estructura de mandatos” (...) y, c) tesis legalista, en cuyo sentido la norma general y abstracta, constituye la fuente exclusiva de la calificación jurídica. Esta tesis niega que exista asuntos o materias de suyo jurídicas, o actos dotados de sentido jurídico *per se*. Es la norma superior y, en último extremo, la Constitución, la instancia que dota de juridicidad a cualquier otra norma o acción () dicho de otro modo la norma legal es la fuente de atribución objetiva de sentido jurídico.”¹⁶

El autor del libro, también propone justificar la nota más importante de la Constitución que es su supremacía, pues ese carácter lleva aparejado lo jurídico de la Constitución. Repasa para tal efecto, seis tesis que han sostenido tal aseveración: a) la ley reconoce la superioridad de la Constitución, b) la rigidez constitucional como procedimiento agravado de su reforma, c) existencia de la jurisdicción constitucional, d) de su función de *normae normarum*, e) la afirmación de superioridad de la misma norma constitucional y, f) según la teoría kelseniana, en la que el carácter supremo de la Constitución brota de la existencia de una norma fundante básica, y que no es una norma derivada de ninguna autoridad constituida sino una norma puramente presupuesta, cuyo significado es simplemente que de-

14 “Kelsen necesitaba amparar el ordenamiento jurídico en una norma superior que nadie podía contradecir y que, precisamente, por ella todas las normas estaban dotadas de contenido. Esa Norma era la Constitución. La Constitución entonces, depurada de su contenido político, es la norma que da validez y sustento y que preside el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico cerrado, con cierta apertura al derecho internacional y sin fisuras” en HAKANSSON NIETO, Carlos, Curso de Derecho (...), pág. 74.

15 PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *En Defensa de (...)*, pág. 47.

16 SERNA, Pedro, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Editorial Porrúa, México, 2006, págs. 17- 19.

be acatarse lo dispuesto por los “padres” de la Constitución y por las autoridades facultadas por la propia Constitución. Cada una de estas posturas son cuestionadas por el autor, planteando su propia visión de la supremacía constitucional.

A su juicio el origen de la Constitución, el fundamento de su validez e incluso de su legitimidad de origen, radica en que la Constitución es obra del Poder Constituyente -poder que recae en el pueblo - y es una manifestación del poder soberano, un poder originario, creador y supremo.

El profesor Díaz Revorio al asumir la tesis Jurídico-Formal de la Constitución, afirma que sólo esta concepción justifica la juridicidad de la Constitución, sin embargo, cuando explicita el rasgo más característico de la norma constitucional: la supremacía, la fundamenta en el “poder”, esto es, en el Poder Constituyente, en consecuencia, el pretendido carácter jurídico de la Constitución tiene su origen en lo político. Continúa afirmando que es el Poder Constituyente que le da sentido a la supremacía constitucional, del que asevera además, no está sometido a ninguna regla ni procedimental ni material, es decir, no tiene limitación jurídica en su actuación, lo sostiene en la siguiente sentencia: “el concepto de supremacía tiene su origen político, que traducido al ámbito jurídico expresa, ante todo, que las normas que emanan de ese poder superior son inmunes a cualesquiera otras normas o decisiones procedentes de los poderes constituidos”¹⁷, en consecuencia entiende que hay un carácter previo del poder respecto al Derecho.

Algunas consecuencias se pueden anotar aquí y son las siguientes:

1.- Si la Constitución nace como un límite al poder a través del Derecho, ¿no es un contrasentido que se construya un concepto de juridicidad de la Constitución basado en un poder también inmune y no sometido a algo externo a él? ¿Qué haremos ante un Poder Constituyente que se aparta de las valoraciones democráticas, del bien común, de los derechos fundamentales de las personas y que se defienden con acierto en este libro?

2.- Si la concepción desde la que parte el autor, es el concepto Jurídico-Formal, cuyas notas características le imprimen su juridicidad en forma exclusiva, esto es, ser una norma jurídica suprema, ¿cómo es que la fundamentación de la supremacía encuentra sus orígenes en lo político?

17 Díaz Revorio, Francisco Javier, *Estado (...)*, pág. 92.

3.- Si el origen de la supremacía constitucional es lo político ¿cómo es que se deriva como lógica consecuencia su carácter jurídico?

4.- Al aseverar el autor que el concepto material de la Constitución es político porque le imprime su legitimidad ¿Cómo se puede entender que en el acto originario y creativo de la Constitución, activado a través del Poder Constituyente, gozaría de una legitimidad de origen? Y en consecuencia ¿Existe alguna legitimidad o ilegitimidad sobrevenida de la Constitución, propia del concepto material?

5.- Y si hubiera una legitimidad o ilegitimidad sobrevenida, por su ajuste o no a los criterios de separación de poderes y de reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas ¿Cómo obtendremos los ciudadanos o los juristas de un país, por la vía del derecho, el reconocimiento y vigencia de estos principios contemporáneos básicos y que ilustran la Constitución? Y ¿Cómo limitaremos el “poder” del Poder Constituyente?

Algunas de estas dificultades se producen al poner el punto de la juridicidad, en la supremacía constitucional, pues como sentencia el profesor Pereira Menaut “el constitucionalismo no gana gran cosa con que las constituciones sean cúspide de los ordenamientos jurídicos, sino con que efectivamente se frene al poder y se incremente la libertad.”¹⁸

No es poco sostener que el Poder Constituyente no tenga límites previos, en ese sentido concuerdo con que no pudiera tener límites jurídico-positivos, sin embargo como arguye el profesor Pereira, este poder está limitado “–en el terreno eidético y el deber ser– por lo valores jurídicos y políticos, y por el bien común.”¹⁹

El capítulo 4 y último se ha denominado: *Las tareas urgentes del Estado Constitucional: regeneración, calidad democrática y transparencia*, en el cual ha planteado una serie de propuestas con miras a un proceso de regeneración democrática, desde la realidad y los retos de la sociedad española, consistente en medidas para mejorar la participación ciudadana, la cercanía entre ciudadanía y representantes políticos, la transparencia y el buen gobierno, la interpretación restrictiva de las prerrogativas de los cargos públicos, la austeridad en el gasto públi-

18 PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *En Defensa de (...)*, pág. 49.

19 *Ibidem*, pág. 111.

co, la financiación y los controles y límites al poder, algunas de ellas coincidentes con los retos que tenemos en el Perú.

Sin embargo, nuestro país posee una realidad y dinámica particulares. Podemos referirnos al proceso de discusión de reforma electoral²⁰ que en la actualidad se encuentra abierto a nivel del Parlamento Nacional –discusión legislativa y aún no constitucional–, en relación a proyectos presentados por la Subcomisión de reforma electoral, Jurado Nacional de Elecciones y el Poder Ejecutivo, quienes elaboraron propuestas para una norma con miras a las elecciones del 2018.²¹

En torno a la transparencia, existe un constante recurrir a propuestas desde sectores públicos²² y organizaciones de la sociedad civil²³, así como recientes modificaciones que procuran fortalecer la transparencia pública, me refiero a la promulgación y publicación del Decreto Legislativo 1353 de fecha 7 de enero de 2017, que ha incorporado en el país, la Autoridad Nacional para la Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Considero que colocados en la etapa de formulación de propuestas de mejora en nuestro país y que apuntarían a revisar a la Constitución y su consecuente impacto en la Democracia, será siempre indispensable revisar previamente los conceptos que se deben encontrar en la base de todo intento reformista, nos referimos a la Persona²⁴ y el Derecho²⁵. De poco o nada sirve elucubrar y construir un

20 <http://elcomercio.pe/politica/elecciones/reforma-electoral-hay-coincidencias-proyectos-presentados-422096>

21 Prohibición de aportes de gobiernos extranjeros y aportes anónimos, bancarización de aportes mayores a 1 UIT, sanciones políticas a quienes incumplan con transparentar sus finanzas partidarias, establecer un tope a los aportes provenientes de actividades proselitistas como rifas, bingos o cocteles, incremento de la cuota de género de 30% a 50% con alternancia. Son, según el diario El Comercio, las propuestas comunes a las tres propuestas.

22 Comisión Presidencial de Integridad. Ver el Informe Final en la siguiente dirección electrónica <http://www.transparencia.org.pe/admin/ckfinder/userfiles/files/Informe%20Final%20Comision%20Presidencial%20de%20Integridad.pdf>. Defensoría del Pueblo y su Informe Defensorial 165. Balance a diez años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

23 Proética, Instituto de Prensa y Sociedad y Consejo de la Prensa Peruana.

24 HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Colección Jurídica Universidad de Piura, 1ª. Edición peruana, 1999, pág. “ser, que es ser tan intensamente –de tal manera es ser–, que domina su propio ser. Por eso la persona es *sui iuris*, dueña de su propio ser. El propio dominio –en su radicalidad ontológica– es el distintivo del ser personal y el fundamento de su dignidad () A la vez, la capacidad de dominio se extiende a aquel círculo de cosas que se encuentren en el Universo. () Y en esa capacidad de apropiación se funda el derecho y, en consecuencia, la justicia. Una vez atribuida, apropiada, la cosa pasa a ser una extensión de la persona, es su esfera de dominio; por eso es suya y, en virtud del estatuto ontológico de la persona humana, le es debida.”

25 HERVADA, Javier, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A, 4ta. Edición, 2008, pg. 198. “como aquella cosa que, estando atribuida a un sujeto, que es

teoría sobre la Constitución y sobre el sistema de gobierno democrático, proponiendo algunas posibles modificaciones, sino tenemos presentes al sujeto que debe estar en el centro de todo constructo humano.

No se debe dejar pasar la oportunidad de construir propuestas en las que la Democracia, el Estado, el Derecho y la Constitución, sean reales medios para un fin, que es la Persona, su dignidad y sus derechos.

IV. CRÓNICAS

SUMARIO

- **Tomás Vidal Marín**, *Una vez más la Ley Electoral de Castilla-La Mancha a juicio: comentario a la STC 15/2015, de 5 de febrero.*
- **María Martín Sánchez**, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2016).*
- **M^a del Pilar Molero Martín-Salas**, *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2016).*
- **Joaquina Guerrero Sanz**, *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2016).*
- **M^a. Elena Rebato Peño**, *Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2016).*

UNA VEZ MÁS LA LEY ELECTORAL DE CASTILLA-LA MANCHA
A JUICIO: COMENTARIO A LA STC 15/2015, DE 5 DE FEBRERO DE 2015

Tomás Vidal Marín

Profesor Titular de Derecho Constitucional. UCLM.

Recibido: 01-03-2017

Aceptado: 15-03-2017

El presente comentario tiene por objeto la jurisprudencia contenida en la STC 15/2015 por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 senadores del 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. Como bien recordará el lector, a través de la misma se redujeron a 33 el número de diputados integrantes del Parlamento de Castilla-La Mancha, atribuyéndose un mínimo inicial de 3 diputados a cada provincia y distribuyéndose los demás en proporción a su población. Precisamente, toda la argumentación de la demanda de los recurrentes se centra en fundamentar la inconstitucionalidad de la nueva composición numérica de las Cortes de Castilla-La Mancha previsto en el artículo único de la precitada norma.

Los demandantes hacen referencia en su recurso a la intencionalidad partidista pretendida con la reforma electoral, pero como, con acierto señala el alto Tribunal, no puede ser objeto de control de constitucionalidad las hipotéticas o presuntas intenciones con las que las normas son aprobadas puesto que en caso contrario se privaría de objetividad al control de constitucionalidad de las normas con rango de ley que a la jurisdicción constitucional le compete realizar. Es por ello por lo que afirma el TC que el objeto de su enjuiciamiento ha de ser si son conformes o no a la Constitución y al Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha la reducción llevada a cabo por la Ley regional de la composición de la Asamblea parlamentaria.

A partir de aquí, el más alto de nuestros Tribunales comienza a realizar su enjuiciamiento de la precitada norma a partir de los motivos de inconstitucionalidad alegados contra la misma por los recurrentes, a saber: la Ley 4/2014 conculcaría el principio constitucional del pluralismo político (art. 1.1 CE en relación con el art. 14); el sistema de representación proporcional (art. 152.1 CE y 10.2 EACM); el artículo 23.2 CE que contiene el derecho a un acceso igualitario a las funciones y cargos públicos; el artículo 9.3 en lo referente a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; y, en fin, la autonomía política de Castilla-La Mancha reconocida en los artículos 2, 137 y 153 a CE.

Y la primera tacha de inconstitucionalidad que analiza el TC es la incompatibilidad entre la reducción de diputados llevada a cabo por la Ley 4/2014 con el artículo 9.3 CE que prohíbe la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos. Se argumenta como fundamento de esta impugnación que la reducción llevada a cabo por la norma es fruto del capricho del legislador puesto que no ha disminuido la población para que se reduzca la magnitud de la Cámara y, en consecuencia, la precitada reducción tendría por finalidad favorecer al par-

tido político mayoritario en las Cortes regionales que no es otro que el Partido Popular.

Como es obvio, el Tribunal rechaza tales reproches puesto que se basan únicamente en apreciaciones políticas, en juicios sobre la intención del legislador, en pronósticos o conjeturas acerca del voto futuro de los electores y en una supuesta regla esencial, sin dimensión jurídica, concretada en que la magnitud de un Parlamento no debe disminuir cuando no disminuye la población representada. Afirma textualmente el TC a este respecto que *“ninguno de estos alegatos () abona, ni tan siquiera sugiere, la denunciada arbitrariedad de la Ley 4/2014. Este reproche”*, añade el alto Tribunal, *“requiere conforme a constante jurisprudencia constitucional, de una argumentación específica que aporte siquiera indicios, a confirmar o no en el juicio, de que la disposición con tal título impugnada encarna una discriminación normativa o carece en absoluto de explicación racional () Al margen de conjeturas sobre el sentido de un sufragio por venir y de valoraciones acerca del supuesto animus del legislador, el recurso no aporta, sin embargo, indicio alguno en orden a tal hipotético alcance discriminatorio de la Ley impugnada, a la que tampoco cabe tachar de ajena a toda explicación racional por haber fijado precisamente en 33 el número de diputados. No es sólo, en efecto, que el legislador autonómico puede desplegar toda su amplia libertad de configuración en este punto dentro del margen abierto por el art. 10.2 EACM (entre 25 y 35 representantes), libertad de la que también este Tribunal es garante ()”*.

En definitiva, para el Tribunal Constitucional no ha resultado conculcado el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos previsto de manera expresa en el artículo 9.3 CE.

Otro de los motivos aducidos por las recurrentes para fundamentar la inconstitucionalidad de la Ley 4/2014 es que la misma vulnera la garantía constitucional de la autonomía política reconocida, en este supuesto, para Castilla-La Mancha (art. 2, 137 y 153 a CE) y ello como consecuencia de haber reducido el tamaño de la Asamblea Parlamentaria, privando a la misma de la capacidad de hacer leyes como producto de la participación y el debate plural.

También en este caso el alto Tribunal rechaza la pretendida inconstitucionalidad de la norma. Y ello porque la Constitución no establece ningún tipo de prescripción acerca del tamaño de las Asambleas de las Comunidades Autónomas, correspondiendo esta tarea a los Estatutos de Autonomía o a las Leyes electorales autonómicas. Es por ello por lo que la autonomía política de la Comunidad Au-

tónoma de Castilla-La Mancha y su capacidad de legislar en materias propias de su competencia no ha “quedado empañada, ni afectada siquiera, por la reducción del número de miembros de la Cámara autonómica”.

A partir de aquí, entra ya el más alto de nuestros Tribunales a examinar lo que el mismo denomina núcleo de este recurso: la pretendida conculcación por la Ley 4/2014 de la proporcionalidad del sistema electoral autonómico impuesta por el artículo 152.1 de la CE a cuyo tenor los Parlamentos de las Comunidades Autónomas han de ser elegidos “con arreglo a un sistema de representación proporcional” así como por el artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Y en este punto el Tribunal recuerda que de conformidad con su jurisprudencia, el mandato de proporcionalidad de proporcionalidad prevista en el artículo 152.1 de la CE está dirigido a todos los legisladores autonómicos a la hora de regular las elecciones de sus correspondientes Asambleas Legislativas; no sólo de aquellas que se constituyeron con arreglo al artículo 151 de la norma suprema.

El Tribunal reconoce que, en efecto, el legislador autonómico ha llevado a cabo a través de la Ley 4/2014 una reducción del tamaño del Parlamento regional al establecer su número en 33 diputados, el cual estaba integrado hasta entonces por 53 diputados. Y como para “sacarle los colores” al legislador de Castilla-La Mancha le recuerda las numerosas reformas electorales llevadas a cabo en este ámbito territorial en punto al tamaño de su Asamblea Legislativa.

Para los sostenedores del recurso, la disminución del tamaño de la Asamblea Legislativa y, consecuentemente, la disminución de la magnitud de las circunscripciones electorales de Castilla-La Mancha supondría “la abolición del sistema proporcional” y su sustitución por un “sistema mayoritario sin corrección alguna” puesto que la precitada magnitud daría lugar a unas elevadas barreras electorales para acceder al reparto de escaños, lo que supondría la exclusión del Parlamento de las fuerzas minoritarias o terceras fuerzas políticas. Asimismo, se quejan de que el reparto de escaños entre circunscripciones favorecía al Partido Popular, mayoritario en aquel momento en las Cortes, puesto que asignaba de manera selectiva un número para o impar de escaños a unas u otras circunscripciones.

Ante este motivo de impugnación, comienza recordando el T.C. que, efectivamente, la reducción del número de diputados a elegir en una circunscripción electoral produce un efecto negativo sobre la proporcionalidad del sistema. Pero junto a este elemento, hay también otros que restringen la proporcionalidad como son el número de candidaturas presentadas y el grado mayor o menor de concentración entre ellas del sufragio de los electores. En definitiva, la mayor o me-

nor proporcionalidad del sistema electoral autonómico no depende sólo de las normas que distribuyen los escaños entre las circunscripciones.

Además, la argumentación en la que se basa el recurso tiene naturaleza preventiva o cautelar puesto que prevén el sentido del sufragio “por venir mediante extrapolaciones o ejercicios de proyección de anteriores resultados electorales sobre unos comicios futuros”. Y un planteamiento de este carácter es inútil para instar la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, sin que pueda servir para llevar a al Tribunal a la convicción de que la norma impugnada conllevará la eliminación de la proporcionalidad que exige el artículo 152.1 CE tan sólo por el hecho de haber reducido el número de miembros que han de componer la Asamblea Legislativa. El carácter preventivo o cautelar del recurso se muestra especialmente, a juicio del TC, en la calificación de las barreras electorales como desmedidas a efectos del acceso de las distintas candidaturas al proceso de asignación de escaños. Y ello porque para el alto Tribunal lo que los recurrentes llaman barreras electorales no son tales, sino, simplemente, unos hipotéticos umbrales porcentuales para la obtención del último escaño en juego. Todo ello sobre la base de estimaciones y conjeturas dependientes del número de candidaturas que concurren en la contienda electoral y de la concentración o dispersión del voto de los electores sobre ellas. La barrera electoral es, para el Tribunal Constitucional, la fijación normativa de un determinado porcentaje de votos para conseguir un escaño, el cual, según la normativa electoral de Castilla-La Mancha, se eleva al 3% de los votos válidos emitidos en cada circunscripción.

“En definitiva, y como también advertimos en la STC 197/2014, el grado, incierto hoy, en que la proporcionalidad pueda llegar a contraerse a resultas de lo dispuesto en esta Ley no es algo que quepa enjuiciar, en abstracto, por este Tribunal Constitucional”.

Pero junto a las anteriores razones, el alto Tribunal esgrime una más para rechazar la inconstitucionalidad alegada de la Ley 4/2014; razón adicional que se concreta en un mal entendimiento por parte de los recurrentes de lo que ha de entenderse por representación proporcional exigida por los artículos 152.1 Ce y 10.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. A este respecto reitera su jurisprudencia sobre la proporcionalidad, señalando que la misma es una tendencia que debe orientar, pero en ningún caso conformar, la libertad de configuración del legislador, quien no queda comprometido por tales preceptos a conseguir un sistema puro de proporcionalidad. Asimismo, señala el alto Tribunal que *“las reglas constitucionales referidas a la proporcionalidad no pueden interpretarse como imperativos de resultados y si, con carácter bastante más limitado,*

como mandatos al legislador para establecer una condición de posibilidad de la proporcionalidad misma. Mandatos de alcance negativo (...) que se cifran () en la interdicción de la aplicación pura y simple de un criterio mayoritario o de mínima corrección; esto conlleva la necesaria conformación de las circunscripciones electorales en modo tal que no se impide de iure toda posible proporcionalidad, en el grado y extensión que sea para la conversión de votos en escaños”. En este concreto supuesto, la disminución del número de escaños a elegir en cada circunscripción electoral no permite concluir que la misma ha abortado toda posible proporcionalidad del sistema electoral castellano manchego puesto que la Ley cuestionada asigna un mínimo inicial de tres diputados a cada una de las cinco provincias de Castilla.-La Mancha y dispone la distribución entre ellas de los dieciocho escaños restantes en proporción a su respectiva población. En resumen, pues, si bien compete al legislador la determinación del número de escaños que corresponden a cada circunscripción; esta decisión no puede hacerse impidiendo de *iure* toda posible proporcionalidad del sistema electoral de que se trate. Y eso, justamente, no lo ha hecho el legislador castellano manchego, el cual, por lo dicho, ha respetado la exigencia de proporcionalidad impuesta tanto por la CE como por el Estatuto de Autonomía.

En suma, todas estas son las razones aducidas por el más alto de nuestros Tribunales para considerar que la ley 4/2014, de 21 de julio, de reforma de la ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha no ha vulnerado la exigencia de proporcionalidad contenida en el artículo 152.1 CE y 10.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Y si ello es así, en lógica consecuencia tampoco habrá sido conculcado ni el pluralismo político ni el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad y de conformidad con los requisitos que señalen las Leyes, contenidos en los artículos 1.1 y 23.2 de la CE respectivamente; motivos estos de inconstitucionalidad también aducidos por los recurrentes.

De la jurisprudencia contenida en este pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de la proporcionalidad de los sistemas electorales, sólo es posible llegar a la siguiente afirmación conclusiva: nada nuevo bajo el sol.

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONALIDAD
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS
(DE 1 DE ENERO DE 2016 A 31 DE DICIEMBRE DE 2016)**

María Martín Sánchez
Profesora Contratada Doctora (Profesora Titular Acreditada)
Área de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 01-09-2017

Aceptado: 10-09-2017

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *Referencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y proceso en el que se dictan.*
3. *Comentario de las sentencias referentes a Castilla-La Mancha.*
 - 3.1. *En Recursos de Inconstitucionalidad.*
 - 3.2. *En Conflictos de Competencias.*

1. Introducción

Se presenta una recopilación de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el año 2016, 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. A los anteriores, en esta ocasión se añade el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante Tribunal Constitucional.

En relación con el anterior ejercicio (2015) pone de manifiesto la ausencia de conflictos en defensa de la autonomía local, así como de impugnación de disposiciones autonómicas, si bien, se observa como novedad respecto a aquella, la resolución de una cuestión prejudicial acerca de competencias forales.

En lo que respecta a Castilla-La Mancha, nuestra Región solo ha participado en dos procedimientos: un recurso de inconstitucionalidad en relación a la jornada laboral del personal al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y un conflicto competencial relativa a la competencia de aguas, sobre las que volveremos más adelante.

Se presenta en dos partes diferenciadas. Primero, se repasan todas las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional relativas a Comunidades Autónomas, así como el proceso en el que han sido dictadas. Y finalmente, se hace una breve reseña de aquéllas dictadas en procedimientos en los que ha participado Castilla-La Mancha.

2. Referencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y proceso en el que se dictan

- Sentencia 228/2016, de 18 de diciembre de 2014 (BOE núm. 29 de 03 de febrero de 2015).
- Sentencia 228/2016, de 22 de diciembre (BOE núm. 23 de 27 de enero de 2017). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 217/2016, de 15 de diciembre (BOE núm. 17 de 20 de enero de 2017). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 215/2016, de 15 de diciembre (BOE núm. 17 de 20 de enero de 2017). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 214/2016, de 15 de diciembre (BOE núm. 17 de 20 de enero de 2017). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 211/2016, de 15 de diciembre (BOE núm. 17 de 20 de enero de 2017). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 210/2016, de 15 de diciembre (BOE núm. 17 de 20 de enero de 2017). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 205/2016, de 1 de diciembre (BOE núm. 7 de 09 de enero de 2017). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 202/2016, de 1 de diciembre (BOE núm. 7 de 09 de enero de 2017). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 195/2016, de 16 de noviembre (BOE núm. 311 de 26 de diciembre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 194/2016, de 16 de noviembre (BOE núm. 311 de 26 de diciembre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre (BOE núm. 311 de 26 de diciembre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 190/2016, de 15 de noviembre (BOE núm. 311 de 26 de diciembre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 186/2016, de 3 de noviembre (BOE núm. 299 de 12 de diciembre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 185/2016, de 3 de noviembre (BOE núm. 299 de 12 de diciembre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 184/2016, de 3 de noviembre (BOE núm. 299 de 12 de diciembre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 183/2016, de 3 de noviembre (BOE núm. 299 de 12 de diciembre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 182/2016, de 3 de noviembre (BOE núm. 299 de 12 de diciembre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 180/2016, de 20 de octubre (BOE núm. 285 de 25 de noviembre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 179/2016, de 20 de octubre (BOE núm. 285 de 25 de noviembre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 177/2016, de 20 de octubre (BOE núm. 285 de 25 de noviembre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 170/2016, de 6 de octubre (BOE núm. 276 de 15 de noviembre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 168/2016, de 6 de octubre (BOE núm. 276 de 15 de noviembre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 165/2016, de 6 de octubre (BOE núm. 276 de 15 de noviembre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 159/2016, de 22 de septiembre (BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 158/2016, de 22 de septiembre (BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 157/2016, de 22 de septiembre (BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 156/2016, de 22 de septiembre (BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 153/2016, de 22 de septiembre (BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 142/2016, de 21 de julio (BOE núm. 196 de 15 de agosto de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 128/2016, de 7 de julio (BOE núm. 192 de 10 de agosto de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 126/2016, de 7 de julio (BOE núm. 192 de 10 de agosto de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 118/2016, de 23 de junio (BOE núm. 181 de 28 de julio de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 111/2016, de 9 de junio (BOE núm. 170 de 15 de julio de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 110/2016, de 9 de junio (BOE núm. 170 de 15 de julio de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 101/2016, de 25 de mayo (BOE núm. 159 de 02 de julio de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 100/2016, de 25 de mayo (BOE núm. 159 de 02 de julio de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 99/2016, de 25 de mayo (BOE núm. 159 de 02 de julio de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 96/2016, de 12 de mayo (BOE núm. 147 de 18 de julio de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 88/2016, de 28 de abril (BOE núm. 131 de 31 de mayo de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 85/2016, de 28 de abril (BOE núm. 131 de 31 de mayo de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 84/2016, de 28 de abril (BOE núm. 131 de 31 de mayo de 2016). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 82/2016, de 28 de abril (BOE núm. 131 de 31 de mayo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 74/2016, de 14 de abril (BOE núm. 122 de 20 de mayo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 73/2016, de 14 de abril (BOE núm. 122 de 20 de mayo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 72/2016, de 14 de abril (BOE núm. 122 de 20 de mayo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 70/2016, de 14 de abril (BOE núm. 122 de 20 de mayo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 68/2016, de 14 de abril (BOE núm. 122 de 20 de mayo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 67/2016, de 14 de abril (BOE núm. 122 de 20 de mayo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 66/2016, de 14 de abril (BOE núm. 122 de 20 de mayo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 62/2016, de 17 de marzo (BOE núm. 97 de 22 de abril de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 61/2016, de 17 de marzo (BOE núm. 97 de 22 de abril de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 60/2016, de 17 de marzo (BOE núm. 97 de 22 de abril de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 59/2016, de 17 de marzo (BOE núm. 97 de 22 de abril de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 57/2016, de 17 de marzo (BOE núm. 97 de 22 de abril de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 56/2016, de 17 de marzo (BOE núm. 97 de 22 de abril de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 55/2016, de 17 de marzo (BOE núm. 97 de 22 de abril de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 54/2016, de 17 de marzo (BOE núm. 97 de 22 de abril de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 42/2016, de 3 de marzo (BOE núm. 85 de 08 de abril de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 41/2016, de 3 de marzo (BOE núm. 85 de 08 de abril de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 38/2016, de 3 de marzo (BOE núm. 85 de 08 de abril de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 37/2016, de 3 de marzo (BOE núm. 85 de 08 de abril de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 36/2016, de 3 de marzo (BOE núm. 85 de 08 de abril de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 33/2016, de 18 de febrero (BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 32/2016, de 18 de febrero (BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 29/2016, de 18 de febrero (BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 28/2016, de 18 de febrero (BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 26/2016, de 18 de febrero (BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 21/2016, de 4 de febrero (BOE núm. 57 de 07 de marzo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 20/2016, de 4 de febrero (BOE núm. 57 de 07 de marzo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 19/2016, de 4 de febrero (BOE núm. 57 de 07 de marzo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 18/2016, de 4 de febrero (BOE núm. 57 de 07 de marzo de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 8/2016, de 21 de enero (BOE núm. 45 de 22 de febrero de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 6/2016, de 21 de enero (BOE núm. 45 de 22 de febrero de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 5/2016, de 21 de enero (BOE núm. 45 de 22 de febrero de 2016).
Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 204/2016, de 1 de diciembre (BOE núm. 7 de 09 de enero de
2017). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 175/2016, de 17 de octubre (BOE núm. 285 de 25 de noviembre
de 2016).
- Sentencia 164/2016, de 3 de octubre (BOE núm. 276 de 15 de noviembre de
2016). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 155/2016, de 22 de septiembre (BOE núm. 263 de 31 de octubre
de 2016). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 134/2016, de 18 de julio (BOE núm. 196 de 15 de agosto de
2016). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 127/2016, de 7 de julio (BOE núm. 192 de 10 de agosto de 2016).
Cuestión de inconstitucionalidad.

- Sentencia 122/2016, de 23 de junio (BOE núm. 181 de 28 de julio de 2016). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 116/2016, de 20 de junio (BOE núm. 181 de 28 de julio de 2016). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 102/2016, de 25 de mayo (BOE núm. 159 de 02 de julio de 2016). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 86/2016, de 28 de abril (BOE núm. 131 de 31 de mayo de 2016). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 71/2016, de 14 de abril (BOE núm. 122 de 20 de mayo de 2016). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 46/2016, de 14 de marzo (BOE núm. 97 de 22 de abril de 2016). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 25/2016, de 15 de febrero (BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2016). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 216/2016, de 15 de diciembre (BOE núm. 17 de 20 de enero de 2017). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 193/2016, de 16 de noviembre (BOE núm. 311 de 26 de diciembre de 2016). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 178/2016, de 20 de octubre (BOE núm. 285 de 25 de noviembre de 2016). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 171/2016, de 6 de octubre (BOE núm. 276 de 15 de noviembre de 2016). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 141/2016, de 21 de julio (BOE núm. 196 de 15 de agosto de 2016). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 124/2016, de 23 de junio (BOE núm. 181 de 28 de julio de 2016). Conflicto positivo de competencias.

- Sentencia 120/2016, de 23 de junio (BOE núm. 181 de 28 de julio de 2016). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 95/2016, de 12 de mayo (BOE núm. 147 de 18 de junio de 2016). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 87/2016, de 28 de abril (BOE núm. 131 de 31 de mayo de 2016). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 53/2016, de 17 de marzo (BOE núm. 97 de 22 de abril de 2016). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 31/2016, de 18 de febrero (BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2016). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 7/2016, de 21 de enero (BOE núm. 45 de 22 de febrero de 2016). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 152/2016, de 22 de septiembre (BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2016). Conflicto en defensa de la autonomía local.
- Sentencia 27/2016, de 18 de febrero (BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2016). Conflicto en defensa de la autonomía local.

Además de los anteriores, me gustaría destacar en esta ocasión un proceso en el que el Tribunal Constitucional dirimió una cuestión prejudicial acerca del sistema tributario de los territorios históricos. Se trata de la Sentencia 203/2016, de 1 de diciembre (BOE núm. 7 de 09 de enero de 2017), Cuestión prejudicial de validez sobre normas forales fiscales 1042-2015. Se trata de una cuestión planteada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el artículo 30.2 de la Norma Foral 10/2016 de 29 de diciembre, reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas del territorio histórico de Guipúzcoa. En su pronunciamiento, el Tribunal Constitucional declaró la nulidad de las modificaciones introducidas en el método de estimación objetiva de determinación de la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

3. Breve comentario de las sentencias referentes a Castilla-La Mancha

3.1. En recursos de inconstitucionalidad

Sentencia 158/2016, de 22 de septiembre (BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2016). Se trata de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con el artículo 1 de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 7/2015, de 2 de diciembre, por la que se modifican 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 concreto, se denuncia la posible inconstitucionalidad del artículo 1 de la mencionada ley autonómica, que introducía una jornada laboral del personal al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 35 horas semanales de promedio en cómputo anual.

El Tribunal estimó el recurso y declaró la inconstitucionalidad y nulidad del precepto impugnado (reiterando doctrina sentada por la STC 99/2016, de 25 de mayo, que declaró que la disposición de la Ley 2/2012 que impuso una jornada general de trabajo mínimo para todo el personal del sector público -de 37 horas y media de promedio en cómputo anual- era un ejercicio legítimo de competencias estatales).

3.2. En conflictos de competencia

Sentencia 216/2016, de 15 de diciembre (BOE núm. 17 de 20 de enero de 2017). Conflicto positivo de competencias, planteado por el Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha en relación con las competencias en materia de aguas. Se denuncian diversos preceptos del Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los planes hidrológicos de varias demarcaciones hidrográficas, entre ellas la del Júcar.

El Tribunal Constitucional lo inadmite al no plantear una cuestión relativa al orden constitucional de competencias, reiterando doctrina sentada en la STC 44/2007.

RESUMEN

En este trabajo se presenta un repaso de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional referidas a Comunidades Autónomas, en procesos de inconstitucionalidad, conflictos de competencias y conflictos en defensa de la autonomía local, durante el año 2016. Además, se realiza un breve comentario de aquellos procesos en los que ha intervenido la Región de Castilla-La Mancha.

SUMMARY

In this paper a review of the judgments of the Constitutional Court concerning autonomous regions in processes of constitutional, jurisdictional conflicts and conflicts in defense of local autonomy, during 2016. In addition comes, it is made a brief comment of those processes played by Castilla-La Mancha.

PALABRAS CLAVE

Región, sentencia, Tribunal Constitucional.

WORDS KEY

Region, judgment, Constitutional Court.

ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES
DE CASTILLA-LA MANCHA
(DE 1 DE ENERO DE 2016 A 31 DE DICIEMBRE DE 2016)

M^a del Pilar Molero Martín-Salas
Profesora Contratada Doctor de Derecho Constitucional

Recibido: 01-06-2017

Aceptado: 11-06-2017

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 2016.*
- 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 2016

Durante dicho periodo se han aprobado en Castilla-La Mancha un total de 4 leyes. Se continua con la tónica de los últimos años, en cuanto al descenso en el número de leyes aprobadas. La mitad que en 2015, y un número bastante inferior al de otros periodos; por ejemplo durante el año 2010 se aprobaron un total de 18 leyes.

También cabe destacar que las 4 leyes aprobadas durante este año tienen una relación directa o indirecta con aspectos económicos. Dos de ellas de manera muy directa, pues se trata de la ley de Presupuestos y la comúnmente denominada ley de Acompañamiento. Las otras dos también guardan una relación muy estrecha con la situación económica que venimos sufriendo desde hace años y que trata de paliarse, en la medida de lo posible, con leyes como las que se exponen a continuación.

Concretamente las leyes aprobadas han sido las siguientes:

- Ley 1/2016, de 22 de abril, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2016.
- Ley 2/2016, de 28 de abril, de concesión de un crédito extraordinario por importe de 140.760,50 euros, para sufragar los gastos de las elecciones a las Cortes de Castilla-La Mancha celebradas el 24 de mayo de 2015.
- Ley 3/2016, de 5 de mayo, de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha
- Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha

II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas

Ley 1/2016, de 22 de abril, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2016

DOCM núm. 84 (30-04-2016)

La primera ley de este periodo se produce en el mes de abril, y se dedica a la aprobación de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma para el presente año.

Sin perder de vista las dificultades económicas que todavía sufren muchas personas y muchas familias, y considerando que todavía nos encontramos en plena recuperación económica, la ley pretende conseguir un doble objetivo:

- Paliar los efectos de las políticas de estabilidad presupuestaria y de contención del gasto, de tal forma que puedan seguir cubriéndose las necesidades sociales de toda la población, con especial atención a sectores más vulnerables.
- Atender a las necesidades básicas de personas, familias y colectivos susceptibles de especial protección o que se encuentran en situación de exclusión social o en riesgo de estarlo.

Se considera que una recuperación económica estable pasa por la recuperación social, por la creación de empleo, por el apoyo de los emprendedores, por un mayor acuerdo entre empresarios y trabajadores...

Los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2016 reflejan la apuesta de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por recuperar altos niveles de calidad en los servicios públicos que presta, a la vez que constituyen una muestra del compromiso constante con el desarrollo económico y social de la región para satisfacer las necesidades de toda la sociedad castellano-manchega.

Ley 2/2016, de 28 de abril, de concesión de un crédito extraordinario por importe de 140.760,50 euros, para sufragar los gastos de las elecciones a las Cortes de Castilla-La Mancha celebradas el 24 de mayo de 2015

DOCM num. 88 (06-05-2016)

Celebradas elecciones autonómicas en mayo de 2015, y conocido el informe del Tribunal de Cuentas sobre las mismas, se hace necesaria la aprobación de la presente ley para completar las subvenciones a las que tienen derecho los diferentes partidos políticos que concurrieron a las mismas.

De tal forma que la presente ley establece la cantidad que deben percibir, te-

niendo en cuenta la subvención a la que tienen derecho y descontando los anticipos que cada partido hubiera podido recibir en su momento.

Ley 3/2016, de 5 de mayo, de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 91 (11-05-2016)

Al margen de lo estipulado en el mes de abril, mediante la ley de Presupuestos anteriormente citada, se ha considerado elaborar esta ley que complementaría y acompañaría a la ley de Presupuestos.

La presente ley viene a regular una serie de medidas administrativas y tributarias con la intención de activar la economía e incrementar la eficiencia y la eficacia en la prestación de servicios de la Administración Pública castellano-manchega en diversos ámbitos, así como la mejora de la distribución más equitativa de las obligaciones tributarias competencia de la Comunidad Autónoma y de eficiencia en su gestión.

Se trata de una ley bastante amplia, y se estructura en tres capítulos:

- El primero de ellos se refiere al conjunto de medidas administrativas a adoptar para garantizar un funcionamiento más eficiente de la Administración Regional.
- El capítulo II contiene las normas que afectan a los tributos cedidos, consta de un artículo que se divide en ocho apartados, en los que se recoge diversas modificaciones de la Ley 8/2013, de 21 de noviembre, que afectan a los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así como a los tributos sobre el juego.
- El capítulo III establece las modificaciones operadas en las tasas reguladas en la Ley 9/2012, de 29 de noviembre, y en la Ley 7/2008, de 13 de noviembre, de Regulación de Tasas en materia de Industria, Energía y Minas de Castilla-La Mancha.

Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 252 (30-12-2016)

Es indudable que tanto la ciudadanía como la sociedad en su conjunto ha cambiado en los últimos años, y cada vez exigen a sus representantes políticos más información de las diferentes tareas que llevan a cabo. Hoy en día la transparencia se entiende como un elemento clave de la calidad democrática, que sin duda ha cobrado especial relevancia tras la grave crisis económica que nos ha afectado, y que en cierta medida nos sigue afectando.

El aumento por el interés de los datos públicos, y la necesidad de que estos sean cada vez más abiertos y conocidos, hace necesaria la aprobación de leyes como la presente, a través de la cual la Comunidad Autónoma se compromete con la transparencia y sirve como complemento de la regulación estatal que ya existe al respecto.

La propia ley establece cuáles son los tres objetivos básicos que se pretenden conseguir, todos ellos enunciados en el Título I de la misma:

- La regulación de la transparencia en su doble vertiente de publicidad activa y de acceso de las personas interesadas a la información que obre en poder de los sujetos obligados
- La enumeración de los principios fundamentales para la implantación de un buen gobierno y un gobierno abierto
- Establecer un régimen de garantías y responsabilidades que se derivan del incumplimiento de sus deberes y obligaciones

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 2016.

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 2016.

KEY WORDS

Parliament, Autonomous Region and legislative activity.

**ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA
EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA.**

M^a Joaquina Guerrero Sanz
Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Recibido: 20-07-2017

Aceptado: 30-07-2017

En el año 2016, la labor del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, referida al ejercicio de 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 seis dictámenes sobre anteproyectos de ley y uno sobre un convenio de colaboración entre la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha y la de Madrid, asuntos que el Gobierno de la región 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 el 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 13/2016, de 20 de enero, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2016.

La Memoria justificativa de la norma sometida a dictamen recogía las principales innovaciones que contemplaba en relación con la Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el ejercicio 2015, realizando el dictamen las consideraciones de carácter esencial que se pasan a describir.

El **artículo 31** del Anteproyecto por remisión a la normativa básica estatal sobre tramitación de urgencia, se limitaba a disponer que se aplicará tal tramitación y sus consecuencias a los procedimientos que se desarrollen en ejecución de las actuaciones definidas en el anexo V de aquél, y preveía que, en cualquier caso, fuera de aplicación el plazo inferior reconocido, en el supuesto de que ya es-

tuviera regulado, encomendando asimismo a las personas titulares de las distintas consejerías y organismos competentes velar por la aplicación de esa tramitación de urgencia.

El Consejo se cuestionó si dicha disposición podía formar parte del articulado de la Ley de Presupuestos en los términos exigidos por la doctrina del Tribunal Constitucional que se recoge en el dictamen.

Así, *“constituye doctrina consolidada de dicho Alto Tribunal la relativa a los límites materiales de las Leyes de Presupuestos deducibles del artículo 134, apartado 2 de la Constitución, que distingue entre un “contenido esencial” o “indisponible”, mínimo y necesario, concretado en la previsión de ingresos y habilitación de gastos para un ejercicio económico y en las normas de naturaleza financiera que “desarrollan y aclaran los estados cifrados, esto es las partidas presupuestarias propiamente dichas”; y un “contenido eventual” o “no necesario”, integrado por todas aquellas normas incluidas en la Ley de presupuestos que, “sin constituir directamente una previsión de ingresos o habilitación de gastos del Estado, responden a los criterios de política económica del Gobierno, o en fin, se dirigen a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto” (por todas y con cita de anteriores, la Sentencia 248/2007, de 13 de diciembre).*

Y la Sentencia de Tribunal Constitucional 152/2014 de 25 de septiembre de 2014, señala lo siguiente: *“Para determinar si tiene cabida en una ley de presupuestos, por ser admisible como contenido eventual, «es necesario que guarde una conexión económica -relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno- o presupuestaria -para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto» [STC 217/2013, de 19 de diciembre (RTC 2013,217), FJ 5 a); con cita de las SSTC 274/2000, de 15 de noviembre (RTC 2000,274), FJ 4; 109/2001, de 26 de abril (RTC 2001,109), FJ 5; 238/2007, de 21 de noviembre (RTC 2007,238), FJ 4; 248/2007, de 13 de diciembre (RTC 2007,248), FJ 4; 74/2011, de 19 de mayo (RTC 2011,74), FJ 3; 9/2013, de 28 de enero (RTC 2013,9), FJ 3 b); y 206/2013, de 5 de diciembre (RTC 2013,206), FJ 2 b)]. Sólo si se cumplen las citadas condiciones es posible justificar «la restricción de las competencias del poder legislativo, propia de las leyes de presupuestos, y para salvaguardar la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE (RCL 1978,2836), esto es, la certeza del Derecho que exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la ley de presupuestos generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2*

CE)» [STC 76/1992, de 14 de mayo (RTC 1992,76, FJ 4 a)]. En consecuencia, si bien la ley de presupuestos puede ser un instrumento para una adaptación circunstancial de las distintas normas, no tienen en ella cabida las modificaciones sustantivas del ordenamiento jurídico, a menos que éstas guarden la suficiente conexión económica (relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno) o presupuestaria (para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto).

Cumplidos los citados condicionantes, hemos considerado que pueden incluirse en una ley de presupuestos medidas que tengan como finalidad y consecuencia directa la reducción del gasto público (STC 65/1990, de 5 de abril (RTC 1990,65), FJ 3, sobre normas de incompatibilidad de percepción de haberes activos y de pensiones), o su aumento (STC 237/1992, de 15 de diciembre (RTC 1992,237), relativa al incremento de retribuciones salariales para el personal al servicio de las Administraciones públicas), así como la creación de un complemento retributivo para determinados cargos públicos (STC 32/2000, de 3 de febrero (RTC 2000,32)), o la sujeción al derecho privado de la red comercial de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado [STC 217/2013 (RTC 2013,217 , FJ 5 e)], entre otros ejemplos. Por el contrario, quedarían en principio excluidas de estas leyes las normas propias del Derecho codificado, u otras previsiones de carácter general en las que no concurra dicha vinculación inmediata y directa [...].

También hemos descartado que puedan tener cabida en una ley de presupuestos algunas normas que integran el régimen de la función pública; por ejemplo, las relativas a los procedimientos de acceso de los funcionarios sanitarios locales interinos a la categoría de funcionarios de carrera (STC 174/1998, de 23 de julio (RTC 1998,174), FFJJ 6 y 7), de provisión de los puestos de trabajo del personal sanitario (STC 203/1998, de 15 de octubre (RTC 1998,203), FFJJ 3 a 5), de edad de pase a la situación de segunda actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (STC 234/1999, de 16 de diciembre (RTC 1999,234), FFJJ 4 y 5) o, recientemente, los requisitos de titulación necesaria para acceder al Cuerpo Superior de Auditores del Tribunal de Cuentas (STC 9/2013 (RTC 2013,9), FJ 3), así como en general las normas típicas del derecho codificado u otras previsiones de carácter general en las que no concurra dicha vinculación (STC 86/2013 (RTC 2013,86), FJ 4; con cita de las SSTC 248/2007, de 13 de diciembre (RTC 2007,248), FJ 4; 74/2011, de 19 de mayo (RTC 2011,74), FJ 3; y 9/2013 (RTC 2013,9), FJ 3).

La clave, por tanto, radica en que la conexión con el objeto del presupuesto (habilitación de gastos y estimación de ingresos) sea directa, inmediata y querida por la norma; [...]”.

En cuanto a las Leyes de Presupuestos autonómicas, el Consejo cita la sentencia 180/2000, de 29 de junio, que ya confirmó, en consonancia con lo expresado en anteriores pronunciamientos, la aplicación de la doctrina que se acaba de reproducir, señalando al respecto que *“el canon de constitucionalidad aplicable a las fuentes normativas de las Comunidades Autónomas es por tanto, el que se contiene en sus respectivos Estatutos de Autonomía, en las Leyes estatales que, dentro del marco constitucional, se hubiesen dictado para delimitar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas y, por supuesto, en las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado en sentido amplio y, evidentemente, en las reglas y principios constitucionales específicamente dirigidos a las Comunidades Autónomas. [...] Existe una sustancial identidad entre las normas que integran el bloque de la constitucionalidad aplicable a la institución presupuestaria de la Comunidad Autónoma y cuanto dispone, respecto del Estado, el artículo 134.2 de la Constitución Española, norma de la cual, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha deducido la existencia de límites materiales al contenido normativo de las Leyes de Presupuestos y a su utilización como instrumento de legislación (Sentencia 174/1998)”*.

A la luz de la doctrina constitucional expuesta, el Consejo examinó el precepto cuestionado, analizando si el mismo *“forma parte del núcleo esencial, mínimo e indisponible del anteproyecto de Ley de Presupuestos que se somete a dictamen -al constituir previsión de ingresos o habilitación de gastos- o bien si su inclusión en la Ley de Presupuestos se fundamenta en que aquélla puede formar parte del contenido accidental de la Ley, por cumplirse las dos condiciones exigidas por la doctrina constitucional: conexión económica directa con los ingresos o gastos o vehículo director de la política económica del Gobierno, o presupuestaria, para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto*.

Se fundamentó en el dictamen que *“resulta evidente que la regulación contenida en el artículo analizado (aplicación de la tramitación de urgencia a determinados procedimientos) no forma parte del núcleo esencial, mínimo e indisponible de las Leyes de Presupuestos, en cuanto no contiene la expresión cifrada de una previsión de ingresos o habilitación de gastos, tal y como el Alto Tribunal exige, por lo que debe analizarse si la misma podría formar parte del denominado “contenido eventual”, por concurrir en el las dos condiciones anteriormente señaladas*.

Así, por lo que respecta a la habilitación de gastos o previsión de ingresos y habida cuenta que el contenido esencial del precepto examinado es eminentemente procedimental por cuanto determina la aplicación de la tramitación de urgencia “en los procedimientos que se desarrollen en ejecución de las actuaciones definidas en el anexo V”, ninguna conexión directa se vislumbra con aquéllos, si acaso muy remota en tanto que en dicho anexo V al que se remite se recogería la cuantía de diversos créditos para el ejercicio 2016, y por tanto no en la forma exigida por la doctrina del Tribunal Constitucional.

Por idéntica razón la conexión del precepto analizado con el contenido presupuestario tampoco se demuestra inmediata; sí que cabría admitirla en relación con las normas atinentes a la limitación de modificaciones presupuestarias y ejecución de los pagos que se contemplan en los artículos 32 y 33, en cuanto que constituyen normas incardinables en las de ejecución o gestión presupuestaria que coadyuvan a lograr uno de los principales objetivos que se pretenden con la ley de presupuestos proyectada como es la “recuperación social”, según reza su propia Exposición de Motivos. En contraposición a estas, el precepto analizado, de carácter procedimental, en cuanto que únicamente incide en la reducción de plazos a fin de agilizar la resolución de los procedimientos que al efecto se desarrollen, en nada afecta a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma en sí mismos considerados, ni a su ejecución, por lo que tampoco desde esta perspectiva puede justificarse su inclusión en la ley de presupuestos.

En atención a cuanto se acaba de exponer, y en cuanto la inclusión del precepto analizado en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma excedería los límites materiales propios de ésta proclamados por la doctrina del Tribunal Constitucional, debe proponerse su supresión del anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades para 2016. Asimismo ha de sugerirse que su contenido sea incluido al igual que el anexo V al que se remite, con los ajustes y modificaciones que sean pertinentes, en el Capítulo I del anteproyecto de Ley de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha, actualmente en tramitación”.

El segundo de los preceptos cuestionados fue el **artículo 42** del Anteproyecto, que regulaba las competencias en materia de costes del personal al servicio del sector público, estableciendo asimismo un supuesto de nulidad radical que, consideraba el Consejo, cabía en el ámbito de determinación de las Cortes.

En el dictamen se estimó que la regulación debía ser más precisa, razonando que “en su texto actual se identifican como afectados por la nulidad radical

“todos los acuerdos, convenios, pactos o instrumentos similares” cuya concreta identificación no puede hacerse derivar de estas denominaciones, de las que no resultan claros sus límites delimitadores. Por lo tanto el cumplimiento de la exigencia de claridad del supuesto de nulidad radical hay que vincularlo al contenido de tales “instrumentos” (expresión con la que se unifican los nominados acuerdos, convenios, pactos e instrumentos similares). El texto pretende hacerlo con dos determinaciones que aparecen separadas: una primera, que su “contenido se refiera a gastos imputables al capítulo de gastos de personal de los presupuestos” (de determinados órganos a los que sí identifica con precisión); una segunda, según la cual de tales “instrumentos” no podrían “derivarse, directa o indirectamente, incremento del gasto público en materia de costes de personal, ni incrementos en las retribuciones por encima del límite contemplado en el apartado 2 del artículo 35”.

La primera aparece como la forma de identificación de los instrumentos para los que el órgano administrativo que pretenda contraerse a ellos ha de obtener un “informe previo y favorable” de otro órgano (la consejería competente en materia de hacienda a través de la dirección general en materia de presupuestos). A continuación se añade que sin el informe tales instrumentos no tendrían “plena efectividad” [...] “siendo nulos de pleno derecho los que se alcancen sin dicho informe”. A este respecto hay que señalar la clara contradicción entre ambas expresiones: si se declaran radicalmente nulos los acuerdos, convenios, pactos o instrumentos similares por no haber obtenido con anterioridad a que “se alcancen” (por utilizar la misma expresión que el precepto) un informe favorable, no cabe suponer su existencia sin “plena efectividad” como si esta, y no la validez de los citados instrumentos dependiera en este caso de circunstancias y trámites posteriores.

La segunda es la que podría servir para fijar con precisión el criterio decisivo para identificar el conjunto de los “instrumentos” cuya nulidad radical se pretende; y puede cumplir esta función puesto que expresa la razón de fondo que justifica dicha nulidad: que se produzcan incrementos de gasto para los que no se haya obtenido previamente el informe favorable. Sin embargo para que cumpla con claridad esa función no resulta lo más adecuado que se contemple como un mero posible efecto (“sin que de los mismos se pueda derivar”) que se quiere evitar sino como la causa que hace exigible el informe previo y favorable.

En conclusión, el precepto para lograr la claridad necesaria a efectos de seguridad jurídica exigible debería configurar el supuesto de nulidad que pretende establecer del siguiente modo.

Primero, fijando la exigencia de solicitud de un informe de la consejería y la dirección general referidas cuando, en virtud de dichos instrumentos, cualquier órgano de la Administración de la Junta, sus organismos autónomos, entidades y empresas públicas, fundaciones públicas regionales y otros entes instrumentales (identificadas en el artículo 1.1, apartados b) al g) del anteproyecto) pretendan suscribir cualquier acuerdo, convenio, pacto o instrumento similar cuyo contenido implique obligaciones de gastos imputables que conlleven, directa o indirectamente, un incremento del gasto público en materia de costes de personal o incrementos en las retribuciones por encima del límite contemplado en el artículo 35, apartado 2.

Segundo, estableciendo la necesidad de obtener un informe favorable con carácter previo a la declaración de voluntad de contraer y formalizar los referidos instrumentos.

Tercero, estableciendo la nulidad radical de los mismos que se suscriban sin la existencia de ese acto administrativo previo de la consejería, a través de la dirección general competente en materia de presupuestos.

Finalmente, podría incluirse en el artículo regulador de este supuesto de nulidad, la obligación de los citados órganos, organismos y entidades de comunicar a las partes con las que se pretenda acordar, convenir o pactar que la validez del acuerdo, convenio, pacto o similar requiere el acto administrativo previo autorizador (el referido informe)”.

La disposición finalmente aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha fue la Ley 1/2016, de 22 de abril, de Presupuestos Generales de la Junta de Castilla-La Mancha, que atendió las recomendaciones de carácter esencial efectuadas en el dictamen.

Dictamen número 315/2016, de 28 de septiembre, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2017.

Al igual que ocurriera con el anterior dictamen, la Memoria del presente Anteproyecto recogía las principales innovaciones que contemplaba en relación con la Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el ejercicio 2016.

Sólo realizó una observación de carácter esencial respecto al **artículo 42**, relativo a las competencias en materia de costes del personal al servicio del sector público, que en su apartado 1 recogía la exigencia de solicitar y obtener el informe favorable de la dirección general competente en materia de presupuestos previamente al inicio de la negociación por la Administración autonómica, organismos autónomos, empresas, fundaciones y demás entidades instrumentales, de acuerdos, convenios, pactos o instrumentos similares que conlleven un incremento de gasto de personal o *“incrementos en las retribuciones por encima del límite previsto en el artículo 35.2”* de la ley.

Este último precepto establecía asimismo que, con efectos a partir del 1 de enero de 2017, las retribuciones íntegras de los empleados públicos -ya se trate de altos cargos, puestos directivos, personal funcionario, estatutario o laboral- *“experimentarán, en su caso, el incremento que establezca la legislación básica del Estado con respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2016 en términos de homogeneidad para los dos periodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal, como a la antigüedad del mismo”*.

Entendió el Consejo que *“la legislación básica del Estado constituye, de este modo, un referente en la fijación de las retribuciones de los empleados públicos y un límite para la misma -así lo afirma el propio inciso del artículo 42.1 que se ha transcrito-*

Sin perjuicio de ello, los términos en que está redactado el apartado contemplan la posibilidad de que el titular de la aludida dirección general pueda pronunciarse en sentido favorable -o no- al pacto o convenio proyectado aun cuando dicho instrumento rebase el aludido límite. Tal posibilidad debería eliminarse del texto.

Se considera, por tanto, que debería revisarse la redacción otorgada al precepto, modificando su dicción a fin de evitar la disfunción expuesta”.

A la fecha de finalización del presente trabajo, mayo de 2017, no se había producido la aprobación del Anteproyecto.

Dictamen 258/2016, de 19 de julio, sobre el anteproyecto de Ley de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha.

En el informe-propuesta suscrito por el Director de la Oficina de Transparencia y Control Presupuestario de la Vicepresidencia se efectuaban varias conside-

raciones sobre la conveniencia de proceder a la redacción de un nuevo anteproyecto de Ley regulador de las medidas de transparencia y el buen gobierno en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, cuyo primordial referente legal se halla en la regulación estatal contenida en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que concedía a las Comunidades Autónomas un plazo de dos años para adaptarse a su contenido obligacional.

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) Relacionadas con el respeto o modo de reproducción de la normativa básica estatal.-

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 23/2015, de 28 de enero, emitido con motivo de un anterior anteproyecto de Ley de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana, que, finalmente, no llegó a ser cursado a las Cortes Regionales.

En el citado dictamen, el Consejo puso de manifiesto, con carácter general, la problemática frecuentemente planteada por la reproducción de normas básicas estatales o dictadas por el Estado en ejercicio de sus competencias exclusivas. A tal efecto, volvió a remitirse a lo ya significado en el citado dictamen 23/2015, en el que manifestó lo siguiente: “[...] *el marco normativo en el que viene a insertarse el texto legal proyectado aparece notablemente condicionado por la obligada observancia de determinaciones plasmadas en preceptos que gozan de la condición de normativa básica fijada por el Estado en ejercicio de sus competencias exclusivas. Este condicionamiento viene dado, primordialmente, por la mayor parte del articulado de la tan citada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, toda vez que lo señalado en su disposición adicional octava -sobre el “título competencial” ejercido- lleva a interpretar que los preceptos no aludidos expresamente en la misma ostentan, de forma indiferenciada, la condición de normativa dictada al amparo de los títulos competenciales concernientes a: “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” -artículo 149.1 1^a de la Constitución-, “Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”-artículo 149.1 13^a de la Constitución- y “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus*

funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas [...]” -artículo 149.1 18ª de la Constitución-. Pese a que la cita conjunta de los tres títulos competenciales previamente aludidos provoque ciertas dificultades de diferenciación entre preceptos conceptuales como genuina normativa básica estatal, asociada al ejercicio de competencias compartidas con las Comunidades Autónomas, preceptos que ejercen “competencias horizontales”, o normativa de necesaria observancia no susceptible de desarrollo por el legislador autonómico, la problemática que genera el acatamiento de esos preceptos o las alternativas que ofrece su eventual forma de integración en normas autonómicas, debe ser abordada siguiendo los criterios constitucionales sentados respecto al tratamiento de la normativa estatal, ponderando, en su caso, el carácter básico declarado en esta ocasión de forma implícita. [] Esta es una cuestión que ya ha sido abordada en numerosas ocasiones por este Consejo, con motivo del examen de proyectos legales o reglamentarios de disposiciones autonómicas incardinables en dichos ámbitos competenciales compartidos o transversalmente vinculados con competencias exclusivas del Estado. Así, como ejemplo cercano de repaso de la doctrina enunciada por el Tribunal Constitucional sobre la problemática generada por la repetición indiscriminada o aparentemente aleatoria de preceptos legales estatales en normas autonómicas, viene al caso lo expuesto en el reciente dictamen 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, exponiéndose al efecto: [] “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 162/1996, 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, incurrir en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a las Comunidades Autónomas” (ibídem). 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

dad 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, 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 o el apartamiento de determinaciones estatales aprobadas con carácter básico, fueron las siguientes:

1) Información sobre convenios, encomiendas y encargos.- El artículo 17 del anteproyecto regulaba las obligaciones de publicidad activa relativas a información concerniente a “*convenios, encomiendas y encargos*”.

El artículo 8.1.b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre establece en su inciso final: “[...] *Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma*”. Por su parte, el precepto legal proyectado disponía al respecto que se deberían hacer públicas “[...] *Las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, duración, presupuesto, obligaciones económicas y las contrataciones que, al amparo de dichas autorizaciones, se realicen con mención de los adjudicatarios, importe de las mismas y desarrollo de su ejecución*”.

Señaló el Consejo que “*La comparación de ambos preceptos permite apreciar que, además de algún añadido previsto en la norma autonómica sobre la información a divulgar, el término “subcontrataciones” de la disposición estatal ha sido sustituido por el de “contrataciones”, lo cual supone, en principio un*

apartamento de las previsiones de la norma estatal de referencia. Bien es cierto que el uso del término “subcontrataciones” en el precepto estatal resulta algo desconcertante, en cuanto que parece una formulación poco rigurosa y cuya interpretación más lógica llevaría implícita la consideración de la encomienda de gestión como una variante contractual, lo cual es claramente contrario a la naturaleza de esa figura –ex artículo 15.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o 11.1 de Ley 40/2015, de 1 de octubre-. De tal modo, el empleo del vocablo “contrataciones” en el texto proyectado vendría a corregir la aparente incongruencia o falta de precisión suscitada por el tenor del precepto estatal aludido, que, sin motivo plausible, impone una obligación informativa sobre las subcontrataciones, pero no sobre las contrataciones que las hubiesen propiciado. Aun así, para evitar incurrir en una omisión del deber de información sobre subcontrataciones que literalmente es el que ha sido enunciado en dicho precepto estatal, parece aconsejable que el epígrafe analizado incorpore ambas denominaciones o figuras contractuales, haciendo mención tanto a las contrataciones como a las subcontrataciones que se celebren en ejercicio y cumplimiento de encomiendas de gestión”.

2) Tramitación.- El artículo 32 del texto proyectado considera el Consejo que pretendía ser de aplicación, “*supuestamente, tanto a las solicitudes de acceso a información, como a las peticiones de reutilización de datos y documentos, así como a los procedimientos subsiguientes -dada la remisión efectuada en el artículo 28.2 del anteproyecto-*”. Tomaba como referencia el contenido del artículo 19 de la citada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, que establece al efecto para los procedimientos de acceso a la información pública: “*Artículo 19. Tramitación. [] 1. Si la solicitud se refiere a información que no obre en poder del sujeto al que se dirige, éste la remitirá al competente, si lo conociera, e informará de esta circunstancia al solicitante. [] 2. Cuando la solicitud no identifique de forma suficiente la información, se pedirá al solicitante que la concrete en un plazo de diez días, con indicación de que, en caso de no hacerlo, se le tendrá por desistido, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución. [] 3. Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación. [] 4. Cuando la información objeto de la solicitud, aun obrando en poder del sujeto al que se dirige, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, se le remitirá la solicitud a éste para que decida sobre el acceso”.*

Al contrastar el contenido de este artículo con las determinaciones de su homónimo en el texto autonómico proyectado en el dictamen se advierte, *en primer término, que las cautelas introducidas en el apartado 3 del artículo 19, por razón de la posible afectación de derechos o intereses de terceros se han redefinido en unos términos no enteramente coincidentes, disponiendo el precepto proyectado -artículo 32.3- que en esos casos, si los posibles afectados están identificados o son fácilmente identificables, “[...] se les debe dar traslado de la solicitud, y tienen un plazo de quince días para presentar alegaciones, suspendiéndose el plazo para resolver hasta la recepción de las alegaciones o el transcurso del plazo máximo de presentación, si estas pueden resultar determinantes del sentido de la resolución”*. El cotejo de ambos preceptos permite ver que el sistema de salvaguarda de los derechos e intereses de terceros instaurado con carácter básico por la norma estatal se deja aquí supeditado -no se sabe si en su integridad o solo respecto de los mencionados efectos suspensivos del plazo de resolución- a la concurrencia de una circunstancia que, no solo aparece configurada como un concepto jurídico de muy difícil concreción: el alcance determinante de las potenciales alegaciones; sino que, además, ha sido construido mediante una formulación que parece reñida con la lógica, en la medida en que, a priori, no parece razonable hacer disquisiciones sólidas sobre el carácter determinante de unas alegaciones que ni siquiera han sido recibidas por el órgano competente para tramitar o resolver la petición de acceso a la información. [] De otro lado, es también apreciable que el artículo 32 analizado viene a recoger todas la reglas de actuación contempladas en el artículo 19 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, pero obviando por completo las determinaciones de su apartado 4 -previamente transcrito-, relativo al acceso a información disponible en un órgano o entidad pero generada total o principalmente en otro distinto, lo que parece constituir un caso de reproducción incompleta de normativa básica que podría generar los problemas de inseguridad jurídica reprobados por la doctrina del Tribunal Constitucional”.

3) Resolución.- El apartado 1 del artículo 33 del Anteproyecto estaba destinado únicamente a los sujetos mencionados en el artículo 4.1.a) de la propia Ley estatal, que eran la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y los organismos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ella, y señalaba en su inciso final cuál era el plazo disponible para dictar y notificar resolución en los procedimientos de acceso a información o reutilización de datos y documentos, significando al respecto que la correspondiente resolución “[...] *habrá de notificarse en el plazo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver, con un máximo de 45 días naturales desde su presentación*”.

También aquí la norma autonómica proyectada se inspiraba en las previsiones del artículo 20.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, que establece para los procedimientos de acceso a la información: “1. La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver [...]”.

El Consejo puso de manifiesto que “la confrontación de ambas regulaciones deja ver que el precepto autonómico proyectado, con el limitado alcance resultante de su remisión a una reducida parte de su ámbito subjetivo, introduce una singularidad que condiciona sustancialmente la operatividad del plazo de un mes establecido por la normativa estatal de referencia para todos los sujetos concernidos. [] Para el análisis adecuado de esta problemática y la emisión de un pronunciamiento sobre la viabilidad de ese plazo de 45 días previamente referido, dada la ya cercana entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, conviene centrarse en el contenido del artículo 21 de dicha disposición legal, apartados 2 y 3, donde se prevé, como regla de carácter general aplicable a todos los procedimientos administrativos de las Administraciones Públicas: “2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. [...]. [] 3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. **Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:** []. [...] b) **En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para su tramitación**”. [] De tal modo, a juicio de este Consejo, la previsión atinente a la posible vinculación del plazo de resolución con la fecha de la mera presentación de la solicitud -no se dice dónde- plantea una doble problemática. De un lado, resulta visiblemente contraria a la normativa básica estatal de referencia reguladora del procedimiento administrativo común, anteriormente transcrita, que entrará en vigor el próximo 2 de octubre y que, de hecho, ha venido a alterar la previsión del artículo 20.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en cuando que anticipa el momento de inicio del cómputo del plazo a la entrada de la solicitud en el registro de la Administración competente para su tramitación, necesariamente anterior a su recepción por el órgano competente para resolver, con lo que, de ese modo, resultarían intrascendentes para dicho cómputo los tiempos invertidos en las eventuales comunicaciones internas de la Administración requerida. De otro lado, hay que señalar que la introducción del controvertido plazo de 45 días, en los ambiguos términos plasmados en el texto proyectado, abre la posibilidad a que los efectos del

silencio administrativo previstos para estos casos -que se analizarán seguidamente- puedan producirse antes incluso de que la solicitud haya llegado a manos de la Administración u organismo competente para su tramitación, si tenemos en cuenta las distintas alternativas y fórmulas de presentación de documentos actualmente contempladas en el artículo 16.4 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, que guardan estrecho paralelismo con las opciones ofrecidas por el aún vigente artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

Por su parte, el apartado 3 del citado artículo 33 acogía una regla singular sobre los efectos del silencio administrativo sólo aplicable a los sujetos del artículo 4.1.a) de la propia Ley; es decir, la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y los organismos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ella, estableciendo que “[...] *el transcurso del plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa producirá efectos estimatorios*”. La norma básica estatal de referencia se encuentra plasmada en el artículo 20.4 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, que dispone al efecto: “4. *Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada*”.

En el dictamen se expresó que “*la inserción de esa singularidad contradictoria con las previsiones de la normativa básica estatal aplicable ha suscitado algún reparo entre los órganos y unidades informantes durante el desarrollo del proceso de elaboración de la norma, pudiendo destacarse la abierta crítica formulada al respecto por la Intervención General -folio 128 del expediente- o el reconocimiento por el Gabinete Jurídico de que lo pretendido no constituye, precisamente, una cuestión pacífica -folio 236 del expediente-. [] Para abordar el examen de esta cuestión conviene dejar expuesto, primeramente, cuál es el tratamiento general del silencio administrativo en nuestro ordenamiento jurídico, plasmado en el actual artículo 24 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, donde se señala al efecto, con el carácter de normativa básica estatal dictada al amparo del artículo 149.1 18ª de la Constitución: “1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, **excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario. Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio***

del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general. [] *El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. [] El sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado”. [] La norma previamente transcrita no difiere sustancialmente del contenido del todavía vigente artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuyo actual tenor fue incorporado a la misma a través del artículo 2.Dos de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, denominada “Ley Omnibus”, estableciendo en lo que aquí especialmente interesa que “el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario”. [] Partiendo de estas premisas, es notorio que en el momento actual existe un precepto legal básico, contenido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre -posterior, por tanto, a dicha Ley “Omnibus”-, en el que atendiendo, supuestamente, a la presencia de razones imperiosas de interés general -lamentablemente, no explicitadas en su exposición de motivos-, el legislador estatal ha determinado con carácter general que en los procedimientos de acceso a la información regulados en sus artículos 17 y siguientes el sentido del silencio administrativo será desestimatorio, lo cual podría ser coherente con la importancia de asegurar el respecto a los límites del derecho al acceso a la información enunciados en el artículo 14 de dicha Ley 19/2013, de 9 de diciembre, o con la necesidad de conciliar el ejercicio de ese derecho, de forma discriminada y meticulosa, con el deber de protección de los datos de carácter personal tratados en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, a lo que se dedica especialmente el artículo 15 de la propia Ley 19/2013, de 9 de diciembre. [] En contra de tal planteamiento, podría argumentarse, como se ha hecho en algún pasaje de la Memoria “intermedia” aludida en el antecedente decimocuarto -folio 242 del expediente-, que el legislador es-*

tatal ha incurrido en una extralimitación en el uso de sus títulos competenciales; pero, obviamente, mientras tal declaración no sea formulada por quien ostenta esa función institucional -el Tribunal Constitucional-, el escenario normativo en el que viene a insertarse la norma legal proyectada ya incorpora un precepto legal y de carácter básico que establece lo contrario de lo propugnado en el artículo 33.3 proyectado. Es más, en la doctrina del Tribunal Constitucional es posible encontrar algún precedente en el que se ha validado el posible carácter básico de normas estatales que impusieron un determinado sentido para el silencio administrativo en procedimientos no gestionados por la Administración estatal: por ejemplo, en las Sentencias 23/1993, de 21 de enero, fundamento de derecho tercero; o en la reciente Sentencia 20/2016, de 4 de febrero, fundamento de derecho séptimo, a cuyo contenido cabe remitirse. [] Asimismo, en sentido concordante a lo expuesto, cabe traer a colación lo dicho por el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana en su dictamen 641/2014, de 20 de noviembre, relativo al anteproyecto de Ley de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana, en el que, al analizarse un precepto similar al aquí ponderado, se rechazaba tal medida mediante la formulación de las siguientes conclusiones: “[...] al ser competencia exclusiva estatal el procedimiento administrativo y prever el artículo 20 de la Ley estatal el sentido del silencio administrativo negativo, la Ley autonómica no puede atribuir sentido estimatorio al silencio administrativo como hace el artículo 15 del Anteproyecto estudiado, debiendo ajustarse a lo dispuesto en la normativa estatal, por lo que el silencio deberá de ser negativo y, en coherencia, se sugiere la supresión del segundo párrafo del apartado 3”. [] Debe precisarse, por último, que el reparo esencial que acaba de exponerse solo concierne a los procedimientos de acceso a la información regulados en la sección 1ª del capítulo III del título II del anteproyecto, toda vez que en el ámbito de la reutilización de datos y documentos la norma estatal equivalente que impone el sentido desestimatorio del silencio -localizada en el artículo 10.8 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre- no goza de carácter básico, según precisa su propia disposición final primera, por lo que no existiría la restricción que impide alterar el sentido del silencio en el otro ámbito material anteriormente aludido”.

4.- Principios de actuación.- El artículo 35 del anteproyecto recogía en su apartado 1 un enunciado general, y en su apartado 2 los principios de actuación a los que debían adecuar su actividad las personas comprendidas en su ámbito de aplicación.

Estos principios de actuación, así como otros “generales”, están establecidos con carácter de básico en el artículo 26 de la Ley 19/2013, de 9 de diciem-

bre, si bien el anteproyecto sometido a dictamen, modificaba notablemente su redacción, añadiendo, completando o refundiendo algunos y prescindiendo de otros -por ejemplo no se incluyen los principios generales del artículo 26.2 a), ni tampoco algunos de los principios de actuación de la letra b)-, lo que, a juicio del Consejo, “*supone otro supuesto de reproducción alterada e incompleta de normativa básica, que incurre en los problemas anteriormente reseñados*”. Así, se recomendó especialmente que “*el precepto contenga una remisión al artículo básico -sin perjuicio de que seguidamente añada o complemente estos principios-, por la función informativa de la interpretación y aplicación del régimen sancionador que le atribuye el apartado 2 del artículo 26 de la norma básica*”.

5) Potestad e iniciativa normativas.- El artículo 39 recogía una serie de principios que la Administración de la Junta de Comunidades debía observar para el ejercicio de su iniciativa normativa y potestad reglamentaria.

Estando establecidos tales principios, con carácter básico, en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el Consejo se remitió a lo ya indicado sobre la reiteración de normas básicas.

6) Reclamaciones ante el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha.- El apartado 4 del artículo 64 del anteproyecto determinaba que “*El plazo máximo para resolver y notificar la resolución de la reclamación será de tres meses, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá estimada*”.

En el dictamen se entendió que “*esta previsión contraviene lo dispuesto con carácter básico en el artículo 24.4 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, que establece que debe entenderse desestimada. Igualmente contraviene lo establecido con idéntico carácter básico en el artículo 24.1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que dispone que “El sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados [...]*”.

B) Consideración general sobre el régimen sancionador.- El dictamen dedicó una de sus consideraciones al título IV del anteproyecto, referido al “*Régimen sancionador*”, que pretendía unificar en unos pocos artículos las contravenciones de las obligaciones establecidas en la normativa básica estatal (Leyes de transparencia y de reutilización de documentación del sector público) y las establecidas en el propio anteproyecto, ámbitos en los que confluyen normas esta-

tales que cuentan con régimen sancionador de carácter básico (buen gobierno), normas estatales cuyo régimen sancionador no es básico (reutilización de documentos del sector público), o bien carentes del mismo (publicidad activa y derecho de acceso a la información); y también las obligaciones impuestas por el propio anteproyecto sometido a dictamen.

Como entendía el Consejo, *“tales obligaciones son de distinta naturaleza y van dirigidas a diferentes colectivos de posibles sujetos infractores lo que condiciona el régimen jurídico al que están afectos (por ejemplo, los miembros del Consejo de Gobierno, los empleados públicos, las personas físicas o jurídicas privadas -receptores de subvenciones, contratistas del Sector Público, personas autorizadas a reutilizar documentación del sector público, grupos de interés, partidos políticos, etc.-). [] La inclusión en un único régimen sancionador indiferenciado de una pluralidad de materias que atañe a varios grupos de sujetos infractores, afectados por diferentes regímenes jurídicos de aplicación y que, además, se encuentra parcialmente condicionado por normativa básica estatal, resulta difícilmente conciliable con los principios de seguridad jurídica y tipicidad que rigen la potestad sancionadora de la Administración y da lugar a múltiples interrogantes, según se dirá pormenorizadamente más adelante, pero cuyos reproches más relevantes son la transcripción incompleta y alterada de normativa básica estatal, la ausencia de identificación de quiénes son los posibles sujetos infractores de las infracciones relacionadas en los artículos 49 a 51 del anteproyecto y la falta de adecuación de las sanciones que establece a las recogidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en materia de buen gobierno”*.

Respecto a la **transcripción parcial y alterada de normas básicas**, se aprecia en el caso del régimen sancionador en materia de buen gobierno. El anteproyecto prescindía de hacer referencia alguna a las infracciones en materia de gestión económica presupuestaria establecidas en el artículo 28 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Sin embargo, transcribía alterando su redacción algunas de las infracciones disciplinarias previstas en el artículo 29 de dicha Ley, mientras que otras no figuraban en el anteproyecto.

Se señaló en el dictamen que *“en el expediente no constan las razones de esa peculiar técnica legislativa por lo que este Consejo no acierta a comprender el criterio seguido por el autor del anteproyecto”*.

En lo que se refiere a la **identificación de los sujetos infractores**, expuso el órgano consultivo que *“debe partirse del principio de tipicidad, que consiste en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infrac-*

toras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción, porque la norma establezca, con el suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen la infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa. Así pues, las leyes sancionadoras han de configurarse llevando a cabo el “máximo esfuerzo posible” (STC 62/1982, de 15 de octubre) 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 (SSTC 151/1997, de 29 de septiembre; 218/2005, de 12 de septiembre, o 145/2013, de 11 de julio)”.

Se describe a continuación que “en el anteproyecto, el título IV, si bien encabezado por un artículo que enumera los posibles responsables por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la “legislación estatal básica o en la presente ley, con dolo, culpa o negligencia”, señala seguidamente un catálogo de infracciones en sus artículos 49 a 51, de manera indiferenciada e independiente de los posibles sujetos infractores, de modo que no queda determinado cuáles son las infracciones en que puede incurrir cada uno de los distintos grupos de obligados, siendo evidente que algunas de las infracciones tipificadas en el anteproyecto solamente pueden ser cometidas por algunos de los responsables enumerados en el artículo 48, y no por todos indistintamente. Por ejemplo, las infracciones en materia de buen gobierno, pueden ser cometidas exclusivamente por “altos cargos o asimilados”, por disponerlo así la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, mientras que las infracciones previstas en los artículos 50.2.g) o 51.2.c) del anteproyecto sólo pueden ser cometidas por los denominados grupos de interés.

Especial incertidumbre genera la ausencia de concreción de los sujetos infractores en materia de publicidad activa y derecho de acceso a la información, pues las obligaciones establecidas en el anteproyecto aparecen referidas a los sujetos previstos en el artículo 4 del mismo (Administración regional, su sector público, Universidad de Castilla-La Mancha, Corporaciones de Derecho Público, etc.) sin que, por el contrario, estas instituciones y organizaciones aparezcan como posibles responsables en la relación de sujetos contenida en el artículo 48, ni tampoco figuran en el artículo 56 cuando se determina el órgano competente para tramitar el procedimiento en función del sujeto infractor, sino que tal responsabilidad se deriva siempre hacia quienes las dirigen o prestan servicios en ellas.

De este modo, si el régimen sancionador/disciplinario en estas materias, pretende hacer responsable de la inobservancia de los preceptos, no a la Administración u organización a quien va dirigida la obligación, sino a quienes las dirigen o son empleados de las mismas, deberá identificar adecuadamente quiénes son los sujetos obligados, a fin de que estos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever así las consecuencias de sus acciones.

En relación con este artículo 48, el apartado 1 identifica como responsables de las infracciones a quienes realicen las acciones o incurran en omisiones “tipificadas en la legislación estatal básica o en la presente ley [...]”. La seguridad jurídica aconseja completar este apartado identificando a qué legislación estatal básica se refiere (por ejemplo la Ley 19/2013, de 9 de diciembre o la Ley 37/2007, de 16 de noviembre).

El apartado 2 enumera quiénes son los responsables del incumplimiento de las obligaciones establecidas “en el número anterior”, señalando tres posibles colectivos: las autoridades, directivos y el personal al servicio de los sujetos incluidos en el artículo 4.1; las entidades, organizaciones y personas físicas y jurídicas a que se refiere el artículo 5 y los grupos de interés.

Al respecto, cabe indicar que se echa en falta la referencia al personal de las entidades que integran la Administración Local en la Comunidad Autónoma, toda vez que de modo contradictorio, el apartado 3 sí incluye en su letra b) punto 2º una referencia al régimen jurídico al que quedan sujetos.

También se aprecia la ausencia de referencia a los sujetos infractores en materia de reutilización de la información del sector público, que habitualmente serán de naturaleza privada, en desarrollo de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, cuyo régimen sancionador no tiene carácter básico y, por tanto, precisa desarrollo en la normativa autonómica.

Finalmente, debe ponerse de manifiesto la gran inseguridad jurídica que genera la inclusión en el ámbito del régimen sancionador, del personal al servicio de los sujetos incluidos en el artículo 4.1 de esta Ley, que no ostenta la condición de altos cargos o asimilados, colectivo al que el anteproyecto incluye expresamente en sus apartados 2.a) y 3.b) del artículo 48, como posibles responsables del incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta materia.

Ello por cuanto que el régimen sancionador previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, referido únicamente al buen gobierno, afecta exclusivamente a

“los altos cargos y asimilados que, de acuerdo con las normativa autonómica o local que sea de aplicación, tenga tal consideración, [...]”. Igualmente el anteproyecto al definir en su artículo 34 el ámbito de aplicación del capítulo I del título III- Buen Gobierno- se limita a los altos cargos y asimilados. El resto del título III no contiene obligaciones dirigidas a los empleados públicos.

En el ámbito de publicidad activa y derecho de acceso a la información pública, tampoco existen obligaciones dirigidas específicamente al personal al servicio de la Administración, pues, como se dijo antes, las obligaciones y los deberes establecidos en el título II del anteproyecto van dirigidos con carácter general a las propias Administraciones, organismos y entes de su ámbito de aplicación, sin determinar qué órgano es el responsable de su cumplimiento que, en su caso, vendría a ser el titular del órgano directivo que tenga legal o reglamentariamente atribuida esa función. Igualmente la competencia para resolver las solicitudes de acceso a la información pública, corresponde a altos cargos o asimilados, pues el artículo 30.2 del anteproyecto dispone que estos son: “en defecto de los establecidos por sus respectivas normas de organización, las secretarías generales, secretarías generales técnicas u órganos análogos con competencias en los servicios comunes”.

En la conformación de este régimen sancionador debe tenerse en cuenta que, a diferencia de los altos cargos y asimilados, los empleados públicos ya disponen de un nutrido régimen disciplinario establecido en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla-La Mancha y Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, que aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios del Estado, por lo que si se estima que este debe ser completado con nuevas infracciones debería partirse de las ya previstas a fin de evitar reiteraciones, habida cuenta de la disparidad de las sanciones previstas que, en el caso del anteproyecto, incluyen multas pecuniarias que no existen en el régimen disciplinario general de los empleados públicos”.

Por lo que se refiere a las **sanciones**, el artículo 52, alude a las disciplinarias, y se estructuraba en 2 apartados, en función de que el sujeto sancionado ostente la condición de alto cargo o asimilado o se trate de personal al servicio de la Administración que no ostenta esa condición.

En el caso de los altos cargos o asimilados, se fijaban sanciones diferentes a las establecidas en la normativa básica estatal para este mismo colectivo en ma-

teria de buen gobierno, señalando el Consejo que vulneraba, por tanto, “*la normativa básica cuando se trata de las infracciones ya previstas por esta, pues no se pueden establecer sanciones distintas a las establecidas con carácter básico por el Estado, para las infracciones contempladas en dicha normativa básica, y que además atenúan las contempladas en dicha normativa básica en materia de buen gobierno*”.

Se continúa en el dictamen expresando que “*este tipo de controversia competencial ya había sido resuelta, en su estricta dimensión constitucional, por el Tribunal Constitucional en Sentencias 102/1995, de 26 de junio, 156/1995, de 26 de octubre, 196/1996, de 28 de noviembre, o 16/1997, de 30 enero.*”

Si bien dichas Sentencias se dictaron en materia de medio ambiente, se trata de una competencia que también reserva al Estado la legislación básica, pudiendo las Comunidades Autónomas aprobar legislación de desarrollo. En la última de dichas Sentencias el Alto Tribunal declaró que el Estado, “[...] puede establecer con carácter básico un catálogo de infracciones -ampliable por el legislador autonómico- sancionables administrativamente que establecen una protección mínima que debe ser común en todo el territorio nacional. Por ello mismo, si el legislador autonómico «hubiera suprimido las infracciones muy graves o hubiera rebajado sensiblemente la cuantía de la sanción correspondiente, se habría dejado sin efecto la norma estatal» (fundamento jurídico 8.º, STC 156/1995). En definitiva, como dice la STC 196/1996, «la protección concedida por la Ley estatal puede ser ampliada y mejorada por la Ley autonómica; lo que resulta constitucionalmente improcedente es que resulte restringida o disminuida»”.

Respecto a las eventuales infracciones no previstas en la normativa básica, e incorporadas en el anteproyecto (cuya identificación es, por otra parte, difícil pues la modificación de la redacción de los tipos infractores viene a complicar la identificación), no se respeta ni se justifica en ocasiones el principio de proporcionalidad que rige en el derecho sancionador. Por ejemplo, la sanción consistente en la declaración de incumplimiento con publicidad, no concreta que esta debe materializarse en el Diario Oficial o se incluyen multas pecuniarias que no se contemplan en las sanciones previstas en la norma básica, sin que consten las razones para incrementar o disminuir la sanción.

Respecto a las restantes sanciones contempladas en el artículo 53, aplicable a “las personas físicas o jurídicas que no tienen la condición de altos cargos o asimilados ni de personal al servicio de los sujetos del artículo 4 de esta Ley [...]”, parece que el ámbito de aplicación de estas sanciones quedaría más claro

si se refiere directamente a los sujetos definidos en el artículo 5 y a los grupos de interés, que son los únicos colectivos distintos de los altos cargos o asimilados y resto de empleados públicos, enunciados como responsables en el artículo 48.

No obstante, debe tenerse en cuenta la posibilidad antes referida de incluir en el régimen sancionador a quienes infrinjan las obligaciones en materia de reutilización de la información del sector público, o bien establecer la aplicación supletoria del régimen sancionador previsto en la Ley estatal.

Por otra parte, en relación con las sanciones previstas, no se comprende la razón por la que la comisión de infracciones leves prevé la “suspensión durante un periodo máximo de un año, de la inscripción en el Registro de grupos de interés”, y dicha sanción no está prevista para el caso de comisión de una infracción grave, circunstancia que parece contrariar el principio de proporcionalidad propio del régimen sancionador”.

Concluye el Consejo a este respecto que “las consideraciones anteriores no suponen que todos los preceptos de este título estén afectados del mismo modo y con el mismo grado de intensidad por los reparos de legalidad, deficiencias en la tipificación y la consiguiente falta de seguridad jurídica, pero el modo en que están articulados hace más conveniente una reelaboración del conjunto del régimen sancionador, más que el intento de una depuración puntual de cada uno de los preceptos que contiene. A tal efecto se sugieren las siguientes pautas:

1.- En materia de buen gobierno se propone efectuar una remisión en bloque a lo dispuesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, con carácter básico, o norma que en el futuro la sustituya. En el caso de que se considere la posibilidad de añadir nuevas infracciones en este ámbito, deben separarse claramente de las anteriores.

2.- El régimen sancionador en materia de publicidad activa y derecho de acceso a la información es el ámbito más complejo según se ha expuesto, que exige un esfuerzo por clarificar quienes son los sujetos responsables -a fin de eliminar la discordancia entre obligaciones dirigidas a Administraciones públicas y su administración institucional y un régimen sancionador que en lugar de sancionar a estas, sanciona a sus directivos o empleados- y quién es el órgano competente para tramitar el correspondiente procedimiento.

En principio, lo más razonable sería que se sancionase a la entidad incumplidora (Corporación de derecho público, fundación, empresa pública, etc...), y

que, posteriormente, cada una depurara responsabilidades dentro de su propia organización.

3.- En el ámbito de la reutilización de la información del sector público podría declararse la aplicación del régimen sancionador previsto en el artículo 11 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, completado con la determinación de los órganos competentes para tramitar y resolver el procedimiento.

4.- Respecto a las infracciones que puedan cometer los grupos de interés, se estima que debido a su singularidad, debería regularse en un artículo independiente, en el que también se deberían concertar las sanciones correspondientes y el órgano competente para su tramitación”.

C) Consideración esencial sobre Cartas de Servicios.- El artículo 38 del anteproyecto establecía la obligación de la Administración Regional y su sector público de aprobar cartas de servicio, enumerando también su contenido mínimo.

En su apartado 2 disponía que: *“El contenido de las cartas de servicios es vinculante para la Administración y los usuarios y puede ser invocado en vía de recurso o reclamación”*, mientras que el apartado 3 determinaba que en el ámbito de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, las cartas de servicio serán aprobadas *“mediante resolución del titular del órgano gestor competente por razón de la materia [...]”*.

Se expresaba en el dictamen que *“el precepto no define sin embargo qué son estos documentos ni qué naturaleza jurídica tienen, pero de la regulación contenida en el precepto cabe afirmar que no pueden tratarse de disposiciones de carácter general por cuanto que atribuye su aprobación al titular del órgano gestor competente por razón de la materia (pudiendo tratarse, por ejemplo, de un Director general, el director de una biblioteca pública o el gerente de un hospital), mediante “resolución”, es decir, no emanan del Consejo de Gobierno que es el titular de la potestad reglamentaria (artículo 13.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha y artículo 36 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre).*

El apartado 2 les confiere carácter vinculante para la Administración y para los usuarios (uno de sus contenidos mínimos son los derechos y deberes de los usuarios), cuyo contenido puede ser invocado en vía de recurso o reclamación. Sin embargo, tales características son predicables de las disposiciones y no de un documento informativo o una herramienta de calidad.

Examinando la regulación sobre cartas de servicios aprobada por la Administración del Estado y otras Comunidades Autónomas, observamos que la mayoría han optado por definir las como instrumentos de gestión de la calidad y documentos de carácter informativo, por ejemplo el Decreto 31/2003, de 18 de noviembre, de la Junta de Andalucía, que aprueba el sistema de evaluación de la calidad de los servicios y establece los Premios a la calidad de los servicios públicos, o el Decreto 27/1999, de 6 de marzo, de la Comunidad de Madrid, que regula las Cartas de Servicios, los sistemas de evaluación de la calidad y los premios anuales a la excelencia y calidad del servicio público.

El Estado en el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado define en su artículo 8 las cartas de servicios como “documentos que constituyen el instrumento a través del cual los órganos, organismos y entidades de las Administración General del Estado informan a los ciudadanos y usuarios sobre los servicios que tienen encomendados, sobre los derechos que les asisten en relación con aquellos y sobre los compromisos de calidad en su prestación [...]”.

Por el contrario, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña, define las cartas de servicios en su artículo 59 como de naturaleza reglamentaria, cuyo contenido es vinculante para la Administración y los usuarios y puede ser invocado en vía de recurso o reclamación, siendo aprobadas mediante Decreto del Gobierno de dicha Comunidad Autónoma o por Orden del titular del departamento correspondiente.

En definitiva, el artículo 38 del anteproyecto debe definir el modelo de cartas de servicio que pretende implantar, debiendo optar por configurarlas bien como un documento informativo que explicita los compromisos de calidad a que se aspire, o bien como un auténtico reglamento regulador de las condiciones de prestación del servicio correspondiente, pero teniendo en cuenta que en este segundo caso, su aprobación corresponderá al Consejo de Gobierno mediante Decreto, sometiéndose su elaboración al procedimiento de elaboración reglamentaria contenido en el artículo 36 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, y también a las disposiciones que en este ámbito introduce la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en sus artículos 128 y siguientes”.

El anteproyecto presentado por el Gobierno fue finalmente aprobado por Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Casti-

lla-La Mancha, atendiendo a todas las observaciones esenciales formuladas en el dictamen.

Finalmente, durante el año 2016, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha emitió los siguientes dictámenes en materias de carácter constitucional y estatutario:

- Dictamen número 12/2016, de 20 de enero, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley de Medidas Administrativas y Tributarias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.
- Dictamen número 98/2016, de 29 de marzo, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley de concesión de un crédito extraordinario por importe de 140.760,50 euros para sufragar los gastos de las elecciones a las Cortes de Castilla-La Mancha, celebradas el 24 de mayo de 2015.
- Dictamen número 133/2016, de 27 de abril, solicitado por la Consejería de Fomento, sobre convenio de colaboración entre las Comunidades Autónomas de Madrid y Castilla-La Mancha para renovación de títulos de abono transporte.
- Dictamen número 311/2016, de 28 de septiembre, solicitado por la Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Desarrollo Rural, sobre el anteproyecto de Ley por la que se establecen medidas adicionales de protección de la salud pública y el medio ambiente para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos, utilizando la técnica de la fractura hidráulica.

RESUMEN

En este trabajo, de carácter anual, se recoge la labor del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha referida al ejercicio de competencias constitucionales y estatutarias atribuidas por el artículo 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 2016, en la emisión de seis dictámenes sobre anteproyectos de ley y uno sobre un convenio de colaboración entre la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha y la de Madrid. En tres de ellos 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

Contenido de la ley de presupuestos, remisión normativa, Estatuto de Autonomía, tramitación de urgencia, nulidad radical, legislación básica, reproducción de normativa estatal, inconstitucionalidad, régimen sancionador, sujeto infractor, sanciones, infracciones, seguridad jurídica, principio de tipicidad, silencio administrativo.

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 2016, in the issuance of six opinions on preliminary draft laws and one on a collaboration agreement between the Autonomous Community of Castilla-La Mancha and Madrid. In three of them, the Council made essential considerations that should be remembered as a more significant doctrine, referring to the subject 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.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
AUTONÓMICO Y PARLAMENTARIO.
(1 ENERO DE 2016 A 1 DE ENERO DE 2017)

Dra. M^a Elena Rebato Peño
Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM.

Recibido: 01-09-2017

Aceptado: 10-09-2017

SUMARIO

1. Actividades sobre Derechos Fundamentales.

*1.1. XXI Jornadas de Derecho Constitucional: “Honor y vida privada”,
Ciudad Real, 24 y 25 de noviembre.*

2. Actividades relacionadas con el Sistema Autonómico:

*2.1 XXVI Seminario de Estudios Autonómicos: “Repensando el Estado
Autonómico”. Toledo, 14 y 15 de abril.*

*2.2 XIX Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha:
“Transparencia y Buen gobierno”. Cuenca, 25 y 26 de febrero.*

3. Actividades en materia de Justicia Constitucional.

*3.1 I. Edición título de especialista en Justicia Constitucional, Interpretación
y Tutela de los Derechos Fundamentales. Toledo, 4 a 22 de julio.*

*3.2. XVII Jornadas de Justicia Constitucional: “La Reforma Constitucional”.
Toledo, 10 y 11 de noviembre.*

1. Actividades sobre Derechos Fundamentales.

1.1 XXI Jornadas de Derecho Constitucional: “Honor y vida privada”, Ciudad Real, 24 y 25 de noviembre.

Siguiendo la línea de estudio de derechos fundamentales marcada por las Jornadas de Derecho Constitucional que organiza el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha y que se desarrollan en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real; la vigésimo primera edición de las mismas se dedicó al análisis de los derechos contemplados en el artículo 18 de la Constitución Española.

Durante los días 24 y 25 de noviembre alumnos de Derecho y Administración y Dirección de Empresas, tuvieron la ocasión de escuchar a reputados especialistas en Derecho Constitucional y de participar en los debates y mesas redondas organizadas tras sus ponencias.

El estudio del artículo 18 de la Constitución que tiene por objeto el reconocimiento y protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, fue el tema escogido por los organizadores de estas jornadas cuya dirección correspondió a D. Tomás Vidal Marín, Profesor titular de Derecho Constitucional, con la Secretaría de D^ª María Martín Sánchez, Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional.

Nada mejor para iniciar las sesiones que delimitar desde un primer momento el contenido esencial de los tres derechos que se protegen en el artículo 18 CE para que los asistentes pudieran identificar desde el primer momento cuando estamos ante el derecho a la honor y cuando por el contrario frente a la intimidad o a la protección de la imagen. Esta fue la finalidad de la ponencia de D^ª Ana Carmona Contreras, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla.

La sociedad de las telecomunicaciones y la protección del particular y de su intimidad en internet, fue el tema elegido por D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM. Ponencia que se vio complementada por la de D. Artemi Rallo Lombarte, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Jaume I de Castellón, quien destacó especialmente el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en internet.

El denominado derecho al olvido y el tratamiento de los datos personales en internet en los medios de comunicación y en la administración de justicia fueron aspectos que desarrollaron los Magistrados del Tribunal Supremo D. Eduardo Espín Templado y D. Luis M^a Díez Picazo.

Las conferencias impartidas se vieron complementadas por la celebración de una Mesa Redonda sobre el derecho al honor y a la intimidad en los medios de comunicación en la que participaron los profesores de la UCLM, D. Enrique Belda Pérez Pedrero, D^a M^a Elena Rebato Peño y D. Jesús García Minguillán.

2. Actividades relacionadas con el Sistema Autonómico.

2.1. XXVI Seminario de Estudios Autonómicos: “*Repensando el Estado Autonómico*”. Toledo, 14 y 15 de abril.

Las Jornadas más veteranas de la Universidad de Castilla-La Mancha, volvieron a celebrarse en el Paraninfo del Cardenal Lorenzana de la UCLM, en el campus de Toledo los días 14 y 15 de abril. Sin embargo, en esta ocasión el *alma mater* de las mismas, el Magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho Administrativo de la UCLM, no estaba presente en las mismas al haber fallecido el año anterior.

Su actual director Isaac Martín, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la UCLM, diseñó en esta oportunidad un Seminario que abordaba uno de sus temas nucleares, el Estado Autonómico y la necesidad de seguir reflexionando en torno a éste, pese a los más de treinta años de vigencia constitucional del mismo.

El Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, D. Juan José Solozábal Echevarría, fue el encargado de la ponencia que da título a este Seminario. En ella se trataron las cuestiones generales sobre el Estado Autonómico, desde su configuración inicial, la deriva actual y la dirección que a su juicio debe seguir. Las ponencias de D. Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, D. José Tudela Aranda, Letrado de las Cortes de Aragón y D. Marcos Almeida Cerredá, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Santiago de Compostela giraron en torno al concepto democracia y su incidencia en relación con el Estado Autonómico, el ámbito local o el poder constituyente.

El carácter federal del Estado Autonomico español, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación al Estado Autonomico o el procedimiento administrativo de los entes locales, fueron otros de los temas tratados por D. Antonio Arroyo Gil, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, D. Xabier Arzoz Santisteban, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco y D. Francisco Velasco Cabañero, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid, respectivamente.

No podía faltar tampoco en un seminario de esta entidad, el tratamiento de las cuestiones económicas y su influencia en el devenir del Estado autonómico. El control del gasto público en el caso de una reforma constitucional fue el objeto de la ponencia de D. Álvaro Rodríguez Bereijo, ex Presidente del Tribunal Constitucional y Catedrático Emérito de Derecho Financiero.

Como principal novedad en esta edición se culminó el primer día con la proyección de un documental *“Un Tribunal para la Constitución”*, producido por el Colegio de Registrados de España y de la UCLM. A continuación se presentó el Libro Homenaje a Luis Ortega titulado *“Derecho Público de Castilla-La Mancha”*, en el que intervinieron tanto el director de las Jornadas como el resto de miembros del área de Derecho Administrativo que durante tantos años dirigió Luis Ortega.

2.2. XIX Jornadas sobre el Sistema Autonomico de Castilla-La Mancha: “Transparencia y Buen Gobierno”. Cuenca, 25 y 26 de febrero.

Si en los campus de Ciudad Real y Toledo, las áreas de Derecho Constitucional ofrecen sus tradicionales Jornadas dedicadas a temas de Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, optan por abordar las materias constitucionales desde una perspectiva autonómica.

Estas Jornadas dirigidas por los profesores de la Universidad de Castilla-La Mancha, D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y D^ª. Ana M^ª Valero Heredia, Profesora Titular de Derecho Constitucional y con la Secretaría de los profesores D^ª. M^ª Pilar Molero Martín- Salas y D. Tomás Bastarache Bengoa, tuvieron lugar los días 25 y 26 de febrero, dedicadas a la Transparencia y el Buen Gobierno.

Sin lugar a dudas, la transparencia aparece hoy como un tema nuclear de nuestra democracia. La falta de la misma deslegitima a los gobernantes y a sus partidos y pone en cuestión incluso el papel de los medios de comunicación y el propio derecho fundamental a la información. Todos estos aspectos fueron abordados a lo largo de dos días en estas Jornadas que cuentan con la participación del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y con la financiación de las Cortes Regionales.

¿Es posible la juridificación de la responsabilidad política? Con este interrogante abrió las Jornadas el director de las mismas, el profesor Javier Díaz Revorio. Los partidos políticos y su democracia interna fue el tema de la conferencia del Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional, D. Eduardo Espín Templado.

También participaron los Catedráticos de Derecho Constitucional Roberto Viciano Pastor, de la Universidad de Valencia y D. Marc Carrillo López, de la Universidad Pompeu Fabra, disertando sobre la regeneración democrática a través de la reforma constitucional y la transparencia en el acceso a la información en las Administraciones Públicas cada uno de ellos.

El Consejero Consultivo de Castilla-La Mancha y Presidente del Instituto para la Gobernanza y Racionalidad del Voto, D. Enrique Belda Pérez – Pedrero, centró su conferencia en la educación de la ciudadanía como instrumento y sustento de la gobernanza y del Estado Democrático.

Los asiduos a este ciclo de estudios, son conocedores de que uno de los elementos característicos del mismo es la inclusión de Mesas Redondas que desde una perspectiva multidisciplinar analizan el tema objeto del Seminario. En esta ocasión se llevaron a cabo dos Mesas Redondas. La primera, moderada por uno de los secretarios de las Jornadas, D. Tomás Bastarache Bengoa, y titulada “*Transparencia, buen gobierno y opinión pública*”, en la que participaron los periodistas, Nativel Preciado González, Lucía Méndez y Alexia Cué.

La mesa relativa al buen gobierno y a la transparencia en Castilla-La Mancha, fue moderada por D^a M^a Pilar Molero Martín- Salas, co-secretaria de las Jornadas, y en ella participaron los portavoces parlamentarios del Grupo Parlamentario Socialista, Popular y Podemos.

3. Actividades en materia de Justicia Constitucional.

3.1. I Edición título de especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales. Toledo, 4 a 22 de julio.

El Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, celebró en el mes de julio la I. Edición del Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales. Esta primera edición constituye en realidad la continuidad del Título de Especialista en Justicia Constitucional e Interpretación que ya se habían celebrado en años anteriores, pero enriquecidas con dos novedades. En primer lugar el programa se enriquece con temas relativos a la tutela de los derechos; y en segundo el curso ofrece un seminario complementario sobre “La aplicación de los derechos fundamentales a través de decisiones señeras”, en la ciudad de Cádiz, una vez terminada la formación en Toledo.

Sin lugar a dudas la I. Edición de este Título de Especialista mantuvo el nivel de las anteriores enseñanzas de postgrado como demuestra la afluencia de más de 150 estudiantes de gran cualificación profesional y procedentes de Argentina, Costa Rica, México, Perú, República Dominicana y España.

Como en ocasiones anteriores, los directores de la especialidad, los catedráticos de Derecho Constitucional, D. Eduardo Espín Templado, Fco. Javier Díaz Revorio y la profesora Titular M^ª. Luz Martínez Alarcón; y los secretarios los profesores de Derecho Constitucional, D^ª Wendy Jarquín Orozco y D. Jesús López de Lerma, diseñaron una enseñanza de postgrado con metodología y enfoque comparados y en el que se analizaron las nuevas tendencias en interpretación de Derechos, los problemas actuales de los derechos fundamentales, así como los mecanismos de tutela de los mismos y cómo la justicia constitucional afrontan su defensa.

El programa con más de una treintena de temas es impartido por más de cuarenta profesores elegidos entre los más prestigiosos especialistas en esas materias, tanto de Europa como de Iberoamérica. A título únicamente de ejemplo intervinieron en esta edición expertos en Filosofía del Derecho como D. Manuel Atienza, D. Luis Prieto Sanchís, D^ª Marina Gascón Abellán y D. Alfonso García Figueroa; y en derecho 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. Roberto Romboli, de la Universidad de Pisa o D. Roberto Gargarella 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. Andrés Oller del Tribunal Constitucional de España 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.

En el Título de Especialista también se ofrecieron sesiones de presentaciones bibliográficas con las novedades más importantes en materia de justicia constitucional y derechos, en las que intervinieron en algunas ocasiones los autores de las monografías; y una Jornada Iberoamericana en la que los alumnos del Título fueron los ponentes y presentaron sus reflexiones acerca de temas conexos al programa.

Este completo programa, se vio enriquecido en esta edición con un Seminario práctico de jurisprudencia constitucional, en el que a partir de *leading cases* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Suprema Corte de Estados Unidos, o del propio Tribunal Constitucional Español, los alumnos tuvieron la oportunidad de debatir sobre la sentencia estudiada junto con los ponentes. Este Seminario se llevó a cabo en la Universidad de Cádiz durante los días 25 a 27 de julio y en él participaron profesores de la Universidad de Cádiz, D. Miguel Revenga; D. José Joaquín Fernández Allés; D. Juan Manuel López Ulla; de la Universidad de Castilla-La Mancha, D. Fco. Javier Díaz Revorio, D^a M^a Luz Martínez Alarcón y D^a M^a Elena Rebato Peño; y de otras Universidades como D. Nestor P. Sagues de la Universidad del Rosario, Argentina o D. Roberto Rómboli, de la Universidad de Pisa.

3.2. XVII Jornadas de Justicia Constitucional: “La Reforma Constitucional”. Toledo, 10 y 11 de noviembre.

Desde hace ya algunos años, hay un tema recurrente en relación con la Constitución como es el de la conveniencia de al menos iniciar un proceso de debate sobre su reforma. Bien es cierto que desde el informe del Consejo de Estado de 2006, a instancias de la petición del Consejo de Ministros del año anterior, el tema ha pasado por distintas etapas. De ser uno de los principales asuntos de la agenda política, hasta casi pasar al olvido en algunos momentos en concreto. La situación políti-

ca de los últimos años, en las que los gobiernos no tenían un respaldo Parlamentario unánime, necesario para iniciar un proceso de reforma de la Constitución; unido a la situación de crisis económica que ocupó el centro de los esfuerzos de nuestros parlamentarios ha hecho que poco a poco haya ido decayendo el interés inicial por abordar el tema de la reforma de nuestra Constitución de 1978.

El Consejo de Ministros en el año 2005, instaba al Consejo de Estado para que se pronunciara sobre la reforma constitucional en cuatro puntos concretos: 1. La supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono. 2. La recepción en la Constitución del proceso de construcción europea. 3 La inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas y 4. La reforma del Senado. Todos estos temas han servido como base a la hora de preparar las Jornadas anuales sobre Justicia Constitucional que organiza el Área de Derecho Constitucional de Toledo, que ha considerado necesario volver a poner de actualidad esta cuestión .

Las Jornadas, dirigidas por los profesores de la Universidad de Castilla-La Mancha, D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional y D^a M^a Elena Rebato peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional, se celebraron los días 10 y 11 de noviembre en el edificio de Envases de Cartón en el campus toledano, con la asistencia de más de 200 alumnos procedentes de los grados de Derecho, Gestión y Administración Pública y Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas.

Las primeras sesiones de las Jornadas ofrecieron una visión general sobre el procedimiento de reforma que contempla nuestra Constitución en el Título X. Las mayorías cualificadas requeridas en función de la parte de la Constitución que se quisiera reformar y los límites no escritos a la misma, fueron los aspectos centrales de las ponencias del Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional, D. Eduardo Espín Templado y D. José Manuel Vera Santos, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos. Ambos ponentes en sus respectivas intervenciones hicieron referencia a que pese a que la Constitución no establece ningún tipo de límite material ni temporal a su reforma, salvo la prohibición de iniciar este proceso en tiempos de guerra o durante la vigencia de los Estados de excepción, de la lectura del texto constitucional y del espíritu que subyace del mismo, los principios democráticos y los valores constitucionales, constituirían a su juicio uno de esos límites inmanentes en el proceso de reforma.

D. Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y Magistrado Emérito del Tribunal Constitu-

cional, centró su conferencia en la reforma de la Constitución y la jurisdicción Constitucional.

La reforma de las Cortes Generales, fue el tema elegido por el Consejero Consultivo de Castilla-La Mancha y Profesor de la UCLM, D. Enrique Belda Pérez Pedrero. El bicameralismo imperfecto y asimétrico diseñado por el texto constitucional, así como el procedimiento de elección del Senado, han proyectado una Cámara Alta, con escasas funciones. Estas atribuciones son de menor relevancia que las del Congreso y no responden al auténtico espíritu de las dobles cámaras en los Estados donde existe una descentralización territorial –el ser una auténtica Cámara de representación territorial– Es por ello que el profesor Belda hizo un repaso de las distintas soluciones que se plantean a esta disfunción, desde la desaparición de la misma, hasta la del establecimiento de un nuevo sistema de elección de la Cámara que tendría como resultado que se convirtiera en una auténtico foro de las autonomías, con competencias apropiadas a su naturaleza..

El modelo territorial del Estado Español, no sólo fue uno de los “caballos de batalla” a la hora de elaborar la Constitución, sino que casi cuarenta años después, sigue presentándose con un modelo insuficiente a la nueva realidad cuya regulación constitucional está totalmente desfasada. Ya no existen Comunidades Autónomas de vía lenta o de vía rápida, pues todas han podido asumir el techo competencial que la Constitución les permite y por tanto el Título VIII de la Constitución debía ser objeto de una reforma en profundidad. Así lo hizo ver D, Enrique Álvarez Conde, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, quien ofreció a los alumnos distintas soluciones para afrontar la crisis del modelo territorial

El enfoque comparado siempre está presente en estas Jornadas y en esta edición el encargado de ofrecer esa visión por D. Jorge Bercholc, Profesor Titular de Teoría del Estado de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, quien impartió una conferencia sobre la reforma constitucional en Iberoamérica y concretamente en Argentina.

Cerraron las sesiones de los dos días, dos mesas redondas dirigidas cada uno de ellas por los co-directores de las Jornadas y en las que participaron los profesores de Derecho Constitucional, D^a María Martín Sanchez, D^a Wendy Jarquín Orozco, secretaria de estas Jornadas y D^a M^a José Majano Caño. Estas Mesas desarrollaron el tema de la reforma constitucional en el ámbito comparado, al tiempo que presentaron la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre reforma constitucional.

RESUMEN

Esta reseña recoge las principales actividades académicas de Derecho Público desarrolladas en la UCLM durante 2016.

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.

SUMMARY

This review includes the main Public Law academic activities developed in UCLM during 2016. 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.

