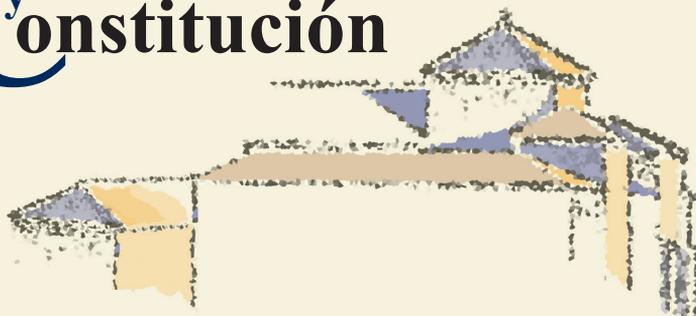




Parlamento y Constitución



Anuario

SUMARIO

I. ESTUDIOS

Lucio Pegoraro, *La Constitución española en su contexto comparado. Una lectura a través de las citas comparadas de los constituyentes españoles y de algunas Constituciones influenciadas por ella.*

Francisco Javier Donaire Villa, *El control de las Asambleas legislativas territoriales sobre los Decretos legislativos autonómicos. Similitudes y diferencias con el modelo estatal.*

Adriana Travé Valls, *Mujer y Constitución: pasado y presente del contenido jurídico de igualdad de mujeres y hombres.*

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

Victor Orozco Solano, *Autonomía Universitaria y Constitución: algunos apuntes desde la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica.*

Elizabeth Nataly Rosas Rábago y Laura Alicia Camarillo Govea, *El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de la convención americana.*

III. CONFERENCIAS

Sibylle Kessal-Wulff, *El diálogo de los tribunales (La relación entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Federal).*

IV. RECENSIONES

Gabriel Moreno González, *recensión del libro Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español. Luis I. Gordillo, Sebastián Martín y Víctor J. Vázquez (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2017.*

Alberto Oehling de los Reyes, *comentario al libro Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad, Joan Oliver Araujo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017*

V. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

María Martín Sánchez, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2017).*

M^a del Pilar Molero Martín-Salas, *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2017).*

Joaquina Guerrero Sanz, *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2017).*

M^a. Elena Rebato Peño, *Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2017).*

Enrique Belda Pérez-Pedrero, *Crónica sobre discapacidad y Derecho (inicio).*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Gregorio Jesús Fernández Vaquero

Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Nicolás Conde Flores

Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Fátima Guadamillas Gómez

Vicerrectora de Internacionalización y Formación Permanente de la Universidad de Castilla-La Mancha.

José Alberto Sanz Díaz-Palacios

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

Eduardo Espín Templado

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Magistrado del Tribunal Supremo.

Enrique Belda Pérez-Pedro

Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.

Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Francisco Calvo Cirujano

Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Francisco Javier Díaz Revorio

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

José Luis García Guerrero

Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.

Manuel Antonio Mirón Ortega

Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Marcos Francisco Massó Garrote

Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.

M^a Elena Rebato Peño

Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM.

M^a Luz Martínez Alarcón

Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM.

María Martín Sánchez

Profesora Titular (acreditada) de Derecho Constitucional UCLM.

Roberto Mayor Gómez

Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha.

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 ASESOR

Luis Arroyo Zapatero, *Catedrático de Derecho Penal UCLM.*

Eduardo Demetrio Crespo, *Catedrático de Derecho Penal UCLM.*

Nicolás García Rivas, *Catedrático de Derecho Penal UCLM.*

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

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

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

Diego López Garrido, *Catedrático de Derecho Constitucional UCLM.*

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

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

Francisco Delgado Piqueras, *Catedrático de Derecho Administrativo UCLM.*

Luis Aguiar de Luque, *Universidad Carlos III.*

Eliseo Aja Fernández, *Universidad de Barcelona.*

Enoch Alberti Rovira, *Universidad de Barcelona.*

José Asensi Sabater, *Universidad de Alicante.*

Francisco Bastida Freijedo, *Universidad de Oviedo*

Paloma Biglino Campos, *Universidad de Valladolid.*

Roberto Blanco Valdés, *Universidad de 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.*

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.*

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

Peter Häberle, *Universidad de Bayreuth.*

César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional de Perú.*

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

Lucio Pegoraro, *Universidad de Bolonia.*

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 2018

Nº 19

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 TRABAJOS

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 oficial en la Unión Europea (de preferencia inglés).

Las referencias bibliográficas serán citadas de la siguiente forma:

- Monografías: APELLIDOS, Nombre del autor (año), Título de la monografía, ciudad: editorial, páginas.
- Artículos o capítulos de libro: APELLIDOS, Nombre del autor (año), “Título del artículo o del capítulo de libro”, en Nombre de la revista o de la obra colectiva, número, (editorial, ciudad, si procede) y páginas.

ACEPTACIÓN DE TRABAJOS

Habitualmente, cualquier miembro del Consejo Asesor puede proponer trabajos para su publicación. También pueden remitirse trabajos directamente al Anuario, en las direcciones indicadas.

Todo estudio será sometido a evaluación doble y anónima. En caso de dos evaluaciones desfavorables, no será publicado. Si tiene una evaluación favorable y otra desfavorable, se pedirá una tercera. Las evaluaciones que sugieran modificaciones serán remitidas al autor para su consideración. La publicación requerirá dos evaluaciones favorables.

Antes o después de la doble evaluación, el Anuario se reserva el derecho a someter a los trabajos recibidos a cualquier programa antiplagio, considerando los resultados que este pueda ofrecer a la hora de decidir sobre la publicación. En todo caso, el autor tiene derecho a ser informado de los resultados de las pruebas que eventualmente se realicen, si estas son causa de rechazo del trabajo.

Teniendo en cuenta los resultados del proceso anterior, la decisión final sobre la publicación la adoptará el equipo de dirección, con la supervisión de la Comisión Académica. Para la publicación de los trabajos se tendrá en cuenta la temática del Anuario y la cantidad de trabajos que se hayan recibido para cada edición. Por este motivo no puede garantizarse la publicación de todos los trabajos recibidos, aunque en todo caso se contestará al remitente.

NOTA DE REDACCIÓN

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

Edita: Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha

Diseño y Maquetación: Jer Publicidad

Imprime: Egesa

Depósito Legal: TO-984-2000

ISSN: 1139-0026

Año: 2018

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2018 N° 19 —

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

Lucio Pegoraro

Profesor Ordinario del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Bolonia.

Francisco Javier Donaire Villa

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

Adriana Travé Valls

Abogada. Profesora asociada de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Víctor Orozco Solano

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.

Elizabeth Nataly Rosas Rábago

Profesora de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Facultad de Derecho Tijuana, UABC.

Laura Alicia Camarillo Govea

Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha, profesora-investigadora de la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California.

Sibylle Kessal-Wulf

Magistrada del Tribunal Constitucional alemán.

Gabriel Moreno González

Investigador en Derecho Constitucional de la Universitat de València.

Alberto Oehling de los Reyes

Profesor Contratado Doctor de la Universitat de les Illes Balears.

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.

Enrique Belda Pérez-Pedrero

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



ÍNDICE

I. ESTUDIOS

	<u>Págs.</u>
Lucio Pegoraro, <i>La Constitución española en su contexto comparado. Una lectura a través de las citas comparadas de los constituyentes españoles y de algunas Constituciones influenciadas por ella.</i>	009
Francisco Javier Donaire Villa, <i>El control de las Asambleas legislativas territoriales sobre los Decretos legislativos autonómicos. Similitudes y diferencias con el modelo estatal.</i>	057
Adriana Travé Valls, <i>Mujer y Constitución: pasado y presente del contenido jurídico de igualdad de mujeres y hombres.</i>	089

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

Víctor Orozco Solano, <i>Autonomía Universitaria y Constitución: algunos apuntes desde la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica.</i>	153
Elizabeth Nataly Rosas Rábago y Laura Alicia Camarillo Govea, <i>El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de la convención americana</i>	171

III. CONFERENCIAS

Sibylle Kessal-Wulf, <i>El diálogo de los tribunales (La relación entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Federal)</i>	199
--	-----

IV. RECENSIONES

Gabriel Moreno González, <i>recensión del libro Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español. Luis I. Gordillo, Sebastián Martín y Víctor J. Vázquez (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2017.</i>	219
Alberto Oehling de los Reyes, <i>comentario al libro Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad, Joan Oliver Araujo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017</i>	235

V. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

María Martín Sánchez, <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2017).</i>	245
M ^a del Pilar Molero Martín-Salas, <i>Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2017).</i>	255
Joaquina Guerrero Sanz, <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2017).</i>	267
M ^a . Elena Rebato Peño, <i>Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2017).</i>	297
Enrique Belda Pérez-Pedrero, <i>Crónica sobre discapacidad y Derecho (inicio).</i>	309

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **Lucio Pegoraro**, *La Constitución española en su contexto comparado. Una lectura a través de las citas comparadas de los constituyentes españoles y de algunas Constituciones influenciadas por ella.*
- **Francisco Javier Donaire Villa**, *El control de las Asambleas legislativas territoriales sobre los Decretos legislativos autonómicos. Similitudes y diferencias con el modelo estatal.*
- **Adriana Travé Valls**, *Mujer y Constitución: pasado y presente del contenido jurídico de igualdad de mujeres y hombres.*

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN SU CONTEXTO COMPARADO
UNA LECTURA A TRAVÉS DE LAS CITAS COMPARADAS
DE LOS CONSTITUYENTES ESPAÑOLES Y DE OTRAS
CONSTITUCIONES QUE RECIBIERON SU INFLUENCIA

Lucio Pegoraro

SUMARIO

Premisa: Imposición y prestigio como causa de la cross fertilization.

Parte I: El Derecho comparado en el debate constituyente español:

- 1. Las referencias a la liberal-democracia y al Estado social.*
- 2. Los derechos y libertades.*
- 3. Las fuentes del Derecho.*
- 4. Forma política y forma de gobierno.*
- 5. La organización del Estado.*
- 6. El Estado autonómico.*
- 7. El sistema de garantías.*

Parte II: ¿La recepción de modelos convierte a la Constitución española en un modelo?:

- 1. Premisa.*
- 2. Exportación del modelo español (o más bien de partes del sistema constitucional) a Latinoamérica:*
 - 2.1. Argentina.*
 - 2.2. Brasil.*
- 3. El diálogo entre España e Italia.*

Conclusiones.

Premisa: Imposición y prestigio como causa de la cross fertilization

En el Derecho constitucional comparado, la existencia de modelos configurados como *formas ejemplares* conlleva, *per se*, la circulación de los modelos mismos: las llamadas Constituciones “modelo” se consideran como tales precisamente porque han sido profusamente imitadas. Si se prestase atención a las mutaciones jurídicas de los ordenamientos no encontraríamos dificultades para constatar que dichos cambios se deben generalmente a experiencias de imitación-recepción de modelos jurídicos surgidos en otros lugares, siendo el nacimiento de un modelo original un fenómeno algo extraño¹, aunque en el Derecho constitucional no faltan casos de creaciones *ex novo* de modelos, sobretudo después de las revoluciones. Ahora bien, el fenómeno de imitación-recepción constituye, en general, la vía ordinaria para la circulación de los modelos constitucionales, de forma similar a lo que normalmente ocurre en los modelos jurídicos de Derecho privado. En cualquier caso, en la mayor parte de las ocasiones la comparación nos permitirá comprender el conjunto de intuiciones y de ideas que se encuentran detrás de las formulaciones normativas asumidas como modelo².

En la praxis, cuando se usa la comparación para redactar un texto normativo, los trabajos preparatorios de las leyes de varios países evidencian una marcada predilección para el formante normativo. En otras palabras, a los legisladores les gusta citar (en exceso, pero no exclusivamente), las soluciones *normativas* que se dan en el extranjero, aunque algunas veces hacen referencia a categorías generales³, y en otras ocasiones a autores famosos o incluso que son una “referencia”

1 Cfr. WATSON, A., *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edimburgh, 1974, 2ª ed., Un. of Georgia Press, Athens, 1993, trad. italiana *Il trapianto di norme giuridiche*, ESI, Napoli, 1984, p. 83; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Utet, Torino, 1992, p. 134 (6ª ed. 2015). Ello es válido incluso cuando un nuevo modelo surge (con elementos originales) de la fusión de varios modelos anteriores: piénsese en la Francia de la V República, que une en algo nuevo, algunos rasgos del presidencialismo y del parlamentarismo, ofreciendo un producto original (el semipresidencialismo).

2 WATSON, A., “Legal Change: Sources of Law and Legal Culture”, en *Un. of Pennsylvania L.R.*, n. 131, 1983, p. 1154, alude al «enormous power of the legal culture determinino the timing, the extent and the nature of legal change», aunque niegue el nexo necesario de los *transplants* con la cultura jurídica, no siendo necesariamente el Derecho un espejo de la sociedad. En este sentido también RILES, A., “Comparative Law and Socio-Legal Studies”, en REIMANN, M., ZIMMERMANN, M. (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006, p. 795.

3 Respecto a las clasificaciones, me remito a BALDIN, S., “Riflessioni sull’uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2012, p. 1 ss.; Id., “The Fuzzy Logic and the Fuzzy Approach: A Comparative Law Perspective”, en BAGNI, S., FIGUEROA MEJÍA, G., PAVANI G. (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols, Tirant lo Blanch-México, México, 2017, I,

(como suele decirse, “orgánicos” a la política del grupo político en cuestión)⁴. La jurisprudencia extranjera, sin embargo, suele brillar por su ausencia, como si los textos normativos extranjeros fuesen inmunes a ella, lo que posiblemente se deba, además de a la pobre o inexistente cultura comparatista de gran parte de los parlamentarios, a la mayor facilidad que tienen para apoyarse en los simples documentos textuales⁵.

La situación cambia –aunque no en exceso– cuando se trata de redactar o de reformar las Constituciones. A menudo, las asambleas constituyentes poseen una composición *ad hoc* (diversa de las ordinarias asambleas legislativas). Así, en ellas encontraremos a la élite de la sociedad civil, e incluso a expertos constitucionalistas más abiertos al mundo. En ocasiones, además, se muestra la aportación de la doctrina, y algunas veces se traerá a colación la aportación de la jurisprudencia. Pero también podrá ocurrir que el uso de la jurisprudencia en la construcción de un texto constitucional se deduzca del léxico de la Constitución, aun cuando ello no tenga lugar de modo explícito en los trabajos preparatorios. Representa, de hecho, un ejemplo claro de circulación transversal entre formantes el mismo artículo 82 de la Constitución española, que constituye una auténtica y propia *verbalizzazione* constitucional, no solo del artículo 76 de la Constitución italiana, sino principalmente de la jurisprudencia de la Corte constitucional italia-

p. 128 ss., que se refiere a SANGALLI, A., *L'importanza di essere fuzzy. Matematica e computer*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000, p. 23. Sobre la *fuzzy sets theory* véase también ROSCH, E., “Principles of Categorization”, en AARTS, B., ET AL. (eds), *Fuzzy Grammar: A Reader*, Oxford U.P., Oxford, 2004, p. 91 ss., y la bibliografía recogida en mi libro *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Astrea-Unam-Iij, Buenos Aires-México, 2016, pp. 198 ss.

4 Cfr. PEGORARO, L., “Las consultas de los profesores como fuentes del derecho (el papel de la doctrina en la jurisprudencia constitucional)”, en *Pensamiento Const.*, n. 20, 2015, p. 251 ss., también en ID., *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, 2016, p. 297 ss. Sobre los prejuicios que pueden generar las apresuradas afirmaciones de la doctrina constitucionalista, ID., “Ruolo della dottrina, comparazione e ‘legal tourism’”, en *Diálogos de Saberes*, n. 43, 2015, p. 219 ss., y en AA.VV., *Studi in onore di Antonio Gambaro*, 3 vols. Giuffrè, Milano, 2017, I, p. 317 ss.

5 Contribuyen a esta tendencia también las oficinas de estudio de algún parlamento (como los franceses e italianos), que proporcionan solo los datos en bruto, sin comentarios, anotaciones y clasificaciones. Los parlamentarios no pueden pretender, sin la ayuda de las oficinas, abstraer o profundizar sobre el contexto en el cual vive la norma extranjera que quiere citarse, y mucho menos intentar que se compruebe su interpretación por parte de los jueces. Sobre la prohibición de comentar las traducciones (y más incluso, de “hacer comparación” por parte de traductores y funcionarios), en los parlamentos franceses e italianos, vid. MEGALE, F., “La traduzione delle legislazioni straniere nel Parlamenti italiano e francese”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3, 2011, p. 663 ss. Sobre el diálogo interparlamentario, véase DECARO, C., LUPO, N. (eds), *Il “dialogo” tra parlamenti: obiettivi e risultati*, Luiss UP, Roma, 2009; SCAFFARDI, L. (ed.), *Parlamenti in dialogo. L'uso della comparazione nella funzione legislativa*, Jovene, Napoli, 2011.

na sobre las leyes delegadas, fruto de los estudios elaborados⁶.

Cuando se escriben *ex novo* las Constituciones, con frecuencia el terreno ya ha sido preparado por la doctrina, cuyo rol se enfatiza si a su elaboración concurren organismos especializados auxiliares de base científica (comités, comisiones de estudio o similares). Sin embargo, el buen o mal resultado dependerá del nivel de conocimiento comparado que muestren los órganos consultivos. Algunas veces se tiende a importar (o a exportar, como ocurre con la Comisión de Venecia⁷) soluciones normativas que no pueden dar frutos en otros lugares porque no se toma en cuenta la implementación de la jurisprudencia y las críticas de la doctrina pero, principalmente, porque no se hace caso de las advertencias de los comparatistas sobre las condiciones para la importación o exportación de los enunciados normativos o de las instituciones correspondientes. Todo depende, pues, de la preparación comparativa de los funcionarios y de los asesores, y en consecuencia también del papel de la Universidad, pues es quien ofrece esta preparación. Ello nos aporta el *sollen*, o lo que sería deseable, para proporcionar al legislador datos completos sobre el Derecho de otros países, que en muchas ocasiones se evoca de modo genérico y descontextualizado o que, incluso, es citado incorrectamente en los trabajos preparatorios de tantas leyes y Constituciones⁸.

6 En la Constitución española de 1978 se materializan algunas veces prepotentemente, y en otras solo se alcanzan a vislumbrar, los principios informadores del constitucionalismo liberal democrático, tal y como se han venido estructurando durante siglos en el viejo y en el nuevo continente, como también las instituciones del constitucionalismo heredado de Cádiz y dejados en el olvido por el franquismo. [Véase BLANCO VALDÉS, R., “La politica e il diritto: vent’anni di giustizia costituzionale e di democrazia in Spagna (appunti per un bilancio)”, en PEGORARO, L., RINELLA, A., SCARCIGLIA, R. (eds), *I vent’anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale*, Cedam, Padova, 2000, p. 9 ss.]. Ello junto con las soluciones innovadoras experimentadas en Alemania, Italia, Portugal, Francia y otros países, o bien, en otras ocasiones, los influjos de experiencias latinoamericanas, originales o de aquéllas, muchos años antes imitadas de la antigua madre patria. En particular sobre los influjos portugueses, cfr. LIMONI, M., “*Le influenze della Costituzione portoghese nell’elaborazione della Costituzione spagnola*”, en PEGORARO, L. (ed.), *I trent’anni della Costituzione portoghese. Originalità, recezioni, circolazione del modello – Os trinta anos da Constituição portuguesa. Originalidade, circulação e recepção do modelo*, Clueb, Bologna, 2006, p. 147 ss.

7 Es bien conocida la importante misión desempeñada por la Comisión de Venecia, constituida en el ámbito del Consejo de Europa, que ha servido como apoyo para la redacción de las Constituciones de los países del Este europeo. En tal sentido, podría decirse que el Derecho comparado está detrás de muchas elecciones constituyentes (o de reforma), como conjunto de normas, sentencias y doctrinas.

8 Sobre el papel de la doctrina en la toma de decisiones judiciales véase RAGONE, S. (ed.), *La aportación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional española*, Cepec, Madrid, 2015; AGUILAR CAVALLO, G. (ed.), *Los profesores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, Triángulo, Santiago de Chile, 2017; PASSAGLIA, P. (ed.), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina – Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine*, Ed. Scientifica, Napoli, 2015; PASSAGLIA, P., “Il Diritto Comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: un’indagine relativa al periodo

Querría, pues, plantear aquí dos interrogantes, al objeto de desarrollar el tema de mi ensayo –La Constitución española en su contexto comparado– de manera distinta a la habitual; es decir, documentando *per tabulas*, a través del análisis de los trabajos preparatorios, las citas comparadas que realizan los constituyentes: a) ¿cuales fueron los modelos existentes citados por las Cortes Constituyentes españolas en la labor de elaboración del texto del 1978?; y b) ¿representa la Constitución española un modelo imitado por los Constituyentes, o por el poder de reforma de otros países que reformaron sus Constituciones después de dicha fecha?

Existe una gran cantidad de libros y ensayos que muestran la influencia de España en las Constituciones extranjeras, sobre todo latinoamericanas, que fueron escritas tomando en consideración el Estatuto de Bayona⁹ y la Constitución de

gennaio 2005-giugno 2015”, en BAGNI, S., FIGUEROA MEJÍA, G., PAVANI G. (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., II, p. 1275 ss.; RIVERO EVIA, J., SÁNCHEZ GIL, R., “Una manifestación del derecho intercultural: el uso de fuentes extranjeras en las sentencias”, *ivi*, I, p. 639 ss.; MIRANDA BONILLA, H., “La influencia del derecho comparado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica”, *ivi*, II, p. 1125 ss.; FIGUEROA MEJÍA, G.A., “Influencia de la doctrina en las decisiones de la Suprema Corte de justicia mexicana. Análisis de las sentencias de amparo en revisión, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad (2001 a 2014)”, Porrúa, México, 2017 (e *ivi* PEGORARO, L., FIGUEROA MEJÍA, G.A., “Las citas doctrinales en las sentencias de los tribunales constitucionales. Especial análisis de aquéllas incorporadas en los pronunciamientos de acción de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia mexicana”, también en *Bol. mex. der. comp.*, n. 147, 2016, p. 137 ss.); la parte I del *Ann. dir. comp. st. leg. 2015*, “Professori e giudici (I riferimenti alla dottrina nella giurisprudenza costituzionale e suprema)” (e *ivi*, p. 5 ss., PEGORARO, L., “L’influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza: una ricerca sulla circolazione inter-formanti nel mondo”). Además de PEGORARO, L., “Judges and professors: the influence of Foreign Scholarship on Constitutional Courts’ Decisions”, en ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. (eds), *Courts and Comparative Law*, Oxford U.P., Oxford, 2015, p. 329 ss.; ID., “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado”, en FERRER MAC-GREGOR, E., HERRERA GARCÍA, A. (eds), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant Lo Blanch México, México, 2013, p. 33 ss., en PEGORARO, L., *Teoría y modelos de la comparación*, cit., p. 95 ss., y en www.derechoydebate.com, 2017; PEGORARO, L., FIGUEROA MEJÍA, G. (eds), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Iberoamérica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016 [e *ivi* ID., “Tribunales constitucionales, Cortes supremas y profesores en Iberoamérica”, p. 13 ss., trad. it. en BAGNI, S., NICOLINI, M., PALICI DI SUNI, E., PEGORARO, L., PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., SERIO, M. (eds), *Giureconsulti e giudici. L’influsso dei professori sulle sentenze*, I, *Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 22 ss.]; PEGORARO, L., ESTUPIÑÁN ACHURY, L., HERRERA BEDOYA, Ó. (eds), “La circulación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional colombiana. Antecedentes, teorías y creación de un sistema de información web”, 128 *Universitas Jurídica* (2014). doi:10.11144/Javeriana.VJ128.cdjc.

9 Sobre la Constitución de Bayona, *vid.* ÁLVAREZ CONDE, E., VERA SANTOS, J.M. (eds), *Estudios sobre la Constitución de Bayona*, La Ley, Madrid, 2008.

Cádiz¹⁰, y el influjo de la Constitución de 1978¹¹. Sin embargo, junto a los estudios sobre los procesos de decisión (o de invención), falta un análisis sistemático de los procesos de justificación (o validación)¹². Aún con sus límites, estas investigaciones demuestran a veces el uso instrumental y político que se hace a partir de las referencias a los modelos por parte del poder constituyente y del poder de reforma¹³.

10 Sobre la Constitución de Cádiz, entre los libros más recientes, entre otros, ESCUDERO, J.A. (ed.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Espasa, Madrid, 2011; PÉREZ GALDÓS, B., *Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812*, Alianza, Madrid, 2012; TOMÁS Y VALIENTE, F., *Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución*, Urgoiti, Pamplona, 2011; LÓPEZ GUERRA, L. (ed.), *La Constitución de 1812: Edición conmemorativa del segundo centenario*, Tecnos, Madrid, 2012; FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Las Constituciones históricas españolas (Un análisis histórico-jurídico)*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1992, p. 65 ss. Sobre la influencia de la Constitución de Cádiz en América Latina, entre tantas contribuciones, publicadas en su mayoría con ocasión del bicentenario, *vid.* por ejemplo: CÁCERES ARCE, J.L., *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*, Adrus, Arequipa, 2007; DÍAZ REVORIO, F.J., REVENGA SÁNCHEZ, M., VERA SANTOS, J.M. (eds), REBATO PEÑO, M.E. (coord.), *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; AA.VV., *La Constitución gaditana de 1812 y sus repercusiones en América*, Un. de Cádiz, Cádiz, 2012; SERNA DE LA GARZA, J.M. (eds), *Memoria del Seminario internacional: Conmemoración del bicentenario de la Constitución de Cádiz. Las ideas constitucionales de América Latina*, Unam, México, 2013; AA.VV., *México en Cádiz, 200 años después. Libertades y democracia en el constitucionalismo europeo (26 abr - 4 may. 2012 Cádiz, España)*, Trib. Elect. del Poder Jud. de la Federación, México, 2015. Sobre su circulación (también hacia Portugal) *vid.* GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., *Breve historia del constitucionalismo común (1787-1931). Exilio político y turismo constitucional*, Areces, Madrid, 2006, p. 81 ss. En general *vid.* también diversos escritos de COMELLAS, J.L., espec. *Historia de la España Contemporánea*, Rialp, Madrid, 1990.

11 Sobre la circulación de modelos constitucionales entre España y Latinoamérica, con referencia a la Constitución de 1978, véase FERNÁNDEZ SEGADO, F. (ed.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*, Min. de la Presidencia-Secr. General Técnica-Cepc, Madrid, 2003; PALOMINO MANCHEGO, J.F., “La Constitución Española de 1978 y su influencia en el Ordenamiento Constitucional Latinoamericano”, en PÉREZ ROYO, J., URÍAS MARTÍNEZ, J.P., CARRASCO DURÁN, M. (eds), *Derecho constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sevilla, 3-4-5 de diciembre de 2003)*, 2 vols, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, I, p. 357 ss.; ver también el n. 3, 2008 de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, con las ponencias presentadas al Congreso celebrado en Caserta el 29-30 de mayo de 2008: “2007-2008. Buon compleanno, Costituzioni (La circolazione di principi e istituzioni tra Europa e America: influenze reciproche tra le Costituzioni di Stati Uniti, Messico, Brasile, Italia, Francia, Spagna)”. Respecto a la circulación doctrinal, R. SÁNCHEZ FERRIZ, M. GARCÍA PECHUÁN (eds), *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica*, Ene, Valencia, 2001.

12 Sobre los procesos de decisión (o invención) y procesos de justificación (o validación), véase SCARPELLI, U., “Introduzione all’analisi delle argomentazioni giudiziarie”, en Id. (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976, p. 440.

13 *Vid.* en este sentido PEGORARO, L., “Il diritto comparato e la Costituzione spagnola del 1978: recezioni ed ‘esportazioni’”, en FERNÁNDEZ SEGADO, F. (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context – La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Dykinson, Madrid, 2003, trad. esp. “El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y la ‘exportación’ de modelos”, en *An. iberoam. just. const.*, n. 9, 2005, y en Id., *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, México, 2006.

En definitiva, trataremos pues de profundizar en diversas cuestiones: a) la influencia del Derecho constitucional extranjero en la Constitución española de 1978 (parte I); y b) la influencia del Derecho constitucional español en algunas Constituciones extranjeras (parte II). Debido al número limitado de páginas, en la segunda parte abordaremos solo tres ejemplos; dos de países latinoamericanos (uno hispanófono, Argentina, y otro lusófono, Brasil), más el caso de Italia, debido a las peculiares conexiones constitucionales entre los dos países.

Parte I. El Derecho comparado en el debate constituyente español

En el debate constituyente español, las citas de ejemplos extranjeros afectan a muchos y muy diversos temas, desde la liberal-democracia y el Estado social, hasta las libertades, las fuentes, la forma de gobierno, la organización del Estado, las garantías, la justicia constitucional, etc.

1. Las referencias a la liberal-democracia y al Estado social

En cuanto a la relación entre igualdad formal e igualdad sustancial o material, que sin lugar a dudas caracteriza una decisión fundamental conectada con la forma de Estado, en la discusión del Anteproyecto un diputado de AP propuso agregar a la palabra «igualdad» la expresión «ante la ley», ya que la Constitución puede solamente asegurar la igualdad ante dicha norma. Así, –como se explica en la breve motivación– «lo declama el artículo 3 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana». E igualmente sugiere quitar cualquier referencia en el texto a las «condiciones personales o sociales», que no aparecen en el artículo 3, párrafo 3, del mismo *Grundgesetz*¹⁴. Por su parte, también ante el Senado se puso de relieve que lo dispuesto en la llamada «fórmula Lelio Basso» «como todos saben está inspirado en el artículo 3 de la Constitución italiana», y que «este artículo está tomado del artículo 2¹⁵ de la Constitución italiana, que ha sido uno de los más polémicos y que se inscribe en este sentido prospectivo y dinámico de la Constitución»¹⁶. Los Constituyentes españoles demostraban, de este modo, conocer no solo la *law in the books*, sino también la *law in action*, aquella que habita en las sedes de los tribunales y en especial, en la justicia constitucional. Respecto

14 L. López Rodó, Congreso, enmienda n. 691.

15 *Sic, recte* art. 3.

16 Respectivamente, Villar Arregui y Pérez Puga, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 23.8.1978, n. 42, p. 1730 y 1731.

al artículo 3 de la Constitución italiana, copiado casi íntegramente en el art. 9.2 CE, el Senador Monreal Zia recordó que «En la Constitución italiana, de cuyo artículo 3 procede, es este uno de los preceptos que mayor juego han dado al Tribunal Constitucional en la interpretación de la legislación ordinaria...»¹⁷.

Desde una perspectiva más general, Peces-Barba Martínez resaltó que en materia de justicia (material) la recepción de los principios del artículo 3 de la Constitución italiana no impedían que al mismo tiempo estuviera “reviviéndose” en la nueva Constitución, una entera parte de la Constitución española de 1876, «menos progresista y menos moderna que la Constitución italiana de 1947»¹⁸. Asimismo, sobre el Estado Social de Derecho, se afirmó que ninguno ignora que sea «un Estado que ha sido constitucionalizado ya, y no sólo en distintas Constituciones de los “Länder” de la República Federal Alemana, sino en la propia Ley Fundamental de Bonn de 1949»¹⁹. Y respecto al fundamento “laboral” de la renacida democracia se agrega –en el ámbito de una animada polémica sobre la naturaleza del nuevo Estado democrático– que España no es solo una monarquía, y que la referencia al trabajo como base fundamental «Tiene unos orígenes bien conocidos en la Constitución soviética, la expresión de una vigencia no ciertamente dilatada, así como en la Constitución española de 1931 y su recepción por la Constitución italiana»²⁰.

Además, se alude a la Constitución italiana en el Senado respecto al art. 9, al subrayarse que era preferible utilizar la palabra «persona» en lugar de «ciudadanos»: efectivamente, se dice, «No aparece tal referencia en el antecedente de la Constitución italiana, que ha inspirado la redacción de este precepto»²¹. De otro lado, la misma disposición había sido presentada ante el Congreso, refundida entre las que eran objeto de una crítica posterior, acerca de la subordinación de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución, señalándose en ese momento que el «apartado (...) responde a las mismas preocupaciones de su homó-

17 *Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria*, 26.9.1978, n. 59, p. 2951.

18 *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 5.5.1978, n. 59, p. 2032.

19 Ortís Bordás, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 11.5.1978, n. 64, p. 2166.

20 Gastón Sanz y Cisneros Laborda (ponente), *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 11.5.1978, n. 64, p. 2177. Es preciso recordar, a propósito del rechazo de una determinada concepción del Estado, una intervención que afirma que también en Uganda y en Afganistán tienen un «orden político», pero que no es el mismo propugnado por parte de los españoles: Trias Fargas, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 5.7.1978, n. 104, p. 3891.

21 Progresistas y Socialistas Independientes, enmienda n. 12.

logo de la Ley Fundamental de Bonn», y que «evidentemente el poder legislativo, como dice la Ley Fundamental de Bonn, está sometido a la Constitución ...»²². También ante el Senado se recordaba el *Grundgesetz* de Bonn, al afirmarse que «nuestro texto se inspira directamente en el artículo 20 c) de la Ley Fundamental de Bonn». Y se añade que «No hay precedentes en que se diga que los ciudadanos están sujetos a la Constitución, sino es en la Constitución soviética, en la húngara o en otras inspiradas en ellas»²³.

En lo que atañe a la filosofía en conjunto del texto, la llamada que se hace al «pluralismo político» en los términos del art. 6.1, viene apoyada en diversas justificaciones comparadas: efectivamente «La fórmula adoptada para el artículo 6 supone una posición intermedia entre la que sostiene la Constitución de Bonn y las que se encuentran en Italia, Francia, Portugal. La fórmula de nuestra Constitución es menos exigente que la alemana, pero más que la italiana, francesa y portuguesa, ya que se impone la actuación de los partidos “dentro del respeto a la Constitución y a la Ley”»²⁴.

El tema de la soberanía emerge, sobretodo, en relación al ordenamiento del Estado autonómico, aunque previamente surgieron también algunos problemas cuando se afirmaba que aquella “reside en el” o “proviene del” pueblo. A tal efecto se resaltó que «El artículo 1 de la Constitución de Weimar y el 20 de la Ley Fundamental de Bonn se sirven del término “emana”, que si bien presenta una cierta connotación dinámica e incide en la idea del pueblo como fuente de la soberanía, no resulta quizá suficientemente expresiva en castellano, aún cuando fuera acogida, por influencia de la Constitución de Weimar, en el artículo 1 de la Constitución española de 1931». Por tales razones, el Senador Ollero Gómez sugirió la sustitución del término «reside» por «pertenece», ya que «Esa es la fórmula acuñada por la tradición constitucional francesa y recogida asimismo en la Constitución italiana de 1946 (*sic*)»²⁵.

Entre los diferentes temas tratados de forma sucinta en este párrafo se encuentra, finalmente, el del ejercicio de la democracia directa, que dio lugar asimismo a diversas alusiones al Derecho comparado²⁶: por ejemplo, para solicitar

22 Meilan Gil, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 16.5.1978, n. 67, p. 2383.

23 Villar Arregui, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 23.8.1978, n. 42, p. 1727.

24 Agrupación Independiente, enmienda n. 633.

25 Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 18.8.1978, n. 39, p. 1584.

26 Referencias doctrinales junto con las precedentes comparaciones citadas en los trabajos preparatorios,

la importación del art. 75 de la Constitución italiana e introducir el referéndum abrogatorio²⁷; o para prestar de todas formas una mayor atención a otros tipos de referéndum, sobre la base de la experiencia suiza²⁸, así como también de la inglesa²⁹; para poner de relieve cómo la utilización de los instrumentos de democracia directa encuentran siempre límites en su ejercicio, y cómo también la iniciativa popular debe acotarse, especialmente en materia fiscal, según evidencia la propia experiencia californiana³⁰.

2. Los derechos y libertades

En el campo de las libertades, toda la estructura del texto se refiere a las extraordinarias aportaciones, surgidas con el paso de los siglos, de las doctrinas políticas, la ciencia constitucional y su correspondiente positivación en los textos constitucionales, y en las cartas, convenciones y declaraciones de cada época, con especial referencia a las experiencias francesa, inglesa y norteamericana³¹.

a) En materia de libertad religiosa y de relaciones entre la Iglesia y el Estado³², por parte de UCD el prof. Alzaga Villaamil vino «a mencionar el artículo 7 de la Constitución italiana», que «Como sabemos dice: “El Estado y la Iglesia Católica... son cada uno en su propio ámbito independientes y soberanos”. Incluso se predicán de la Iglesia Católica circunstancias que nosotros no hemos, en ningún momento, intentado introducir en el texto constitucional». Y prosigue: «Cito la Constitución italiana, país de soporte sociológico próximo al nuestro y de la que en los años sesenta decía el professor Aranguren que era el espejo en que podía mirarse el futuro de España»³³. Y como corolario, para admitir la posi-

en PÉREZ SOLA, N., *La regulación constitucional del referéndum*, Ed. Un. de Jaén, 1994, p. 27 ss.

27 Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 13.7.1978, n. 109, p. 4212.

28 Id., *ibid.*

29 Id., *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 6.6.1978, n. 81, p. 2945.

30 Id., *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 20.6.1978, n. 93, p. 3464.

31 *Vid.* por ejemplo las intervenciones de Canyellas Balcells y Alzaga Villaamil, en *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 19.6.1978, n. 92, p. 3439 ss. y p. 3444.

32 Sobre el tema, respecto a referencias de base y contenido histórico y comparado de la Constitución, *vid.* PRIETO SÁNCHEZ, L., “Le relazioni Chiesa Stato alla luce della nuova Costituzione: problemi fondamentali”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, A. PREDIERI, A. (eds), *La Costituzione spagnola del 1978*, Giuffrè, Milano, 1983, espec. p. 312 ss., así como también en relación a los demás aspectos que se esbozan en ésta parte del párrafo.

33 *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 18.5.1978, n. 69,

bilidad de cualquier forma de matrimonio, se recuerdan en el Senado las regulaciones de Estados Unidos, Inglaterra, Italia y Portugal³⁴.

Unido a ello se encuentra el argumento relacionado con el divorcio, acerca del cual las remisiones a las previsiones normativas de otros países fueron variadas: entre las más significativas, la del diputado López-Bravo y de Castro, el cual, para sostener la indiferencia constitucional de la normativa, dedicó varias páginas de su intervención a ilustrar la regulación (o la falta de regulación) en países de todo el mundo, así como en algunos textos históricos españoles: desde Europa hasta Oceanía, y de América a África y a Asia, con particular atención a Alemania e Italia, que hablan de familia pero sin mencionar la disolución del matrimonio³⁵. Las referencias comparadas (y a la Declaración Universal de Derechos Humanos) representan además la única justificación de la enmienda n. 389 presentada ante el Senado por A. Osorio García, del Grupo independiente³⁶, el cual recuerda que solo tres países en todo el mundo exigen una regulación legal del divorcio (Japón, Portugal y Cuba), desarrollando a tal efecto una larga intervención fundamentalmente comparada. Ello demuestra que también los “vacíos” –prefiero esta palabra a aquella de “lagunas”– en el texto español de 1978 pueden ser fruto de comparaciones y recepciones.

b) Sobre el delicado tema de las libertades lingüísticas, que toca de cerca la estructura misma de la nueva construcción constitucional, el candente debate se vale también de argumentos de Derecho comparado, aportados *ad adiuvandum* tanto por los constituyentes vascos y catalanes (entre otros), como por aquellos que proponían soluciones más tradicionales, aferradas al concepto de unidad de la Nación. Por ejemplo, en el Senado Monreal Zía, para sostener la supresión del inciso relativo a la lengua castellana, señalaría que «Todos los españoles tienen el deber de conocerlo y el derecho a usarlo», citando detalladamente las normativas constitucionales de Checoslovaquia y Yugoslavia, y mencionando además las de Finlandia, Luxemburgo, Holanda y Malta³⁷.

c) En lo que atañe a la libertad de información, aparte de otras intervenciones

p. 2481.

34 Calatayud Maldonado, en *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 29.8.1978, n. 45, p. 2013.

35 Entre las citas más curiosas, Chipre, Ruanda, Cuba: cfr. *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 23.5.1978, n. 72, p. 2614 ss.; y *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 11.7.1978, n. 107, p. 4073 ss.

36 *Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria*, 28.9.1978, n. 61, p. 3050 ss.

37 *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 22.8. 1978, n. 41, p. 1650 s.

en las que fueron numerosas las referencias a los ordenamientos extranjeros, presenta un particular interés lo dispuesto en el artículo 20.3 CE, relativo al control social de los medios de comunicación: dejando de lado algunas inoportunas llamadas al Derecho soviético, es cierto, en efecto, que las Constituciones del período inmediato de la posguerra parecen haberse olvidado en su gran mayoría, de las consecuencias devastadoras de la publicidad ejercida bajo condiciones de monopolio durante los regímenes autoritarios y totalitarios³⁸. Las Constituciones de la segunda ola –años 70– se han enriquecido de la experiencia de aquellos jueces constitucionales que sustituyeron el silencio de las Constituciones y (como en Italia), de la inercia del legislador: la española se ha ocupado de la materia (aunque tímidamente), recepcionando también los resultados de la copiosa jurisprudencia italiana³⁹, como lo atestigua por ejemplo la intervención del diputado Zapatero Gómez, que recordaba la legislación francesa e italiana respecto al control parlamentario de las agencias nacionales de radiodifusión, poniendo de manifiesto cómo en dichos países la materia había sido constitucionalizada.

d) Sobre el derecho a la educación, y la posibilidad de establecer institutos de cultura, se recuerda, con el fin de restringir lo previsto en el Anteproyecto, la normativa constitucional nacional y la italiana, si bien, a propósito de ésta última, la expresión controvertida «sin costas a cargo del Estado» fue interpretada de forma utilitaria, con el objetivo de no incluir a las Universidades⁴⁰.

e) Respecto al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, tratándose –como resaltaba el Grupo de AP– de una “constitucionalización” inusitada en el panorama constitucional europeo (aunque, en efecto, los diferentes ordenamientos habían desarrollado un sistema de protección a nivel legislativo y/o jurisprudencial), no debe asombrarnos que las referencias comparadas que presentó el prof. Peces-Barba Martínez para obstaculizar las enmiendas por sorpresa y mantener el más elevado –es decir, el rango constitucional–

38 Parece ciertamente paradójico que por ejemplo en Italia, un gran jurista como Mortati, Padre de la Constitución, haya podido afirmar –olvidándose de Goebbels y del Ministerio de cultura popular–, que lo importante era tutelar la *expresión* del pensamiento, no su *formación*, ya que el pensamiento es (sería) incoercible. Con la circunstancia de que la Constitución italiana (como la alemana, por otra parte) no se ocupa de la radiofonía ni (obviamente) de la televisión, sino únicamente de la prensa, limitándose de hecho a eliminar sus límites (censura, embargo) impuestos por el régimen fascista: cfr. PALADIN, L., “Problemi e vicende della libertà d’informazione nell’ordinamento giuridico italiano”, en PALADIN, L. (ed.), *La libertà d’informazione*, Utet, Torino, 1979, p. 3 ss.

39 En especial las sentencias n. 224 y 225 de 1974 y 202 de 1976.

40 Intervención de Martín Retortillo Baquer, en *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 25.8.1978, n. 44, p. 1913.

nivel de tutela, fueran, de una parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y de la otra la ley francesa de 1970, puesto que –recuerda el ilustre constituyente– los derechos no protegidos en Francia en el Preámbulo «se desarrollan por ley», aunque en todo caso existen⁴¹.

f) Libertad de domicilio, residencia, circulación, permanencia y asilo: para criticar a la reserva de jurisdicción contemplada en el Anteproyecto, y hacer prevalecer la sola reserva de ley para regular la materia, el diputado Alzaga Villamil, además del Convenio Europeo de Derechos Humanos, evocó el *Grundgesetz* de 1949, la Constitución danesa de 1953, la holandesa, reformada en 1955, y la sueca de 1974, la cual «remite a regulación por ley de cuantas disposiciones sean relativas a las relaciones del individuo y de la sociedad y que se consideren como obligaciones de aquél o como derechos de aquél frente a la sociedad en cuestión»⁴².

En relación con los extranjeros en general, la idea de limitar los derechos políticos únicamente a los españoles generó animadas discusiones⁴³: entre otras, se recordaron las formulaciones más abiertas de la «inmensa mayoría de los países democráticos», y en particular el hecho de que «La Constitución de Portugal, que es una de las más modernas de Europa, quizá la más moderna, en su artículo 15 dice literalmente: “Los extranjeros y los apátridas que se encuentren o residan en Portugal, gozarán de los derechos y estarán sujetos a los deberes del ciudadano portugués”». Y se añadía que «Asimismo (...) en las Constituciones italiana y griega se admite bajo condición de reciprocidad. En Grecia en la misma Constitución y en Italia en ley ordinaria»⁴⁴. Respecto al electorado pasivo, el debate entre los diputados Lluch Martín por parte del Partido Socialista, y Alzaga Villamil por UCD se basó en gran medida en la comparación entre distintas soluciones adoptadas en Suecia, Reino Unido, Suiza, Portugal, Italia y Alemania⁴⁵.

En lo que concierne al límite subjetivo de la libertad de residencia y de circulación –el derecho correspondería sólo a los españoles– y ante el eventual con-

41 *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 19.5.1978, n. 70, p. 2519.

42 *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 16.5.1978, n. 67, p. 2502.

43 Referencias a los trabajos preparatorios en MASSÓ GARROTE, M.F., *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional*, Colex, Madrid, 1997, p. 36 ss.

44 Solé Barberá, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 17.5.1978, n. 68, p. 2417.

45 *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 6.7.1978, n. 105, p. 3925 ss.

flicto con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se recordó el hecho de que en el *Grundgesetz* de Bonn se alude en el art. 11 únicamente a los «alemanes», no siendo por ello menos cierto que Alemania es uno de los firmantes del Convenio mencionado⁴⁶.

Sobre la extradición, respecto a la formulación del vigente art. 13.3 CE, y a la controvertida exclusión de los delitos de terrorismo de la tutela constitucional, se manifestó que «La exclusión de la extradición de los delitos políticos (...) tiene claros e importantes precedentes en el Derecho constitucional, por ejemplo, en el artículo 10 de la Constitución italiana del año 1947», sobre la cual «la jurisprudencia constitucional dictada en Italia al amparo del artículo 10 ha venido sentando desde hace varios años a esta parte, que los llamados delitos de genocidio entre los que venían incluyendo los de terrorismo no se debían considerar a estos efectos como delitos políticos»⁴⁷. En el controvertido debate se recordaron también las discusiones en el seno del Parlamento italiano y la legislación de desarrollo de la Constitución⁴⁸.

En cuanto al derecho de asilo⁴⁹, Herrero Rodríguez de Miñón pondría de relieve que aquel representaba una novedad para el Derecho constitucional español, «cuya introducción en el campo comparado, como todo el mundo sabe, se debe a la Constitución soviética de 1917, aunque en la segunda posguerra recibió un márchamo democrático de Constituciones como la francesa de 1946, la italiana de 1948 y, recientemente, la portuguesa»⁵⁰.

g) Con la finalidad de promover la introducción de una disposición que reservara a la ley la concreción de los casos en que correspondería el derecho a una justicia gratuita, aún admitiéndose por parte del Diputado Estella Goytre que las Constituciones alemana y francesa no dicen nada al respecto, se recordaron, por

46 Rancho Rof, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 19.5.1978, n. 70, p. 2532.

47 Alzaga Villaamil, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 18.5.1978, n. 69, p. 2430.

48 Herrero Rodríguez de Miñón, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 18.5.1978, n. 69, p. 2435.

49 Referencias sobre los trabajos preparatorios, en PÉREZ SOLA, N., *La regulación del derecho de asilo y refugio en España*, Adhara ed., Granada, 1997, espec. p. 75 ss.; y para una visión más amplia, vid. LÓPEZ GARRIDO, D., *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid, 1991.

50 Herrero Rodríguez de Miñón, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 18.5.1978, n. 69, p. 2437.

el contrario, las Cartas italiana y portuguesa⁵¹; mientras, para sustentar la abolición de la pena de muerte, mediante la introducción de una enmienda adicional, Peces-Barba Martínez desarrolló una lección magistral de Derecho comparado que, presentando tanto la evolución histórica como el marco comparado, citaba decenas y decenas de países que habían actuado en tal sentido, entre los cuales se encontraba Estados Unidos⁵². A su discurso se adhirieron otros diputados que confirmaron y completaron la lista, como Vizcaya Retana⁵³. Como es bien sabido, la fórmula final del art. 15, en su segunda frase, refleja el artículo correspondiente de la Constitución italiana, que hasta la reforma de hace pocos años, admitía la pena de muerte únicamente en los casos establecidos por el código penal militar de guerra⁵⁴.

h) Uno de los problemas relacionados con la libertad de reunión que tuvo que afrontarse, fue el de la oportunidad: el no tener que someter dicho derecho a una autorización previa, bastando con la simple comunicación, siguiendo para ello la pauta marcada por el art. 17 de la Constitución italiana. El debate llevó a profundizar en el tema de las relaciones entre Constitución y fuentes de aplicación, con amplias elaboraciones sobre el desarrollo legislativo de los derechos enunciados en el *Bill of Rights* estadounidense y la experiencia francesa, y con referencia expresa a la evolución histórica de la regulación de los derechos, del papel de la ley ordinaria, y de la famosísima decisión de 1971, que a propósito del derecho de asociación llevó al *Conseil Constitutionnel* a incorporar no solo el Preámbulo, sino también los principios fundamentales de las leyes en el *bloc de constitutionnalité*⁵⁵.

i) En relación con los derechos sociales, o prestacionales, es necesario mencionar al menos dos debates: el referido a los derechos sindicales, de una parte, y los derechos “de propiedad”, de otra.

Respecto a los primeros, la “constitucionalización” de los sindicatos tiene un antecedente importante en la Constitución italiana, aunque los diputados y senadores españoles, en el curso del debate, parecen olvidar la historia del artícu-

51 *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 13.7.1978, n. 109, p. 4242.

52 *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 18.5.1978, n. 69, p. 2446 ss.

53 *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 6.7.1978, n. 104, p. 3947.

54 *Vid.*, para un reenvío específico del texto italiano, la intervención de Villar Arregui, en *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 24.8. 1978, n. 43, p. 1803.

55 Peces-Barba Martínez, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 19.5.1978, n. 70, p. 2556 ss. (En aquella ocasión, la experiencia francesa fue utilizada también para afirmar que el juez penal puede intervenir en algunos casos para controlar los actos administrativos: p. 2557.)

lo 39 Const. italiana, que otorga personalidad jurídica a las asociaciones sindicales y permite la celebración de convenios colectivos con efecto *erga omnes*, pero que es el único que carece de desarrollo. Dicha circunstancia, que en absoluto es irrelevante, es omitida por ejemplo, por el diputado Martín Toval, cuando recuerda que la «Constitucionalización... está justamente en la Constitución italiana, en la francesa claramente y en la alemana», donde «es algo más amplia en cuanto que generaliza el derecho de los ciudadanos, pero se refiere básicamente a los trabajadores»⁵⁶. A su vez, Monreal Zía contraponen el modelo europeo al anglosajón para reforzar las garantías con una disposición, después no incorporada a la Constitución, destinada a asegurar también la libertad de *no* afiliación a ningún sindicato⁵⁷. En lo que se refiere al ejercicio del derecho de huelga, en el texto del Anteproyecto —que en cierta manera recuerda el art. 40 Const. italiana, excepto la referencia específica al mantenimiento de los servicios mínimos—, fueron igualmente numerosas las referencias a la regulación constitucional o legislativa alemana, belga, francesa y británica, así como a la jurisprudencia elaborada por la Corte costituzionale italiana, llamada a integrar los asombrosos vacíos del texto constitucional⁵⁸.

Respecto a los segundos, basándose en las posibilidades referidas a la nacionalización de la propiedad, el diputado Rodríguez-Miranda Gómez, para responder a una enmienda del Grupo socialista, expuso las escasas y antitéticas normativas sobre el tema en las Constituciones alemana, francesa, belga, holandesa y danesa, resaltando que sólo la portuguesa contenía disposiciones en tal sentido (pero en cambio olvidando la italiana, que sí las tiene)⁵⁹. Desde un punto de vista más general, en materia de planificación y monopolios, quienes estaban en contra no dejaron de enunciar detalladamente las correspondientes disposiciones de las Constituciones de la URSS, Bulgaria, Polonia, Checoslovaquia, Rumania, China y Cuba, afirmando que las soluciones acogidas hasta entonces eran precisa-

56 *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 16.5.1978, n. 67, p. 2373.

57 *Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria*, 28.9.1978, n. 61, p. 3025 y 3061.

58 Jarabo Paya, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 11.7.1978, n. 107, p. 4062 s.; Unzueta Uzcanga, citando también el caso de Noruega, Grecia, Suiza, etc., resalta que la huelga política está permitida sólo en la Constitución portuguesa: *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 29.8.1978, n. 45, p. 1958; Royo-Villanova y Paya, *Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria*, 28.9.1978, n. 61, p. 3035, que igualmente cita a Holanda, Alemania, Francia e Italia para obstaculizar la tutela de la huelga política. *Contra, ibi*, p. 3036, citando los mismos ordenamientos, Vida Soría. Otra intervención comparada fue la de Nieto de Alba, *Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria*, 2.10.1978, n. 64, p. 3185.

59 *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 9.6.1978, n. 85, p. 3144 ss.

mente aquéllas que tenían que evitarse, y que lo dispuesto en el artículo del Anteproyecto debía ser suspendido y modificado⁶⁰. A propósito de la expresión «*mediante indemnización*» en lugar de «*previa indemnización*», se discutieron diversos textos, entre los cuales se encontraba el francés de 1789 y los más recientes de China y Portugal⁶¹.

3. Las fuentes del Derecho

En materia de fuentes, es bien sabido que las leyes orgánicas fueron importadas desde la experiencia francesa y, en cambio, los decretos-leyes y las leyes delegadas desde la italiana⁶². Dicha situación se constata claramente, por ejemplo, en la intervención del senador Ollero Gómez quien, al criticar el abuso de los reenvíos en la legislación orgánica, hasta el punto de dar lugar a una enmienda restrictiva basándose para ello en la experiencia francesa⁶³, se extiende también de modo general a la relación entre la Constitución y la legislación de desarrollo, prestando particular atención al tema de la rigidez del recurso a mayorías cualificadas y a algunas soluciones adoptadas por el *Grundgesetz* y por la Constitución italiana en materia de leyes aprobadas con dichas mayorías⁶⁴.

En diferentes ocasiones se formularon muchas otras referencias de Derecho comparado, incluso en los debates en torno a otros temas relativos a las fuentes del Derecho y a las relaciones que tienen lugar entre ellas. En particular, un tema ampliamente debatido fue el de la “posición” de los tratados en la jerarquía normativa. En tal sentido, se dijo por ejemplo que «Una de las más recientes Constituciones –la francesa, de 1958– en su artículo 55 reconoce la jerarquía de los tratados sobre las leyes»⁶⁵. Asimismo, otros Constituyentes analizaron los meca-

60 López Rodó, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 14.7.1978, n. 110, p. 4280.

61 De la Vallina Velarde, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 11.7.1978, n. 107, p. 4090. También el derecho a la vivienda se introduce en la Constitución a partir de su apoyo en la normativa de otros países, como Portugal y Cuba: *vid.* en nombre de los Socialistas y Progresistas independientes la intervención de Pérez-Maura de Herrera, en *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 30.8.1978, n. 46, p. 2099.

62 Sobre tales derivaciones *vid.* entre otros, PUNSET, R., *Estudios parlamentarios*, Cepec, Madrid, 2001 (por ejemplo y en el caso particular de las leyes orgánicas, p. 38).

63 Se trata de la enmienda n. 53, cuya motivación afirma literalmente: «Por todo ello, parece aconsejable reducir la definición de leyes orgánicas, en los mismos términos que el artículo 46 de la Constitución francesa de 1958, en el que se inspira, sin duda, este precepto».

64 *Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria*, 29.9.1978, n. 62, p. 3133.

65 Canyellas Balcells, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 6.6.1978, n. 81, p. 2950. V. también *Sesión Plenaria*, 13.7.1978, n. 109, p. 4223 ss., con referencias

nismos de recepción y de incorporación del Derecho internacional en los textos constitucionales de Weimar, Austria, Francia, Alemania, Portugal, etc.⁶⁶.

En lo que se refiere al procedimiento de elaboración de las leyes, los antecedentes –un *Standing Order* inglés de 1713, el art. 40 de la Const. francesa de 1958, el art. 110 del *Grundgesetz*, y el art. 81 de la Const. italiana– se convirtieron en un sólido argumento para elaborar el texto del art. 134.6 CE, en la parte en que se faculta al Gobierno para acordar la conocida *irrecevabilité financière* sobre proposiciones y enmiendas financieras no cubiertas⁶⁷. El Senado, por su parte, propuso a través de Luis Sánchez Agesta, la recepción de la institución francesa del “*vote bloqué*” del texto legislativo (art. 44), en cada ocasión en que el Gobierno presentara una cuestión de confianza sobre un texto⁶⁸.

4. Forma política y forma de gobierno

La doctrina española ha puesto de relieve frecuentemente la originalidad de las soluciones adoptadas para afrontar el complejo problema de la “posición” de la Corona en el conjunto del ordenamiento: solución que se refleja también en un plano nominal, con la elección de las palabras «forma política» en lugar de «forma de Estado» y «forma de Gobierno», precisamente para señalar la ambivalencia de la figura del Monarca dentro de éstas dos diferentes clasificaciones⁶⁹. Sin embargo, dicha elección se presenta como el fruto, no sólo de acuerdos precisos de política interna, nacidos en un clima difícil para la historia del país y condicionada por los efectos de la transición, sino también como el resultado de profundas reflexiones sobre las enseñanzas del Derecho comparado, desde una dimensión tanto diacrónica como sincrónica.

Como consecuencia de ello y para conciliar la institución de la monarquía con la soberanía popular, las discusiones harán referencia no sólo a la historia constitucional española, sino también a la de otros países como Bélgica, Dinamar-

al Derecho comparado y a la ley Fundamental alemana.

66 Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 22.8.1978, n. 41, p. 1705.

67 Tamames Gómez, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 18.7.1978, n. 112, p. 4336 ss.

68 Enmienda n. 346 al texto aprobado por el Congreso.

69 Señala la ambigüedad de la fórmula ARAGÓN REYES, M., “La Monarchia parlamentare”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., PREDIERI, A. (eds), *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., p. 403 ss. y espec. p. 308. Así como BLANCO VALDÉS, R., *La Constitución de 1978*, Alianza, Madrid, 2003, p. 93. trad. it. *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, 3ª ed. (M. IACOMETTI, coord.), Giappichelli, Torino, 2017, p. 60 ss.

ca, Luxemburgo y Suecia con su Constitución de 1975⁷⁰. Para apoyar la idea de que el Jefe de Estado forma parte del Parlamento, las consideraciones se remontan incluso a una Constitución republicana –la irlandesa–⁷¹; y para promover un Consejo privado separado de la Corona, se utilizaron amplias alusiones de la tradición británica⁷², evocada también con el fin de establecer el papel del Rey en la designación del Gobierno⁷³.

En lo que se refiere a la forma de gobierno, fue muy fuerte la influencia alemana, aunque los Constituyentes tuvieron en consideración algunas otras experiencias, como la inglesa.

Ahora bien, previo a la configuración de la forma de gobierno *lato sensu*, es el papel de los partidos: a tal fin, en el debate de las Cortes Constituyentes, en relación con el grave problema del control interno –es decir sobre la democratización de los mismos– se recordaron las experiencias de varios países (como Alemania, Francia, Portugal y Brasil), y se promovieron soluciones intermedias al proponerse la sustitución de las palabras «los partidos políticos expresan el pluralismo democrático» por «pluralismo político», pero también al sugerirse posteriormente, por influencia del *Grundgesetz*, atribuir el control al Tribunal Constitucional⁷⁴.

Por otro lado, en la discusión sobre el derecho de petición, no faltó quien, refiriéndose a la experiencia americana, recordara el «Lobby Act» de 1946 y el principio de “acceso” de la sociedad civil y del mundo económico, al Parlamento y de modo particular a las comisiones parlamentarias⁷⁵.

70 Pérez-Llorca Rodrigo, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 11.5.1978, n. 64, p. 2201; Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria*, 25.9.1978, n. 58, p. 2886.

71 López Rodó, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 9.6.1978, n. 85, p. 2216 ss.

72 López Rodó, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 29.5.1978, n. 75, p. 2734; Id., *Sesión Plenaria*, 12.7.1978, n. 108, p. 4159, donde cita también el art. 87 de la Constitución italiana; López Rodó, *ibidem*, p. 4162; Pérez-Llorca Rodrigo, *ibidem*, p. 4164.

73 Barrera Costa, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 13.7.1978, n. 109, p. 4227, con referencias al Reino Unido y Suecia, y Herrero Rodríguez de Miñón, *ivi*, p. 4229, con reenvíos a Bélgica.

74 Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria*, 22.8.1978, n. 41, p. 1690 ss. Entre las primeras consideraciones doctrinales a las recepciones hechas en el texto del proyecto de Constitución, SANTAMARIA, J., “Partidos políticos y pluralismo democrático”, en AA.VV., *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Forni, Reggio Emilia, 1978, p. 21 ss.

75 Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 13.7.1978, n. 109, p. 4205.

Acerca del sistema electoral, con el fin de evitar la constitucionalización del sistema electoral proporcional o, en caso contrario, para apoyar esta alternativa, los diputados Tierno Galván y Fajardo Spínola contrapusieron las soluciones adoptadas respectivamente por Alemania, Francia, Bélgica y Grecia, de una parte, y Portugal e Italia de la otra; mientras a su vez, Roca Junyent observó —con una notable sensibilidad comparatista— que los contextos de referencia tomados de Dinamarca, Noruega, Suiza, Bélgica, Holanda, Luxemburgo e Italia no siempre se adaptaban a la realidad española⁷⁶.

El tema comparativo como presupuesto de la comparación, es decir, la idoneidad de las instituciones extranjeras para ser recibidas en contextos diferentes, caracterizó también la polémica relativa a la moción de censura constructiva y en general el tema de las relaciones entre Gobierno y Parlamento, pues se consideró que la estructura que contempla el *Grundgesetz* podía ser demasiado rígida para adaptarse a la nueva realidad constitucional española. Pero por otro lado se sostendría también la tesis contraria, apoyándose para ello en la Constitución francesa y en el conjunto de instrumentos de racionalización introducidos por el Título V y encaminados a reforzar la posición del Gobierno ante el Parlamento⁷⁷.

Finalmente, continuando con las relaciones entre Gobierno y Parlamento, y respecto al papel de la segunda Cámara y a la disolución automática de las dos Asambleas en caso de moción de censura, la enmienda n. 600 aprobada por el Congreso de los Diputados fue justificada valiéndose de referencias comparadas, en las que se evidenciaba que cuando la relación de confianza se instauraba para las dos asambleas (Italia, Bélgica, Holanda), y en caso de verificarse la censura, el Jefe del Estado podría disolver una o ambas Cámaras⁷⁸.

76 *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 1.7.1978, n. 78, p. 2836 ss. *Vid.* también las referencias a otras experiencias, como las de la III República francesa, Inglaterra, Estados Unidos, Holanda, Dinamarca y Suecia, recordadas por el Ministro de Justicia Gómez de las Rocas, también con la finalidad de introducir el equilibrio territorial, en *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 9.5.1978, n. 61, p. 2104 y por Solé Tura y Alzaga Villamil, *ivi*, *Sesión Plenaria*, 12.7.1978, n. 108, p. 4178 ss. y 4187 e *ivi*, *Sesión plenaria*, 13.7.1978, n. 109, p. 4233.

77 *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 6.6.1978, n. 81, p. 2972 s.; *vid.* también la intervención de Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 6.9.1978, n. 50, p. 2383, con especiales referencias a las experiencias alemana, francesa, italiana.

78 *Vid.* también al respecto la intervención de Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 7.9.1978, n. 51, p. 2406.

5. La organización del Estado

Del mismo modo que ocurre en las materias relativas a la forma de gobierno, derechos y libertades, fuentes del Derecho, etc., también en la organización de los órganos constitucionales y del aparato estatal se evidencian notables influencias de algunas experiencias extranjeras.

Obsérvese cómo, por ejemplo, en lo que atañe al Parlamento, a excepción de las decisiones estratégicas sobre el papel de la segunda Cámara⁷⁹, la enmienda n. 202 del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso propuso extender la potestad de constituir Comisiones de Investigación a ambas Cámaras, y no solamente a la Cámara baja, siguiendo el ejemplo de las Constituciones belga, holandesa, etc.⁸⁰ De forma similar, la posición desigual entre Congreso y Senado en materia de iniciativa legislativa, tal y como había sido elaborada por el Anteproyecto y el Congreso, será posteriormente debatida en el Senado con amplias alusiones a la Ley Fundamental alemana y a las Constituciones mexicana, francesa, italiana, así como también a las Constituciones estadounidense y portuguesa, incluso en los aspectos relacionados con el poder de veto del Presidente⁸¹. Y ello en tanto, a su vez, la institución de la petición no podía dejar de referirse a los históricos precedentes ingleses⁸². Por su parte, el art. 34 de la Constitución danesa fue considerado, con cierta ironía, como «extravagante», intentándose con ello suprimir el tercer inciso del art. 61 del Proyecto, que se refiere al tema de la inviolabilidad de las Cortes⁸³.

En materia de Administración Pública, se cita en múltiples ocasiones el art. 28 de la Constitución italiana, en el tema de la responsabilidad directa de los funcionarios⁸⁴; las Constituciones y la legislación de desarrollo en Francia, Bélgica,

79 Vid. por ejemplo la enmienda n. 47 del texto aprobado por el Congreso, por los Progresistas y Socialistas independientes, quienes promovían una solución análoga a la que había sido ya adoptada por el *Bundestag* alemán, con representación, además de las Provincias y de las Comunidades Autónomas, con la designación de los órganos de éstas últimas. Vid. sobre los trabajos preparatorios las referencias en PUNSET, R., *Estudios parlamentarios*, CEPC, Madrid, 2001, p. 49 ss.

80 Gutiérrez Rubio (Grupo Mixto). Para posteriores referencias a los trabajos preparatorios, vid. GUDE FERNÁNDEZ, A., *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, Ed. Un. de Santiago de Compostela, 2000, p. 150 ss.

81 Gutiérrez Rubio e Villar Arregui, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 5.9.1978, n. 49, p. 2278 ss.

82 Inciso Recio, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 29.8.1978, n. 45, p. 1976.

83 Enmienda n. 328, de L. Sánchez Agesta.

84 Enmienda n. 39 del texto aprobado por el Congreso, por parte de los Progresistas y Socialistas independientes.

Italia, Holanda, sobre la composición y sobre todo las funciones del Consejo de Estado⁸⁵; y los textos constitucionales italiano, en contraposición a los de Holanda y Suecia, en los cuáles respecto al acceso a la función pública, no «se entra en tanto detalle de mérito y capacidad»⁸⁶.

Respecto al Poder Judicial –aparte del conocido “trasplante” del homólogo órgano francés e italiano del Consejo General del Poder Judicial⁸⁷, y de los distintos modelos continentales, así como de las consideraciones basadas en la experiencia histórica española y referidas a la completa organización del sistema de justicia– observamos cómo la Constitución ha recibido las aportaciones de la normativa extranjera. En primer lugar, refiriéndose a las Constituciones francesa e italiana, se discutió si el Poder Judicial era un «poder», como después aparecería en el texto definitivo, o una «autoridad», como en Francia, o un «orden», como en Italia⁸⁸. En general, sobre el papel del Poder Judicial en la tutela de los derechos, Martín-Retortillo Baquer hizo amplias consideraciones sobre el art. 113 de la Constitución italiana, en aquellos aspectos donde se admite la tutela jurisdiccional sin exclusión o limitación a particulares medios de impugnación o para determinadas categorías de actos, así como a los artículos 19.4 de la Ley Fundamental alemana sobre el derecho de defensa por la vía judicial frente a la vulneración de los derechos⁸⁹. Y con posterioridad, por ejemplo, colocando el tema en su adecuado contexto, Peces-Barba Martínez aludiría a la designación directa del Fiscal por parte del Ejecutivo en los Estados Unidos de América, poniendo de relieve la diferencia entre el marco jurídico-institucional americano y el español⁹⁰. Finalmente, en otros aspectos, se hace referencia a una ordenanza francesa de 1958, y a la jurisprudencia posterior del Consejo de Estado, para prohibir a los magistrados manifestarse políticamente⁹¹; al tiempo que se traen a colación tam-

85 Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 6.9.1978, n. 50, p. 2371.

86 Fajardo Spínola, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 22.5.1978, n. 71, p. 2574. En la doctrina, el hecho de que el diseño de la Administración española configurado por la Constitución, comprendería todo el aparato del Estado «acumulado durante varios siglos», fue puesto de relieve por PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 5ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 599.

87 Observa que la formulación «se ha ganado, con razón, la denominación de “italiana”», MOSQUERA, L., “La posizione del potere giudiziario nella Costituzione spagnola del 1978”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., PREDIERI, A. (eds), *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., p. 683.

88 López Rodó, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 20.6.1978, n. 93, p. 3532.

89 *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 6.9.1978, n. 50, p. 2367.

90 *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 8.6.1978, n. 84, p. 3125.

91 Bolea Foradada, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*,

bién la legislación y las Constituciones francesas, a propósito del estatuto del Poder Judicial, incluso en relación con el derecho de huelga⁹².

6. El Estado autonómico

Respecto a la división vertical del poder, el modelo regional tenía ya su precedente en la Constitución republicana del 1931, al tiempo que una experiencia más reciente –la italiana– ofrecía comparaciones provechosas desde la perspectiva de su funcionalidad⁹³. Contemporáneamente, el Derecho comparado ponía sobre la mesa posteriores soluciones alternativas de las que tomar nota, como las federales experimentadas en los Estados Unidos, Suiza y sobretodo Alemania, mientras Francia podía servir de comparación *a sensu contrario*, como ejemplo emblemático de un Estado centralizado. Las peculiares exigencias de las culturas regionales ibéricas, las batallas históricas, los temores por las fuertes reivindicaciones no solo locales sino también secesionistas, marcaron profundamente la elaboración de la Constitución en la parte dedicada al ordenamiento autonómico. Pero no debe causar estupor la llamada al Derecho comparado, que servía de soporte (o a menudo de disfraz) para justificar visiones preconcebidas, por una u otra parte, pero también para hallar el punto medio y el compromiso que desde siempre alimentan la redacción de textos estables y duraderos. Sobre los problemas centrales –unidad del Estado, proclamación de la soberanía de los entes intermedios, derecho de secesión–, las referencias a las experiencias extranjeras fueron numerosas. Veámos solo un caso a modo de ejemplo.

Se ha observado que donde, como en Suiza, la Constitución asegura la soberanía de los Cantones, el único conflicto político serio tuvo lugar por el intento del territorio del *Giura*, de formar un cantón propio, mientras en el Estado más centralista, Francia, al abrigo de los Pirineos, habían surgido cuatro movimientos secesionistas⁹⁴. Que también en un Estado regionalista como Italia se asegura en primer lugar la unidad del Estado⁹⁵. Que en Suiza la soberanía es de los pue-

8.6.1978, n. 84, p. 3133.

92 Ruíz Mendoza, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 13.7.1978, n. 109, p. 4255 ss.

93 Entre los primeros en señalar los «evidentes motivos de afinidad o incluso de identidad literal» entre el Anteproyecto y la Constitución italiana, PALADIN, L., “L’ordinamento regionale in Spagna in relazione all’esperienza italiana”, en AA.VV., *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*”, cit., p. 133.

94 Azalluz Antía, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 5.5.1978, n. 59, p. 2064 ss.

95 Ortí Bordás, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*,

blos y de cada Cantón, como sucede en los modelos confederados (lo que es notoriamente falso, a pesar de el *nomen iuris* de la Confederación suiza y la expresa norma constitucional en tal sentido). Y que en todo caso la elección por un Estado federal se confirma por Estados Unidos y por otros Estados que se encuentran a «un tiro de piedra» de España, como Alemania, Austria y la Confederación suiza⁹⁶. Que es indispensable distinguir la soberanía nacional a la que se refieren las Constituciones alemana, irlandesa o italiana, de la popular⁹⁷; que soberanía y “originalidad” caracterizan igualmente a los *Länder* alemanes (como Baviera)⁹⁸. Que el derecho de secesión se asegura en ordenamientos como el de la URSS, bicameral con representación de las nacionalidades, aunque no se contempla en otros países⁹⁹, pero que en este país ha sido el partido único quien ha cimentado la Unión Soviética, y que el derecho de secesión nunca ha sido ejercitado¹⁰⁰. Que el ejemplo suizo, como el del Reino Unido, Bélgica, Checoslovaquia o Yugoslavia, demuestran, al menos, que se puede hablar de «comunidades nacionales en el seno de una comunidad nacional superior»¹⁰¹. Y que se potencia el papel del Senado como Cámara territorial, con el fin de garantizar en mayor grado la periferia, y que, con dicho propósito, «hay que buscar precedentes ilustres para la introducción de preceptos que solucionen casos hipotéticos que nadie desea se produzcan (...) pero que la historia conoce que se han producido»¹⁰². En general, se puso en evidencia que Alemania e Italia habían sido elementos de referencia, y que el modelo italiano «está muy cerca de nosotros»¹⁰³, de tal forma que su Constitución «en tantas materias ha sido modelo de la que estamos nosotros aprobando aquí»¹⁰⁴.

5.5.1978, n. 59, p. 2064 y p. 2187.

96 Latemendia Belzunce, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 5.5.1978, n. 59, p. 2182 e *ivi*, 14.6.1978, n. 88, p. 3260. V. también Id., *Sesión plenaria*, 4.7.1978, n. 103, p. 3772 (con referencias a Suiza, Alemania, Austria).

97 Ortí Bordas, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 5.5.1978, n. 64, p. 2187.

98 Arzalluz Antía, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión plenaria*, 4.7.1978, n. 103, p. 3789; *contra* la intervención de Pérez-Llorca Rodrigo, *ivi*, p. 3791.

99 Ortí Bordas, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 12.5.1978, n. 66, p. 2179.

100 Pérez-Llorca Rodrigo, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 16.6.1978, n. 91, p. 2328 ss.

101 Peces-Barba Martínez, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 12.5.1978, n. 66, p. 2304.

102 Pérez-Llorca Rordígo, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 12.5.1978, n. 66, p. 2304. Sobre este aspecto, la referencia se hizo a la Republica federal alemana.

103 Zabala Alcibar, *Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria*, 3.10.1978, n. 65, p. 3229.

104 Benet Morell, *Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria*, 3.10.1978, n. 65, p. 3241.

El ejemplo italiano, que como expresamente se recuerda en varias ocasiones, ha inspirado los debates de las Cortes, sería utilizado en otras ocasiones sin conocimiento de causa, por ejemplo para criticarse que en España la base electoral del Senado sea la Provincia, mientras que en Italia el Senado es elegido a partir de la circunscripción regional (pero olvidando que, en virtud de la ley electoral, de hecho en Italia el Senado no es en efecto una Cámara de las Regiones)¹⁰⁵; o para abolir la prohibición de los acuerdos entre Comunidades Autónomas, citando a tal efecto –además del art. 29 del *Grundgesetz*– el art. 5 Const. italiana (que se refiere principalmente a los entes locales menores y no a las Regiones)¹⁰⁶.

También en temas más específicos no han faltado remisiones a las soluciones adoptadas en el exterior: por ejemplo, para recordar que un Estado federal como Austria no tiene un cuerpo de policía autónomo¹⁰⁷; o que en Francia y Alemania las aguas son de competencia estatal y no de los entes descentralizados¹⁰⁸, y que el «reparto político de los puestos administrativos», antes de la regionalización, y la división de servicios como el de policía (entre otros) es el sistema más seguro «para matar a un Estado», como ha demostrado la experiencia italiana descrita en un libro publicado en Francia¹⁰⁹. O para señalar a la (insuficientemente desarrollada) disposición del art. 119 Const. italiana en materia de financiación autónoma de las Regiones¹¹⁰, o más extensamente a las modalidades de repartición de los recursos fiscales del Estado y los entes periféricos en Suiza, Austria, Alemania, México, Yugoslavia, Unión Soviética o Francia¹¹¹, así como también para aludirse al principio de solidaridad fiscal a que se refieren los incisos 2 y 3 del art. 120 de la Const. italiana o del art. 149 de la Ley fundamental alemana¹¹².

105 Benet Morell, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 5.9.1978, n. 53, p. 2555.

106 Unzueta Uzcanga, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 12.9.1978, n. 49, p. 2243.

107 López Rodo, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 16.6.1978, n. 91, p. 3416.

108 Martín-Retortillo Baquer, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 12.9.1978, n. 53, p. 2579.

109 Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión plenaria*, 4.7.1978, n. 103, p. 3777. Y en contra, el senador Monreal Zía, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 12.9.1978, n. 53, p. 2576, con referencias al Reino Unido, Dinamarca, Alemania y Suiza.

110 Bravo de Laguna Bermúdez, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión plenaria*, 18.7.1978, n. 112, p. 4334, quien recuerda también las experiencias estadounidense y francesa.

111 Letamendía Belzunce, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión plenaria*, n. 113, 19.7.1978, p. 4398.

112 Yebra Martul-Ortega, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión plenaria*, 19.7.1978, n. 113, p. 4416, y Hurtado Simo, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 30.8.1978, n. 46, p. 2074, que remite también al Reino Unido. *Vid.* así mismo la enmienda n. 709 al texto del Anteproyecto, firmada por Perfecto Yebra Martul-Ortega de UCD.

Además, para justificar la especialidad de algunas normativas, y acercando el caso de Canarias al de Sicilia¹¹³, para apoyar la incompatibilidad entre dos cargos como consejero regional en distintas Regiones, o entre el cargo de parlamentario y de consejero regional, como en Italia¹¹⁴, o para introducir un poder exterior de las Comunidades Autónomas, de forma similar a como sucede en Alemania, Portugal, Suiza, Estados Unidos, URSS, Yugoslavia (con referencia a Eslovenia), Bélgica o Portugal (Isla de Madeira)¹¹⁵.

Dado que el problema lingüístico está siempre o casi siempre supeditado al del reparto de poder a nivel territorial, vale la pena recordar en estos párrafos que, precisamente en conexión con la temática del Estado autonómico, se aborda en muchas ocasiones, con amplias remisiones a las soluciones adoptadas en otros lugares: ya sea para decir que «el Derecho comparado no es precisamente algo que en esta materia valga, porque cada tierra hace su guerra en estas cuestiones»¹¹⁶, ya sea para afirmar que en Holanda o en Alemania las minorías lingüísticas pretenden agregarse a los Estados donde su propio idioma es mayoritario¹¹⁷. Finalmente, incluso sobre el gobierno local no faltan referencias a las experiencias extranjeras, como por ejemplo la del Reino Unido para abordar el histórico problema, presente en tantos países, de la reducción del número de municipios¹¹⁸.

7. El sistema de garantías

En relación al Defensor del Pueblo, la enmienda del art. 46 del Anteproyecto, firmada por el grupo de UCD, se inclinó por negar el poder de decisión al Defensor. La justificación se basaba exclusivamente en razones comparadas, con cita no sólo de países en los cuales nació el *Ombudsman*, sino también de otros como Portugal, Inglaterra, Francia y las Regiones italianas que lo habían institucionali-

113 Enmienda n. 967 del texto del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso (Doña M.D. Pelayo Luque).

114 Díez-Alegría Gutiérrez, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 31.8.1978, n. 47, p. 2175, y la enmienda del Anteproyecto ya presentada por Ortí Bordás al art. 133.

115 Monréal Zia, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 6.9.1978, n. 50, p. 2329; Id., *Sesión Plenaria*, 3.10.1978, n. 65, p. 3242 y p. 3251; Xirinacs Damians, *Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria*, 25.9.1978, n. 108, p. 2869.

116 Trías Fargas, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión plenaria*, 5.7.1978, n. 104, donde se cita también la utilización del idioma galo en el Reino Unido.

117 Pujol Soley, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión plenaria*, 19.7.1978, n. 113, p. 4404.

118 Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 14.6.1978, n. 88, p. 3237.

zado¹¹⁹. El ejemplo de la Toscana fue recordado, de hecho, para apoyar la constitucionalización del Defensor del Pueblo de las Comunidades Autónomas¹²⁰.

Otro debate “candente”, en el que muchas normativas extranjeras fueron tomadas en consideración, además del relativo al contenido esencial de los derechos¹²¹, fue el de la suspensión de los mismos¹²². Naturalmente, las referencias más frecuentes fueron al art. 16 de la Constitución francesa¹²³, pero no faltaron las remisiones a otros ordenamientos: como el de Inglaterra, en el cual la materia es prerrogativa de la Corona¹²⁴; o bien de Alemania para sostener la introducción de la suspensión individual de los derechos, como lo establece el art. 18 del *Grundgesetz*¹²⁵ (solución que, ciertamente, no ha tenido mucha suerte a nivel comparado¹²⁶); o la previsión de mayorías cualificadas para proclamar los estados de excepción (art. 80a, *GG*)¹²⁷.

El tema de las garantías adquiere relevancia jurídica, no sólo en el análisis de las regulaciones materiales, sino también en el de la rigidez de la Constitución y en las modalidades de reforma, así como, obviamente, en la justicia constitucional. El problema principal al que se enfrentaron las Cortes Constituyentes fue, claramente, el relativo al “grado” de rigidez del texto: en tal sentido se evocaron, junto a conocidas doctrinas políticas (es suficiente con citar la idea de que ninguna generación puede vincular a las generaciones futuras, expresada por la Constitución francesa de 1793), también regulaciones positivas, como las que se relacionan con la Constitución americana, o con las tradiciones propias de la Constitución inglesa¹²⁸. De esta forma, no obstante las duras críticas y las valientes de-

119 La enmienda es la n. 779.

120 Cabala Alcibar, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 31.8.1978, n. 47, p. 2128.

121 Sobre la recepción de la cláusula del art. 53.1 CE de la Ley Fundamental de Bonn *vid.* entre otros GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Cec, Madrid, 1994, p. 339 ss.

122 Amplias remisiones a los antecedentes extranjeros en CRUZ VILLALÓN, P., *La protezione straordinaria dello Stato*, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., PREDIERI, A. (eds), *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., p. 647 ss.

123 Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 30.5.1978, n. 76, p. 2770.

124 De nuevo Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 30.5.1978, n. 76, p. 2770.

125 Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 31.8.1978, n. 47, p. 2138.

126 Cfr. BALDIN, S., *Le “altre” funzioni delle Corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all’Est europeo*, Eut, Trieste, 2000, p. 57.

127 Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 5.9.1978, n. 49, p. 2267, y 7.9.1978, n. 51, p. 2411.

128 Peces-Barba Martínez, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 5.6.1978, n. 59, p. 2033.

fensas, apoyadas por ejemplos comparados marcadamente contrarios, predominó la pretensión, que después se mantuvo en el texto constitucional, de conservar la inmutabilidad de la Carta: pretensión –como lo resaltan los trabajos parlamentarios– desmentida por las experiencias de Brasil y Grecia, y confirmada solo por la –muy poco acreditada, como se dijo en su momento– experiencia de Japón¹²⁹. Y ello aunque después la solución escogida (como es conocido) fue la de la rigidez gradual, distinguiendo las revisiones menores de las totales o relativas a temas fundamentales, «como recientemente se ha experimentado en Venezuela»¹³⁰. Asimismo, respecto a los límites absolutos de la revisión, se aportaron diversos ejemplos, tanto para el tema de la “forma política”, como para el de la integridad territorial, con particular referencia a la reciente Constitución portuguesa¹³¹. Respecto a los procedimientos de reforma, se sostuvo por parte de la Agrupación Independiente del Senado, que la iniciativa popular se niega al pueblo en los regímenes «de pretensión o estructura autoritaria», y que «el artículo 89 de la Constitución francesa de 1958 pudiera ser una buena muestra de ello»¹³².

El argumento que conecta el procedimiento de revisión con la justicia constitucional se encuentra en las modificaciones constitucionales implícitas (elaboradas incluso para atribuir nuevos significados al texto de la Constitución): en tal sentido se trajeron a colación las Constituciones holandesa y alemana, y se propuso que cada reforma indicara expresamente las disposiciones que se debían modificar o adicionar¹³³.

En relación con el tema de la justicia constitucional, finalmente, siguiéndose un *trend* al parecer difundido, se constató una fuerte hibridación de modelos, aunque completada con experiencias autóctonas¹³⁴. La solución acogida en el texto definitivo de la Constitución fue elaborada, efectivamente, teniendo en cuenta los modelos clásicos, así como los de las experiencias estadounidense, pero sobretudo la alemana e italiana de la segunda posguerra¹³⁵. En referencia a la

129 Alzaga Villaamil, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 20.6.1978, n. 93, p. 3470.

130 Recuerda que la Ponencia hacía tal consideración Fraga Iribarne, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 20.6.1978, n. 93, p. 3471; Id., con referencia también a la Confederación suiza, *ibidem, Sesión plenaria*, 20.7.1978, n. 115, p. 4531.

131 Carro Martínez, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 20.7.1978, n. 115, p. 4532 ss.

132 Enmienda n. 648 del texto aprobado por el Congreso.

133 Ollero Gómez, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 8.9.1978, n. 52, p. 2518.

134 En mayor profundidad, *vid.* PEGORARO, L., *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Giappichelli, Torino, 2015, *passim*.

135 Entre los primeros en señalarlo, RUBIO LLORENTE, F., ARAGÓN REYES, M., “La giurisdizione costi-

estructura del Tribunal Constitucional, por ejemplo, el Senador Villar Arregui recordó las soluciones adoptadas por Alemania e Italia¹³⁶. Peces-Barba Martínez se refirió a *Marbury vs. Madison* para aplaudir el abandono de la anticuada visión montesquiana del juez como «boca de la ley»¹³⁷. Y Alzaga Villamil manifestaba su temor, ignorando las experiencias italiana y alemana, de que el mecanismo de control incidental confiriera a los jueces el poder de decidir, introduciendo un sistema a la “americana”, mientras la tendencia iba en el sentido de la concentración de poder en cabeza de un solo Tribunal especializado para decidir sobre la inconstitucionalidad de la ley¹³⁸. A ello respondería, mencionando precisamente las soluciones adoptadas en Italia y Alemania, el mismo Peces-Barba, declarando que su grupo era favorable a recorrer un camino tan provechosamente experimentado¹³⁹.

Parte II. La recepción de modelos: ¿convierte la Constitución española en un modelo?

1. Premisa

Como ya se ha señalado, en este apartado analizaremos la circulación de la Constitución española en los debates constituyentes y en las reformas constitucionales de algunos países latinoamericanos (Argentina y Brasil), y europeos (Italia, debido a las estrechas relaciones entre las respectivas Constituciones, ya evidenciadas en la parte I). También en los debates constituyentes que acontecen en el Este de Europa España ha sido citada en múltiples ocasiones, aunque por cuestión de espacio no podamos detenernos ahora sobre ello.

tuzionale nella Costituzione spagnola del 1978”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., PREDIERI, A. (eds), *La Costituzione spagnola del 1978*, cit., p. 782. Bibliografía con referencias al debate constituyente, señalando que el modelo de referencia fue el alemán, con alguna variación importante, en LOZANO MIRALLES, J., SACCOMANNO, A., *El Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 31 ss.

136 *Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria*, 8.9.1978, n. 52, p. 2023. La observancia de tales modelos inspiradores es pacífica en la doctrina: por todos *vid.* BLANCO VALDÉS, R., “La política e il diritto”, cit., p. 15.

137 *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 16.6.1978, n. 91, p. 3435.

138 *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 19.6.1978, n. 92, p. 3454.

139 *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 20.7.1978, n. 115, p. 4523.

Subrayaba con ocasión de los veinticinco años de la Constitución española, que la capacidad de una Constitución para convertirse en un modelo ejemplar está determinada por varias circunstancias, siendo pocos los ordenamientos que han logrado elevarse a la categoría de símbolo positivo. La Constitución inglesa se considera, en tal sentido, un ejemplo para los comparatistas a partir de distintos elementos (desde la forma de gobierno hasta la tutela de los derechos, desde el sistema jurisdiccional hasta el papel de la Corona, etc.). Ejemplares, asimismo, el presidencialismo estadounidense, que ningún ordenamiento ha sido capaz de imitar, hasta el punto de que para designar una forma similar pero no idéntica, una parte de la doctrina italiana contraponen la forma de gobierno presidencial a la conocida como “presidencialista”¹⁴⁰. Ello se debe a que el constitucionalismo americano ha producido otro fruto importante, el sistema federal, al que a menudo se hacen remisiones en contraposición con el modelo eurístico que proviene de las experiencias de descentralización “fuerte”, como las que han tenido lugar en Canadá, Australia, Alemania, Austria, Suiza, India, etc.¹⁴¹. Y constituye también, en cierta medida, un modelo, la Constitución de la V República francesa, pues todos los países que intentan introducir la forma de gobierno “semi-presidencial” miran, sin lugar a dudas, hacia el ejemplo francés del 58, y no al de Austria, Finlandia y todos los demás países que en su momento fueron tomados en consideración por Duverger para presentar un nuevo modelo tipo para las formas de gobierno¹⁴².

Me preguntaba, en efecto, en aquellos momentos: ¿Puede aspirar la Constitución española de 1978 a cumplir ese mismo papel? La previsión fue que al texto pragmáticamente elaborado hace veinticinco años le faltaba, para asegurarse como objeto único de imitación, el carácter radicalmente innovador que presentaban la Constitución americana o la francesa de 1958, así como las particulares y originales connotaciones que hacen de la Constitución inglesa un *unicum* irreplicable. Sin embargo —escribía entonces— la Constitución española es útil, como tantas otras, para cumplir dos funciones: una apreciable en el plano doctrinal y la segunda en el plano normativo.

140 VOLPI, M., *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, 6ª ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 155 ss.

141 REPOSO, A., *Profili dello Stato autonomico: federalismo e regionalismo*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 13 ss.

142 Cfr. PEGORARO, L., RINELLA, A. (eds), *Semipresidenzialismi*, Cedam, Padova, 1997, e *ivi* espec. PEGORARO, L., “*Forme di governo, definizioni, classificazioni*”, p. 3 ss., y VOLPI, M., “*Esiste una forma di governo semipresidenziale?*”, p. 25 ss.

Sobre el primero, porque contribuye, junto con otras que se le asemejan, a forjar una “clase”, que se enriquece en el campo de la liberal-democracia, con su significativa aportación. En lo que respecta a las formas de gobierno parlamentarias con predominio del poder ejecutivo, se estudia también el ordenamiento español desde 1978, ayudando en consecuencia a comprender las características relativas al funcionamiento de las relaciones entre los órganos constitucionales, para ofrecer previsiones sobre su rendimiento. El análisis de la experiencia española contribuye, asimismo, a mejorar la misma estructura de la clase liberal democrática, bien en lo que atañe a los derechos, tal y como se integró en el 78 y se perfeccionó por la legislación y la jurisprudencia, bien por lo que se refiere a la distribución vertical del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aspecto en el que los Padres de la Constitución ofrecieron quizá el aporte más original, que se refleja incluso en el plano nominalista. Sobre el plano normativo, es decir de la utilidad del estudio de la Constitución española con la finalidad de observar la recepción de modelos, si bien no se llega a traducir en un modelo ejemplar en su conjunto, puede ser significativa por lo que se refiere a las soluciones particulares que se adopten: primero y sobretodo, en cuanto a la descentralización, pero también en la formulación de algunos derechos, el ajuste de soluciones racionalizadoras del proceso de decisión parlamentario, la limitación de los poderes normativos del ejecutivo, y muchas otras cuestiones.

2. Exportación del modelo español (o más bien de partes del sistema constitucional) a Latinoamérica

Analizamos en este apartado si en los trabajos preparatorios de algunas Constituciones aprobadas con posterioridad a 1978 encontramos huellas de la Carta Magna española, de la jurisprudencia constitucional que procedió a su interpretación, y de la doctrina que la ha comentado.

2.1. Argentina

El debate en la Asamblea argentina encargada de redactar el texto de la reforma de 1994 es emblemático respecto al influjo del Derecho comparado en los procesos constituyentes (o de reforma constitucional) desarrollados en América Latina tras el largo periodo de las dictaduras militares. Como en otros países – de Perú a Venezuela y a los países andinos del “nuevo constitucionalismo” –, la Constitución española no representa un modelo en su conjunto, ni tampoco las referencias al Derecho constitucional español prevalecen respecto a las de otros

ordenamientos (Italia, Francia, Alemania, Reino Unido, etc.). Sin embargo, son muchas dichas referencias, afectando a temas variados.

Por ejemplo, en su intervención en materia de derechos, la diputada Boero sugiere que al texto propuesto se añada el siguiente: «Asimismo atenta además contra la democracia todo acto de omisión discriminatoria por motivos de raza, religión, nacionalidad, ideologías, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o carácter físico», y cita disposiciones parecidas al «artículo 14 de la Constitución de España y el artículo 3 de la Constitución alemana¹⁴³».

Acerca de los derechos políticos, y en particular en lo que atañe al Derecho electoral, el diputado La Porta recuerda que los españoles «en el inciso 3 del artículo 68 de su Constitución, han incorporado una norma según la cual la elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional»¹⁴⁴; y sobre los derechos de participación, cita algunas experiencias extranjeras y entre ellas España: «La figura del referendun fue incorporada en muchas constituciones europeas en el período de la posguerra, en las décadas del 10 y del 20 de este siglo. Está incorporada en la Constitución de Alemania que la prevé en su artículo 2 cuando haya que decidir en cuestiones de límites entre los Länder. La Constitución de Austria también lo prevé en materia de regulación federal. Lo mismo sucede en el caso de España, donde la ley orgánica del referendun prevé esta figura para cuatro tipos de situaciones consultivas en discusiones políticas de trascendental importancia»¹⁴⁵. Asimismo el diputado Fonzalid añade: «Solamente quiero ratificar que los mecanismos semidirectos de expresión popular son una forma legítima que usan comunidades democráticas y representativas de otras partes del mundo contemporáneo, ya que países como Francia, España o Italia, en Europa, y Brasil, Uruguay y Chile, en América, han incorporado la ini-

143 *Diario de Sesiones de la Camera de Diputados, Sesión 3, Reunión 16*, 19 y 20.7.1994, p. 1391-1500.

144 *Diario de Sesiones de la Camera de Diputados, Sesión 3, Reunión 32*, 17.8.1994, p. 4327-4361, donde se señala que también «la reciente Constitución del Paraguay (...) dice en su artículo 118 que el sufragio es derecho, deber y función pública del elector, y agrega que constituye la base del régimen democrático y representativo. Además, se funda en el voto universal, libre, directo, igual y secreto, en el escrutinio público y fiscalizado, y en el sistema de representación proporcional. Este criterio también es contemplado por algunas Constituciones europeas, además de la que ya he citado, y en ese sentido creemos que es legítimo que, tanto desde el punto de visto político como del doctrinario, solicitemos a esta Asamblea que se revea el criterio del despacho presentado por la mayoría, que ha omitido la posibilidad siquiera de que se incluya esta frase que impulsa la disidencia planteada por los señores convencionales que he mencionado al comienzo de mi exposición».

145 *Diario de Sesiones de la Camera de Diputados, Sesión 3, Reunión 17*, 26.7.1994, p. 2018-2021, 2022-2028 y 2031-2154.

ciativa y las consultas populares en sus textos constitucionales»¹⁴⁶.

Por razones evidentes, el sistema de garantías de derechos fue central en el debate, caracterizado por muchas citas de Derecho comparado, como en las intervenciones de los diputados Boero sobre el amparo («la Constitución republicana española el 9 de diciembre de 1931 inserto en su texto el art. 105 que decía: “la ley organizara tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales”»¹⁴⁷), y Menem (sobre el Defensor del Pueblo): «Tengamos en cuenta que este instituto se ha ido incorporando en forma sucesiva en distintos países. En nuestro proyecto de 1984 habíamos tomado en cuenta la regulación tal como se aplica en España, por ser uno de los países más cercanos a nuestras tradiciones de estilo de vida y en materia jurídica. De ahí también extrajimos la denominación “Defensor del Pueblo”»¹⁴⁸.

La Constitución Española fue evocada en distintas ocasiones también en relación con la organización judicial, especialmente en el papel del Ministerio Público y del órgano de autogobierno del Poder Judicial.

Acerca del primer aspecto, por ejemplo el diputado Alegre cita el caso de España e Italia: «Quiero destacar que esta estructura del Ministerio Público tiene diversos tratamientos tanto en los países europeos como en el derecho público provincial. Así ocurre, por ejemplo, en Francia, donde este organismo depende del Poder Ejecutivo. En Italia, este instituto tiene la supervisión del Ministe-

146 *Ibid.*

147 *Diario de Sesiones de la Camera de Diputados, Sesión 3, Reunión 31*, 16.8.1994, p. 4245-4267

148 *Diario de Sesiones de la Camera de Diputados, Sesión 3, Reunión 13*, 20.7.1994, p. 1517-1532 y p. 1533-1603. Y se añade: «Hace pocos días estuve con el último Defensor del Pueblo de España, Alvaro Gil Robles, quien en una conferencia pronunciada en México aportaba datos acerca de la aceptación de esta institución en su país. Realmente, son datos muy reveladores porque desde hace diez años está vigente en España el Defensor del Pueblo. Una muestra sobre mil personas daba los siguientes resultados: el 88 por ciento de la población conocía con certeza la existencia del Defensor del Pueblo; el 90,2 por ciento consideraba a la institución como muy o bastante necesaria; el 52 por ciento valoraba positivamente la labor del Defensor del Pueblo; y el 76 por ciento consideraba que debería denunciar más las irregularidades de la administración pública, sin esperar a recibir las quejas de los ciudadanos. A diez años del funcionamiento de esta institución en un país como España, al que conocemos bastante y con el que tenemos muchas cosas en común, este informe revela que ha funcionado muy bien. Desde luego, también ha funcionado bien en muchos otros países». Y sobre las incompatibilidades del Defensor del Pueblo subraya: «En España el primer Defensor del Pueblo fue también un ministro, con una característica muy especial: en su juventud había sido ministro del gobierno de Franco. Me refiero a Joaquín Ruiz Jiménez. No obstante ese antecedente, su designación fue aprobada por el Parlamento español y cumplió una función extraordinaria, a tal punto que el éxito de la función del Defensor del Pueblo en España se debe al gran trabajo que ha realizado don Joaquín Ruiz Jiménez».

rio de Justicia, y en España, forma parte del Poder Judicial». Pero las referencias al Derecho español, junto al francés e italiano, se centran sobre todo en el Consejo del Poder Judicial.

Al respecto, el diputado Hitters, citando a muchos países, entre ellos por ejemplo Inglaterra y Rusia, se preguntaba lo siguiente: «¿Cuál es la naturaleza jurídica del Consejo de Magistratura? En el derecho comparado casi siempre es un órgano extra-poder, o sea que no corresponde a ninguno de los tres poderes del Estado, aunque en algunos países como España, por ejemplo, la Constitución de 1978, en su artículo 122, dice que dicho Consejo pertenece al Poder Judicial. Es importante destacar esto porque estoy convencido de que la fuente prístina y directa del sistema que se propone es, sin duda, el español. Allí —reitero— el Consejo de la Magistratura pertenece al Poder Judicial, aunque cumple tareas jurisdiccionales. ¿Cuáles son los roles que lleva a cabo dicha institución en el derecho comparado? Son variados. En Francia, por ejemplo, emite nada más que opiniones consultivas no vinculantes con respecto a los jueces de primera y segunda instancia, y sí vinculantes en lo que tiene que ver con el Tribunal de Casación. En otros casos, como en España, selecciona a los magistrados de manera vinculante pero también cumple una función bipolar en el sentido de que además de seleccionar a los jueces también gobierna al Poder Judicial»¹⁴⁹.

Otro miembro de la Asamblea, la diputada Chiara Diaz, demostrando una infrecuente sensibilidad comparatista, interviene para decir que la formulación pro-

149 *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Sesión 3, Reunión 19*, 28.7.1994, p. 2343-2426 y 2427-2475. Y se continúa señalando: «Me interesa destacar las disposiciones de la Constitución española de 1978, la que más se acomoda al sistema que proponemos y que como acabo de señalar ha sido la fuente de inspiración del Pacto de Olivos y ahora del despacho que va a reformar la Constitución. El Consejo de la Magistratura, dentro de la Constitución española de 1978, está ubicado dentro del ámbito del Poder Judicial. Si analizamos esa Constitución, veremos que el artículo 122 que regula esta figura está dentro del sistema del Poder Judicial, y su fuente directa son las constituciones francesa, italiana y portuguesa de 1976. En España, el Consejo de la Magistratura selecciona a los jueces, pero a su vez es el órgano de gobierno del Poder Judicial. Está compuesto por 20 miembros y un presidente, de los cuales doce son jueces y ocho profesores y juristas de gran capacidad, como reza la Constitución. Esta no establece cómo se designan, y ello es importante si advertimos que en España hubo un gran problema con respecto al Consejo de la Magistratura. La ley que regula la institución proponía que los doce jueces fueran elegidos por sus pares, y que los ocho profesores o juristas fueran propuestos por el Parlamento. Esto generó un gravísimo problema, a tal punto que hubo que modificar la ley reglamentaria, y en 1985 se decidió que todos los componentes del Consejo de la Magistratura fueran elegidos democráticamente por el Parlamento. Con esto quiero demostrar que no es prudente —como proponen algunos convencionales— establecer todo en la Constitución. Me parece muy buena esa mención difusa que hace la propuesta del justicialismo y radicalismo por esto que ha sucedido en España. Todavía hoy continúan los problemas respecto de la integración del Consejo porque se está proponiendo modificar la ley orgánica».

puesta atribuye al Consejo del Poder Judicial excesivo poder: «Le pongo énfasis porque se trata nada más ni nada menos que de la existencia misma del Poder Judicial, de su actividad cotidiana, la que va a llevar a la práctica en un sentido de mejorar su independencia y el actual sistema, el que quizás, por un prurito progresista o reformista, o bien por la imitación de ejemplos de Italia, España o Portugal vamos a querer trasplantarlo servilmente en nuestro país, sin reparar en lo que dijo el doctor Garrote sobre nuestra tradición en materia de organización de los poderes del Estado que viene de Estados Unidos de Norteamérica, que en ese sentido tienen un Poder Judicial fuerte, eficiente y reconocido como tal para ejercer las facultades de contralor de los otros poderes, fundamentalmente de los abusos de los otros poderes del Estado»¹⁵⁰.

A su vez el Sr. Cullen cita los casos de España e Italia: «en el debate se habla de los antecedentes, y se mencionan básicamente dos, España e Italia. Bien dijo el señor Zaffaroni que nada había quedado de esta competencia en la reforma constitucional francesa de 1958; sí lo tenía en la Constitución anterior de 1946. Omiten un detalle, en España ese Consejo de la Magistratura está integrado por 20 miembros, de los cuales 12, una amplia mayoría, son del Poder Judicial, lo que asegura que sea el Poder Judicial, aunque con el control de otros sectores, quien sea el que maneja el gobierno y administración de la Justicia»¹⁵¹.

Finalmente, acerca de las fuentes del Derecho y el Derecho internacional, hay otras menciones a la Constitución Española: de este modo, fue objeto de intervenciones “comparativas” la controvertida introducción de las medidas de necesidad y urgencia por parte del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, el diputado Natale afirmó: «Con la mera invocación de la necesidad y urgencia el Poder Ejecutivo podrá gobernar legislativamente a través del dictado de decretos. Las constituciones parlamentarias que han previsto ese tipo de disposiciones también previeron sus efectos. Ya hice referencia a las de Italia y de España. (...) La Constitución de Italia, por ejemplo, prevé la caducidad inmediata de los decretos leyes si no hay una ratificación expresa por parte del Parlamento. Al respecto, la Constitución de España impone un pronunciamiento inmediato. En nuestro país no ocurre lo mismo ya que en la Constitución no existen los decretos de necesidad y urgencia»¹⁵². Y a su vez el Sr. Torres Molin subrayó lo siguiente: «El proyecto que estamos discutiendo se aparta de las normas del derecho comparado en cuanto a la vigencia de los decre-

150 *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Sesión 3, Reunión 21*, 1.8.1994, p. 2555-2701.

151 *Ibidem*.

152 *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Sesión 3, Reunión 19*, 28.7.1994, p. 2343-2426 y 2427-2475.

tos de necesidad y urgencia. Por ejemplo, si consideramos la Constitución de Italia, su artículo 77 dice que cuando se dicta un decreto de necesidad y urgencia debe ser presentado el mismo día a las cámaras, y de no convertirse en ley dentro de los sesenta días de su publicación, perderá toda eficacia. Si observamos la Constitución de España advertiremos que en el artículo 86 se establece que en el plazo de treinta días después de su publicación el Congreso deberá pronunciarse expresamente sobre su convalidación o derogación».

El diputado Barra, refiriéndose a la supremacía del Derecho internacional, junto a la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea cita muchas Constituciones (Alemania, art. 25, Francia, art. 55, Grecia, art. 28), y entre ellas la española, que en su art. 96 afirma la supremacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno. Y sobretodo evoca no solo al formante normativo, sino también al judicial¹⁵³: «Quiero recordar también una reciente decisión del Tribunal Constitucional Español y la puesta en práctica de esa decisión por el gobierno y el

153 Sobre la circulación por vía judicial, a las obras citadas en la nota 6, *adde*: DROBNIG, U., VAN ERP, S. (eds), *The Use of Comparative Law by Courts*, Actas del XIV Congrès international de droit comparé, Kluwer, The Hague-London-Boston, 1999; SOMMA, A., *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2001; PONTTHOREAU, M.-C., “Le recours à ‘l’argument de droit comparé’ par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques”, en MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F. (ed.), *L’interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005, p. 168 ss.; CANIVET, G., ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. (eds), *Comparative Law Before the Courts*, British Inst. of Int. and Comp. Law, London, 2004; MARKESINIS, B. FEDTKE, J., “The Judge as Comparatist”, en *Tulane L.R.*, n. 80, 2005, p. 11 ss.; ID., *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, Ucl Press, London, 2006; ALPA, G. (ed.), *Il giudice e l’uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche dell’interpretazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006; FERRARI, G.F., GAMBARO, A. (eds), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Esi, Napoli, 2006 (e *ivi*, p. 477 ss.; PEGORARO, L., *L’argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*); MAUS, D., “Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles”, en *Rev. fr. dr. const.*, n. 2, 2009, p. 675 ss.; DE VERGOTTINI, G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna, 2010. GROPPI, T., PONTTHOREAU, M.-C. (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart, Oxford, 2013; GROPPI, T., “El uso de precedentes extranjeros por parte de los tribunales constitucionales”, en BAGNI, S., FIGUEROA MEJÍA, G., PAVANI, G. (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., II, p. 953 ss. Además de PEGORARO, L., *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un’analisi comparatistica*, Clueb, Bologna, 2006; ID., “La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni ‘80”, en *Quad. cost.*, n. 3, 1987, p. 601 ss.; PEGORARO, L., DAMIANI, P., “Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 1999, p. 411 ss., trad. ingl. *Comparative Law in the Judgments of Constitutional Courts*, en RABELLO, A.M., ZANOTTI, A. (eds), *Developments in European, Italian and Israeli Law*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 131 ss., trad. esp. “El Derecho comparado en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales”, en *Rev. jur. Castilla-La Mancha*, n. 26, 1999, p. 209 ss., y en PEGORARO, L., *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, cit., p. 145 ss.; BAGNI, S., NICOLINI, M., PALICI DI SUNI, E., PEGORARO, L., PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., SERIO, M. (eds), *Giureconsulti e giudici. L’influsso dei professori sulle sentenze*, I, cit., y II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, Giappichelli, Torino, 2016.

pueblo español (...). El Tratado de Maastrich incorporó el derecho electoral pasivo, es decir, ser elegido en las elecciones locales, comunales, de todos los países de la Comunidad Europea, para todos sus ciudadanos. En la Constitución española sólo existía el derecho electoral activo en estas condiciones, o sea el derecho de todo ciudadano de la Comunidad a votar en las elecciones comunales o locales de cada país miembro. El Tribunal se planteó a pedido del gobierno si esta norma de Maastrich contrariaba la Constitución. Y el Tribunal dijo sí, la contradice y la única posibilidad que hay para resolver esta contradicción es denunciar el Tratado, saliéndose del sistema de la Unión Europea, o bien reformar la Constitución. Obviamente, a pocos años de su sanción, a menos de veinte años de la vigencia de la nueva Constitución española, su Parlamento la modificó para adaptarla al Tratado de Maastrich»¹⁵⁴.

2.2. Brasil

Pese a la fractura entre la América Latina hispanofona y la de habla lusófona¹⁵⁵, el debate constituyente en la Constitución brasileña de 1988 presenta amplias y distintas referencias al Derecho constitucional español. Aunque en realidad, más al Derecho constitucional histórico (especialmente a Cádiz) que a la Constitución vigente. Sin embargo, no faltan citas a distintos aspectos que se debaten en las Cortes Constituyentes Españolas en 1978, por parte de los miembros de la Asamblea brasileña.

Por ejemplo, acerca del estilo y tamaño de la Constitución, el diputado Miguel Fagundes afirma: «Hoje, isso está nas mais modernas Constituições: de Portugal, da Espanha, a Constituição Iugoslava é extremamente minuciosa, e assim por diante»¹⁵⁶.

Sobre el paso de un régimen autocrático al democrático, y el papel de los par-

154 *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Sesión 3, Reunión 22, 2.8.1994*, p. 2825-2926 y 2927-2944.

155 LANNI, S., voz "Sistema giuridico latinoamericano", en *Dig. priv., Sez. civ., Agg.*, Utet, Torino, 2016; Id. (ed.), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Esi, Napoli, 2011; Id., *Il diritto nell'America Latina*, Esi, Napoli, 2017; PEGORARO, L., "América Latina como categoría y objeto de comparación (Coordinadas metodológicas para el estudio comparado de los sistemas jurídicos latinomaericanos)", en *Pensamiento Const.*, n. 22, 2017, p. 75 ss. y en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 2018, p. 81 ss. Sobre las citas del Derecho español en la Asamblea brasileña, vid. F. ESPOSITO, "L'influenza del diritto comparato nella Costituzione brasiliana del 1987-88", tesis Bologna, a.a. 2016-17.

156 *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, 1988, p. 62.

tidos políticos, el diputado Joao Amazonas recuerda que: «Que partidos consolidados existiam em Portugal? E na Espanha tivemos quarenta anos de franquismo. Que partidos existiam consolidados na Espanha? Apesar disso, quando se derrubou a ditadura, iniciaram-se tanto em Portugal quanto na Espanha, governos de características parlamentares. Também devo dizer que quando o parlamentarismo surge como forma de governo, os partidos nascem na mesma oportunidade, criam-se juntamente com ele, consolidam-se, fortalecem-se e ganham dimensões dentro da sociedade política na qual atuam. Por isso esse argumento de que não há partidos consolidados não é válido para o nosso caso». Y en la misma intervención, alude también al nacimiento del PT (Partido de los Trabajadores) y del PP (Partido Popular) en España¹⁵⁷.

En el debate, el tema de la entrada en democracia y la estabilidad del régimen aparece en muchas intervenciones: el mismo diputado recuerda a España, junto a otros países, cuando afirma que: «A Alemanha tem grande estabilidade sob o regime parlamentar; a França, hoje, a tem; também, a Espanha está estável sob o mesmo regime. Enfim, o regime parlamentar é compatível com a estabilidade do governo, e um dos critérios para a estabilidade dos gabinetes seria só permitir a sua queda, digamos, por dois terços dos votos do Parlamento, uma maioria difícil de se lograr. (...) Isso já está na Constituição da Itália, que passou pelo fascismo; na da Venezuela, que também deve ter passado por situações semelhantes com Perez Jimenez; na da Espanha, que viveu o regime de Franco»¹⁵⁸.

En el mismo sentido se expresa el diputado Franco Montoro: «Sr. Governador, com relação ao parlamentarismo –a que V. Ex, a fez duas críticas, a primeira a respeito da fragilidade, da precariedade dos instrumentos partidários– quero ressaltar um aspecto: em Portugal, na Espanha, ou nos países que estão passando pela transição política do autoritarismo para um sistema de governo livre, como esses, e não havia partidos – havia sombras políticas, ou apenas pequenos agrupamentos na clandestinidade. Esses países estão vivendo hoje e com muita positividade, com muita vantagem, o processo»¹⁵⁹.

En lo que parece ser una auténtica clase universitaria de Derecho comparado, abarcando el tema de las fuentes del Derecho, y afirmando la necesidad de constitucionalizar los decretos-leyes, el diputado Cesar Saldanha sostendrá que: «O decreto-lei não é uma instituição infernal, não é um mal, um inferno. Decretos-leis

157 *Ivi*, p. 64.

158 *Ibidem*.

159 *Ibidem*.

existem na Itália, na Espanha, em Portugal, em todos os países contemporâneos e, junto com a lei delegada, é uma necessidade do governo moderno»¹⁶⁰.

En general, muchas otras intervenciones de los diputados constituyentes brasileños hacen referencia a la Constitución Española de 1978: en la redacción de la nueva Carta Magna de Brasil, el debate demuestra que España es considerada –junto con otras experiencias como las de Alemania, Italia, Francia, y quizá Estados Unidos y Reino Unido–, un ejemplo del que extraer soluciones específicas, como las que afectan a la transición, las fuentes, las libertades, las garantías constitucionales, etc.

3. El diálogo entre España e Italia

Aludir a las distintas razones por las que resulta útil comparar España e Italia puede que sea supérfluo, con solo recordar, además, la coincidencia de la segunda fase estatutaria en ambos países y la intensísima recíproca “fertilización” que ha tenido lugar entre los dos ordenamientos desde, al menos, 1931.

La solución propuesta en España por la Constitución republicana, pese a la desafortunada suerte que corre en este país, ha representado un punto de referencia tanto para el constituyente italiano de 1946-1947, que se ha fijado en ella para construir un modelo de descentralización situado a medio camino entre el federalismo y la mera autonomía administrativa, como con posterioridad para la doctrina¹⁶¹. A su vez, ha de señalarse que en 1978 las Cortes Constituyentes españolas sancionarían un texto que recuerda fuertemente al *imprinting* italiano, tal y como aparece consagrado en el Título V de la Constitución¹⁶². Y por su parte, la doctrina italiana de la segunda posguerra incluiría las experiencias española, italiana y belga dentro de la tipología de los “Estados regionales”, no como mera categoría residual (ni centralizados, ni federales), sino como un modelo provisto de características precisas que lo definen¹⁶³. Con posterioridad, en el transcurso de la reforma del Título V, Italia mirará nuevamente hacia España para introducir, en el

160 *Ivi*, p. 112.

161 V. espec. LUCATELLO, G., “Lo Stato regionale quale nuova forma di Stato”, en AA.VV., *Atti del primo convegno di studi regionali, Bressanone, 1954*, Cedam, Padova, p. 136 ss.

162 La doctrina tanto italiana como española, que lo ha destacado es inmensa. *Vid.* una reseña en PEGORARO, L., “Diritto comparato ed evoluzione della giuspubblicistica spagnola”, en PEGORARO, L., RINELLA, A., SCARCIGLIA, R. (eds), *I vent'anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale*, cit., p. 1 ss.

163 Cfr. otra vez LUCATELLO, G., “Lo Stato regionale quale nuova forma di Stato”, cit.

art. 116.3, un mecanismo que permitiera consagrar un regionalismo de velocidad diferenciada, de impronta española pero que, sin embargo, no se ha llevado a la práctica, además de por razones políticas, también por lo farragoso que resultaba dicho proceso¹⁶⁴.

En consecuencia, comparar España e Italia resulta útil para entender cómo circulan las ideas, pero también para proporcionar al legislador y a los jueces un material muy valioso en la tarea de edificar y reedificar cotidianamente categorías comunes. Y esto es así también cuando nos referimos a los aspectos prácticos del Derecho comparado, o a la incidencia que el estudio recíproco, alimentado por la doctrina, tiene sobre los niveles dinámicos de los dos sistemas (incluido el poder de reforma constitucional), en particular en materia de descentralización¹⁶⁵.

La circulación entre España e Italia no es sólo horizontal, entre niveles homogéneos (de Constitución a Constitución, de doctrina a doctrina, etc.), sino también entre niveles no homogéneos (de la jurisprudencia a la codificación, así como de la doctrina a esta última y a la jurisprudencia, y viceversa)¹⁶⁶. Sin embargo, la *cross fertilization* deja casi inmune el poder de reforma constitucional, que en 2001 introduce en Italia un cambio profundo en las relaciones centro-periferia. Las referencias al Estado autonómico español son a menudo casuales, poco o casi nada profundas, muchas veces imprecisas, e incluso a veces grotescas. La mayoría de las citas se deben a diputados y senadores de la Liga Norte, un partido autonomista y casi secesionista, pese a haberse convertido en los momentos actuales en nacionalista, populista, xenófobo y racista. Nos detendremos, pues, en algunos ejemplos que toman como referencia a España.

Sobre el significado del vocablo “federalismo”, la diputada Nardini (Misto-

164 El mecanismo “español” de atribución de competencias, por el cual las Regiones que lo deseen tienen la iniciativa para “contratar” con el Estado la asunción de competencias concurrentes, e incluso exclusivas, es diseñado en el nuevo artículo 116 de la Constitución italiana de manera que posteriores formas y condiciones particulares de autonomía, relativas tanto a materias de competencia concurrente como exclusiva, pueden ser atribuidas a las Regiones, a través de leyes del Estado, a iniciativa de la Región interesada, y oídos los entes locales, en el respeto a algunos principios, establecidos en el art. 119, en materia de desarrollo económico, equilibrio, reparto equitativo, tutela de los derechos, etc. La ley es aprobada por las Cámaras por mayoría absoluta de sus miembros, en base a un acuerdo entre el Estado y la Región interesada.

165 Sobre las funciones prácticas de la comparación en el estudio de la descentralización territorial, v. PEGORARO, L., “Las funciones subsidiarias de la comparación en el estudio de los ordenamientos federales y del gobierno local”, en *Rev. Est. Pol.*, 2002, p. 35 ss., y en PEGORARO, L., *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, cit., p. 251 ss.

166 *Vid.* el texto referido a las notas 4 y 6.

RC-PRO), sostiene que no hay un concepto absoluto y válido para todos, y que, en aquellos lugares en los que existe, está estrictamente conectado a la historia, la cultura, y las tradiciones de cada pueblo y de cada país. Y puntualiza: «Esiste un federalismo degli Stati Uniti d'America, della Germania, della Spagna, della Svizzera e del Canada: sono forme di federalismo con pari dignità, anche se molto diverse tra di loro»¹⁶⁷. Para distinguir la autonomía de la categoría “Estado descentralizado” de la forma de gobierno presidencial, se señala también, con audaces aproximaciones, que: «In Germania vi è un regime parlamentare e vi è il federalismo, negli Stati Uniti d'America vi è un regime presidenziale e vi è il federalismo, in Spagna vi è la monarchia costituzionale e il federalismo»¹⁶⁸. Y se afirma que la simple eliminación de la palabra “federalismo” del texto del proyecto no servirá para erradicar la crisis del Estado centralista. El Estado-nación tradicional, afirma el senador Brignone (Lega Nord), se diluye: «Perché questo è il processo inarrestabile della storia che trascende i nostri confini. In Germania, in Canada, in Spagna, l'apparato che caratterizza lo Stato viene trasferito alle comunità autonome, dotate di una radicata e antica tradizione»¹⁶⁹.

En la práctica, ningún signo distintivo indica certeramente donde empieza y donde acaba el federalismo. Existen muchos federalismos y cada Estado tiene el suyo, como tiene su historia, sus costumbres o sus experiencias. Es un mecanismo flexible que se adapta, como recuerda Malentacchi (Misto-RC-PRO): «(...) conosciamo i passaggi e le problematiche storiche alla base del federalismo americano, soprattutto a partire dalla seconda guerra di Secessione. Per non parlare del federalismo svizzero e degli elementi alla base di un'esigenza di questo tipo nella stessa Spagna»¹⁷⁰.

El portavoz de la mayoría, Cerulli Irelli (Ulivo), señalando los sistemas que se toman como modelos (en positivo o en negativo) para la reforma, afirmará que: «Il testo assimila l'ordinamento italiano a quello dei paesi di lingua tedesca e, per altro verso, alla Spagna, che sta procedendo rapidamente sulla medesima via e che oggi è in posizione più avanzata, differenziandosi invece dall'ordinamento belga nel quale di recente il processo di separazione delle due comunità linguistiche ha di fatto dissolto l'unità dello Stato»¹⁷¹. Y huyendo de acríticas recepciones, el senador Besostri (DS-U) sostendrá que «Anche in Spagna si assiste ad un

167 *Res. sten. C.D., Ass.*, seduta n. 777 del 26.9.2000, p. 137.

168 *On. Cananzi (PD-U), Res. sten. C.D., Ass.*, seduta n. 624 del 19.11.1999, p. 11.

169 *Res. sten. Sen., Ass.*, seduta n. 953, del 13.11.2000, p. 9.

170 *V. Res. sten. C.D., Ass.*, seduta n. 619 del 12.11.1999, p. 52 ss.

171 *Res. sten. C.D., Ass.*, seduta n. 619 del 12.11.1999, p. 19.

processo di uscita e di transizione che ha accompagnato uno Stato estremamente centralista, come quello spagnolo, ma anch'esso contrassegnato dall'esistenza di comunità linguistiche, addirittura razziali come nel caso del Paese basco, caratteristiche queste che rendono la realtà spagnola molto diversa da quella del nostro Paese».

También el senador Piredda (CCD) evoca «le leggi spagnole riguardanti la Catalogna o le isole atlantiche della penisola iberica a testimonianza del fatto che nel mondo si sta registrando una profonda evoluzione del concetto di Stato: dobbiamo conseguentemente riconoscere che l'Italia è in gravissimo ritardo sotto questo profilo»¹⁷². Desde un enfoque más general, el senador Gasperini (Lega Nord) considerará el Estado centralizado como un obstáculo para el desarrollo del país. En su opinión, su ineficiencia nos obliga a: «Confrontarci sul piano dell'autonomia con altri Paesi, quali la Spagna, il Belgio e pure la Francia, la quale ultima, per la prima volta, ha iniziato un profondo dibattito sul ruolo delle regioni e sulle loro autonomie»¹⁷³.

Acerca de las autonomías diferenciadas, Fontan (Lega Nord) denunciará los intensos límites territoriales y estructurales que distinguen el regionalismo italiano del alemán y del austriaco, así como las semejanzas con España, «che si trova nella stessa situazione, ha affrontato il processo in maniera differenziata ed articolata, ha cioè cominciato a dare autonomia piena alle grandi comunità, a quelle che avevano piena capacità di governo: alla Catalogna, al Paese basco, a cui si sono via via aggregate tutte le altre»¹⁷⁴.

Las formas más avanzadas de autonomía administrativa, financiera y legislativa, típicas del modelo español son recordadas también por Duilio (Ulivo)¹⁷⁵. Y otro diputado del mismo partido, el parlamentario Monaco, señala que «Gli studiosi più equanimi hanno riconosciuto che, a consuntivo, le nostre regioni avranno più poteri della Scozia, della Catalogna e della Corsica e che l'istituto delle autonomie differenziate dà modo di spingersi ancora più avanti»¹⁷⁶. Sobre el tema se detiene también el senador D'Onofrio, portavoz de la mayoría, quien subraya que los parlamentarios proponentes lo que quieren es lograr una segunda Cámara mucho más poderosa que todas las que encontramos en Europa, que «non hanno

172 *Res. sten. Sen., Ass.*, seduta n. 953 del 13.11.2000, p. 22.

173 *Res. sten. Sen., Ass.*, seduta n. 954 del 14.11.2000, p. 13.

174 *Res. sten. C.D., Ass.*, seduta n. 619 del 12.11.1999, p. 23.

175 *Res. sten. C.D., Ass.*, seduta n. 777 del 26.9.2000, p. 151.

176 *Res. sten. C.D., Ass.*, seduta n. 777 del 26.9.2000, p. 145.

alcun potere legislativo definitivo: (...) La Camera, in parte ancora nobiliare, dei *Lords*; la Camera delle autonomie spagnole o francesi; la Camera tedesca degli Esecutivi federali e la Camera austriaca degli Esecutivi federali»¹⁷⁷.

También el senador Pedrizzi de A.N. desarrolla «Una breve analisi dei diversi sistemi federali, o parafederali (que) rivela una parziale crisi del modello fondato sul Senato federale. A tal fine, vengono spesso citati i casi di Stati come la Spagna, l’Austria, il Canada e l’Australia, nei quali sono andate affermandosi, in concorrenza con i rispettivi Senati territoriali, tutti in crisi di funzionalità, strutture alternative di rappresentanza territoriale impostate su varianti del modello “Conferenze intergovernative”»¹⁷⁸.

Por su parte, Mantini (Mar-DL-U) reprocha a la mayoría que «È stato troppo presto accantonato (...) il riferimento agli altri modelli federali, in particolare a quello degli Stati Uniti, a quello svizzero ed anche a quello adottato, secondo un criterio misto, in Spagna»¹⁷⁹. Y el senador Salvi (DS-U) critica la introducción del Senado federal a partir de las experiencias que se están dando en Alemania y España: «(...) il dibattito in corso in Spagna dimostra il rischio di una deriva disolutrice e secessionista di un federalismo e di un autonomismo spinti agli estremi perché per le regioni ricche, per i Paesi Baschi come per la Catalogna, l’autonomia non è mai sufficiente».

Son pocas las referencias comparadas a España respecto a asuntos específicos de la nueva estructura descentralizada del país. En lo que se refiere a la elección directa de los jueces constitucionales y la composición del Tribunal constitucional, el senador Calvi (DS-U) afirma que en los sistemas federales la participación de los Estados miembros (o Regiones) en el nombramiento de los magistrados constitucionales representa un *pendant* de la forma de Estado y de la división de las competencias legislativas. Y forzando sus reflexiones comparadas recuerda que «Negli Stati Uniti i giudici della Corte suprema federale sono nominati dal Presidente con il consenso del Senato; in Germania i giudici della Corte costituzionale federale sono nominati per metà dal *Bundesrat*; in Spagna un terzo dei giudici costituzionali sono eletti dal Senato»¹⁸⁰. Al *Bundesverfassungsgericht* y al TC español se refiere el senador Valditara (AN), subrayando la necesidad también para Italia de una conexión de la *Corte costituzionale* con el sistema de

177 *Res. sten. Sen., Ass.*, seduta n 554 del 3.3.2004, p. 7 ss.

178 *Res. sten. Sen., Ass.*, seduta n 525 del 29.1.2004, p. 29.

179 *Res. sten. C.D., Ass.*, seduta n 520 del 4.10.2004, p. 80.

180 *Res. sten. Sen., Ass.*, seduta n. 897 del 15.11.2005, p. 45 ss.

las Regiones¹⁸¹. Finalmente, según Marino (Misto-Com), se trataría de contemplar explícitamente en la Constitución la legitimación procesal frente a la *Corte*, de los entes locales, añadiendo que ello no constituye una novedad, «in quanto un meccanismo di questo tipo è già presente sia negli ordinamenti della Germania sia in quelli della Spagna»¹⁸².

Conclusiones

En líneas generales, la Constitución española de 1978 representa un emblemático ejemplo de sabiduría constitucional; donde se mezcla historia y hábito de modernización, cultura autóctona y atención por las culturas “externas”. En definitiva, comparación diacrónica: la Historia del Derecho, que nunca puede ser olvidada cuando la cultura jurídica se transforma en disposiciones normativas; y aquella sincrónica: la apertura a las experiencias de otros lugares, a las enseñanzas no solo de las batallas constitucionales propias, sino también de las de los demás.

Los debates en las Cortes Constituyentes demuestran que en su mayor parte los Padres Fundadores supieron aunar los dos perfiles –vertical y horizontal– de la comparación jurídica, hasta llegar a afectar a otras Constituciones (o reformas constitucionales) aprobadas después de 1978: no solo las de los países analizados en este ensayo, sino también otros, de los cuales por razones de espacio no he podido dar cuenta. Todo ello pese a que en el periodo franquista faltase en la Universidad y en la sociedad una verdadera cultura comparatista, aprendida casi de manera clandestina por los Constituyentes.

Hoy en día, al contrario de lo que ocurre en otros países, faltan todavía en España asignaturas de comparado en la Universidad, sobre todo troncales. E igualmente faltan profundizaciones sistemáticas de Derecho comparado, revistas de-

181 *Res. sten. Sen., Ass.*, seduta n. 524 del 28.1.2004 p. 55 ss. Y se sigue aludiendo a cuestiones bien conocidas: «In Francia, il Consiglio costituzionale è composto da nove membri, di cui tre nominati dal Presidente della Repubblica, tre dal presidente della Assemblea nazionale e tre dal presidente del Senato, cui si aggiungono gli ex presidenti della Repubblica. In Germania, il Tribunale costituzionale federale è composto per metà da membri espressi dal *Bundestag* e per l'altra metà dal *Bundesrat*. In Portogallo, dei tredici giudici, dieci sono nominati dall'Assemblea della Repubblica e tre cooptati da questa. In Spagna, il Tribunale costituzionale è composto di dodici membri nominati dal Re, di cui quattro su proposta del Congresso, quattro su proposta del Senato, due su proposta del Governo e due del Consiglio generale del potere giudiziario, che a sua volta però è composto da venti membri nominati dal Re (quattro a sua scelta, quattro su proposta del Congresso, quattro su proposta del Senato e gli altri a sua scelta)».

182 *Res. sten. C.D., Ass.*, seduta n. 518 del 30.9.2004.

dicadas específicamente a tal disciplina¹⁸³, doctorados de Derecho comparado y tesis doctorales de Derecho comparado, aunque casi todas tengan (a veces arriesgadas) partes dedicadas al Derecho extranjero.

Paradójicamente, el país que a finales de los años 70 del siglo pasado ha demostrado la máxima apertura, no cultiva las categorías abiertas de la gran doctrina comparatista (sobre todo de Derecho privado) de Canadá, Alemania, Francia, Italia, y otros pocos países. Y como ocurre con Estados Unidos, sigue analizando el mundo (aunque afortunadamente con muchas excepciones), conforme a un parámetro representado por sus propios esquemas “internos” u “occidentales”, sin fomentar el pluralismo y apoyándose simplemente en la alineación del formante cultural y del formante económico y normativo –en una especie de globalización “total”–. O también al contrario: se detiene sobre problemas puramente nacionales, como si fuera posible estudiar, aprender y enseñar España aislando a ésta del resto del mundo.

Nuestros Padres Constituyentes –digo “*nuestros*” porque soy comparatista y me considero casi español– miraban muy lejos, como confío pueda hacerlo también en el futuro la Academia de *nuestro* país.

183 Con la excepción de la *Revista General de Derecho Público Comparado* de Iustel.

ABSTRACT

El ensayo profundiza un ejemplo de función subsidiaria del Derecho Comparado –la ayuda en la aprobación de normas– a través del ejemplo de la génesis de la Constitución española y las reformas constitucionales de Brasil, Argentina e Italia. A través del estudio de las citas realizadas en los trabajos preparatorios de la CE, el trabajo demuestra que las imitaciones por prestigio han sido varias desde diferentes experiencias constitucionales, y que las Cortes constituyentes han imitado no solamente las Constituciones, sino también la doctrina y la jurisprudencia constitucional de distintos países. El resultado de esta fusión entre historia nacional y Derecho comparado es que la Constitución española es a su vez un modelo para las demás reformas constitucionales analizadas.

PALABRAS CLAVE

Derecho Comparado – Constitución Española – Reformas constitucionales – Trabajos preparatorios – Citas extranjeras

The article analyzes an example of subsidiary function of legal comparison – supporting the legislation – through the example of the Spanish Constitution's origin and constitutional amendments in Brazil, Argentina and Italy. It demonstrates, through the study of the preparatory debates and quotations found there, that in the Spanish Constitution there were many and important imitations for prestige from different constitutional experiences, and that the constituent *Cortes* took into consideration not only the Constitutions, but also doctrine and case law by Constitutional Courts of various countries. The result is that, nowadays, Spain can be considered a constitutional model in America and Europe.

KEY WORDS

Comparative law – Spanish Constitution – Constitutional amendments – Preparatory work – Comparative quotations

EL CONTROL DE LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS TERRITORIALES
SOBRE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS AUTONÓMICOS.
SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON EL MODELO ESTATAL¹

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

Recibido: 01-09-2018

Aceptado: 31-10-2018

SUMARIO

1. *Planteamiento.*
2. *El marco constitucional común y la (relativa) heterogeneidad interautonómica.*
3. *Consideraciones taxonómicas: la catalogación del Decreto legislativo autonómico como fuente del Derecho en supuestos de preceptiva votación parlamentaria previa.*
4. *La clásica y compleja cuestión de los controles sobre la legislación delegada, en su extrapolación a los Decretos legislativos autonómicos: panorama general.*
5. *Las singularidades (I): la regulación estatutaria e infraestatutaria del control parlamentario en Cataluña.*
6. *Las singularidades (II): la regulación estatutaria en Extremadura. Preceptiva votación parlamentaria previa ¿y eliminación del control jurisdiccional contencioso-administrativo? Comparación con otros sistemas autonómicos a priori similares*
7. *Epílogo*

¹ El presente trabajo es una versión revisada y ampliada de la Comunicación presentada por su autor al XV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. *Parlamento y parlamentarismo: origen y retos*, celebrado en León los días 30 y 31 de marzo de 2017.

1. Planteamiento.

Dentro de la ya clásica temática de los controles sobre la legislación delegada, el presente trabajo aborda las especificidades que esa misma temática presenta en los Decretos legislativos autonómicos. Se analizarán en él las generalizadas similitudes reinantes en este tema con respecto al modelo estatal, y también las diferencias significativas presentes en los sistemas respectivos de algunas Comunidades Autónomas. Con mayor precisión, siendo éste el objeto las páginas que siguen, es en el campo de los controles sobre el ejercicio gubernamental de la delegación legislativa donde tales variantes cobran particular intensidad. Bien al hilo de la reforma íntegra del correspondiente Estatuto de Autonomía (Extremadura probablemente sea el ejemplo paradigmático, como se verá), bien, dentro de los intersticios abiertos por la regulación estatutaria, en la normativa reglamentaria del correspondiente Parlamento autonómico (Cataluña es muestra de ello, según se verá también).

2. El marco constitucional común y la (relativa) heterogeneidad interautonómica.

Las posibilidades abiertas por el marco constitucional han dado lugar a la instauración de fórmulas de delegación legislativa, a través de vías diversas, en todas las Comunidades Autónomas. Ahora bien, el juego del principio dispositivo a nivel estatutario, y, en el escalón infraestatutario, el de la competencia autonómica de autoorganización prevista en la primera regla del artículo 148.1 de la Norma Fundamental y asumida en todos los Estatutos de Autonomía, así como en todos los casos el carácter unicameral de las correspondientes Asambleas legislativas, determinan conjuntamente la inexistencia de un imperativo constitucional de idéntica reproducción por las Comunidades Autónomas de todos y cada uno de los aspectos integrantes del mecanismo de delegación legislativa de las Cortes Generales en el Gobierno central que delinea la Ley de leyes. Del mismo modo que, como ha sido sobradamente analizado en la doctrina, la Ley autonómica no tiene por qué ser producto de la íntegra transcripción de su homóloga estatal (siendo de nuevo la naturaleza unicameral del respectivo órgano parlamentario un relevante factor diferencial), otro tanto sucede con la delegación legislativa en el ámbito de las Comunidades Autónomas².

2 Entre una ya ingente y clásica bibliografía sobre las leyes de las Comunidades Autónomas y su naturaleza, pueden citarse los trabajos de R. JIMÉNEZ ASENSIO, *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001, S. MUÑOZ MACHADO, *Las potestades le-*

Ahora bien ciertos caracteres esenciales de la delegación legislativa estatal deben hallarse presentes en la delegación legislativa autonómica como condición de compatibilidad constitucional. Entre ellos, la garantía, en todo caso, de los medios adecuados para asegurar el ajuste de las normas delegadas gubernamentales autonómicas a la previa habilitación parlamentaria concedida en forma de Ley territorial de delegación. Se erigen los mencionados condicionantes en salvaguardia del principio de separación de poderes, y del pluralismo político (artículo 1.1 de la Norma Fundamental), al tutelar a las minorías presentes en la composición, asimismo plural y en todo caso representativa, del órgano parlamentario de la Comunidad Autónoma. No obstante, el referido juego conjunto del principio dispositivo, y del ejercicio de la competencia autonómica de autoorganización, permiten la introducción de algunas variantes en las regulaciones (respectivamente, estatutarias o infraestatutarias) de las Comunidades Autónomas sobre la delegación legislativa en relación con la que para el Estado realizan los artículos 82 y siguientes de la Constitución española de 1978. Este componente de cierta divergencia constitucionalmente admisible, saltando del terreno de los conceptos al de la praxis normativa, ha comenzado a verificarse durante los últimos años en algunas Comunidades Autónomas.

Del artículo 82.6 de la Constitución se desprende la naturaleza eventual de los controles adicionales al jurisdiccional, así como la amplia capacidad de configuración otorgada a las propias Leyes de delegación en punto a la previsión misma y concreta estructuración de esos adicionales controles, entre ellos, y en lo que a este trabajo interesa, los parlamentarios. De hecho, el carácter contingente de tales adicionales controles al jurisdiccional determina que la previsión de los primeros en cada Ley habilitante no sea, en términos constitucionales, un rasgo estructural de la delegación legislativa.

De otra parte, la imprevisión estatutaria o infraestatutaria de mecanismos específicos de control parlamentario sobre la normativa gubernamental delegada, ni impide la utilización de los instrumentos generales de fiscalización política de las Asambleas sobre los respectivos órganos Ejecutivos con el fin de supervisar el ejercicio concreto que éstos hagan de las delegaciones legislativas que les hayan sido conferidas, ni excluye que las respectivas Leyes territoriales de delegación puedan discrecionalmente establecer procedimientos singulares de monitorización parlamentaria sobre los correspondientes Decretos legislativos autonó-

micos. En el extremo contrario, también son posibles regulaciones generales de la Comunidad Autónoma que disciplinen con mayor detalle estos controles adicionales al jurisdiccional. Además, al tratarse de procedimientos para el ejercicio de una función típicamente parlamentaria, es sede normativa no sólo admisible para ello, sino también natural, el Reglamento de la respectiva Asamblea. Aun a falta de previsión estatutaria al respecto, tales regulaciones tendrían fundamento suficiente en las reservas reglamentarias reconocidas usualmente en los Estatutos de Autonomía a los Parlamentos territoriales.

La delegación legislativa autonómica puede configurarse de modos diversos en lo que atañe a los controles parlamentarios adicionales al jurisdiccional. Entre ellos, y a título de ejemplo, el modelo comparado que ofrecen los *testi unici* italianos, introducido en los Estatutos de segunda generación tras la reforma del Título V de la Constitución de aquel país en 1999-2001³, formados por la Junta Regional y que reúnen en un solo texto preexistentes disposiciones reglamentarias y legales previa autorización legislativa del Consejo Regional⁴, puede ser válido término de inspiración para los legisladores estatuyentes (o autonómicos infraestatutarios) en España. Conforme a este esquema, cabe prever que las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, además de autorizar y delimitar *ex ante* el ámbito y contenido del ulterior texto refundido, dispongan de la facultad de definitiva aprobación del mismo. Y aunque en Italia haya sostenido la Corte Constitucional que el texto gubernamental carece allí de rango legislativo⁵, nada impide en España que la regulación estatutaria (o, en su caso, conforme a ésta, también la regulación infraestatutaria) confieran a dichos textos refundidos el valor de ley. De hecho, en nuestro caso, ningún obstáculo hay a que el referido esquema (autorización parlamentaria de la formación gubernamental de un texto

3 La técnica, con algunas variantes, se halla prevista en el artículo 44 del Estatuto de la Región de Calabria, de octubre de 2004, el artículo 29 del Estatuto de la Región de Campania, el artículo 54 del Estatuto de la Región de Emilia-Romagna, de 31 de marzo de 2005, el artículo 51 del Estatuto especial de la Región de Friuli-Venezia-Giulia, de febrero de 2005, el artículo 36, apartados 3 y 4, del nuevo Estatuto de la Región de Lazio, de 11 de noviembre de 2004, el artículo 32 del Estatuto de la Región de Marche, de 2005-2008, el artículo 44 del Estatuto de la Región de Toscana, de 13 de enero de 2010, y artículo 40 del Estatuto Especial de Trentino-Alto-Adige.

4 Acerca de esta modalidad de relación y colaboración entre legislativo y ejecutivo regionales, P. CARRETTI y G. TARLI BARBIERI, *Diritto Regionale*, Giappichelli, Torino, 2007, págs. 125-130.

5 Sentencia 378/2004, relativa al Estatuto de Umbria, pero en doctrina potencialmente generalizable a las restantes Regiones, la Corte señala que las disposiciones impugnadas no configuran atribución de poder normativo primario a la Junta (el Ejecutivo regional), sino que se limitan a prever un procedimiento legislativo especial encaminado a realizar un trabajo de mera reordenación y simplificación de cuanto ha sido previamente deliberado por el Consejo regional (institución parlamentaria regional italiana equivalente a la Asamblea legislativa autonómica española).

con rango legal cuya entrada en vigor requiere una expresa votación previa favorable de la Asamblea legislativa) pudiera ser susceptible de extensión, incluso, a la delegación legislativa para la elaboración de textos articulados.

3. Consideraciones taxonómicas: la catalogación del Decreto legislativo autonómico como fuente del Derecho en supuestos de preceptiva votación parlamentaria previa.

Prosiguiendo con el análisis de la alternativa de configuración normativa de la delegación legislativa autonómica a la que se viene haciendo referencia, esto es, cuando se exige una votación parlamentaria sobre la norma delegada, surge con toda lógica el interrogante acerca de si el Decreto legislativo sería realmente en tal supuesto el fruto de un acto complejo (formación gubernamental y expresa aprobación parlamentaria), más que el producto de la delegación legislativa de la Asamblea en el Consejo de Gobierno. En tesitura semejante, no es ilógico argumentar que el instituto de la delegación legislativa no excluye *per se* un trámite parlamentario sobre el resultado del ejercicio gubernamental de la facultad delegada (el correspondiente Decreto legislativo que albergue un texto articulado o un texto refundido).

Para la delegación legislativa estatal, así parece desprenderse del artículo 82.6 de la Constitución, cuando en él se hace alusión a eventuales controles adicionales al jurisdiccional, determinación bajo la que hallaría cobertura la previsión de un control propiamente parlamentario, en conclusión que también sería extrapolable a las Comunidades Autonomía con expreso reenvío a esta regulación constitucional, y de observancia por aplicación supletoria del precepto constitucional a aquellas que no optan por esa misma remisión. Pero la respuesta definitiva acerca de la teórica naturaleza dual o no del Decreto legislativo autonómico (esto es, su condición de norma resultante de la doble y sucesiva aprobación, gubernamental y parlamentaria) depende del grado y efectos jurídicos estatutariamente anudados al parecer de la Asamblea legislativa.

Una de las diferencias esenciales entre una delegación legislativa y un procedimiento legislativo especial con intervención reforzada del Consejo de Gobierno reside en cuál sea el órgano a que efectivamente corresponda la aprobación del texto normativo delegado de elaboración gubernamental, condicionante de la entrada en vigor del mismo. Si no se prevé expresamente lo contrario, el paradigma conceptual de la delegación legislativa determina que corresponda al Ejecutivo la facultad de dictar la norma delegada, y culminar los trámites para su en-

trada en vigor (orden de publicación oficial constitutiva, y publicación efectiva). Se estará entonces ante una auténtica delegación, aunque haya o pueda haber votación parlamentaria sobre el texto articulado o refundido (incluso con carácter previo a su publicación oficial definitiva y constitutiva), pues tal votación carecerá de repercusión jurídica sobre la entrada en vigor del correspondiente Decreto legislativo, que se produciría entonces por actuación y decisión gubernamental.

No obstante, en esta misma tesitura, la votación parlamentaria puede tener algún efecto jurídico relevante sobre la norma delegada. Si el voto es favorable, el asentimiento de la Cámara podría llegar a incidir sobre el régimen general de control jurisdiccional de los excesos de delegación, si así se previese estatutariamente de manera expresa. El Decreto legislativo dictado *ultra vires*, siempre que cumpliera las restantes condiciones jurídicas de validez, encontraría entonces cobertura sanatoria en la anuencia parlamentaria, la cual, adicionalmente, desactivaría toda apariencia de disposición reglamentaria que el Decreto legislativo sólo podría tener en caso de no concitar el explícito voto parlamentario favorable. Una apariencia reglamentaria debida a la elaboración gubernamental de la norma delegada que, como es sabido, es el principal fundamento de la competencia fiscalizadora los excesos de delegación legalmente atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa⁶, aunque no sin discusión doctrinal⁷.

6 A favor de este fundamento, y su corolario en la justiciabilidad en sede ordinaria de los excesos de delegación, E. GARCÍA DE ENTERRÍA *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, Madrid, reimpr. 2006, *passim*. También, entre otros, E. ANGULO RODRÍGUEZ, “Delegaciones legislativas tras la Constitución de 1978”, en *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, IEF, Madrid, 1979, tomo I, págs. 210 y ss., T. DE LA QUADRA SALCEDO, “La delegación legislativa en la Constitución”, en S. MARTÍN RETORTILLO BAQUER (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. 1, Civitas, Madrid, 1991, págs. 327-406, o J. L. VILLAR PALASÍ y E. SUÑÉ LLINÁS, “Artículo 82. Legislación delegada, leyes de bases, textos legales refundidos” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dirigidos por O. ALZAGA), Edersa. Madrid, tomo VII, 1998, págs. 109 y ss.

7 Como es sabido, un importante sector académico postula la exclusividad del Tribunal Constitucional sobre cualquier control de fondo de los Decretos legislativos, incluido el de los excesos de delegación. Entre otros, es la postura de E. ESPÍN TEMPLADO, “Separación de poderes, delegación legislativa y potestades normativas del Gobierno”, *Revista de las Cortes Generales* n.º 6, 1985, págs. 190 y siguientes, T. FREIXES SANJUÁN, “La legislación delegada”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 28, 1990, págs. 150 y siguientes, I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Los controles de la legislación delegada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, especialmente págs. 207 y siguientes, J. JIMÉNEZ CAMPO, “El control jurisdiccional y parlamentario de los Decretos legislativos”, *Revista de Derecho Político* n.º 10, 1981, págs. 77-105, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1980, págs. 189 y siguientes, o E. VÍRGALA FORURIA, *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991, Págs. 155 y siguientes.

Esa cobertura sanatoria de la votación parlamentaria sobre la norma delegada previa a la vigencia de esta viene facilitada en las CCAA por el carácter unicameral de las Asambleas legislativas respectivas, lo que determina que coincidan el sujeto titular ordinario de la potestad legislativa autonómica y el órgano que efectúa el control, mediante votación, del ejercicio de la delegación legislativa conferida. Inversamente, la votación parlamentaria desfavorable significará ausencia de sanación o convalidación parlamentaria de posibles excesos *ultra vires* en la norma delegada, con lo que el trámite seguido en la Asamblea no impediría, en este caso, el posible afloramiento de la condición reglamentaria subyacente de los textos articulados o refundidos a que ordinamentalmente se anuda a la elaboración gubernamental de los mismos. De otra parte, cuando el Estatuto define la delegación como otorgamiento, de la Asamblea al respectivo Gobierno, de la facultad para dictar una norma con fuerza de ley llamada Decreto legislativo, es al Ejecutivo a quien corresponde el ejercicio de esa facultad, salvo expresa salvedad estatutaria en contrario (bien mediante directa previsión al respecto, bien a través de remisión al desarrollo en el Reglamento parlamentario, o incluso en cada ley de delegación en forma de control adicional).

Esto es, y salvo las merítadas posibilidades (previsión estatutaria en contrario, directa o mediante remisión a otras normas infraestatutarias de suficiente rango), corresponderá en exclusiva al Gobierno autonómico decidir si continúa adelante con la promulgación del Decreto legislativo, puesto que la Asamblea, por mor de la delegación, y excepción hecha de las referidas salvedades expresas, ha perdido esa facultad, la de dictar la correspondiente norma con fuerza de ley (y por ende, también la de oponerse a ese dictado), durante el plazo en que la delegación permanece abierta. En el mismo sentido apunta la facultad gubernamental de bloqueo, durante ese mismo plazo, a toda iniciativa parlamentaria que se oponga a la delegación legislativa en vigor, salvo que se trate de una proposición de ley de específica derogación total o parcial de la propia ley de delegación (art. 84 de la Constitución, aplicable a las CCAA por expresa remisión estatutaria o infraestatutaria, o de manera supletoria, según los casos).

Sin embargo, la previsión estatutaria (directa o mediante remisión a la normativa autonómica infraestatutaria de rango suficiente: Reglamento parlamentario, o específicas leyes de delegación) de una votación parlamentaria previa a la entrada en vigor de la norma delegada no es argumento suficiente para catalogar o denominar a esta última como Ley (o incluso como Ley delegada). Siendo esencial nota distintiva del procedimiento legislativo (y en consecuencia, de su producto normativo, la Ley) la subordinación a la única y soberana voluntad parlamentaria, así como la participación de mayorías y minorías a través de un pro-

cedimiento caracterizado por la deliberación y la publicidad, no se estaría en este caso ante un procedimiento legislativo especial, sino ante otro modo de producción jurídica, en el que la cuota de decisión gubernamental sobre la aprobación final de la norma con rango de ley, al derivar de la previa habilitación de la Asamblea representativa, integraría un caso ciertamente singular, pero incardinable todavía, a falta de mejor alternativa taxonómica, en los confines de la delegación legislativa.

Ahora bien, el mayor grado de vinculación gubernamental que en este supuesto se produce con respecto al parecer parlamentario podría determinar, quizás con mayor motivo aún, la modulación del régimen general de control jurisdiccional de la correspondiente norma delegada, el cual entonces incumbiría, por definición al Tribunal Constitucional (la expresa y previa votación favorable en la Asamblea destruiría toda posible apariencia reglamentaria subyacente en el texto gubernamental, y con ello el fundamento de la competencia fiscalizadora del orden contencioso-administrativo, así como la discordancia entre la voluntad parlamentaria y la voluntad gubernamental). Ahora bien, al tratarse de un elemento estructural en el régimen jurídico de una fuente del Derecho de la respectiva Comunidad Autónoma, en ejercicio de la competencia de autoorganización constitucionalmente prevista, parece que la eventual adopción de este especial régimen fiscalizador, como elemento de Derecho objetivo condicionante de la propia competencia jurisdiccional, sólo puede realizarse mediante explícita previsión en el correspondiente Estatuto de Autonomía, sobre la base del artículo 147.2.b) de la Norma Fundamental. En los restantes casos, la investigación judicial sobre la existencia o no de votación parlamentaria sobre el Decreto legislativo, y su eventual incidencia sanatoria de hipotéticos vicios *ultra vires* de la norma delegada gubernamental sería un extremo sustantivo en la realización del propio control por parte del órgano jurisdiccional contencioso-administrativo que lo esté efectuando. Es decir, no sería en tal tesitura un presupuesto de la jurisdicción, sino un eventual extremo a apreciar en el ejercicio de dicha jurisdicción. Y, salvo publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma del resultado de la mencionada votación parlamentaria (y sólo si esta es favorable, pues tal sería el único sentido del que pudiera plantearse un posible efecto sanatorio del exceso de delegación), no parece que la mera inclusión del sentido de esa votación en el Diario Oficial parlamentario generase para el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo los efectos propios del principio *iura novit curia*, habiéndose, por ello, de alegar por alguna de las partes (aquella a la que convenga, obviamente), y ser además objeto de prueba.

4. La clásica y compleja cuestión de los controles sobre la legislación delegada, en su extrapolación a los Decretos legislativos autonómicos: panorama general.

Uno de los aspectos más relevantes y clásicos a la vez, pero también de mayor complejidad y objeto de amplia controversia doctrinal, en el ámbito conceptual general de la delegación legislativa, es el referente al control de la legislación delegada. El artículo 82.6 de la Constitución regula este tema para la delegación legislativa de las Cortes Generales en el Gobierno central, distinguiendo entre el necesario control jurisdiccional y los contingentes controles adicionales que cada Ley de delegación puede discrecionalmente establecer. En cuanto a la delegación legislativa autonómica, el primer dato a destacar es la notable semejanza que caracteriza a las respectivas regulaciones de los controles sobre la legislación gubernamental delegada, y la común inspiración de todas ellas en el mencionado precepto constitucional. Sea, en cuanto a esto último, por directo reenvío en unos casos, sea a causa de la similar redacción dada en otros a las correspondientes disposiciones estatutarias o infraestatutarias.

Así, prescribe el artículo 109.3 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, *in fine*, que la Ley de delegación podrá establecer fórmulas adicionales de control. Igualmente establece el artículo 43.5 del Estatuto aragonés que el control parlamentario de la legislación delegada se regirá por el Reglamento de las Cortes de Aragón y, en su caso, por la misma Ley de delegación. Y lo propio hace el apartado 9 del artículo 24 bis del Estatuto asturiano, cuando señala que, sin perjuicio del control jurisdiccional, el Reglamento de la Junta General y las Leyes de delegación podrán establecer fórmulas adicionales de control. En la misma línea, el tercer párrafo del apartado 3 del artículo 25 del Estatuto castellano-leonés determina que, sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las Leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control. E incluso con mayor detalle, el apartado 4 del artículo 63 del Estatuto catalán remite el control de la legislación delegada a su regulación por el Reglamento del Parlamento de Cataluña, aunque prescribe que las Leyes de delegación también pueden establecer un régimen especial de control para los Decretos legislativos.

En cambio, nada indica respecto a los controles adicionales el artículo 21 de la LORAFNA, pero sí lo hace el Reglamento del Parlamento de Navarra, de 5 de noviembre de 2007, en su artículo 160, donde se establece una peculiar regulación, solamente parangonable con la muy similar contenida en el artículo 206 del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha. Tras señalar el apartado 4 del precepto reglamentario navarro (en transcripción virtualmente literal del artículo 82.6 de la Constitución) que, sin perjuicio de la competencia propia de los Tribu-

nales, las Leyes Forales de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control, la singularidad emerge en el desarrollo de esta última hipótesis en el apartado 7 del mismo artículo.

A su tenor, si las Leyes Forales de delegación estableciesen adicionales fórmulas de control parlamentario sobre la legislación delegada gubernamental, la Mesa del Parlamento navarro podrá dictar, previa audiencia de la Junta de Portavoces, las normas destinadas a hacerlas efectivas. Pero se trata de una hipótesis doblemente condicionada: de manera expresa, al establecimiento explícito de tal adicional control en la Ley de delegación, y de manera implícita, a que dicha Ley no haya agotado la regulación procedimental del referido sistema de control adicional. De manera similar, y a pesar de la remisión a la regulación constitucional en el artículo 9.2.a) del Estatuto, el artículo 206 del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha, de 1 de diciembre de 1996, como antes se anticipaba, determina que el Presidente de la Cámara, de acuerdo con la Mesa y la Junta de Portavoces, resolverá la tramitación del procedimiento, tanto de la norma delegante, como del control parlamentario de la legislación delegada.

Por su parte, en ausencia de regulación estatutaria, la remisión del artículo 21.b) de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de Canarias, al artículo 82 de la Constitución supone la directa aplicabilidad de lo establecido en materia de controles en el sexto apartado de dicho precepto de la Norma Fundamental. E igualmente a pesar del silencio estatutario, y sin explícito reenvío, el artículo 51 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de Murcia, reproduce literalmente el tenor del artículo 82.6 del texto constitucional. En cuanto al País Vasco, y nuevamente ante el silencio estatutario, el artículo 52.6 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, del Gobierno determina que la Mesa de la Cámara autonómica ordenará la tramitación del texto del Ejecutivo por el procedimiento de lectura única ante el Pleno, para su debate y votación de totalidad. Tal prescripción legal se ve corroborada por el artículo 191 del Reglamento del Parlamento Vasco, de 23 de diciembre de 2008, que precisamente remite a lo que la mencionada Ley prescribe al respecto. Tan sólo añade este último precepto reglamentario una segunda remisión, al artículo 162 del propio Reglamento parlamentario, ordenador del procedimiento de lectura única a que se refiere el mencionado artículo 52 de la Ley 7/1981. Y si algo cabe deducir acerca de la naturaleza del control parlamentario que se deriva de esta parca normativa, es que se trata de un control *a priori* y de carácter no vinculante.

Hasta aquí, las regulaciones que pueden denominarse generales o “de régimen común” en cuanto al tema del control de los excesos de delegación en las diversas

Comunidades Autónomas. Llegados a este punto, conviene emprender el análisis de las singularidades en esta misma materia del control parlamentario de los Decretos legislativos que son reseñables en las Comunidades catalana y extremeña, a las que se dedican, respectivamente, los dos próximos epígrafes de este trabajo.

5. Las singularidades (I): la regulación estatutaria e infraestatutaria del control parlamentario en Cataluña.

El apartado 4 del artículo 63 del vigente Estatuto catalán remite al Reglamento del Parlamento la regulación del control de la legislación delegada, aunque añade a renglón seguido que las Leyes de delegación también pueden establecer un régimen de control especial para los Decretos legislativos. La interpretación y concreción de estas prescripciones estatutarias efectuada en el artículo 159 del texto refundido del Reglamento del Parlamento catalán, aprobado por la Mesa el 20 de febrero de 2018, ha dado lugar a un mecanismo original de fiscalización, con arreglo a dos modalidades: un control parlamentario previo y otro sucesivo, el primero con la posibilidad, además, de tener efectos vinculantes para el Govern. Ambas modalidades, como en seguida cabrá apreciar, no son sólo perfectamente compatibles con el Estatuto de Autonomía, sino también con las amplias posibilidades que, si fuera aplicable por expreso reenvío (circunstancia que normativamente no se da en el caso catalán), abre el artículo 82.6 de la Constitución.

Respetando la discrecionalidad de la Ley autonómica de delegación para establecer en cada caso (o no) un control parlamentario adicional al jurisdiccional, el primer apartado del artículo 159 del mencionado Reglamento prevé que el Govern remita al Parlament la correspondiente comunicación, incluyendo en ella el texto articulado o refundido, tan pronto como haya hecho uso de la delegación. Y lo que es fundamental, esa misma comunicación debe verificarse antes de que se haya producido la publicación del correspondiente texto articulado o refundido en el *Diario Oficial de Cataluña*. Los cinco siguientes apartados del mismo artículo 159 del Reglamento de la Cámara legislativa catalana permiten a los Grupos Parlamentarios o a cinco Diputados la formulación de objeciones fundamentadas, o bien la presentación de observaciones por los Grupos Parlamentarios o los miembros del Parlamento.

Cuando haya objeciones, su tramitación parlamentaria debe preceder a la de las observaciones. Y si no se hubieran presentado objeciones, o hubiesen sido rechazadas, las observaciones han de remitirse por la Mesa, oída la Junta de Portavoces, a la Comisión parlamentaria competente *ratione materiae*, quien habrá

de adoptar una resolución en un mes sobre el ejercicio gubernamental de la delegación. Las objeciones, en caso de plantearse, sí que dan pie, no sólo a un control parlamentario previo, sino también a que ese control sea de carácter vinculante. Una vez formalizadas, han de debatirse en el Pleno en un plazo de un mes, y si son aprobadas, el pertinente Decreto legislativo sólo puede publicarse en el *Diario Oficial de Cataluña* (y por tanto, incorporarse al ordenamiento jurídico y entrar en vigor) si el Parlamento da su conformidad a la publicación, o bien si el Govern, en el intervalo de un mes, incorpora a su texto las objeciones aprobadas por el Parlament (previsión esta última, que al no incluir a las observaciones, determina que las mismas no tengan ese valor vinculante para el Ejecutivo catalán).

Nótese, en todo caso, que esta regulación del control parlamentario previo sigue atribuyendo al Consejo de Gobierno territorial la facultad de publicación oficial integradora de la eficacia del Decreto legislativo, por más que el ejercicio de esa facultad se condicione a la previa conformidad de la Asamblea legislativa. Como antes se decía, la atribución de la referida facultad de emanación del Decreto legislativo, así como las de orden y materialización de la publicación integradora de su vigencia y eficacia, exclusivamente en el Ejecutivo autonómico, aun con cuota previa de decisión parlamentaria en torno al ejercicio gubernamental de la delegación, mantiene esta regulación del Reglamento del Parlamento catalán en los confines conceptuales de la delegación legislativa, pues la norma resultante emana formalmente del Gobierno de la Comunidad Autónoma, al igual que lo hacen los Decretos-leyes de esta aunque la convalidación de los mismos dependa de la conformidad del respectivo órgano parlamentario.

Sin perjuicio de todo ello, el artículo 159.7 del Reglamento del Parlamento de Cataluña se refiere al caso en que la Ley de delegación discrecionalmente prevea que el control parlamentario haya de ser posterior a la publicación del Decreto legislativo. En tal hipótesis, el Govern habrá de enviar dicho Decreto al Parlament, cuyo Presidente ordenará publicarlo en el Boletín Oficial de la Cámara, y la apertura de un plazo de quince días para formulación de objeciones y observaciones razonadas. Sólo si se presentaran objeciones, el ejercicio gubernamental de la delegación habrá de someterse a debate de totalidad en el Pleno, sin precisión ulterior en cuanto a los efectos jurídicos del parecer parlamentario, cuando el mismo resulte ser desfavorable. Por ello, cabe concluir que, en esta modalidad de control parlamentario *a posteriori*, una resolución de la Cámara contraria al uso de la delegación realizado por el Consejo de Gobierno carecerá de efecto jurídico directo sobre la norma delegada, que continuará desplegando sus efectos, claro está, sin perjuicio del eventual control jurisdiccional, o de un nuevo ejercicio parlamentario de la función legislativa en coherencia con el contenido de las

objeciones aprobadas en ejercicio de esta modalidad facultativa de control parlamentario *ex post*⁸.

6. Las singularidades (II): la regulación estatutaria en Extremadura. Preceptiva votación parlamentaria previa ¿y eliminación del control jurisdiccional contencioso-administrativo? Comparación con otros sistemas autonómicos a priori similares (Cataluña y Andalucía).

Por lo que respecta a Extremadura, las peculiaridades de su regulación, atinentes al control de la Asamblea sobre la legislación delegada que emane de la Junta, derivan directamente del Estatuto de Autonomía a resultas de su íntegra reforma en virtud de la Ley orgánica 1/2011. Tras remitir el segundo apartado del artículo 22 del actual texto estatutario, en materia de delegación legislativa autonómica, a los fines, objetivos, alcance, prohibiciones, plazos y formas establecidos en los artículos 82 y 83 de la Constitución (excluyendo de la remisión al artículo 84 de esta), el apartado siguiente del precepto introduce una importante variante con respecto a la regulación constitucional.

Dispone el artículo 22.3 del Estatuto extremeño que «sin perjuicio de los controles parlamentarios adicionales que pudieran establecerse en la Ley de delegación, los textos articulados o refundidos se someterán, antes de su entrada en vigor, a una votación de totalidad en procedimiento de lectura única en la Asamblea». Como cabe apreciar, se trata de un preceptivo control parlamentario previo de la legislación delegada extremeña⁹. Y si bien el artículo 22 del Estatuto extremeño no arroja más luz, al no decir nada sobre las consecuencias (jurídicamente vinculantes o no) de una votación adversa sobre la correspondiente norma delegada, sin embargo el artículo 41.2 del mismo texto estatutario enlaza este control parlamentario con el jurisdiccional contencioso-administrativo de los eventuales excesos de

8 En similar sentido, A. DOMÍNGUEZ VILA, “El control parlamentario de la legislación delegada en los ordenamientos autonómicos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 27, 2018, pp.12-13.

9 Para L. ORTEGA ÁLVAREZ (“Modelo de gobierno y sistema de fuentes en el proyecto de Estatuto de Autonomía de Extremadura”, en J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *El nuevo Estatuto de Extremadura*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 207), lo que se establece en el artículo 22 del Estatuto extremeño es una forma de colaboración en la que no se delega la función legislativa, sino que, a su juicio, se hace una encomienda técnica al Gobierno para que elabore una suerte de anteproyecto de proposición de ley que el Parlamento toma como propia y la tramita como ley, postulando red denominar estos Decretos legislativos como leyes de colaboración gubernamental, para evitar confusiones según ya se ha visto en este trabajo, y se amplía a continuación en texto, en este trabajo se considera que existen suficientes razones como para mantener la catalogación estatutaria como tales a los Decretos legislativos de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

delegación. Tras afirmar que, en su caso, los Decretos legislativos podrán ser fiscalizados por la jurisdicción contencioso-administrativa en los supuestos de desviación o exceso en el ejercicio de la delegación legislativa, el mencionado artículo 41.2 añade que no procederá la revisión contenciosa cuando el texto articulado o refundido se hubiere debatido y votado por la Asamblea de Extremadura.

Dejando a un lado la imprecisión de que adolece este último enunciado¹⁰, cabe efectuar una interpretación sistemática e integradora de ambos preceptos estatutarios. Como se decía algo más arriba, el artículo 22.3 del Estatuto extremeño no aborda expresamente la situación jurídica en que queda la norma gubernamental delegada, una vez debatida y votada en sede parlamentaria, ni expresamente distingue a este efecto entre el sentido favorable o desfavorable de la votación. Aunque el procedimiento de lectura única es una de las modalidades del procedimiento legislativo, también pueden canalizarse a través de él actuaciones parlamentarias de control.

De este modo, el voto parlamentario desfavorable, a diferencia de lo que sucedería con la votación adversa a la convalidación de un Decreto-ley, no incide sobre la validez, vigencia o eficacia de la norma delegada gubernamental. Al no preverse expresamente lo contrario, ni en el art. 22.3 ni en el resto del texto estatutario, para los Decretos legislativos de la Junta de Extremadura (como sí hace, en cambio, para los Decretos-leyes del Ejecutivo territorial, el art. 33.3), no cabe atribuir al voto parlamentario una condición jurídica integradora de la eficacia del Decreto legislativo. Ni tampoco cabe otorgar a la votación parlamentaria prevista en el referido art. 22.3 del Estatuto extremeño sobre los Decretos legislativos de la Junta, por estrictas razones de separación de poderes, el valor o carácter de juicio jurídico acerca de la adecuación entre normas (en este caso, de la delegada gubernamental a la parlamentaria delegante), pues una Asamblea parlamentaria no es un órgano jurisdiccional.

10 “Una cierta perplejidad” es la impresión que este sistema de control previsto para los decretos legislativos causa a V. ÁLVAREZ GARCÍA, *Cinco estudios sobre el nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura*, Iustel, Madrid, pág. 114. Por su parte, el Dictamen 129/2009, de 29 de julio, del Consejo Consultivo de Extremadura sobre la Propuesta de Ley de Reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura argumentaba (págs. 123 y 124) que el artículo 41.2 podía plantear ciertas dudas de coherencia interna al permitir el control de los decretos legislativos por la jurisdicción contenciosa en los casos de desviación o exceso en el ejercicio de la delegación legislativa, hecho que juzgaba incomprensible a la vista de la exigencia de someterlos a su aprobación al Pleno de la Asamblea para su ratificación antes de su entrada en vigor, razón por la cual el control por la jurisdicción contenciosa prevista en el artículo 41.2 devendría innecesario, puesto que, también a juicio de la institución consultiva, dicho control no concurriría nunca debido, precisamente, a esa votación parlamentaria. La conclusión alcanzada en el Dictamen (pág. 124) es que la redacción del precepto según la Propuesta (que pasó inalterada al texto estatutario definitivo) “lo único que aporta al sistema es la posibilidad de ser interpretado incorrectamente, constituyendo su mantenimiento un elemento distorsionador”.

diccional, y su competencia no es la de efectuar juicios de validez jurídica (como en cambio sí lo es de los Tribunales), sino de oportunidad política.

Permítase incidir de nuevo a este respecto en un relevante elemento de Derecho positivo. Que la votación parlamentaria desfavorable no influye ni en la validez ni en la eficacia o vigencia de la norma gubernamental delegada extremeña se deriva de un capital dato de carácter negativo: no prevé tal incidencia el artículo 22.3 del Estatuto de Autonomía. Tan sólo marca el precepto cuál es el momento procedimental oportuno para el debate y votación en la Asamblea de Extremadura: antes de la entrada en vigor del Decreto legislativo correspondiente. Pero, a diferencia del artículo 159 del Reglamento parlamentario catalán antes examinado, la disposición estatutaria extremeña no dice que el voto desfavorable comporte derogación, invalidez o prohibición de entrada en vigor del Decreto legislativo, el cual, de este modo, puede resultar objeto, sí, de censura parlamentaria, pero de censura política, única que, como natural y específica consecuencia de sus cometidos generales de control político de la Junta de Extremadura, corresponden a la Asamblea, que, debe nuevamente recordarse, no es un órgano jurisdiccional¹¹.

Para que la votación parlamentaria adversa tuviera virtualidad derogatoria o invalidante sobre el correspondiente Decreto legislativo autonómico, se requeriría previsión estatutaria expresa, como sí que sucede con el Decreto-ley territorial (artículo 33.3 del Estatuto extremeño). Nótese, a este respecto, que el artículo 22.3 del texto estatutario de Extremadura no habla de convalidación o derogación de la legislación delegada, como sí hace el citado artículo 33.3 con respecto a la legislación gubernamental de urgencia. Antes al contrario, el término «control», en cuanto noción expresiva de la naturaleza de la intervención de la Asamblea de Extremadura respecto a la legislación delegada de la Junta, es el que emplea el artículo 16.2.f) del propio Estatuto de Autonomía en la enunciación gené-

11 Véase, en este sentido, la STC 159/2001, de 5 de julio, F.J. 9, donde, si bien en relación con el anterior Estatuto catalán, hoy ya no vigente, pero en argumentación que sí resulta aplicable en la actualidad en lo que se refiere a la naturaleza y efectos del control *a posteriori* que corresponde a la Asamblea de Extremadura sobre los Decretos legislativos de la Junta, por su sustancial similitud al caso resuelto en la Sentencia, vino a decirse que el contenido de la Resolución 234/III, de 9 de octubre de 1991, del Pleno del Parlamento catalán sobre el Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, emanada por la vía del (clásico) control *ex post* no vinculante sobre el ejercicio gubernamental de la delegación legislativa que estableció la correspondiente Ley de delegación (Ley del Parlamento de Cataluña 12/1990, de 5 de julio, concretamente en su artículo 3), ni impedía ni prejuzgaba el control que compete al Tribunal Constitucional, sobre todo porque el que concretamente ejerció en aquel momento, a través de la mencionada vía, el Parlamento catalán no era un control de naturaleza jurisdiccional.

rica de los cometidos propios de la Cámara legislativa extremeña, en previsión distinta de la relativa al ejercicio de la función legislativa, a la cual se refiere el artículo 16.2.b) del texto estatutario de Extremadura.

Tan sólo un adicional efecto jurídico, aunque de notable relevancia, se apareja en el artículo 41.2 del Estatuto al debate y votación parlamentarios sobre la legislación delegada: “No procederá la revisión contenciosa cuando el texto articulado o refundido se hubiere debatido y votado por la Asamblea de Extremadura”. A tenor de esta previsión, el debate y votación de la Asamblea despliega sus efectos, no sobre la validez, vigencia o eficacia de la norma gubernamental delegada, pero sí sobre su régimen de control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Un entendimiento meramente literal de la expresión «cuando el texto articulado o refundido se hubiere debatido y votado», a que condiciona el artículo 41.2 la improcedencia de la revisión jurisdiccional contencioso-administrativa de la norma delegada, haría inviable esa revisión en todos los casos, dado que siempre habría de darse debate y votación parlamentarios a tenor del referido art. 22.3.

Semejante interpretación literal reduciría a la vacuidad el comienzo del art. 41.2 del texto estatutario extremeño, cuando dice que los Decretos legislativos podrán ser fiscalizados, en su caso, por la jurisdicción contencioso-administrativa. En esta tesitura, se hace precisa una interpretación teleológica y sistemática del artículo 41.2 del Estatuto extremeño que, evitando el vaciamiento de contenido a que llevaría su exégesis exclusivamente gramatical¹², conduzca a una inteligencia armónica del mismo con el artículo 22.3 del propio texto estatutario. Así, cabe entender que la mención en el artículo 41.2 del Estatuto de Autonomía al control de los excesos de delegación por la jurisdicción contencioso-administrativa “en su caso” determina que deba existir ese caso, aquel en que efectivamente haya revisión contencioso-administrativa de los excesos de delegación, pero también que acontezcan casos en que no.

Uno de los supuestos en que cabría la referida revisión, no completamente imposible en la práctica, sería que no haya habido efectivamente debate y votación, pese al mandato estatutario de que se produzcan. La crítica y poco clarificadora cláusula «en su caso», presente en la primera frase del precepto, hallaría campo de aplicación en tal circunstancia, claramente patológica. En cambio,

¹² Este vaciamiento que se deriva de una exégesis exclusivamente literal, conducente a la imposibilidad de control jurisdiccional ordinario y a la exclusiva viabilidad del control a cargo del Tribunal Constitucional, es puesta de manifiesto por V. ÁLVAREZ GARCÍA, *Cinco estudios sobre el nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura*, cit., pp. 115 y 116.

cuando haya debate y votación, deben examinarse las dos alternativas posibles, votación favorable y votación desfavorable, para examinar qué repercusiones tiene cada una desde la perspectiva del control jurisdiccional de los excesos de delegación. Puede adelantarse ya que ninguna de las dos resulta aproblemática, dada la parca y poco precisa regulación estatutaria.

Comenzando por la alternativa, quizás más compleja, de la votación desfavorable, el Estatuto extremeño deja en la más absoluta indeterminación qué sucede entonces con el propio Decreto legislativo, y por ende, a consecuencia de ello, con el control jurisdiccional de los excesos de delegación. En concreto, no aclara la norma institucional básica de Extremadura si el Decreto legislativo puede entrar o no en vigor en caso de una votación parlamentaria desfavorable. Sólo dice que la votación ha de ser previa a la entrada en vigor. Una cosa sí que puede afirmarse con certeza, y es que el control jurisdiccional de los excesos de delegación sólo es posible si el Decreto legislativo que topa con una votación parlamentaria adversa sigue efectivamente el camino de la publicación oficial y entrada en vigor, circunstancia que, a su vez, puede suceder, bien porque se considere que ello es lo que resulta del ordenamiento jurídico, bien porque, aun prescindiendo de tal consideración, materialmente se lleve a cabo.

A su vez, el control jurisdiccional ordinario de los excesos de delegación (al igual que el control general de constitucionalidad que corresponde al TC) depende, lógicamente, de la entrada en vigor de la norma delegada (o, al menos, de la apariencia de entrada en vigor, si se produce materialmente la publicación oficial de la norma delegada aun a pesar de haber sido objeto de votación desfavorable en la Asamblea). Sin esa publicación, en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma, no hay control jurisdiccional posible de eventuales excesos de delegación, porque no habría objeto sobre el que ejercerlo. De entrada, parece difícil que un Decreto legislativo de la Junta de Extremadura votado desfavorablemente por la Asamblea pueda ulteriormente entrar en vigor, al menos en teoría, dada la fisonomía estatutaria de la delegación legislativa del Pleno de la Asamblea en la Junta de Extremadura.

Pese a ello, habría algunas razones que militarían en pro de que jurídicamente fuera posible la publicación oficial y consiguiente entrada en vigor del Decreto legislativo de la Junta de Extremadura adversamente votado en la Asamblea, abriendo paso así a la consiguiente posibilidad de la fiscalización jurisdiccional de los excesos *ultra vires* en que el mismo pudiera eventualmente incurrir, lo que a su vez dota de contenido aplicativo al artículo. 41.2 del Estatuto de Autonomía. La medida jurídica del exceso de delegación, desde la exclusiva perspectiva de su control jurisdiccional, sólo puede venir dada por la ley de delegación. Desde

esa misma perspectiva, la del control jurisdiccional, parece que el sentido desfavorable de la votación sería irrelevante, pues se trata, como ya se ha dicho, de un acto de control parlamentario carente de incidencia sobre la validez jurídica de la correspondiente norma gubernamental delegada.

Así lo corrobora la proclamación separada que el Estatuto realiza de la función legislativa, por un lado, y de la consistente en controlar el ejercicio de las delegaciones legislativas conferidas a la Junta, por otro, respectivamente, en las letras b) y f), del artículo 16.2, como funciones de la Asamblea de Extremadura, circunstancia que ya se ha destacado. De hecho (y de Derecho), el término o *nomen iuris* que se emplea para definir genéricamente esta función de la Asamblea en el art. 16.2.f) de la norma estatutaria extremeña es el de control. Es más, así la califica también el art. 22.3 del mismo Estatuto de Autonomía, al referirse al debate y votación de los Decretos legislativos por la Asamblea a continuación de la mención a los, textualmente, “controles parlamentarios adicionales” que pueden establecerse en cada ley de delegación, lo que lleva sin dificultad a concluir que, también según este precepto, ese debate y votación son una forma de control parlamentario en el sentido del artículo 16.2.f) del Estatuto de Autonomía, y no un modo de ejercicio de la función legislativa en el sentido del artículo 16.2.b) del mismo texto estatutario.

Que la rúbrica del artículo 22 de la norma institucional básica extremeña, en cuyos apartados 2 y 3 se regula la delegación legislativa, sea la de “potestad legislativa”, en nada empuja a esta conclusión, toda vez que la delegación es una forma de autorizar la participación en el ejercicio de la función legislativa de la Asamblea a un órgano que por regla general carece de ella, la Junta de Extremadura. De hecho, el apartado 1 del mismo artículo hace lo propio, regular una modalidad de delegación de la función legislativa, aunque en este caso, en las propias Comisiones legislativas de la Asamblea, las cuales, como la Junta de Extremadura, igualmente carecen del ejercicio por sí mismas de la función legislativa, al residenciarse la titularidad de dicha función, expresamente, en el Pleno de la Asamblea, conforme establece el artículo 16.1.b) del propio Estatuto.

Como acto jurídico de control, el voto desfavorable del Pleno de la Asamblea de Extremadura no supone modificación o derogación de la ley de delegación, o lo que es lo mismo, del ámbito de válido desenvolvimiento del ejercicio de la delegación por parte de la Junta de Extremadura en términos jurídicos. Esto es, el voto desfavorable del plenario parlamentario regional no es un acto con valor legislativo que altere o modifique los parámetros jurídicos de validez de la norma delegada, los cuales se contienen en la previa ley de delegación (además de en el resto del bloque de la constitucionalidad, claro está), que queda así inalterada.

Si se admitiera lo contrario, el voto desfavorable del Pleno de la Asamblea supondría una alteración o reforma retroactiva de los términos de la delegación que la Junta de Extremadura no podía conocer en el momento de elaboración del Decreto legislativo, instante en el que no cabría exigírsele, sin infracción del principio constitucional de seguridad jurídica, la observancia de un criterio parlamentario futuro y por ello imprevisible para el Ejecutivo regional. En cuanto a una alternativa hermenéutica del artículo 22.3 del texto estatutario extremeño que consistiera en otorgar relevancia jurídica al voto desfavorable del Pleno de la Asamblea, no en calidad jurídica de modificación o derogación de la ley de delegación, sino como tal acto de control, y conferir a ese voto parlamentario desfavorable, adicionalmente, virtualidad invalidante de la norma delegada, cabe oponer que el precepto no dice eso, pudiendo haberlo hecho, como sí lo hace el artículo 33.3 del propio Estatuto respecto a los Decretos-leyes de la Junta de Extremadura, según se destacó con anterioridad. Esta interpretación sistemática a la vista del artículo 33.3 del Estatuto es de todo punto relevante, y permite concluir que el silencio del artículo 22.3 de la misma norma institucional básica en torno la falta de carácter invalidante del Decreto legislativo que tendría la votación parlamentaria adversa al mismo sólo puede llevar a entender que el texto estatutario no liga tal efecto invalidatorio de la norma delegada a esa votación.

Aunque, según el propio artículo 22.3 del texto estatutario extremeño, la votación plenaria de la Asamblea es previa a la entrada en vigor del Decreto legislativo, mientras que en el caso del Decreto-ley esa votación es posterior, ello no obsta a la conclusión que acaba de enunciarse. El Decreto legislativo carecerá de ratificación parlamentaria previa a su entrada en vigor, pero esa entrada en vigor no se verá impedida por tal circunstancia, simple y llanamente porque el Estatuto no lo prevé así, separándose en este punto (al no establecerlo de forma expresa para el Decreto legislativo) de la técnica que el propio Estatuto de Autonomía sigue en torno al valor derogatorio de la votación parlamentaria adversa al Decreto-ley de la Junta de Extremadura, para la que sí hay previsión explícita de pérdida de vigencia de la norma gubernamental en ese supuesto, como viene haciéndose notar.

De hecho, este podría ser el sentido interpretativo del inciso “en su caso” a que el artículo 41.2 del Estatuto de Autonomía condiciona la competencia fiscalizadora de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los excesos de delegación de los Decretos legislativos de la Junta de Extremadura. Con arreglo a tal exégesis, el voto desfavorable del Pleno de la Asamblea sobre los Decretos legislativos de la Junta sería el caso en que cabe control jurisdiccional contencioso-administrativo de los excesos de delegación de esos mismos Decretos legislativos, de conformidad con el precepto, a la vista de lo que este continúa dicen-

do (esto es, que no cabe ese control cuando haya habido debate y votación de la Asamblea). Y asimismo cabe entender que la exclusión de control jurisdiccional contencioso-administrativo del eventual *ultra vires* sólo puede tener lugar cuando la votación del Pleno la Asamblea sea favorable al Decreto legislativo de la Junta de Extremadura, pues si se considerase comprendida la mencionada exención de control jurisdiccional contencioso-administrativo también en el caso de votación parlamentaria desfavorable, el inciso inmediatamente precedente del mismo precepto estatutario (recuérdese, del artículo 41.2) quedaría lisa y llanamente sin contenido, dado que no habría en rigor escenario alguno en que pudiera darse ese control jurisdiccional contencioso-administrativo de posibles excesos de delegación. La razón para entender practicable la fiscalización jurisdiccional contencioso-administrativa es que no habría entonces asunción por el titular de la potestad legislativa autonómica, la Asamblea en Pleno, del contenido de la norma gubernamental delegada.

Esta alternativa hermenéutica excluye también la antinomia del artículo 41.2 del Estatuto de Autonomía de Extremadura de 2011 con el artículo 1.1 de la Ley estatal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La lectura expuesta del precepto estatutario delimita un ámbito en que todavía es posible el juego del control jurisdiccional contencioso-administrativo de los eventuales excesos de delegación. Concretamente, en aquellos casos en que la votación parlamentaria de un Decreto legislativo de la Junta extremeña haya sido desfavorable, además de los de efectiva inexistencia de votación, todo ello en armonía con el plural «Tribunales» empleado en el artículo 82.6 de la Constitución, y su concreción en el referido artículo 1.1 de la Ley jurisdiccional contencioso-administrativa. De otra parte, el principio dispositivo y la amplia remisión del artículo 147 de la Constitución a los Estatutos de Autonomía, otorgarían cobertura suficiente a la mencionada lectura del artículo 41.2 del actual Estatuto de Autonomía de Extremadura.

Quedaría salvaguardada de este modo la naturaleza de acto de control que, a la vista del artículo 16.2.f) del Estatuto extremeño, corresponde al debate y la votación por la Asamblea en lectura única que se prevén en el artículo 22.3 del referido texto estatutario, sin privar de sentido la primera frase del artículo 41.2 de la norma institucional básica extremeña, ni vaciar de contenido a la segunda frase de ese mismo artículo. Obedece además esta conclusión a un argumento de orden lógico, que deriva del carácter unicameral de la Asamblea de Extremadura. Aunque el acto parlamentario sobre el Decreto legislativo de la Junta sea de control político, y no, por tanto, de carácter jurisdiccional, dado que ese acto de control parlamentario procede exactamente del mismo órgano que ejerce la potestad legislativa, el Pleno de la Asamblea a tenor del art. 16.2.b) del Estatuto de Autonomía, cabe entender

que el legislador parlamentario extremeño, cuando emite un voto favorable respecto a la norma delegada, ha asumido, respaldándolo, el contenido de dicha norma delegada que ha elaborado el Ejecutivo regional y ha controlado la propia Cámara extremeña, asunción que obedecería así a la misma capacidad material de decisión que tendría la Asamblea para la aprobación directa de una Ley en sentido formal sin acudir al expediente de la delegación legislativa.

Sin trocar la naturaleza de la norma delegada gubernamental objeto de control parlamentario, la cual, por expresa determinación estatutaria, no deja de ser un Decreto legislativo nacido de la delegación de la Asamblea en la Junta de Extremadura¹³, y no una Ley resultante de un acto dual de la Cámara y del Ejecutivo regionales¹⁴ (circunstancia esta no prevista en el Estatuto de Autonomía, que claramente señala que lo que la Asamblea delega en la Junta es la potestad de dictar normas con fuerza de ley, y además que esas normas con fuerza de ley se llaman Decretos legislativos), lo que sí se produce con el voto parlamentario favorable, esta vez con explícita previsión estatutaria, es una modulación del régimen de control jurisdiccional ordinario de la norma delegada gubernamental por desaparición de la razón que justifica ese control: la discordancia del Decreto legislativo con la voluntad de la Cámara parlamentaria previamente expresada en la ley de delegación.

La desaparición obedece a que el Pleno de la Asamblea emite una nueva voluntad, adicional a la inicial materializada en la correspondiente ley de delegación, asumiendo el contenido de la norma gubernamental delegada, al votar favorablemente a esta. Elementales consideraciones de economía procedimental (razón a la que también obedece el principio de conservación de las normas, de igual aplicación a este caso) determinan que una sola votación parlamentaria basta para ejercer el control sobre el producto de la delegación y, a la vez, para respaldar mediante una nueva y ulterior manifestación de voluntad, favorable, el producto de la delegación, aunque sea discordante con el contenido de decisión inicialmente plasmado por la Cámara en la ley de delegación antecedente. Y ello,

13 El hoy extinto Consejo Consultivo de Extremadura, invocando la que denominaba “incipiente doctrina”, señalaba, sobre su catalogación como fuentes del Derecho, aunque no sin algún titubeo, que “parece que los decretos legislativos en la Comunidad Autónoma de Extremadura suponen una suerte de *tertium genus* con respecto a la articulación dogmática y procedimental que están presentes, ya en la propia Constitución española, ya en el resto de los Estatutos de Autonomía. No obstante, debe ponerse de relieve que ello no constituye óbice u obstáculo de constitucionalidad o legalidad, sino una mera peculiaridad que afecta a su procedimiento de aprobación definitiva” (Dictamen 203/2013, de 2 de mayo, pág. 11).

14 Lo que diluye las tachas de inconstitucionalidad a la específica regulación de los Decretos legislativos territoriales por el actual Estatuto de Autonomía formuladas por V. ÁLVAREZ GARCÍA, *Cinco estudios sobre el nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura*, cit., pp. 116-118.

sin hacer necesario un nuevo ejercicio de la función legislativa (ahorro de trabajo parlamentario que es una de las razones principales del instituto de la delegación), sea para modificar los términos de la habilitación a fin de compatibilizarla con el Decreto legislativo, sea para dictar una nueva ley de convalidación de este al objeto de modificarlo en los aspectos en que el Pleno parlamentario discrepe, o incluso de derogarlo.

Si una de las finalidades esenciales de la delegación es el ahorro de trabajo parlamentario (además de asociar a la función legislativa los medios técnicos de que dispone el Ejecutivo, y no la Cámara), ese propósito es plenamente compatible, justificándolo en realidad, con la referida función de la votación *ex post* del Pleno parlamentario, cuando esta tenga un sentido favorable al ejercicio gubernamental de la delegación. Las mencionadas consideraciones se ven reforzadas, cabe recordar aquí una vez más, por el carácter unicameral de la Asamblea, siendo así entonces que el mismo órgano, el Pleno de la Cámara, es quien concede la delegación legislativa inicial pero también quien emite ulteriormente el voto sobre la correspondiente norma gubernamental delegada.

A igual conclusión cabe llegar si acudimos a la fundamentación dogmática de la delegación legislativa como delegación legislativa recepticia, opción doctrinal que parece haber anidado, quizás no tanto en los artículos 82 a 85 de la Constitución, cuanto en la interpretación que de él han realizado el legislador ordinario estatal en la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que admite, junto al suyo propio, el control de los excesos de delegación por la jurisdicción ordinaria¹⁵. Sabido es que la acuñación de la categoría de la delegación recepticia se produjo durante el régimen anterior¹⁶, para explicarla como un fenómeno en el que la potestad legislativa, siquiera sea de manera temporal, ceñida a las materias objeto de la delegación y condicionada a la observancia de los términos de esta, no se transfiere de las Cortes al Gobierno. El rango legislativo de la norma gubernamental no sería propio y originario, sino consecuencia de la anticipada voluntad expresada por las Cortes mediante la ley de delegación, y estaría condicionado al ajuste a ella. De este modo, cuando

15 Codifica y sintetiza esta jurisprudencia A. DOMÍNGUEZ VILA, "El control parlamentario de la legislación delegada en los ordenamientos autonómicos", *op. cit.*, pp. 8-10.

16 La tesis fue expuesta por E. GARCÍA DE ENTERRÍA en su discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, pronunciado en marzo de 1970. Titulado "Legislación delegada y control judicial", figura en el recopilatorio de trabajos del mismo autor *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, publicado en Madrid por la Editorial Civitas, cuya reimpresión de 2006 es la citada en el presente trabajo.

no se produjera tal ajuste de la norma gubernamental delegada a la ley parlamentaria habilitante, reaparecería el real rango reglamentario subyacente del texto normativo emanado del Gobierno, lo cual, a su vez, según esta construcción doctrinal, determinaba la competencia de control por parte de la justicia ordinaria, permitiendo a la misma, en razón de dicho rango reglamentario, anular el Decreto delegado precisamente en cuanto incida en *ultra vires*¹⁷.

La construcción de la delegación recepticia como categoría dogmática partió del rechazo de otras preexistentes, cuya aplicación a la delegación legislativa hubiera justificado el efecto traslativo de la originaria facultad (la legislativa) del sujeto delegante al delegado, aunque circunscrito a los términos de la propia delegación legislativa, todo lo cual determinaría, también, el inicial rango legislativo de la norma delegada gubernamental. Así, por ejemplo, las instituciones civiles de la representación o el mandato representativo, la teoría de la representación política propia del constitucionalismo, la delegación de Derecho público según la caracterización de TRIEPEL, o la delegación de funciones administrativas según nuestro propio Derecho.

La delegación recepticia, en su inicial creación doctrinal (GARCÍA DE ENTERRÍA) híbrida dos rasgos aislada y respectivamente presentes en dos categorías dogmáticas preexistentes. De la *Ermächtigung* alemana¹⁸ (o habilitación o autorización civil) toma la actuación voluntaria y en propio nombre del delegado. Y del reenvío recepticio, propio del Derecho internacional privado, toma la no modificación de la naturaleza propia (el rango) de la norma reenviada, y la anticipada asunción por el delegante del producto de la delegación en tanto aquél se atenga a ésta, justificando así, al tiempo, el rango legislativo de la norma delegada *intra vires* y el rango reglamentario de la misma norma *ultra vires*. Pues bien, aplicando los rasgos propios de la *Ermächtigung* o autorización civil a este supuesto estatutario de delegación legislativa autonómica, es posible la aprobación por el autorizante (aquí, el delegante, es decir, la Asamblea de Extremadura) de la ac-

17 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Legislación delegada y control judicial”, en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, cit., especialmente págs. 130 y siguientes. Asimismo, F. GARRIDO FALLA, “La fiscalización de los Decretos Legislativos por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista de Administración Pública* n.º 60, 1969, págs. 109-124.

18 Categoría general inexistente en nuestra legislación civil, que conoce especies o manifestaciones concretas de esta noción, aquí, de exclusiva filiación dogmática, frente a su expresa consagración, bajo el nombre de *Ermächtigung*, en el § 185.1 del Código Civil alemán (BGB). Acerca de esa ausencia de definición de esta categoría general en nuestro sistema jurídico, F. RIVERO HERNÁNDEZ, “De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIX, fasc. II, 2016, pág. 369.

tuación jurídica realizada por el autorizado¹⁹ (o delegado), esto es, en el presente caso, la Junta de Extremadura. Y esa aprobación por el autorizante (o delegante) no impide que el autorizado (o delegado) siga actuando en su propio nombre, aunque los efectos jurídicos de dicha actuación se equiparen a los de una actuación directa del autorizante (o delegante). La aprobación del autorizante convalida la actuación del autorizado sin que tal actuación deje de ser de este último, pues esa es la característica esencial de la autorización (instituto este último sobre el cual se asienta la inicial generación doctrinal de la categoría de la delegación legislativa recepticia), que a su vez la diferencia del mandato representativo. Es decir, no se impide con esa aprobación del autorizante que la actuación del autorizado (o delegado) sea una actuación jurídicamente diferenciada de la del autorizante o delegante, aunque esa actuación del autorizado o delegado produzca efectos jurídicos imputables al autorizante o delegante.

Trasladando a nuestro objeto de análisis las consecuencias de esta subyacente construcción dogmática inspirada en categorías jurídico-privadas, la votación favorable del Pleno de la Asamblea no impide que la correspondiente norma delegada de la Junta de Extremadura sea un Decreto legislativo propiamente tal, y no una Ley de la Asamblea de Extremadura. En este aspecto, la votación de la Asamblea de Extremadura sobre los Decretos legislativos tiene en común con la estatutariamente prevista para la de convalidación los Decretos-leyes de la Junta que la norma votada favorablemente por la Asamblea no pierde su carácter de norma con fuerza de ley del Ejecutivo autonómico (esto es, en cada caso, de Decreto legislativo o de Decreto-ley). La votación parlamentaria favorable, en ambos casos, no transmuta la naturaleza de la norma gubernamental, como fuente del Derecho. En particular, no la convierte en Ley formal del legislativo autonómico.

Las dificultades surgen cuando se dé el escenario de que una norma gubernamental delegada *intra vires* coseche una votación parlamentaria desfavorable, la segunda opción posible. De nuevo evocando en este contexto los institutos de Derecho privado inspiradores de la delegación legislativa recepticia según su inicial configuración doctrinal (GARCÍA DE ENTERRÍA), en la autorización civil (y en institutos jurídico-privados próximos, como el mandato representativo) la actuación del autorizado realizada dentro de los términos de la autorización obliga al autorizante. Este no puede revocar o privar de efectos jurídicos sobre su propio patrimonio la

19 En este sentido, también, F. RIVERO HERNÁNDEZ, “De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado”, *op. cit.*, pág. 404: “no veo ningún inconveniente en que el interesado asuma el negocio celebrado excediéndose el autorizado, si comprueba que le es útil, o por su sola voluntad. Pero en tal caso su acto aprobatorio a posteriori no es autorización sino una especie de ratificación”.

actuación llevada a cabo por el autorizado que se atiene a los términos de la autorización previamente emitida, por mucho que razones de mera oportunidad le lleven a tener una opinión desfavorable acerca de la actuación del autorizado. Otra cosa será que el autorizante, partiendo de la existencia y validez jurídica de la actuación llevada a cabo por el autorizado, pueda tener (o no), de conformidad con el ordenamiento, la posibilidad de realizar ulteriormente otra actuación jurídica distinta y sucesiva que llegue a revertir, en todo o en parte, o a modificar (también total o parcialmente) el acto jurídico válido previamente realizado por el autorizado, que seguirá teniendo tal validez aunque ulteriormente pueda llegar a ver revertidos sus efectos por una actuación igualmente válida del autorizante.

Siendo tal cosa difícil (aunque no imposible) en Derecho privado, puede no serlo tanto en el terreno de la delegación legislativa regulada en el Estatuto de Autonomía de Extremadura. A renglón seguido de la votación desfavorable de un Decreto legislativo de la Junta de Extremadura, la Asamblea puede ejercer directamente su potestad legislativa para modificar o derogar, mediante una Ley formal, el contenido del Decreto legislativo de la Junta (y esto, por cierto, con independencia de que dicho Decreto legislativo fuera dictado o no *ultra vires* con respecto a la anterior y correspondiente ley de delegación, pues tal capacidad reformadora o de derogación la tiene el legislador parlamentario regional igualmente en ambos escenarios). Si el artículo 23.2 del Estatuto faculta a la Junta de Extremadura para oponerse a la tramitación de iniciativas legislativas que afecten a una delegación legislativa, sin prever, a diferencia del artículo 84 de la Constitución, la contrapartida de la posible presentación parlamentaria de proposiciones de ley para la derogación total o parcial de la correspondiente ley de delegación, todo ello significa que sólo mediante nueva ley ulterior al Decreto legislativo podrá la Asamblea modificar total o parcialmente este, o derogarlo pura y simplemente, si esa es su voluntad.

Ahora bien, todas estas posibilidades se desenvuelven en el ámbito exclusivo del ejercicio de la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma, campo o dominio que jurídicamente se diferencia de manera nítida del que es propio del control jurisdiccional. Dicho de otro modo, el voto parlamentario adverso al Decreto legislativo de la Junta de Extremadura no acarrea la invalidez de este último, ni, en consecuencia, la imposibilidad de su ulterior publicación oficial y entrada en vigor como norma gubernamental con fuerza de ley y consiguiente apariencia y presunción *iuris tantum* de validez, como cualquier otro tipo de disposición normativa. La votación del Pleno de la Asamblea sobre el Decreto legislativo es un acto de control parlamentario que obedece a razones de oportunidad. El control jurisdiccional, en cambio, sólo puede consistir en un juicio de legalidad, de

compatibilidad lógico-jurídica entre ambas normas, la ley de delegación y la correspondiente norma gubernamental delegada. Y siendo cierto que el control jurisdiccional mediante exclusivos términos lógico-jurídicos no puede reemplazar a un juicio político de oportunidad, resulta ser tan cierto que la Asamblea de Extremadura tampoco puede efectuar un juicio jurídico de invalidez por discordancia entre el Decreto legislativo y su correspondiente ley de delegación: este es un límite jurídico, pues, al voto parlamentario de control de los Decretos legislativos del Ejecutivo regional extremeño.

Si la votación plenaria de la Asamblea ha sido desfavorable pero no hay, jurídicamente hablando, exceso de delegación en el respectivo Decreto legislativo territorial con respecto a la ley correspondiente de delegación (extremo que la Asamblea no es competente para dilucidar y que, en cambio, es el único parámetro jurídico atendible para apreciar judicialmente la existencia o no de exceso de delegación o vicio *ultra vires*), la jurisdicción contencioso-administrativa no podrá anular total o parcialmente la norma delegada de la Junta de Extremadura. Cualquier otro vicio jurídico de invalidez de un Decreto legislativo del Ejecutivo extremeño, distinto del exceso de delegación, lo será de una norma con fuerza de ley, y la jurisdicción contencioso-administrativa, que carece de la competencia para ejercer directamente un control de constitucionalidad de este tipo de normas, sólo podría en tal caso plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Una vez más, una interpretación armónica y sistemática que no vacíe de contenido al artículo 41.2 del Estatuto de Autonomía de Extremadura es la consistente en entender, por lo que al supuesto de la votación parlamentaria desfavorable se refiere, que dicha adversa votación es la condición jurídica para activar lo previsto en ese precepto sobre el control jurisdiccional contencioso-administrativo de los Decretos legislativos de la Junta de Extremadura. Según viene resaltándose, el art. 22.3 del Estatuto de Autonomía configura el debate y votación de la Asamblea como un acto de control parlamentario, presidido por el principio de oportunidad, que por ende, no integra un juicio lógico-jurídico acerca de la validez del Decreto legislativo de la Junta de Extremadura, el cual sería, por el contrario, propio y característico del control jurisdiccional. Ahora bien, y teniendo nuevamente en consideración que quien ejerce ese control parlamentario es el Pleno de la Asamblea de Extremadura que asimismo ostenta la titularidad de la función legislativa de la Comunidad Autónoma, el voto plenario favorable de la Cámara desactiva la discordancia entre ambos textos (ley de delegación y norma delegada gubernamental). Cualquier otro tipo de desajuste internormativo (antiestatutariedad o de inconstitucionalidad) que pudiera aquejar a la norma delegada excede de la com-

petencia de control de la Asamblea de Extremadura e incide de lleno en la esfera propia del control jurisdiccional que incumbe a los Tribunales.

En tal supuesto, el control parlamentario no impediría el control jurisdiccional, porque la Asamblea, que como se viene indicando es titular de la función legislativa y puede por ello expresar su consentimiento a los Decretos legislativos de la Junta para que valgan al igual que vale una Ley de la Cámara, no dispone de la potestad ni de reformar la Constitución, ni de modificar el propio Estatuto o cualquier otro componente normativo estatal del bloque de la constitucionalidad, por lo que no puede legitimar con su votación favorable infracciones de la Constitución o del bloque cometidas por la correspondiente norma delegada del Ejecutivo regional. Dicho de otro modo, por motivos de falta de competencia de la Asamblea, el voto favorable de esta a un Decreto legislativo de la Junta no puede convalidar vicios que no sean el estricto *ultra vires* respecto a la correspondiente ley autonómica de delegación. La votación favorable del Pleno de la Asamblea puede desactivar el control jurisdiccional contencioso-administrativo de los excesos de delegación, pero no impide que ese control jurisdiccional pueda extenderse a infracciones distintas de parámetros jurídicos de validez de los Decretos legislativos de la Junta de Extremadura, que no dependan del ámbito de decisión y disponibilidad de la propia Asamblea: esto es, esencialmente, infracciones de la Constitución y del resto del bloque de la constitucionalidad, aunque deban canalizarse, en lo que a la jurisdicción contencioso-administrativa se refiere, a través del planteamiento de la pertinente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, pues se está ante una norma con fuerza de ley.

Lo cierto es que la anuencia parlamentaria, de valor esencialmente político en el marco de un procedimiento que antes se ha calificado de control de la actuación del Consejo de Gobierno, pero que, conviene señalar una vez más, emana del mismo órgano al cual corresponde la titularidad de la potestad legislativa autonómica, supone que a la norma gubernamental delegada acompaña la confirmación o ratificación parlamentaria *ex post*, y no sólo la presunción *ex ante* de ajuste a Ley de delegación, presunción cuya posibilidad de ser ulteriormente desvirtuada en sede judicial otorga en general el fundamento del control jurisdiccional contencioso-administrativo de los excesos de delegación, y que subyace tanto al artículo 82.6 de la Constitución, como a los artículos 1.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 27.2 .b) y e) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Por ello, la votación favorable del Pleno de la Asamblea de Extremadura sobre el Decreto legislativo elaborado por el Ejecutivo autonómico hace decaer, desde la entrada en vigor del artículo 41.2 del actual Estatuto extremeño, la posibilidad del control jurisdiccional contencioso-administrativo sobre

los excesos de delegación, si no de todos los Decretos legislativos de Extremadura, sí al menos de los votados en sentido favorable por la Asamblea. Con esa votación favorable, ya no hay presunción posible, sino todo lo contrario, certeza, de que la Cámara parlamentaria, titular ordinario de la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma, considera adecuado el uso hecho de la delegación otorgada a la Junta de Extremadura.

Para finalizar el tratamiento de esta especialidad autonómica del siempre debatido problema del control jurisdiccional contencioso-administrativo sobre los Decretos legislativos, y acudiendo a la comparación con los sistemas normativos de otras CCAA, es preciso realizar una alusión al Estatuto andaluz, y volver a hacer mención a las previsiones del Reglamento parlamentario catalán. Comenzando por este último, la circunstancia de que el control parlamentario previo establecido en los apartados 1 a 6 de su artículo 159 deba ejercerse antes de la publicación oficial del Decreto legislativo, condicionándose esta, bien a la no presentación de objeciones, bien a que el Govern asuma las que apruebe el Parlament, motiva que no llegue siquiera a plantearse la cuestión de la eventual inviabilidad del control jurisdiccional contencioso-administrativo. Conclusión que se ve corroborada por la ausencia de toda previsión tocante a dicho control, en un sentido u otro, no ya en el Reglamento parlamentario, sino en el propio Estatuto catalán.

Distinto es el caso del Estatuto andaluz. Además del artículo 109, dedicado específicamente a la delegación legislativa, el artículo 115 del mismo texto estatutario establece una previsión general que parece concretamente aplicable a los Decretos legislativos. A su tenor, textualmente, «el control de constitucionalidad de las disposiciones normativas de la Comunidad Autónoma con fuerza de Ley corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional». A pesar de su terminante formulación y literal encaje en el artículo 153.a) de la Constitución, que reserva al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas con fuerza de Ley, el artículo 115 del Estatuto de Autonomía de Andalucía puede dar lugar a algunos interrogantes.

¿Qué se entiende, en el caso de los Decretos legislativos de la Comunidad Autónoma andaluza, por disposición normativa con fuerza de Ley? ¿Indiferentemente todo texto gubernamental delegado? ¿O sólo los que no incurran en exceso *ultra vires* respecto a la correspondiente Ley de delegación? Si bien una lectura estrictamente literal del precepto estatutario parece apuntar a la primera alternativa, con lo que sólo al Tribunal Constitucional correspondería el control jurisdiccional sobre los Decretos legislativos de la Junta de Andalucía, su contextualización y armónica interpretación, en el cruce de ordenamientos jurídicos, con la

normativa procesal estatal, y en concreto, con el artículo 1.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, puede apuntar a la segunda alternativa hermenéutica, que supondría atribuir también a esta última, junto con el propio Tribunal Constitucional, el control de los excesos de delegación²⁰.

Tal deducción se ve facilitada, a diferencia del caso extremeño, por la ausencia de un obligado trámite de control parlamentario previo estatutariamente establecido, que en el supuesto de votación negativa de la Cámara andaluza respecto a un Decreto legislativo de la Junta otorgase un fundamento similar a la exclusión del control jurisdiccional contencioso-administrativo. En cambio, si la propia Ley de delegación estableciera un trámite parlamentario previo y vinculante, no cabría descartar que uno de sus efectos jurídicos pudiera ser, precisamente, el de tornar inviable la fiscalización jurisdiccional en sede ordinaria de los excesos de delegación cuando el voto en la Asamblea legislativa andaluza sea favorable a la norma gubernamental delegada.

7. Epílogo

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, como en el estatal, uno de los aspectos esenciales de la delegación legislativa para la adopción gubernamental de disposiciones normativas con fuerza de ley es el de los controles de la adecuación de esas disposiciones gubernamentales delegadas a las respectivas leyes parlamentarias territoriales habilitantes. En cuanto a los controles parlamentarios, si bien el carácter contingente otorgado a éstos en el artículo 82. 6 de la Constitución con respecto a la delegación legislativa de las Cortes Generales en el Gobierno determina que no sean un rasgo estructural de la delegación legislativa, tampoco existe obstáculo constitucional a una regulación autonómica más detallada.

La votación de la Asamblea legislativa autonómica sobre el correspondiente Decreto legislativo territorial, incluso con carácter previo a la entrada en vigor del mismo, no significa necesariamente que la aprobación parlamentaria de dicho

20 En contra, A. DOMÍNGUEZ VILA, “El control de la legislación delegada en los ordenamientos autonómicos”, *op. cit.*, pág.19 y nota 52, en atención a que el precepto establece, indiferenciadamente, que el control de las disposiciones normativas de la Comunidad Autónoma con fuerza de ley corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional, realizando el adverbio “exclusivamente” como argumento de exégesis estatutaria (sin contextualización de dicha exégesis con la del resto del bloque de la constitucionalidad aplicable) del que se derivaría esta exclusividad, junto a la referencia genérica las disposiciones normativas autonómicas con fuerza de ley como objeto de ese exclusivo control del Supremo Intérprete constitucional.

texto delegado haga de este un texto normativo cuyo dictado sea fruto de un acto complejo integrado por la elaboración gubernamental y la ulterior anuencia parlamentaria. La votación sobre la norma delegada, al menos cuando así lo dice de forma expresa el respectivo Estatuto de Autonomía (como el de Extremadura), es un acto de control del Ejecutivo territorial, y no una forma de ejercicio de la función legislativa autonómica. Ahora bien, la votación *ex ante*, cuando está expresamente establecida, puede tener algún efecto jurídico de relevancia. Con ella, la correspondiente Asamblea legislativa (que en el caso de las CCAA, recuérdese nuevamente, es la titular de la potestad legislativa autonómica) presta cobertura al texto gubernamental, desactivando el principio básico y la finalidad esencial a que responde el régimen común de control jurisdiccional ordinario (contencioso-administrativo) de los excesos *ultra vires*: el desajuste gubernamental respecto a la voluntad del titular de la función legislativa originariamente expresada a través de la correspondiente ley de delegación.

En el caso de las CCAA, esa coincidencia entre el titular ordinario de la potestad legislativa autonómica y el sujeto que ejerce el control parlamentario de la norma delegada determina que la votación en que se plasma ese ejercicio sea del mismo sujeto que expresó su voluntad inicial acerca del (futuro) contenido de la norma delegada mediante la respectiva ley de delegación. De esta suerte, esa votación parlamentaria ulterior sobre el Decreto legislativo, aunque sea un acto de control, puede entenderse que actualiza la referida voluntad primigenia de la Cámara legislativa autonómica expresada en la previa ley de delegación, al provenir ambas voluntades del mismo sujeto. Constatada, en cambio, la desaprobación del Pleno de la Asamblea legislativa territorial, o la ausencia de votación, la consiguiente falta de respaldo parlamentario determina la viabilidad del control jurisdiccional ordinario (contencioso-administrativo) del exceso de delegación de la norma gubernamental delegada resultante, teniendo dicho control judicial como obligado término jurídico de referencia (esto es, como debido y exclusivo parámetro o canon de enjuiciamiento del eventual *ultra vires*) la respectiva -y previa- Ley territorial de delegación. Obviamente, en la fiscalización jurisdiccional quedan vedadas adicionales consideraciones extrajurídicas de oportunidad, cuya ponderación se hallan exclusivamente en manos del delegante (Asamblea legislativa autonómica, en su calidad de instancia parlamentaria representativa), en mayor medida, y del delegado (Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma), en medida compatible con la voluntad del delegante.

RESUMEN

El presente trabajo aborda las especificidades que ofrece el control parlamentario de los excesos de delegación en los Decretos legislativos autonómicos. Se analizan en él las generalizadas similitudes reinantes en este tema con respecto al modelo estatal, y también las diferencias significativas presentes en los sistemas respectivos de algunas Comunidades Autónomas (Extremadura y Cataluña, principalmente; también los casos de Navarra y Andalucía). Se dedica especial atención a la especialidad del control consistente en la expresa previsión estatutaria (Extremadura) o infraestatutaria (Cataluña) de una preceptiva votación previa del Parlamento autonómico sobre el Decreto legislativo del respectivo Ejecutivo territorial antes de la publicación oficial de dicha norma, y la eventual incidencia de esta votación sobre el régimen de fiscalización jurisdiccional contencioso-administrativa de los excesos *ultra vires*.

ABSTRACT

This paper addresses the specificities in parliamentary control of the excesses of delegation with respect to the autonomous legislative decrees. The generalized similarities prevailing in this topic with respect to the State's model are analyzed, as well as the significant differences present in the respective systems of some Autonomous Communities (Extremadura and Catalonia, mainly, and also the cases of Navarre and Andalusia). Special attention is paid to the specialty of that control consisting in the explicit provision either by the respective Statute of Autonomy (Extremadura) or by lower regional rules (Catalonia) of a mandatory previous vote of the Autonomous Parliament on the corresponding Legislative Decree before the official publication thereof, and the eventual incidence of this vote on the contentious-administrative judicial control of *ultra vires* excesses.

PALABRAS CLAVE

Decretos legislativos autonómicos, excesos *ultra vires*, control parlamentario, control judicial.

KEY WORDS

Autonomous Communities' legislatives decrees, *ultra vires* excesses, parliamentary control, judicial control

MUJER Y CONSTITUCIÓN: PASADO Y PRESENTE DEL CONTENIDO JURÍDICO DE IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

Adriana Travé Valls

SUMARIO

I. Introducción

II. La mujer en la historia del constitucionalismo

1. El constitucionalismo liberal y las críticas feministas ilustradas

2. Reconstruyendo la base de la universalidad: El sufragismo femenino

3. El siglo XX, momento para los logros y para nuevas perspectivas de igualdad

III. La igualdad, la mujer y estado constitucional actual: bases para un nuevo pacto constituyente

1. Las dimensiones de la igualdad: La igualdad material como factor determinante de la inclusión de la mujer.

2. Otros conceptos constitucionales revisables en estrecha vinculación con las dimensiones de la igualdad

3. Acceso a cargos públicos de representación

4. Derecho de igualdad en el acceso, reconocimiento y desempeño de la mujer en el ámbito laboral

5. Derechos sexuales y reproductivos

IV. Un nuevo pacto constituyente: la perspectiva de género como base de la nueva formulación del orden constitucional.

V. Una breve reflexión conclusiva

VI. Bibliografía

I. Introducción.

La configuración de formas de vida, de relación y de transformación de los valores de la sociedad encuentra su máximo exponente en la Constitución, cuyo contenido derivado del estudio del constitucionalismo ha evolucionado a lo largo de más de dos siglos para dar respuesta a reivindicaciones de distinto origen y sesgo ideológico. Sin embargo, las reclamaciones en clave de género apenas han tenido acogida en el pensamiento constitucionalista moderno.

En este sentido, la principal reivindicación y objeto de estudio por un número creciente de autores se halla en determinar el origen, las consecuencias y la posible solución a la evidente exclusión de la mujer del contrato social, de su anulación como sujetos político-constitucionales con derechos y deberes en él y como, a causa de ese hecho, cualquier reformulación e intento de superación de dicha exclusión sin cuestionar el origen de la misma no supone más que una solución sin carácter definitivo ni eficacia real.

Se trata por tanto de dar respuesta a por qué, a pesar de la actual consagración en los textos constitucionales del principio de igualdad en sus distintas dimensiones y de no discriminación por razón de sexo, así como su desarrollo normativo, no pueda afirmarse, que la desigualdad de mujeres y hombres haya sido erradicada (Esquembre Valdés, 2006, pp.35-51. Una vez obtenida una aproximación teórica a dicha respuesta, se trataría entonces de disponer de una propuesta efectiva de lo que debe entenderse por igualdad de mujeres y hombres desde un punto de vista, no ya normativo, pues es insuficiente, si no constituyente.

En este sentido, resulta fundamental comprender el origen de la exclusión de la mujer en la historia del constitucionalismo y principalmente la exclusión de los derechos políticos de la misma en el momento justamente en el que se proclamaron para los hombres, poniendo en evidencia el llamado "pecado histórico original del Estado Constitucional" (Astola Madariaga, 2005, p.240) para así poder desentrañar los vacíos constitucionales en el concepto de igualdad actual.

Como Noah Harari dice, el estudio de la historia nos permite aflojar «el agarrón del pasado», ese agarrón que describe este popular ensayista, como el sentimiento que todos tenemos a la hora de dar por sentada la realidad histórica en la que hemos nacido, regida por normas y valores concretos y gestionada por un sistema político y económico único. Olvidamos que la historia fue creada por una serie accidental de acontecimientos y que la historia no solo ha moldeado nuestra política y sociedad sino también nuestros pensamientos, temores y sue-

ños. «El estudio de la historia nos permite girar nuestra cabeza en otra dirección y empezar a advertir posibilidades que nuestros antepasados no pudieron imaginar o no quisieron que nosotros imagináramos» (Noah Harari, 2016, p.60).

Los movimientos que pretenden cambiar el mundo suelen empezar queriendo reescribir la historia para que la gente sea capaz de imaginar otro futuro, por eso pretendo en un primer momento hacer un repaso de la historia que ha llevado a iniciar el movimiento de liberación de la mujer, para reescribir esa historia, una nueva que explicará que la situación actual, o por lo menos reciente, no es natural ni eterna para poder así superar el pasado, librarnos de él, y determinar hacia donde queremos ir para integrar definitivamente a la mujer en el orden social y jurídico constitucional.

II. La mujer en la historia del constitucionalismo.

1. El constitucionalismo liberal y las críticas feministas ilustradas.

Catón ya en la antigua Roma, y en defensa de la *Lex Oppia*, que limitaba los ornamentos y el vestuario que podían mostrar en público las matronas, conjuró sus temores alarmando sobre el peligro de la igualdad entre los sexos: «Tan pronto como empiecen a ser iguales», advirtió, «serán superiores»¹, debiendo, como única conclusión posible a este problema, por tanto, limitar esa igualdad a través de las oportunas leyes.

En este sentido, como indica Castells (2014, p.13) «la visión de las leyes como un mecanismo necesario para la estabilidad de la jerarquía sexual y como una garantía frente a la amenaza de la igualdad, perturbadora del orden de género, ha sido común en la historia y ha perdurado en las sociedades contemporáneas».

Fue Thomas Hobbes el primer filósofo que desde las mismas tesis iusnaturalistas planteó de manera formal el carácter convencional de la dominación del hombre sobre la mujer, a pesar de que esta posición, de singular importancia, es ignorada en las explicaciones que hacen referencia a este autor, o lo que es lo mismo, cuando se da cuenta de los inicios del Estado constitucional.

1 «Extemplo simul pares esse coeperunt, superiores erunt», Livio, Ab urbe condita, xxxiv, 3, <http://www.thelatinlibrary.com/livy/liv.34.shtml#3>. [Consultado el 20 de junio de 2018].

Así, cuando Thomas Hobbes en el siglo XVII construye su teoría del pacto o contrato concibe a todos los seres humanos como iguales, sin distinción de sexo, estableciendo las posibles diferencias en la propia ley civil. Es decir, Hobbes vino a establecer que la supremacía del hombre sobre la mujer no era más que el resultado del acuerdo de las partes, partiendo de una igualdad primigenia entre las personas con independencia de su condición biológica. Las diferencias entre hombres y mujeres tendrían su origen en otras circunstancias como la guerra, la conquista, el contrato, la riqueza, o la nobleza, todas ellas, en conclusión, derivadas de la ley civil², creadas por el hombre.

John Locke fundamentó la subordinación política e individual de las mujeres —salvando las contradicciones que tal exclusión pudiera plantear al conjunto de su pensamiento político—, afirmando que, en el caso de las mujeres, a diferencia de lo que sucede con los hombres, el Derecho positivo coincide con el Derecho natural, porque los derechos naturales de las mujeres se identifican con las costumbres y tradiciones culturales, religiosas y jurídicas (Gómez Fernández, 2017, p.31 citando a Castells Olivan y Fernández García, 2008, p.3). En su obra *Segundo Tratado sobre Gobierno Civil*, Locke argumentaría que la desaparición de las mujeres en la sociedad civil obedece al hecho de que la sociedad conyugal tiene una única voz exterior y esa voz es la de los hombres (Locke 1990, p.99)³, es decir, fuera de la sociedad conyugal en la que la mujer podía tener voz, no hay ningún papel, ninguna razón para que formen parte de la sociedad política.

Contemporáneo a Locke y recordado por la historiografía del feminismo pero olvidada por la del constitucionalismo, es la obra de François Poulain de la Barre quien en 1673 publicó su trabajo *Sobre la igualdad de los dos sexos*, siendo el primer autor que defendería un concepto universal de igualdad. Se trata de una obra en la que se extraen con una lógica impecable las derivaciones en relación con los derechos de las mujeres, de la lucha cartesiana contra el prejuicio, el argumento ba-

2 Especialmente en su obra *The elements of law natural and Politics* en su capítulo 23 establece la supremacía del varón sobre la mujer. Explicaba que, por derecho natural, el poder originario sobre las niñas y niños, sobre las hijas e hijos lo tiene la madre y que si ese poder pasa al padre es por propio acuerdo entre ambos y no por derecho natural. La desigualdad fue creada, no era originaria y la causa de esa creación venía de otra serie de circunstancias alejadas de la propia naturaleza. En Hobbes (1979) y en versión original el texto se halla disponible en <http://www.constitution.org/th/elements.htm> [Última consulta 18 de agosto de 2018]

3 «Pues sucede que el marido y la mujer, aunque tienen una preocupación común (es decir, la cría y enseñanza de los hijos), posee sin embargo entendimientos diferentes; y habrá casos en los que, inevitablemente, sus voluntades respectivas habrán de diferir. Será por tanto necesarios que la última decisión, es decir, el derecho de gobierno, se le conceda a uno de los dos; y habrá de caer naturalmente en el lado del varón, por ser este más capaz y el más fuerte».

sado en la autoridad, la costumbre y la tradición (Amorós, 1990, p.140)⁴.

En este contexto y bajo estas premisas previas surge el concepto erróneo e incompleto de ciudadano. Una primera, y breve reflexión al respecto, pues el objeto del concepto llena libros enteros, es que el discurso jurídico de la época determinaba que solo algunos y bajo ciertas condiciones tuvieran capacidad para llevar a cabo actos como celebrar contratos, contraer matrimonio, acceder a cargos públicos etc., con lo que se evidencia quién es considerado ciudadano y cómo se distribuye el poder entre los sujetos de una sociedad, bajo la creación de derechos y obligaciones propios del ciudadano. En el momento de creación de ese discurso jurídico en el que se halla una justificación racional del Estado cabía plantearse quién formaría parte del mismo y en concreto si la mujer participaría del concepto (Garcés y Portal, 2016, p. 115).

Con Rousseau se instala la idea errónea de universalidad entendida desde un punto de vista democrático, principio base de los Estados constitucionales. Principio democrático, como decimos autodenominado universal, cuando en realidad estaba más cargado de exclusiones que de una verdadera vocación universalista. Derivado de la creación de ese concepto y dando respuesta al interrogante antes planteado, efectivamente la mujer quedaría fuera del concepto de ciudadano, *citoyen*, acogido entonces como varón, propietario y padre de familia, estableciendo por primera vez la diferencia entre el espacio público y el espacio privado situando al hombre en el primero y a la mujer en el segundo.

Sánchez Muñoz (2000) viene a definir el concepto de espacio público como el espacio de los “iguales”, de los que se reconocen como tales por su “naturaleza” o “capacidades” –autonomía personal– como ciudadanos u “hombres públicos”, en tanto que las mujeres son la alteridad, “lo diferente”, “lo otro”, supuestamente opuesto pero complementario y subordinado; y no podía haber igualdad entre quienes no son “iguales” –bien por voluntad divina, bien por voluntad de la naturaleza o de la razón–. De esta manera, el género marca un punto de partida y traza una línea divisoria insalvable entre quienes pueden participar de la igualdad y ser inclui-

4 Amorós indica sobre la obra que es «un tratado donde se extraen con una lógica impecable las derivaciones, en relación con los derechos de las mujeres, de la lucha cartesiana contra el prejuicio, el argumento basado en la autoridad, la costumbre y la tradición. Sobre estas bases, así como sobre la idea de que «l'esprit n'a pas de sexe» -o, si se prefiere, «l'esprit est de tout sexe», corolario del dualismo cartesiano mente cuerpo-, se argumentan reivindicaciones feministas como la del sacerdocio, el ejercicio de la judicatura, del poder político, el desempeño de las cátedras universitarias, el acceso a los altos cargos del ejército: todo ello apoyado, en suma, en una educación totalmente igualitaria».

dos o no en la ciudadanía y por tanto poder participar del principio democrático⁵.

El derecho a la ciudadanía se otorgaría entonces en función, no de una competencia o capacidad, sino en función de la inclusión en una determinada categoría, en el caso de las mujeres, por su sexo, una categoría no merecedora de la ciudadanía (Garcés y Portal 2016, p.115 en referencia a Pateman (1995)⁶.

Sieyès enterraría cualquier atisbo de igualdad que pudiera plasmarse en el pacto originario al excluir a las mujeres de la soberanía nacional y por tanto del pacto constituyente no pudiendo entonces la mujer dar su consentimiento a la formalización de lo que hoy conocemos como Estado Constitucional. Astola Madariaga (2008, p. 233) resume la posición de Sieyès señalando que para este autor «en el nuevo orden revolucionario francés todos tendrían muchos tipos de derechos, pero solo algunos participarían activamente en decisiones tan importantes para la sociedad. Comienza en esos momentos a generarse la terminología para una distinción: la ciudadanía activa, reservada para aquellos con juicio independiente, y la ciudadanía pasiva para el resto. La ciudadanía activa está conferida por la naturaleza e influida por la educación, reforzada por la ocupación y asegurada por el acceso a los recursos.» Y lo cierto es que como concluye la autora aquellos sujetos que no encajaran en la definición de ciudadanía activa a lo largo de la historia en distintos periodos y lugares han sido excluidos del derecho a sufragio⁷, lo cual da una idea de la verdadera relevancia que toma la formulación de estos conceptos en el momento de constituirse el Estado Constitucional y su influencia en el principio democrático base del mismo.

Los dos primeros textos fundadores del constitucionalismo moderno y fruto de la revolución liberal, la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos* el 4 de julio de 1776 y la francesa *Declaración del hombre y del ciudadano* de

5 Agudo (2005, p.15) nos recuerda al respecto que «Esta concepción puede verse ya en dos referentes básicos del pensamiento contemporáneo: en Kant y en Hegel. Para Kant, la casa es el fundamento de la moral y del orden social, es el núcleo de lo “privado” sometido al padre. Igualmente, en Hegel, la división sexual de las funciones femeninas y masculinas se apoya en sus “caracteres naturales”, de acuerdo con la dicotomía pasivo / activo, interior / exterior, privado / público».

6 El autor indica que a través de una crítica a las teorías contractualistas, señala que las mujeres no fueron consideradas como integrantes del pacto social, pues este implica la participación de sujetos libres e iguales, que pactan a fin de legitimar la relación de autoridad del Estado, de la ley y del gobierno civil; en las que quienes son los «individuos», los «ciudadanos», ceden parte de su poder y autonomía para que estas instancias le brinden seguridad y orden en sus relaciones personales en sociedad (justificación de la sujeción civil moderna).

7 Por ejemplo, los que no tienen propiedades, militares, clero, presos, mujeres, sirvientes, enfermos mentales, los que no fueran blancos y los niños.

26 de agosto de 1789, plasmaron las ideas de Rousseau y Locke lo cual se tradujo en el enunciado de los derechos «de los hombres», no de la humanidad, y por lo tanto, no de la mujer, contradiciendo de nuevo el concepto de universalidad.

Por un lado la *Declaración de Independencia* decía: «Sostenemos como evidentes estas verdades: que los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad».

Por otro lado la *Declaración de Derechos del Hombre* en su artículo 1 decía que: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común».

Nadie puede negar el gran avance que supuso esta proclamación respecto a la proclamación de derechos y en concreto de la igualdad, pero esta formulación se antoja escasa desde el momento en el que se pensó exclusivamente para los hombres, blancos y propietarios o burgueses⁸. En este sentido es inexcusable reconocer que cuando se habla del nacimiento del constitucionalismo moderno suele olvidarse la exclusión literal que se hizo de la mujer cuando pudo haberse integrado en el discurso liberal y de igualdad, excluyéndolas de todos los beneficios que trajo consigo la Revolución.

En este contexto no es de extrañar que surgieran los primeros movimientos feministas o de primera ola⁹ representadas especialmente por Nicolas de Condorcet inspirado por su esposa Sophie de Grouchy, y las de Marie Gouze. La extraordinaria coherencia y locuacidad en el discurso de Condorcet sacudía las ideas constitucionalistas modernas con preguntas retóricas como por ejemplo: «¿No han violado todos ellos- filósofos y legisladores- el principio de igualdad de derechos privando tranquilamente a la mitad del género humano del de participar en la elaboración de las leyes, excluyendo a las mujeres del derecho a la ciudadanía?, ¿Existe una prueba más fuerte del poder de la costumbre sobre los

8 García de Enterría (1995) señalaba al respecto que la Declaración situaba al «sujeto-varón» como el fin de la organización política- el fin de toda asociación política es la consecución de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, dice el art. 2, establece los medios de lo que conocemos como el nacimiento técnico de los derechos fundamentales.

9 Gómez Fernández (2016, p.28) acogiendo a la clasificación de Amelia Valcárcel (2001) que habla de la primera ola del feminismo para referirse al feminismo ilustrado que surge en torno a las revoluciones atlánticas, de la segunda ola para referirse al sufragismo de finales del siglo XIX y principios del XX y una tercera para referirse al feminismo que se extiende y diversifica con distintos rostros pro todo el mundo a partir de los años sesenta, inspirado en Simone de Beauvoir y Betty Friedan.

hombres ilustrados que verlos invocar el principio de igualdad de derecho en favor de tres o cuatrocientos hombres a los cuales un prejuicio absurdo les había privado de aquel derecho, y olvidarlo respecto de doce millones de mujeres?¹⁰».

La idea de Condorcet, con toda lógica consistía en poner en evidencia que la única razón para despojar a las mujeres de sus derechos se hallaría en la prueba de que los derechos naturales de hombres y mujeres no son en absoluto los mismos, demostrando por tanto que las mujeres no son capaces de ejercerlos, «o ningún individuo de la especie humana tiene verdaderos derechos, o todos tienen los mismos, y aquel que vote contra el derecho de otros, sea cual sea su religión, su color, o su sexo, ha abjurado del suyo propio».

Olympe de Gouges, más conocida como Marie Gouze, pasó a la historia como símbolo inequívoco de las reivindicaciones de las mujeres liberales revolucionarias para conseguir la igualdad, para beneficiarse del cambio que trajo la revolución la cual no podía haberse conseguido sin la mujer, para una vez conseguida olvidarla. Mujer culta, escritora y dramaturga, hija de carnicero y sirvienta¹¹ cuando envidió se dio cuenta de que la sumisión marital (el ámbito privado) le había impedido hablar sin ataduras de su criterio, en fin, pensar y escribir con libertad. En 1791, dentro de una obra más amplia dedicado a la Reina María Antonieta a la que pediría que se sumara a la causa, redactó la conocida *Declaración de los Derechos de la mujer y de la ciudadana*. El pensamiento de las mujeres revolucionarias se resume en esta Declaración, y más allá de ser una mera copia de lo que hoy conocemos como lenguaje incluyente, lo cual aportaría poco a la causa, establece una serie de ideas que de haberse consolidado en el texto que sirvió como origen del constitucionalismo moderno, es decir la del ‘hombre’, hubiera supuesto la inclusión de la mujer desde el inicio sin parches, sin prórrogas y sin remedios legislativos¹².

La Declaración de derechos de la mujer suponía al ser humano como hombre y como mujer a diferencia de la Declaración de hombre que concebía al ser humano únicamente como hombre¹³. Mientras que la del hombre entendía que un

10 Extracto del trabajo de Condorcet *Sur l'admission des femmes au droit de cité* publicado en 1790 en el *Journal de la Société* de 1789, traducido en un amplio extracto por Gómez Fernández (2017, p.32) consultado en original disponible en línea a través de la página Gallica: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426734/f5.image> [último acceso el 20 de junio de 2018].

11 Aunque cuentan los rumores que podía ser hija legítima del poeta Lefranc Marqués de Pompiñam, o incluso que podía ser hija ilegítima del Rey Luis XV.

12 La Declaración de Derechos de la Mujer y las ciudadanas puede consultarse traducida en <https://www.olympedegouges.paris/declaracion> [Última consulta: 20 de junio de 2018].

13 El artículo 1 decía: «La mujer nace igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales no pueden

estado constitucional podía ser creado y gestionado únicamente por hombres, la de la mujer, lejos de excluir al hombre señala solo la voluntad de todos los individuos, mujeres y hombres, como la que puede crear y gestionar el Estado: “La constitución es nula si la mayoría de los individuos que componen la Nación no ha cooperado en su redacción” (art.16).

En conclusión, en la Declaración de derechos de la mujer se proclamaba el verdadero significado de universalidad, el sentido pleno del principio democrático, siendo la Declaración del hombre la que paradójicamente “fingió” ser universal, la que triunfaría, y todas aquellas revolucionarias que abogaron por esta y otras ideas similares, incluida de Gouze¹⁴ acabarían en la guillotina o en el exilio, lo que necesariamente lleva a otra contradicción similar al triunfo de un concepto universal no universal, iguales para morir diferentes para vivir en libertad, iguales para subir al cadalso pero no a la tribuna (Blanc, 2003).

A las ideas de Condorcet o de Gouges se unieron otras voces, si bien quizá para poner el acento en la enseñanza diferenciada por sexos como origen de la desigualdad en el resto de los aspectos de la vida. Así, Mary Wollstonecraft¹⁵, influida por Locke para combatir sus ideas, reivindicó una educación completa y no condicionada al hecho de ser mujer, si bien entendía que el espacio de la mujer seguía siendo el hogar, abogaba por que dicho espacio no fuera excluyente de otros en los que la mujer podía desempeñar un papel, esencialmente en la educación de sus hijos.

Por supuesto ni las posiciones de Poulain de la Barre ni de Wollstonecraft defendiendo la educación plena y común para las mujeres y los hombres fueron tenidas en cuenta, y aunque la Constitución de Cádiz de 1812 de nuevo invoca una “universalidad” en la instrucción en su Título IX, la misma no impedía la exclusión de las niñas de la instrucción pública para relegarlas a la educación privada. Triunfaba sin embargo la posición de Rousseau, la cual partía esencialmen-

ser fundadas sino en la utilidad común», el artículo 3 decía: «El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación, que no es más que la reunión de la Mujer y del Hombre: ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer la autoridad que no emane expresamente de ella».

14 En el diario *Moniteur Universal* a su muerte se publicó sobre ella: «quiso ser hombre de Estado, y parece como si la ley hubiese castigado a dicha conspiradora por haberse olvidado de cuáles son las virtudes propias de su sexo».

15 Literaria de finales del siglo XVIII, y gran influyente de la concepción de la educación segregada de la época como inicio para el cambio en dicho concepto, escribió ensayos al respecto como *The thoughts or the education of Daughters* (1787) que más tarde desarrollaría en un trabajo completo llamado *A vindication of the Rights of Woman: with structureson political and moral subjets* (1792).

te de una clara diferenciación entre la educación de hombres y mujeres. Así para los personajes del libro *Emilio o De la Educación, 1762*, la educación recibida tenía unos objetivos bien diferenciados. Para el personaje Emilio la educación era el camino para formarse como un sujeto con plena personalidad, libre y autónomo mientras que para Sofía, (personaje femenino de la obra), la educación que recibiera debía ser el medio para convertirse en una mujer dependiente, servicial y limitada al ámbito del hogar.

El falso universalismo de la educación caló profundo en la sociedad, no solo perjudicando a las mujeres, claro está, sino a los propios hombres, quienes habiendo recibido una educación ajustada a un modelo de exclusión de la mujer no tuvieron opción de crear un propio criterio al respecto. No hace falta detenerse a explicar aquí que la educación en las fases iniciales de la vida tiene una obvia influencia en el proceso cognitivo y de desarrollo de la personalidad que más tarde de adultos las personas reflejan en su comportamiento, por lo que la educación segregada tenía tantas consecuencias negativas para las mujeres como para los propios hombres que más tarde se reproduciría en el comportamiento propio de subordinación e inferioridad de la mujer respecto al hombre en el resto de fases de la vida.

En este contexto, debe reseñarse que ya entrado el siglo XIX las voces en contra de esta educación segregada se alzarían con más ímpetu, como en el caso español la literata Emilia Pardo Bazán. Como consejera de Instrucción Pública propuso en 1892 en el Congreso Pedagógico la coeducación para mujeres y hombres haciendo referencia en uno de sus textos periodísticos a las deficiencias en un sistema educativo en el que «se limita a la mujer, la estrecha y reduce haciéndola más pequeña y manteniéndola en una perpetua infancia (...) es cuando más una educación de cascarilla, y si puede infundir pretensiones y conatos de conocimiento no alcanza a estimular debidamente la actividad cerebral» (Pardo Bazán, 1890).

En este sentido, vale la pena detenerse y hacer una pequeña reflexión acerca de la importancia de la educación en el propio desarrollo del constitucionalismo pues si como docentes pensamos en la materia constitucional que se ofrece a los alumnos, nos costaría encontrar alguna referencia de lo que hasta aquí se ha contado. Ello no quiere decir que en las instituciones modernas se excluya a la mujer, que el discurso sea el mismo que hace dos siglos o que la materia vaya dirigida a segregar a mujeres y hombres, por supuesto que no, simplemente se pretende con ello hacer hincapié en el hecho de que en un momento de la historia la mujer fue excluida de las ideas y conceptos que formarían parte de la instrucción de la sociedad y que cualquier criterio femenino o incluso masculino pero con pretensión de abogar por otro criterio en el que se incluyera a la mujer como

sujeto propio en la sociedad fue enterrado, y es ahora el deber de todos a través de instrumentos tan útiles como la educación desenterrar esos hechos para, como decía al inicio de este trabajo, librarnos de ese pasado y superarlo.

Como conclusión a este primer punto y, como ha podido observarse, es en el origen del Estado liberal, del primer constitucionalismo, en el que puede fijarse de manera inequívoca la escisión entre lo que fue el primer movimiento feminista¹⁶ y el constitucionalismo naciente. Es en este momento en el que feminismo y constitucionalismo comparten una idea común, la igualdad, para pronto distanciarse tanto en su extensión como en su contenido. Y si bien ambos han sufrido cambios, o si se prefiere una evolución, a día de hoy aún no existe una conciliación plena de tal manera que el feminismo pueda verse arropado, e incluso subsumido por el propio constitucionalismo a la hora de acoger las ideas del primero.

La cuestión entonces, y pretensión humilde de esta exposición, radica en desentrañar si el hecho de que el estado moderno se base en un contrato social en el que la mujer fue excluida permite ahora integrarla sin reparos, o ello necesariamente, ahora que somos conscientes de los antecedentes histórico-constitucionales, supone crear *ex novo* un nuevo contrato social sin esas deficiencias. Es decir, se puede integrar, se puede “parchar” ese vacío heredado, siendo suficiente con ello para fundamentar una verdadera igualdad sin las objetivas deficiencias que existen en este sentido en múltiples aspectos sociales y jurídicos, o es necesario crear de nuevo una base sólida para tal concepto.

2. Reconstruyendo la base de la universalidad: El sufragismo femenino.

Las primeras ideas sobre la igualdad de los sexos y la igualdad en la educación pronto se transformaron en propuestas concretas encaminadas esencialmente al reconocimiento del sufragio activo de las mujeres en un contexto ya de por sí reivindicativo de la verdadera universalidad de la democracia y de la idea de ciudadanía como concepto derivado de esta.

¹⁶ Feminismo entendido como la doctrina y movimiento social que pide para la mujer el reconocimiento de unas capacidades y unos derechos que tradicionalmente han estado reservados para los hombres. Como apunte histórico de la palabra el término procede de una palabra inventada para designar despectivamente a aquellos hombres que apoyaban la causa de las ciudadanas. El adjetivo "feminista" lo utiliza por primera vez con fines políticos y periodísticos Alejandro Dumas *hijo* en su panfleto 'El hombre-mujer' de 1872, escrito antifeminista en el que debate, entre otros temas, sobre el adulterio y se posiciona en contra del divorcio.

El derecho de voto para la mujer es el eje de la segunda fase de evolución en la formalización del igualitarismo. Es en este momento, como indica Pérez Tremps (1997, p. 249) cuando «se cambia el *status* constitucional de la mujer; lo que había dicho Paine, años antes, sin referirse a las mujeres, se hace ahora realidad también para ellas: “el derecho de votar por sus representantes es el derecho primario, por el cual son protegidos los demás derechos”. Ello, traducido al tema que nos ocupa, se podría concretar en la afirmación de que se es más igual porque se vota». Es en este momento en el que la mujer empieza a ser considerada como sujeto político, como ciudadana desde el punto de vista democrático.¹⁷

Entrado el siglo XIX se enfrentaban las posturas inclusivas de la mujer en el ámbito público y las que persistían en relegarla a lo privado, al hogar, por lo que la decisión de reconocer el sufragio activo a la mujer daría preponderancia a una postura u otra. En EE. UU., en 1848 se aprobaría la Declaración de Séneca Falls, uno de los textos fundacionales del sufragismo¹⁸, si bien no sería hasta 1920 cuando se aprobó la decimonovena enmienda pudiendo las mujeres enton-

17 Resulta sumamente interesante la reflexión que realiza Pérez Tremps en la misma obra citada respecto al contraste que existe respecto a la concepción de ciudadana previa a esta fase sobre la base del reconocimiento de derechos y el reconocimiento de obligaciones. Así, la ignorancia constitucional de la mujer coincide con la de otras ramas del ordenamiento contemporáneas a dicha concepción, donde igualmente el reconocimiento de derechos respecto de la mujer es igualmente deficitario. Pone de ejemplo el reconocimiento de la patria potestad o la facultad de enajenar en el ámbito civil, derechos de muy reciente incorporación (en España aun en el principio de la década de los setenta se mantenía esta restricción.

Sin embargo, la posición jurídica del varón respecto a la mujer se equipara cuando hablamos de obligaciones, es decir cuando no es titular de derechos sino de obligaciones jurídicas. Así por ejemplo a la mujer penalmente se le exigía la misma responsabilidad que a los hombres, a excepción de normas supuestamente paternalistas. Como indica el autor «Por tanto a la hora de definir el *status* de la persona como ciudadano, *status* caracterizado básicamente por el reconocimiento de derechos y solo en menor medida de obligaciones, se ignora a la mujer, sin embargo, cuando se trata de definir *status* con contenidos netamente obligacionales, se la considera persona, prácticamente igual que el varón. De esta forma se abre la puerta a la equiparación de derechos.»

18 «En 1848 se celebró en Seneca Falls (Nueva York) la primera convención sobre los derechos de la mujer en Estados Unidos. Organizada por Lucretia Mott y Elizabeth Cady Stanton. El resultado fue la publicación de la “Declaración de Seneca Falls” (o “Declaración de sentimientos”, como ellas la llamaron), un documento basado en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en el que denunciaban las restricciones, sobre todo políticas, a las que estaban sometidas las mujeres: no poder votar, ni presentarse a elecciones, ni ocupar cargos públicos, ni afiliarse a organizaciones políticas o asistir a reuniones políticas (...). Los ideales de libertad y de igualdad encontraban su expresión plástica a través de las mujeres como símbolos de la pureza, inocencia y justicia de una petición de derechos para los varones. Pero la imagen estetizada de las mujeres no alcanza a las de carne y hueso, éstas seguían siendo consideradas un todo indiferenciado sometido a la reacción y a la tradición de las costumbres que se instaló en Europa después de la Revolución francesa. Así es como quedó glorificada para la historia, la fecha de 1848 como nacimiento del “Manifiesto Comunista” de Marx y Engels, y enterrada para la historia la fecha de 1848 como nacimiento del primer movimiento feminista organizado en América» (Miyares, A, 1999, p.135).

ces poder participar en las elecciones presidenciales¹⁹.

Igualmente, en clave anglosajona y claramente influido por el movimiento abolicionista, crece el movimiento sufragista con obras como la de John Stuart Mill quien abogó ante el Parlamento inglés por el derecho de voto de las mujeres, por lo menos las solteras, con obras como *La esclavitud femenina (The Subjection of women, 1869)*. A estas primeras manifestaciones se sumó la creación en Nueva York de la *National Woman Suffrage Association (NWSA)* o en Inglaterra la *National Society for Women Suffrage*²⁰.

De otro lado, en la Europa Continental, la promoción del sufragismo femenino no toma un papel individualista como en el caso anglosajón con promotores propios, sino que se tratará de un pensamiento colectivo en defensa de los derechos de la mujer inscrito en el movimiento filosófico socialista (Elósegui, 2011 pp. 21-25). La lucha proletaria se extendió al movimiento sufragista como parte misma de la lucha, asumiendo el feminismo la corriente social de la época reivindicativa de los derechos sociales.

La "cuestión femenina", articulada en el seno del marxismo, ofrecía una nueva fórmula para la emancipación de la mujer, sin embargo no debemos engañarnos con la idea de que el socialismo fuera el gran impulsor continental de la inclusión de la mujer en el ámbito público, pues lo cierto es que entre el propio socialismo había detractores de la causa²¹ y no todos apoyaban la igualdad de sexos.²² Téngase en cuenta que la revolución industrial trajo consigo la incorporación de la mujer al trabajo pero obviamente no en las mismas condiciones que los hombres. La producción ahora requería todo el tiempo máximo que antes estaba relegado a la economía familiar, pero claro está, la mujer no contaba con el mismo tiempo debido a sus «obligaciones naturales» y para con la familia y el

19 Solo una de las mujeres participantes en la reunión de Seneca Falls, Charlotte Woodward entonces de diecinueve años, llegó a presenciar las primeras elecciones presidenciales en las que las mujeres pudieron votar.

20 Susan B. Anthony, cofundadora de la NWSA en una de sus declaraciones señaló; "*It was we, the people; not we, the white male citizens; nor yet we, the male citizens; but we, the whole people, who formed the Union*" [*Fuimos nosotros, el pueblo, no nosotros, los ciudadanos hombres blancos, no todavía nosotros, los ciudadanos hombres, sino nosotros todas las personas quienes formamos la Union* (Traducción propia), original disponible en <http://www.crusadeforthetvote.org/nwsa-organize/> Última consulta 10 de agosto de 2018] donde puede encontrarse toda la información relativa a esta asociación de gran relevancia en el movimiento sufragista.

21 Detractores que argumentaban razones desde el elevado índice de abortos o mortalidad infantil hasta el desempleo masculino o la bajada de salarios

22 Como indicaba Auguste Bebel (1980, p.117), «los hay (socialistas) para quienes la mujer emancipada es tan antipática como el socialismo para los capitalistas».

hogar (Martínez Sempere 2005, p. 46). Balaguer respecto de esta cuestión entiende que, desde el marxismo predominante, como sucediera antes con el liberalismo, tampoco se comprendió que la mujer es sujeto pleno de derechos civiles y políticos (Balaguer, 2005, p.55).

Además de los propios detractores del socialismo debía unirse otro factor a tener en cuenta, cual es la lucha de clases entre las propias mujeres socialistas y las sufragistas a quienes se les atribuía un interés parcial en su causa sin tener en cuenta la situación de las obreras. En conclusión, aunque el movimiento marxista permitiera por vez primera a las mujeres organizarse dentro de un partido, afiliarse a los mismos y plantear sus propios problemas el resultado no fue realmente fructífero dado que el marxismo con sus propias convicciones subsumió al feminismo olvidando de nuevo a la mujer como sujeto propio.

De este modo, la incorporación de la mujer como sujeto activo de la sociedad política (que no pasivo, el cual lleva sus propios ritmos) vino a producirse de manera paulatina a lo largo de la esfera mundial. En 1869 el Estado de Wyoming abriría camino a esta tendencia seguido por los demás Estados. Si bien previamente en 1776 en Nueva Jersey se autorizó el voto de la mujer accidentalmente, pues ojo al dato, se usó la palabra «personas» en vez de «hombres» en la ley que habilitaría el sufragio. Este error fue subsanado aboliéndose la norma que lo consintió en 1807. Para las elecciones presidenciales del Estado federal en su conjunto como se ha mencionado antes se reconocería para las mujeres blancas en 1920 y para las negras en 1967.

Ya tendríamos que esperar a entrar en el siglo XX para que el derecho a voto se reconociera en países nórdicos de Europa como Noruega en 1907 seguido de Suecia y Gran Bretaña tras la Primera Guerra Mundial en 1918 (para mujeres mayores de 30 mientras que los varones podían votar a los 21). En España, curiosamente se reconoció primero el derecho de sufragio pasivo para formar parte del constituyente para así más tarde reconocer el sufragio activo en la Constitución de 1931²³. En países de latino América se siguió un ritmo parecido, como, por ejemplo, República Dominicana en 1942, Colombia en 1947, México en 1953 o Perú en 1955.

23 Las Cortes constituyentes de la Segunda República tuvieron la siguiente representación femenina: Clara Campoamor Rodríguez elegida por las listas del Partido Radical, Victoria Kent Siano por el Partido Radical Socialista y Margarita Nelken por el Partido Socialista Obrero Español quien no las integraría hasta finales de 1931, por lo que solo dos mujeres formaron parte del pacto constituyente (y solo porque eran mujeres mayores de 25 años y siempre que fueran viudas, solteras o casadas con autorización marital (art.15 del Real Decreto Ley de 12 de septiembre de 1927).

El reconocimiento de este derecho, adscrito inescindiblemente al de ciudadanía supondría la apertura a nuevos reconocimientos de derechos en favor de la igualdad.

3. El siglo XX, momento para los logros y para nuevas perspectivas de igualdad

El siglo XX es el siglo de los logros, es el momento en el que se reafirma la igualdad formal dando lugar a nuevas dimensiones de esta, es decir, la igualdad material, en clave social e inclusiva. Si bien más tarde analizaremos en que consiste esta nueva dimensión baste adelantar que se trata de una igualdad que parte de la intervención del Estado en la sociedad con el fin de que la misma sea real y efectiva.

Es el siglo en el que la igualdad es reconocida a nivel internacional y empiezan a darse los primeros instrumentos de protección de este derecho. La Declaración Universal de Derechos Humanos creada en el seno de la ONU en 1948 y que contó precisamente con la participación activa de una mujer, Eleanor Roosevelt, marcó un antes y un después en la consagración de la igualdad de derechos de las personas partiendo de la igualdad y dignidad humana- no del genérico hombre- prohibiendo la discriminación en cualquiera de sus vertientes pero a su vez haciendo referencia a la discriminación por razón de sexo²⁴, pues hasta ese momento la consagración de la igualdad formal solo incluía tácitamente a las mujeres con aquel “todos los hombres son iguales ante la ley”, igualdad abstracta que comienza a ser visible para el Derecho, es decir, es el siglo en el que se le pone nombre a una situación hasta entonces invisible.

La Declaración Universal de Derechos Humanos se completó a nivel internacional con otro tipo de previsiones de protección más concreta:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (PIDCP)²⁵ en el que se encuentra en su artículo 3 una previsión específica en modo de compromiso para salvaguardar la igualdad en el goce de los

24 Así se expresa la Declaración en su artículo 1 haciendo una importante alusión a la igualdad: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros» En su artículo 7 y en clara relación, dicho sea de paso con el artículo 14 de la Constitución española y con otros preceptos constitucionales similares en otros Estados, se alude al principio de igualdad ante la ley y la prohibición de toda discriminación.

25 España ratificó el Pacto el 27 de abril de 1977.

derechos asumidos en el pacto tanto por hombres como mujeres²⁶. De manera expresa, el artículo 26 y en forma de categorización de lo que se ha dado en llamar «categorías sospechosas» de discriminación entre las que se incluye la razón de sexo, se dispone lo siguiente: ya no en forma de compromiso sino de reconocimiento expreso el artículo 26 «Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la Ley. A este respecto la Ley prohibirá toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 (PIDESC)²⁷.
- La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979, que entró en vigor el 3 de septiembre de 1981 y España ratificó el 5 de enero de 1984²⁸. El desarrollo de la Convención obedecía como su propio preámbulo indica a la preocupación «al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones».

26 Artículo 3 PIDCP: «Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto»

27 España ratificó el Pacto el 27 de abril de 1977. Espacial referencia debe hacerse al artículo 7:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b) La seguridad y la higiene en el trabajo;

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

28 España ratificaría la Convención con una Declaración añadida: «La ratificación de la Convención por España no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española». [BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984, páginas 7715 a 7720]. El artículo 57.1 de la Constitución española da preferencia al varón sobre la mujer.

Lo que venía a establecer que lo dispuesto en la Convención no afectaría a la cuestión de la sucesión a la Corona española, pues la misma como establece el artículo 57.1 de la Constitución española da preferencia al varón sobre la mujer en el orden de sucesión, dentro del mismo grado: «La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos.»

A nivel regional, en el contexto europeo, destaca el Convenio para la protección de los derechos y libertades fundamentales, creado en el seno del Consejo de Europa y firmado en Roma en 1950, cuyo artículo 14 señala «El goce de los derechos y libertades reconocidos por razón de raza, sexo, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». El artículo no ofrece una garantía de igualdad ante la ley, sino que se limita a prohibir todo tipo de discriminación en relación con los derechos enunciados en el Convenio, sin embargo, el Protocolo nº 12 amplía dicha prohibición no solo a los derechos reconocidos en el Convenio sino a cualquier derecho reconocido por ley bajo el título «Prohibición general de discriminación», quedando tan solo enunciado el principio de igualdad en el Preámbulo del Convenio.

Por otro lado, la Carta Social Europea hace referencias a la igualdad en el ámbito de los derechos sociales y económicos²⁹ señalando su Preámbulo que «el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por motivos de raza color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social».

Dentro de la normativa de la Unión Europea existen diversas referencias a la igualdad, destacando el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea el cual merece especial comentario: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estado miembros de una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

Por un lado, el precepto señala como valor fundamental de la Unión la igualdad y por otro, como características propias de la sociedad de los Estados miembros la inclusión de los derechos de las personas pertenecientes a minorías o la no discriminación e igualdad entre hombres y mujeres. En este sentido vale la pena detenerse a analizar la diferencia jurídica existente entre «valor» y «característica de la sociedad» tal como hace Astola Madariaga (2008, p.258) indicando al respecto que «el respeto a estos valores:

29 Otras referencias a la igualdad son las contenidas en el artículo 4 respecto al derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor, el artículo 12 respecto a la igualdad en la seguridad social, entre los nacionales de los Estados parte o el artículo 13 sobre la igualdad en la asistencia social y médica.

- es condición imprescindible para que un Estado se adhiera a la Unión- art.49-
- porque si se observa un incumplimiento reiterado de alguno de estos valores en un Estado miembro éste puede ser sancionado, según el art.7; y
- porque según el art. 3.5 "En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos" y eso no sucede literalmente lo mismo con las características de la sociedad, aunque no podemos olvidar que esta expresión, modula de manera inequívoca el 'valor' igualdad"».

En este sentido, y además de la diferenciación entre las consecuencias derivadas de la concepción de "valor" o "característica", señala la autora la contradicción que se observa al poner en contraposición la sociedad "caracterizada" por la igualdad de mujeres y hombres con el objetivo dispuesto en el artículo 3 de fomentar la igualdad entre hombres y mujeres. O bien somos iguales pero se está ya presuponiendo que podemos serlo más, estableciendo con ello la existencia de una desigualdad real que debe combatirse, o bien debemos entender que la sociedad no está caracterizada por la igualdad sino que en realidad es a día de creación del Tratado exclusivamente un valor a promover no predicable aún como característica propia de la sociedad, lo cual da una idea de la necesidad de consolidar o reformular la cuestión.

Ciertamente las posibles expresiones contradictorias del Tratado de la Unión pueden obedecer sencillamente a una falta de posición constitucional clara de los estados miembros y por otro a la falta de voluntad política. En este sentido, hasta ahora el reconocimiento de la mujer en cuanto a la extensión de los derechos ya existentes a sujetos originariamente excluidos en el inicio del constitucionalismo se ha hecho en el entorno europeo de forma heterogénea. Así, Alemania modificó su Constitución en 1994 para introducir un mandato expreso a los poderes públicos para la consecución de una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. Textos como el francés³⁰, italiano³¹ o portugués³² realizaron reformas constitucio-

30 Francia reformó su texto constitucional en 1999 (Ley nº99-560 de 8 de junio) en sus artículos 3 y 4 introduciendo la posibilidad de que la ley electoral favorezca la igualdad de mujeres y hombres debiendo los grupos políticos contribuir a la puesta en marcha de este principio en las condiciones determinadas por la Ley.

31 Italia estableció constitucionalmente, sustrayendo al legislador la previsión, que los electores fueran todos los ciudadanos, hombres y mujeres (Ley constitucional de 17 de julio de 2000 modificando el artículo 48) y en 2003 (Ley constitucional de 30 de mayo) modificó el artículo 51 para establecer que todos los ciudadanos de uno u otro sexo puedan acceder en condiciones de igualdad a cargos públicos y electorales.

32 Portugal incorporó en 1997 (Ley constitucional 1/1997 de 20 de septiembre) como cometido del Estado en

nales para asegurar la participación política de las mujeres y hombres, y en el caso de la Constitución Belga la igualdad entre hombres y mujeres se establece como una garantía constitucional expresa³³.

En el caso español, si bien más tarde se analizará más detenidamente, la igualdad formal consagrada en el artículo 14 como derecho fundamental se encuentra interrelacionado con la igualdad material consagrada como principio y de orden programático para el poder público en el artículo 9.2, ambos de ordenada inspiración por el valor superior o principio básico de igualdad dispuesto en el artículo 1.1. En el artículo 23 se reconoce el derecho de libre e igual acceso de los cargos y funciones públicas y si bien el desarrollo legislativo y normativo de estos derechos y principio han permitido alcanzar una igualdad inimaginable antes de la aprobación de la Constitución, la misma ciertamente adolece de una perspectiva de género en muchas de sus concepciones como más tarde veremos con detenimiento.

También en el contexto de América latina no puede dejar de mencionarse la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención «Belém do Pará»³⁴. Se trata de la primera convención continental específica que tiene como objetivo la lucha contra esta manifestación extrema de la discriminación estructural y social que viven las mujeres y que define la violencia contra las mujeres como «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado»³⁵. Igualmente, el tratado reconoce la obligación de los Estados parte de garantizar este derecho, así como actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (artículo 7.b).

A este respecto debe señalarse que la violencia contra la mujer es un efecto propio de la desigualdad por lo que su tratamiento en diferentes instancias normativas se ha vinculado tanto con el «desequilibrio de las relaciones de poder

su artículo 109 la consolidación del sistema democrático a través de la promoción de la igualdad en el ejercicio de los derechos cívicos y políticos y la no discriminación en función del sexo en el acceso a los cargos públicos.
33 En 2002 la Constitución belga se reforma añadiendo un nuevo artículo (11.bis) referido al igual goce de los derechos y libertades por hombres y mujeres especialmente por lo que respecta al acceso de toma de decisiones en todos los niveles orgánicos.

34 Esta Convención fue adoptada el día 9 de junio de 1994 durante el Vigésimo Cuarto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Ha sido ratificada por la mayoría de los estados americanos como Perú, República Dominicana, Ecuador, México, Chile, Argentina, Honduras o Colombia.

35 Artículo 1 de la Convención Belem do Pará.

entre los sexos en el ámbito social, económico, religioso o político»³⁶ como con «una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»³⁷ entre otras cuestiones.

Como puede observarse, y en conclusión, con la llegada del siglo XX y la consolidación del Estado social las reivindicaciones entorno a la igualdad y a los efectos de la total ausencia de la presencia de la mujer en cualquier aspecto del pacto social se han ido atendiendo, principalmente a nivel internacional adaptando los distintos Estados dichas previsiones en sus ordenamientos. Si bien en el sentido de equiparar el trato, de hallar la forma de que ambos sexos sean iguales traducido en cuotas, porcentajes y principalmente desarrollando dicha equiparación a nivel infra constitucional o normativo sin llegar a redefinir conceptos que de incluirse como previsión constitucional no haría falta hablar de equiparación porque la misma se desenvolvería sin ningún apéndice conceptual. Hablamos de conceptos que supondrían la cura a muchos de los problemas que hoy permanecen en la consideración plena del *estatus* de la mujer como ciudadana con plenos derechos y obligaciones y que en el siguiente punto tratare de esbozar.

III. La igualdad, la mujer y el estado constitucional actual: bases para un nuevo pacto constituyente.

1. Las dimensiones de la igualdad: La igualdad material como factor determinante de la inclusión de la mujer.

Como hemos podido observar existen tres fases en la evolución histórica de la mujer respecto al constitucionalismo. Una primera fase en la que la mujer no existió, a pesar de que fue contribuidora en la causa para su formalización, una segunda fase en la que se consigue la igualdad formal entre hombre y mujer y su participación en el Estado democrático a través del sufragio y, por último, la tercera y actual fase en la que se busca la igualdad real superando la igualdad formal a través de mecanismos que garanticen la misma, en el contexto del Estado social y de bienestar³⁸.

36 Parlamento Europeo, Resolución sobre «Tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres», de 16 de septiembre de 1997.

37 Artículo 1 de la Ley española 1/2004, sobre «Medidas de protección integral contra la violencia de género, de 28 de diciembre de 2004»

38 Pérez Tremps (1997, p.246) indica al respecto que el tratamiento constitucional de la mujer no coin-

En la actualidad son tres las menciones constitucionales a la igualdad las que suelen reflejar los textos constitucionales y a las que hace referencia la doctrina. Siguiendo el ejemplo español, y de la mano de la referencia a las «dimensiones constitucionales de la igualdad» que realiza Díaz Revorio (2017, p. 22-60) las mismas pueden dividirse de esta manera:

a) La igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art.1.1 CE). Se trata de la igualdad «más general de todas, de manera que engloba todas las dimensiones constitucionales en la medida que engloba todas las demás dimensiones de las otras menciones específicas». Lo que se plantea en torno a este valor es la posibilidad de poder acudir al mismo para cubrir aquellos vacíos constitucionales no integrados de manera concreta haciendo referencia a este valor general, cuestión, bajo un punto de vista más subjetivo, un tanto compleja cuando se alude a problemas relacionados con la falta de igualdad que requieren de un mandado directo.

b) La igualdad formal, o igualdad ante la ley, (artículo 14 CE) es primera formulación de la igualdad en la historia del constitucionalismo. Se configura este precepto como un «derecho de las personas, mandato y limite a los poderes públicos» Díaz Revorio (2017, p.34)³⁹, dimensión triple que no puede predicarse de igual manera para la siguiente dimensión de la igualdad.

«La igualdad ante la ley se interpreta, así como ‘aplicación de la ley conforme a la ley’ (Kelsen), como una aplicación regular, correcta, de las disposiciones legales, sin otras distinciones de supuestos o casos que los determinados por la norma legal. Se rompería así la igualdad no sólo si la ley por no ser norma general no contuviese una posible igualdad, sino también si al aplicarse esa norma general no se hiciera de manera general, con abstracción de las personas concretas afectadas» (Eguigueren Praeli, 1997, p.65).

También este precepto incluye una prohibición general de discriminación que implica también un derecho subjetivo, «(...) sin que pueda prevalecer discrimi-

cide plenamente con la formalización del constitucionalismo, sino que más bien va a remolque de dicha evolución presentándose como un «efecto mediato o indirecto de éste». La fase de la "ignorancia" coincidiría con la revolución liberal, la del igualitarismo con la fase del constitucionalismo democrático y la superación del igualitarismo en ese segundo momento también del constitucionalismo social.

39 En referencia al concepto que mantiene el Tribunal Constitucional español como un «derecho subjetivo a obtener un trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas» en por ejemplo STC 53/1985 de 11 de abril.

nación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Frente al principio genérico de igualdad del primer inciso del precepto, la prohibición de discriminación implica un concepto restringido y equivale a una desigualdad irracional e injustificada ligada al propio concepto de dignidad humana. Es decir, un trato discriminatorio no solo atenta contra la legalidad como el propio principio de igualdad ante la ley sino también contra la dignidad de la persona.

Por otro lado, hay que destacar que mientras que la cláusula general de igualdad solo es alegable ante los poderes públicos, el mandato antidiscriminatorio también es directamente aplicable en las relaciones entre sujetos privados⁴⁰, sin embargo, su titularidad se restringe a las personas físicas o grupos que las integran.

c) La igualdad material, real o promocional (artículo 9.2 CE) supone un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones necesarias para alcanzar la igualdad y libertad de manera real. Es decir, es la manifestación última de la igualdad que implica poner los medios suficientes para que no quede relegada al puro conceptualismo. La igualdad material no implica un derecho subjetivo⁴¹ siendo el único consagrado al efecto el referido en el artículo 14 CE referido a la igualdad formal, es decir la que equipara a hombres y mujeres.

Deteniéndonos en esta última dimensión de la igualdad, igualdad que obtiene su desarrollo en la actualidad, son varios los problemas que surgen entorno a su desenvolvimiento y en concreto respecto al objeto de este estudio, la posición de la mujer en el texto constitucional en superación de su ausencia originaria y el alcance de la verdadera igualdad con el único contratante, el hombre.

En primer término, surge la duda de si a pesar de no tratarse de un derecho subjetivo el mandato programático de igualdad material, en el caso español, el artículo 9.2 CE, puede verse matizada dicha aseveración interpretando la estrecha relación entre este mandato y el derecho a la igualdad consagrado en el artí-

40 «El respeto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE»(STC 108/1989, FJ 1).

41 López Guerra (2000, p.22): «A diferencia de lo que sucede con la igualdad formal, prevista en el artículo 14 de la Constitución, en el artículo 9.2 donde se reconoce la igualdad material no se consagra un derecho inmediatamente derivado de la Constitución, sino que se trata de un mandato/ habilitación al legislador para llevar a cabo una acción igualadora, más allá de la igualdad formal».

culo 14 CE. En este sentido, la doctrina ha interpretado que el concepto de igualdad del artículo 14 exige la apreciación de las premisas materiales y sociales, sin que pueda equipararse sin más al concepto clásico de igualdad formal. Es decir, para alcanzar la igualdad se deben apreciar las situaciones que parte de la desigualdad para poder alcanzar la primera.

Como indica Díaz Revorio (2017, p. 30) «En suma, sin negar la dimensión de norma programática presente en el artículo 9.2, esta no impide su consideración normativa, ni imposibilita plantear facetas de la igualdad como derecho subjetivo prestacional, que pudieran derivar de dicho precepto».⁴²

El Tribunal Constitucional español sostiene al respecto que al principio general de igualdad pueden reconducirse algunos supuestos referidos al artículo 9.2 CE⁴³. La virtualidad del art. 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales⁴⁴.

42 Para llegar a la conclusión que resume la reflexión que realiza el propio autor realiza algunas citas de gran interés para ahondar en la cuestión suscitada como «Garrido Falla (1985, p. 156), afirma que «su eficacia jurídica es más que discutible»; Alzaga (1978, p. 137), señalaba que el artículo 9.2 «no es sino una disposición que, en buena medida viene a reiterar, con otras palabras, la concepción del "Estado social y democrático de Derecho"...», aunque admite algunas posibilidades de «interpretación socializante». Por su parte, Hernández Gil (1982, p. 447 ss.), parece cuestionar su carácter jurídico cuando afirma que el artículo 9.2 no resuelve un conflicto de intereses, ni aplica a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica, ni está provisto de sanción, de manera que se trata de una ordenación finalista y de carácter funcional, con función promocional y transformadora».

43 Así se hace en las Sentencias 65/1983, de 21 de julio; 25/1989, de 3 de febrero; 180/1991, de 23 de septiembre y, especialmente, en la Sentencia 19/1989, de 31 de enero.

44 García Morillo (1991, p. 151) señala los requisitos que debe prever la medida que pretende compensar esa situación de desventaja: «En primer lugar, que los ciudadanos o colectivos se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; en segundo lugar, que el trato desigual que se les otorga tenga una finalidad; en tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; en cuarto lugar, que el supuesto de hecho (esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga) sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; en quinto lugar, en fin, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual, no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. Si concurren estas circunstancias, el trato

Sin embargo, a pesar de esta "optimista" relación entre ambos preceptos y de la interpretación extensiva que se pueda hacer del artículo 14, éste, como se indicaba antes, es el único precepto que consagra un derecho subjetivo, que en el caso español además podría ser objeto de amparo por su carácter de fundamental no pudiendo realizar una interpretación automática de la relación entre los artículos 1.1 y 9.2 con el artículo 14⁴⁵.

Ello nos lleva a concluir que es el legislador, en su caso, quien decidirá en qué casos puede dar lugar dicha interpretación y al juzgador interpretarlo así, es decir, el primer problema de la formulación de la igualdad material es que el único derecho subjetivo que se consagra es el derecho a ser iguales a los hombres, como los hombres, sin atender a un previa diferenciación innegable aún existente y sobre la que quizá algún día no haya ni que cuestionarse pues no existirá, siendo lo cierto como las estadísticas demuestran que aún existe esa diferenciación. Prueba de ello es que la Constitución establece el sexo como categoría sospechosa de ser afectada por situaciones de desigualdad en el artículo 14 por lo que previamente se está dando esa conceptualización de la diferencia, por lo menos en el sentido de prohibir la discriminación.

El segundo problema de la consagración de la igualdad material deriva de su propio mandato traducido en la técnica de la acción positiva para alcanzarlo. Así la *acción positiva o discriminación inversa* surgen como medio para explicar la diferenciación entre sexos desde un punto de vista jurídicamente aceptable, induciendo a un error «dando a entender que hay un beneficio a favor de las mujeres que tiene como contrapartida un visible perjuicio en los hombres» (Astola Madariaga, 2008, p.279)⁴⁶. Ello da lugar a expresiones en la sociedad como "si las mujeres quieren ser iguales por qué se les dan más privilegios" o "si se quiere igualdad, por qué se da a las mujeres beneficios que los hombres no tienen, por qué simplemente no obviar la desigualdad para que todos seamos iguales sin más ni mejores condiciones, iguales" dando a su vez lugar al enraizamiento de un contra feminismo con tildes despreciativos innecesario y

desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en otro caso, el otorgar un trato desigual resultará una discriminación vetada por la Constitución».

45 STC Sentencia 86/1985, de 10 de julio, concluye que el art. 14 de la Constitución no reconoce un "derecho a la singularización normativa", en igual sentido SSTC 128/1987 y 19/1989 «no puede derivarse de este último precepto ningún derecho subjetivo genérico al trato normativo desigual»

46 Cita Astola Madariaga en el mismo texto y considero relevante hacer alusión al mismo a Gonzalo Gonzalez, B (1996, p.630): «Las palabras disfrazan a veces los conceptos, los cargan de un contenido no deseado. En nuestro caso la expresión "discriminación positiva" transmite el mensaje acerca de la legítima diferenciación legal de la mujer como si fuera un privilegio».

perjudicial no solo para las mujeres sino también para los hombres, compañeros de vida de las primeras.

En este sentido, las acciones positivas son necesarias en cuanto técnica de afianzamiento de la igualdad material pero éstas, en mi opinión, no deben suponer privilegios impuestos por el poder público sino una reconceptualización de situaciones originariamente desiguales, de tal manera que no se consoliden beneficios a las mujeres que a la larga creen más perjuicios que ventajas. Se trataría de crear conceptos que a la larga cambien el “chip” de la sociedad en clave de igualdad fáctica y no en términos “deseables”. De este modo deben diferenciarse aquellas medidas que pueden resultar “paternalistas” de aquellas que suponen una verdadera medida de igualdad material, piénsese por ejemplo en las medidas tendentes a propiciar la conciliación laboral de la mujer que se dirigen exclusivamente a las mujeres, pues son ellas las que sufren la desigualdad originaria al haber quedado relegadas al hogar durante tanto tiempo. Ciertamente la medida es efectiva, la mujer puede compaginar el trabajo con el hogar de manera más flexible pero lo cierto es que ello contribuye a que siga siendo la mujer la que se haga cargo de las tareas del hogar como tradicionalmente ha sido siempre (Pérez Tremps, 1996, p. 253), pero ahora además trabaja, por ello es inútil la medida si con ello no se consigue “reconceptualizar” la necesidad de compartir dichas tareas, pues de otro modo la misma sigue siendo discriminatoria al no dirigirse tanto a mujeres como a hombres.

Seguirá siendo la mujer quien a pesar de tener a su disposición mejores medidas conciliatorias la que se plantee si su carrera se va a estancar, si para alcanzar un mismo puesto tendrá que esforzarse mucho más, pues su tiempo se dividirá el doble que el de un hombre, o si sus estudios y promoción deberán desacelerarse o incluso suspenderse sin que al hombre le suceda lo mismo, lo cual necesariamente lleva a replantearse no una acción positiva sino un cambio en los valores de la sociedad, en la que esos planteamientos a la hora de formar una familia u ocuparse del hogar sean planteamientos compartidos, y qué mejor medio que el texto constituyente, fuente de valores.

El Tribunal Constitucional español no ha sido ajeno a los problemas que pueden surgir precisamente de la implantación de ciertas medidas de acción positiva que por su propio contenido pueden derivar en la consolidación de la desigualdad real al no culminar en una transformación de valores y costumbres sociales. Así, el Tribunal, ha diferenciado las medidas que con el objeto de “proteger” a la mujer no hacen sino consolidar la subordinación de ésta de las medidas de “acción

positiva” que buscan una corrección de la situación de desigualdad de la que parte la mujer⁴⁷.

Establece el Tribunal el descarte de «medidas paternalistas» o falsamente protectoras previamente a indicar la validez de las medidas basadas en una diferencia biológica ineludible, como las que tienen por destinatarias a las mujeres embarazadas⁴⁸ siendo necesario «calibrar adecuadamente las razones de tutela», añadiendo que «el mandato de no discriminación por sexo del art.14 CE, consecuente al principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección suponen refrendar o reforzar un división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo⁴⁹»⁵⁰.

Dejando a un lado las medidas de índole laboral, y entrando en el ámbito penal también se han suscitado dudas acerca de la relación entre la acción positiva y su incidencia en el principio de igualdad. Quizá el pronunciamiento más polémico y relativamente reciente en relación a las medidas de discriminación inversa o acción positiva es el contenido en la STC 59/2008, que desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada frente al artículo 153.1 Código Penal en la redacción dada al mismo por los artículos 36 y 37 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género. La citada ley hace una diferenciación en los tipos penales convirtiendo las faltas de malos tratos en delito, en función del sexo del sujeto activo y de la víctima. Se introduce dentro de los tipos agravados de lesiones uno específico que incrementa la

47 Por ejemplo la STC 128/1987 que resuelve un recurso planteado por un padre al que, se denegó una ayuda para el pago de guarderías reservada a las madres, vino a establecer que dicha medida resultaba contraria al derecho de igualdad del art.14 indicando que: " la situación de discriminación en la que se ha encontrado la mujer en la sociedad se ha traducido en numerosas medidas en el orden laboral que han tratado de realizar una labor de finalidad protectora, pero en este campo debe hacerse necesariamente una distinción (). Partiendo de presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación u obligación hacia las tareas familiares, diversas disposiciones han venido a establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral que, aunque aparentemente resulten de índole protectora, perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina.

48 Por ejemplo, STC 253/2004.

49 Así se pronuncia la STC 229/1992.

50 Otros ejemplos fuera de España, y Europa, en el caso de Colombia es destacable la Sentencia que declaró inconstitucional por atentar contra la igualdad formal la medida laboral de prohibición de las mujeres para trabajar en horario nocturno (Sentencia C-622 de 1997, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara).

sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (arts. 36 y 37). Además, se castigan como delito las coacciones y amenazas leves cometidas contra las mujeres (arts.38 y 39) llegando necesariamente a cuestionarse lo siguiente, tal como indica Martín Sánchez (2018, p.102): «¿esta diferenciación en el tratamiento penal en función del sexo es constitucional o estaríamos ante una medida contraria a la igualdad y la prohibición de discriminación?».

El Tribunal avaló la constitucionalidad de la norma entendiéndola objetiva, legítima, adecuada y proporcionada. El conflicto constitucional se hallaba en términos del Alto Tribunal, no en la discriminación por sexo sino en la igualdad en términos generales, el Tribunal argumenta que la finalidad “preventiva” de la pena es legítima pues «no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad», añadiendo el acierto del legislador al entender el necesario reproche de ciertas agresiones en pareja que «se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima».

Sin embargo, la norma y más tarde la interpretación de la misma, no resaltan la cuestión de fondo que subyace y es que la misma no consigue fijar un derecho a una vida libre de violencia, al igual que sucede en el ámbito laboral respecto a la conceptualización de la corresponsabilidad como medio para superar la desigualdad. La medida descrita en el ámbito penal, si bien del todo necesaria, no consigue “reconceptualizar” constitucionalmente el respeto hacia la mujer, sino más bien protegerla infra constitucionalmente de una situación derivada del arraigo de la desigualdad de la mujer en la sociedad intentado imponer un cambio de conducta, sin educar en una conducta opuesta o socializar el concepto de no inferioridad y por tanto respeto necesario y debido a la mujer . Así como indica Martín Sánchez (2018, p.106) «subyace en la ley un ánimo de persecución penal, que vislumbra una especial preocupación por castigar al hombre maltratador, tratando a la mujer como débil y situándola junto a los más vulnerables. Este espíritu punitivo también se hace presente en ciertas medidas de protección en los diferentes ámbitos jurídicos: laboral, civil y procesal. Todas ellas, son sin lugar a dudas, un acierto del legislador, en cuanto protegen los derechos de la mujer en los diferentes espacios, aunque muchas de ellas son ciertamente cuestionables, de nuevo, por tratar a la mujer como “ser débil”».

Gómez Fernández (2017, p.172) plantea a este respecto la necesidad de elevar a categoría constitucional los elementos necesarios para poder construir más tarde una política de largo plazo, y que resista a los cambios coyunturales para erradicar la violencia de género como manifestación del arraigo de «las relaciones estructurales de desigualdad entre hombres y mujeres de cualquier raza, cultura y condición social (...) Por eso hay que buscar un pacto constituyente nuevo que trate el origen de la enfermedad (la desigualdad) y no necesariamente el síntoma que más nos asusta (la violencia)».⁵¹

2. Otros conceptos constitucionales revisables en estrecha vinculación con las dimensiones de la igualdad:

La violencia sobre la mujer es la manifestación de la desigualdad que más reclama la atención sobre el modo y necesidad de realizar un cambio de manera constitucional y no solo normativo, sin embargo, los problemas constitucionales de la mujer no se agotan en la manifestación de la violencia sobre la mujer en todas sus vertientes como derivada de una desigualdad intrínseca en ciertos aspectos de la sociedad, sino que siendo derivados de la misma o teniendo relación directa con el concepto de igualdad existen otras carencias constitucionales a tratar. En una hipotética reformulación constitucional con perspectiva de género también deberían tenerse en cuenta cuestiones como es el acceso a la participación pública, los relacionados con el derecho laboral y la inserción de la mujer, el derecho de familia y derechos sexuales o reproductivos, todos ellos complejos problemas sobre los que el objeto de este trabajo no permite abarcar, por lo que haciendo una selección, sin un criterio especial, pero si entendiendo que pueden ayudar a comprender el objetivo de esta exposición, haré una breve mención de aquellos derechos que entiendo requieren de una revisión constitucional o incluso de un nuevo pacto constituyente, salvaguardando poder tocar aquellos otros aspectos fundamentales para un cambio constitucional en perspectiva de género en futuros trabajos.

⁵¹ Esta autora propone al respecto proyectar la definición que hace el artículo 15 CE relativo a la tortura y tratos degradantes a la violencia por razón de género poniendo como ejemplo la definición que hace el TC en su STC 120/1990 cuando afirmó: «() la tortura y tratos inhumanos y degradantes son, en su significado jurídico nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren sus fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infringidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente» En este sentido concluye la posibilidad de asumir constitucionalmente un derecho a una vida libre de torturas o tratos degradantes que incluya una vida libre de violencia (humana) y en particular por razón de género.

A) Acceso a cargos públicos de representación

La mitad de la población de los países son mujeres, sin embargo, esta cuota no se traslada a la hora de organizar la representación de los Estados y de componer los órganos de toma de decisiones donde se ostenta el poder. El sufragio activo es un concepto superado en cuanto a la inclusión de la mujer en los actuales Estados de derecho, como hemos visto la mujer puede votar desde hace tiempo, en España por ejemplo desde 1931, aunque en términos históricos su inclusión se antoje muy tardía.

Sin embargo, la falta de igualdad material o real hace acto de presencia en lo que se refiere a la posibilidad de ostentar un cargo público en representación del poder y ser elegida siendo mujer para ello. La Constitución española en este sentido reconoce el derecho de libre e igual acceso de cualquiera a los cargos y funciones públicas (art.23 CE), es decir, concreta la igualdad formal en el campo de la participación pública superando la relegación de la mujer al ámbito privado al igual que otros países del entorno de manera quizá más inclusiva como se ha podido ver antes en el caso belga o portugués. Pero lo cierto es que en este campo la Constitución Española no refleja el verdadero problema de acceso a cargos públicos, obviando las circunstancias reales que acompañan a dicho acceso, pues no es lo mismo dar la oportunidad de acceder al cargo que de dicha oportunidad se obtenga el resultado de acceso al cargo.

El resultado de intento de superación de la falta de igualdad material, o también conocida como paridad representativa, es la configuración de las llamadas cuotas electorales. La incorporación de dicha paridad en las legislaciones electorales internas ha sido una constante a lo largo de estos últimos veinte años, con ejemplos como en América latina, entre otros Colombia⁵², o en Europa como en Francia⁵³ y Bélgica⁵⁴. España introdujo las llamadas cuotas electorales a través de la Ley Orgánica de 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁵⁵, por la cual se modificó la Ley de Régimen Electoral en su art.

52 La Ley 581 de 2000 establece que tanto los cargos de máximo nivel decisorio como los cargos de otros niveles decisorios deben ser ocupados como mínimo en el 30% por mujeres. Sin embargo, resulta interesante la reflexión de Jaramillo Sierra (2006, pp. 54-144) cuando reflexiona sobre esta incorporación aludiendo a que, pese a esa intención del legislador, la ley ha sido domesticada por la vía de la interpretación judicial, lo cual ha hecho que sus efectos sean casi inocuos.

53 Ley de 6 de junio de 2000.

54 Ley de 18 de julio de 2002

55 La Ley da una visión con perspectiva de género sobre conceptos de igualdad de trato, discriminación directa e indirecta, discriminación por embarazo y maternidad, acciones positivas o inversión de carga de la prueba.

44 bis entre otras cuestiones para configurar una presencia equilibrada en las listas electorales obligando a los Partidos políticos a que las listas presenten cuotas paritarias. Dicha configuración legal fue elevada al Tribunal Constitucional (STC 12/2008) cuestionándose la compatibilidad de dicha configuración con el derecho de autoorganización de los partidos políticos (art.6 CE) y el propio principio de igualdad del art. 14 CE por tratarse de una medida discriminatoria. El Tribunal descarta que la medida de parificación sea contraria al derecho de igualdad fundamentando la misma en el derecho de igualdad de oportunidades en relación con el mandato del art. 9.2 CE. Además, el Tribunal acaba concluyendo que ello no impide que en los idearios políticos del partido se persigan postulados de matiz «machista» o «feminista» (nótese la desafortunada equiparación de los términos), siempre que en sus listas se integren personas de los dos sexos (FJ 6).

Ciertamente medidas como la que se acaban de comentar a nivel normativo y jurisprudencial sumadas a otras como las propias derivadas de la Unión Europea y otros ámbitos tienden a propiciar una mayor presencia de la mujer en el ámbito público y representativo lo cual viene ensombrecido por la ausencia de efectos reales en consecución con la finalidad que persiguen⁵⁶.

Cualquiera podría pensar que la idea de democracia debería llevar implícita la paridad como reconocimiento de un Estado en el que se reconoce la tutela de la igualdad en los términos ya examinados en el que además en el caso de muchos textos constitucionales como el español se garantiza el acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad, sin embargo, ha tenido que ser el legislador quien componga la medida necesaria para que se lleve a cabo la paridad. Esta es la idea que hace constar Molero Martín-Salas (2018, pp.353 y ss.) haciendo a su vez mención a la triste realidad de la necesaria imposición de cuotas electorales sin que las mismas aparezcan de manera natural y espontanea como fruto de la evolución de la sociedad.

Dentro de las principales críticas al establecimiento de las cuotas electorales, cuyo análisis y exposición resulta *per se* objeto de un necesario estudio autónomo, me gustaría detenerme en un aspecto fundamental que hace la misma auto-

56 Para saber cuáles son las estadísticas actuales sobre cualquier aspecto relativo a la participación de la mujer en todos los ámbitos de la sociedad europea resulta de suma utilidad la información que proporciona "The european institute for gender equality" en <http://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs>. En 2017 las asambleas legislativas en el entorno de los países europeos estaban integradas por una media de cerca del 30 %. Disponible en http://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicator/ta_pwr_pol_parl_wmid_naparl/bar/chart [Última consulta 18 de agosto de 2018]

ra citada⁵⁷. Bajo una crítica al razonamiento por el cual se entiende que la medida puede implicar la fragmentación del cuerpo electoral, pues otros grupos sociales podrían reivindicar la existencia de cuotas a su favor, indica que «ni la mujer es un grupo o minoría, ni podemos entender que por ello va a representar sólo a las mujeres, o van a tener únicamente interés por su propio sexo», recalando que las mujeres implican a la mitad de la población con intereses, dentro de esa mitad, contrapuestos y diferentes desde un punto de vista político, ideológico, religioso, económico etc., pero implicando en la defensa de esas ideas que la mitad de la población tiene voz para llevarlas a cabo.

Idea esta última que permitiría también desmentir que la libertad de los partidos en la consecución de sus intereses ideológicos puede verse comprometida, dado que «la composición de la lista no afecta a la defensa de la ideología propia del partido, pero sí afecta a un elemento básico de la democracia, la posibilidad de que todos participemos en ella en condiciones de igualdad». De otro lado y hallándome plenamente de acuerdo con la idea de la autora, la democracia paritaria no necesita de una justificación para su consecución ni por ello se ha de pagar un alto precio⁵⁸ indicando que «La paridad es un hecho, no hay nada que justificar, la sociedad está compuesta por hombres y por mujeres, el problema es que no se ha respetado esta paridad natural, durante siglos, y estas medidas lo que pretenden es buscar el equilibrio natural que se les ha negado a las mujeres. Claro que hay otras medidas más coherentes con el resto de los derechos, pero estas medidas no han resultado eficaces.»

En conclusión, y a pesar de las críticas que puedan suscitarse al respecto y siendo consciente de que es una cuestión que suscita interrogantes que requieren de una profunda y sistemática reflexión al respecto, no parece que trasladar el concepto de democracia paritaria de manera literal al texto constitucional se ale-

57 La autora resume en tres aspectos fundamentales las críticas al establecimiento de cuotas, cuyo estudio se recomienda por su especial locuacidad al respecto:

- La eficacia de las cuotas electorales. Si realmente han provocado el efecto esperado. Se trata de un elemento puramente cuantitativo.
- El efecto que dichas medidas han provocado en la propia consideración de la mujer. Hablamos en este caso de un aspecto más cualitativo.
- Si se trata de medidas constitucionales. En este punto han sido dos las principales dudas planteadas: Si provocan alguna alteración en la unidad de España, y si limitan la libertad de los partidos.

58 Crítica al razonamiento de la autora Martínez Alarcón quien indica que la paridad no se puede justificar a cualquier precio, y que su búsqueda puede realizarse de diversas formas, y que no todas son igual de eficaces e igual de válidas: Referencia que hace Molero Martín- Salas (2018, p. 361) a Martínez Alarcón, M.L (2008, p.127).

je por completo de la intención que tanto legislador como juzgador han tenido en mente a la hora de establecer las medidas comentadas con el fin de consolidar el pleno significado del principio democrático.

La democracia sin el apellido de paritaria parece resultar ineficaz al propio fin que persigue la democracia, es decir, la inclusión del pueblo como sujeto político. En este objetivo, o bien se reformula el concepto 'pueblo' incluyendo de manera plural y no unitaria a los sujetos que lo componen o bien se introducen aspectos en el concepto que se ajusten a la realidad social contemporánea en el que la mujer ya es plenamente sujeto de derechos y obligaciones, entre ellas, las referentes al ejercicio de cargos de representación y ostentación de poder. De esta manera el concepto de democracia establecido en los textos constitucionales puede alcanzar su pleno significado incluyendo a todos los miembros como sujetos políticos, inundando con su carácter de principio la mentalidad de la sociedad, y en un futuro alcanzar lo que hasta ahora se ha concebido como una utopía; que no sea el poder público quien imponga la debida representación paritaria sino que sean los sujetos privados quienes se la impongan de manera natural por una cuestión lógica y no obligada derivada de la democracia paritaria integrada como principio básico.

B) Derecho de igualdad en el acceso, reconocimiento y desempeño de la mujer en el ámbito laboral

En puntos anteriores del presente trabajo ya se ha tenido la oportunidad de comentar como paradigma de la evolución del estado social del siglo XX la necesidad de que el texto constitucional reconozca el concepto de tiempo reproductivo con el trabajo intrínsecamente relacionado con la conciliación de la vida familiar y laboral. Se hace por tanto necesario nivelar la desigualdad histórica y cultural que había relegado a la mujer al ámbito privado y del hogar reformulando el concepto e incluyendo de manera específica a la mujer.

Pareciera que introduciendo de esta manera la cuestión se tratara del comienzo necesario de una evolución pero nada más lejos, lo que se pretende es conciliar los datos de los que a día de hoy se extraen conclusiones cercanas pero no plenas a la igualdad en el ámbito de acceso, desempeño y reconocimiento de la mujer en ámbito laboral con las conquistas legales y jurisprudenciales alcanzadas hasta el momento. Esta conciliación de realidad social con normativa desentraña la posibilidad y necesidad de constitucionalizar a través de nuevos conceptos la conciliación de dos elementos inescindibles hoy en día en la vida de todo ciudadano y ciudadana, el tiempo reproductivo y el trabajo.

En los últimos veinte años la situación de la mujer en el mundo laboral ha evolucionado de manera significativa. No existen precedentes a la cantidad de mujeres que, habiendo recibido educación, lo cual también es un logro, participan además en el mercado laboral, existiendo a su vez más conciencia sobre la importancia de la igualdad de género y las iniciativas a desarrollar. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, de las Naciones Unidas, y la determinación de los líderes mundiales tiene entre sus objetivos «lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor» (Objetivo de Desarrollo Sostenible 8, meta 8.5), y de «lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas» (Objetivo de Desarrollo Sostenible 5) para 2030. No obstante, pese al progreso logrado hasta ahora y al empeño en seguir avanzando, las perspectivas de la mujer en el mundo del trabajo distan mucho de ser iguales a las de los hombres⁵⁹.

Según la Organización Internacional del Trabajo, en 2018 la tasa mundial de participación femenina en el mercado laboral es del 48,5 por ciento, 26,5 puntos porcentuales más baja que la de los hombres. Desde 1990, esta brecha se ha reducido en 2 puntos porcentuales, y el grueso de la reducción se produjo en los años anteriores a 2009. Según las previsiones, el índice de mejora, que desde ese año ha venido desacelerándose, se detendrá en el periodo 2018-2021, y posiblemente incluso retroceda e invalide las mejoras relativamente menores logradas en el último decenio en materia de igualdad de género en el acceso al mercado de trabajo.

Esencialmente las diferencias que afectan a las mujeres en el ámbito laboral en todas sus facetas obedecen de un lado a la potencialidad para ser madres o al hecho de que efectivamente ya lo sean, lo que a menudo propicia la inevitable consecuencia de retrasar ese suceso o dejar establecido en el ámbito laboral el

59 Fuente: *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: Avance global sobre las tendencias del empleo femenino 2018* Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2018, ISBN 978-92-2-328518-0 (pdf web) disponible en <http://www.fsc.ccoo.es/913ab51f42eee2f22fc81274ae40ac03000050.pdf> [Última consulta el 10 de agosto de 2018].

En este estudio también se indica: «A nivel mundial, la tasa de participación en el mercado de trabajo de la población de 15 años o mayores continúa su descenso de larga duración; en 2018 es del 61,8 por ciento, un descenso de 1,4 puntos porcentuales en el último decenio. En el caso de las mujeres, la tasa de participación ha retrocedido con más lentitud, de ahí el ligero estrechamiento de la brecha entre los géneros. Estas tendencias reflejan los diferentes patrones observados a lo largo del ciclo de la vida, derivados de las variaciones, tanto de la participación de los jóvenes en la enseñanza, en un extremo de la escala, como de las opciones de jubilación de los trabajadores de edad, en el otro. Ahora bien, la conclusión principal es que, en promedio y a escala mundial, las mujeres tienen menos probabilidades de participar en el mercado de trabajo que los hombres.»

deseo de no participar nunca del mismo para así poder acceder a puestos similares (especialmente de mando y responsabilidad alta) que los hombres⁶⁰.

Otra de las causas probables de dicha diferencia y basada también en la diferencia biológica que predetermina el rol de la mujer, es la que atribuye a la misma el deber de prestar asistencia a personas dependientes, ya no solo niños sino ancianos u otras categorías de dependencia, ambos aspectos contrastables con datos objetivos⁶¹ que muestran que la mujer desempeña, a pesar de haber accedido a un puesto de trabajo más horas al hogar, más horas a actividades no remuneradas de cuidado de menores y dependientes y que optan por relegar la actividad laboral en favor de la del hogar⁶².

60 La CIA (Agencia Internacional de Inteligencia de Estados Unidos) cuenta con datos de investigación sobre aspectos elementales de sociedades objeto de análisis entre los que se encuentra la edad media de las mujeres para tener su primer hijo, situándose España, por ejemplo junto a Suiza, en el primer.

61 Valga de ejemplo el caso español, el cual normativamente tanto a nivel nacional como por ser Estado miembro de la UE goza de una amplia protección de la mujer en el ámbito laboral y de medidas promocionales para soslayar las dos causas diferenciales comentadas, sin embargo, los datos actuales muestran los siguientes resultados:

El porcentaje más alto (33,9%) de mujeres trabajadoras que dedican tiempo al cuidado y educación de hijos o nietos les dedican cuatro horas diarias. El porcentaje más alto de hombres (36,7%) que trabajan dedican dos horas diarias a este tipo de cuidados y educación.

El porcentaje más alto de mujeres trabajadoras (43,3%) que realizan tareas domésticas y de cocina dedican dos horas diarias a estas tareas. El porcentaje más alto de hombres trabajadores (42,5%) dedican una hora diaria a estas mismas tareas.

Un 47,4% de mujeres trabajadoras y un 31,5% de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cuidado y educación de sus hijos o nietos.

Un 77,5% de mujeres trabajadoras y un 32,9% de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cocinar y realizar tareas domésticas.

Un 15,4% de hombres y un 2,3% de mujeres que trabajan no realizan nunca actividades de cocinar y tareas domésticas.

Un 39,4% de hombres y un 34,4% de mujeres que trabajan no realizan nunca actividades de cuidado y educación de sus hijos o nietos.

Los hombres sin hijos con pareja que trabaja dedican 8,7 horas a la semana a actividades de trabajo no remunerado, las mujeres sin hijos con pareja que trabaja dedican 16,4 horas a la semana a actividades de trabajo no remunerado.

Los hombres con hijos con pareja que trabaja dedican 20,8 horas a la semana a realizar actividades de trabajo no remunerado, las mujeres con hijos con pareja que trabaja dedican 37,5 horas semanales a estas actividades.

Fuente: Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo. 6ª EWCS. 2015. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Observatorio Estatal de Condiciones de Trabajo. Ministerio de Empleo y Seguridad Social disponible en: http://www.ine.es/ss/Satellite?L=0&c=INEPublicacion_C&cid=1259924822888&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalleGratis

62 El porcentaje de mujeres españolas de 18 y más años que dedican al menos varios días a la semana al cuidado o educación de hijos, cocinar o hacer labores domésticas, cuidados de familiares, vecinos o amigos con discapacidad es superior en todos los casos al porcentaje de hombres de 18 y más años que

Es por ello por lo que a nivel internacional en el seno de la OIT la protección de la maternidad haya sido una de las principales preocupaciones desde su primer año de existencia, en el que se adoptó el primer Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3). Aunque con el tiempo se han adoptado nuevos Convenios, las preocupaciones primordiales de la OIT con respecto a la protección de la maternidad siguen siendo las mismas: permitir que las mujeres combinen satisfactoriamente sus funciones procreadora y productiva e impedir el trato desigual en el empleo a causa de su función reproductiva.

La implantación normativa de medidas para superar la desigualdad estructural en el ámbito laboral ha venido a desarrollar esta preocupación mundial, sin embargo, desde un punto de vista constitucional, como norma suprema del ordenamiento, no cabe más que cuestionarse si es suficiente con la implantación de la igualdad formal y programática material. Lo que resulta claro es que la maternidad es un estado que exige un trato diferente para poder respetar una auténtica igualdad y, en tal sentido, es más una premisa del principio de igualdad que una excepción de este y que por ello se han de tomar medidas especiales de protección de la maternidad para que las mujeres puedan cumplir su función de madres, sin que resulten marginalizadas del mercado de trabajo⁶³.

Esas medidas especiales como se indicaba antes no pueden suponer el reforzamiento de los roles de género, de tal manera que la excesiva protección a la mujer consolide el relegamiento al hogar precisamente al hallarse más cómoda y protegida por el Estado, sino que de lo que se trataría es de implantar un modelo constitucional que garantice la conciliación de la vida familiar asentada en la base de la corresponsabilidad, de tal manera que tanto mujer como hombre sean igualmente concebidos en las esferas tanto públicas como privadas como sujetos en posición de producir y en posición de reproducirse con todas las consecuencias que ello conlleva.

realizan estas mismas tareas. El porcentaje de hombres y mujeres que dedican al menos varios días a la semana al cuidado o educación de nietos es muy similar, 32% de mujeres y un 33% de hombres.

En el año 2017, la principal razón alegada por las mujeres españolas para trabajar a tiempo parcial como consecuencia del cuidado de personas dependientes es el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de hijos (53,4%), un (3,3%) alega el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de adultos enfermos, discapacitados o mayores, un (2,0%) alega ambos motivos. El (43,4%) de los hombres alega la razón de no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de hijos como principal motivo para trabajar a tiempo parcial. Un (8,6%) de hombres alega no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de adultos enfermos, discapacitados o mayores, un (11,0%) alega ambos motivos.

63 Oficina Internacional del Trabajo, 1996, pág. 42 en “La maternidad en el trabajo: examen de la legislación nacional”, Oficina Internacional del Trabajo, Condiciones de Trabajo 2ª edición, Ginebra: OIT, 2010.

Ese modelo, cuyo propósito, desarrollo, objetivos y propuesta a nivel constitucional son propios de un estudio amplio y con mayor rigor que el presente, a mi modo de ver debería tener en cuenta el objetivo primordial de la superación de la necesidad de que las mujeres deban elegir entre ser madres o desarrollar su carrera profesional en términos de igualdad. En este sentido, son muchas las mujeres que han alcanzado dicho propósito, no lo niego pues soy concedora de cercanos y grandes ejemplos, pero sin embargo, lo que planteo es que dicha elección no suponga cuestionarse como mujer si hay algo en ese desarrollo profesional a lo que se ha renunciado por ser madre y no padre, o simplemente potencialmente madre sin serlo todavía como puede ser haber alcanzado mayor evolución académica, haber promocionado antes, que en el desarrollo del trabajo no se haya sufrido nunca un atisbo de discriminación a menudo obviada por el bien mayor a conseguir, o incluso poder compaginar aficiones o hobbies con el hecho de ser madre, que implícitamente ya conlleva una mínima renuncia a todo ello independientemente de la equiparación al hombre, sin que por intentar compatibilizar trabajo y maternidad se vean agravados en mayor medida que en caso de ser hombre.

Es decir, en términos negativos hablaríamos de un modelo que permitiera a hombres y mujeres verse igualmente perjudicados en el ámbito laboral por el hecho de ser padres y madres, pero estará de acuerdo conmigo el lector (o eso imagino) que ser padre y ser madre no es algo que pueda evaluarse en términos de perjuicio sino en términos de beneficio, y en este modelo por tanto se trataría, desde una visión positiva, de permitir beneficiarse igual a hombres y mujeres de las oportunidades de acceso, promoción y recompensa laboral habiendo decidido ser padres o teniendo la posibilidad de serlo algún día.

Soy consciente de que esta reflexión, influida por el profesor Diaz Revorio cuando analiza la vinculación a los ciudadanos de valores superiores como la igualdad puede llevar necesariamente a concluir que el modelo como tal y planteado frente al poder público es realizable, si no es que se considera ya consolidado con ciertas deficiencias superables, sino que el problema surgiría frente a los sujetos privados, ¿Cómo instaurar o propugnar el valor de igualdad en algo tan necesario como el acceso de la mujer en el ámbito laboral sin un mandato directo legislativo?. Es decir, en esa superación que proponen muchos autores, y a la que me uno, que va más allá del plano normativo y judicial para poder deshacerse de los parches que ha ido generando dicho plano con el fin de soslayar las carencias sociales en torno a la mujer y conseguir que la misma no se equipare al hombre, sino que hombre y mujer sean tratados por igual como sujetos, por derivación de un valor lógico y consensuadamente aceptado por todos.

En este sentido como indica el autor, en los casos en los que «la libertad de actuación (y la libertad de contratación) se coloca frente a un valor superior, habitualmente la dignidad o igualdad, y no existen motivos especiales para dar prioridad a este último valor (como sucede en las relaciones laborales), (...) en realidad lo que se produce es una colisión entre la libertad, que es otro valor superior y la igualdad o dignidad. Tal colisión o enfrentamiento deberá resolverse en cada caso con criterios adecuados; (...) mas en todo caso ya estaríamos ante otro problema que no obsta en nada al principio general de que los valores vinculan negativamente a los ciudadanos si bien esta vinculación puede ceder ante otro bien o valor» (Díaz Revorio, 2018, p.225).

Por ello mismo entiendo que si aún existe el conflicto entre valores superiores de libertad e igualdad en torno a las circunstancias que atañen al ámbito laboral y la situación de la mujer (sin entrar en otras situaciones que pueden abarcar dicha reflexión), y que dicho conflicto aun requiere de un árbitro llamado ley para solucionar el mismo y que la mujer no salga perjudicada, resulta a mi modo de ver claro que elevar las medidas legislativas a rango constitucional no es descabellado hasta el momento en el que sencillamente el conflicto no llegue ni a plantearse.

En dicho modelo de constitución deberían integrarse las obligaciones de garantizar la igualdad en el trato laboral, de oportunidades y promoción, erradicar la brecha salarial, y corresponsabilizar la labor productiva con la del hogar (que no mejorar las condiciones de compatibilización, que al final consolidarán la relegación de la mujer).

Hablamos en conclusión del reconocimiento de un tiempo de reproducción, de «garantizar la plena igualdad de mujeres y hombres en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo reconociendo expresamente que la maternidad/paternidad no puede ser causa de discriminación laboral» (Salazar Benítez, 2017 p.59). Es decir, que el texto constitucional reconozca la necesidad de conciliar el tiempo reproductivo con el trabajo, entre otras cuestiones que se analizarán más adelante.

C) Derechos sexuales y reproductivos

Los derechos sexuales y reproductivos pueden ser definidos como los «derechos de las mujeres y los hombres a tener control respecto a su sexualidad, a decidir libre y responsablemente sin verse sujetos a la coerción, la discriminación y la violencia; el derecho de todas las parejas e individuos a decidir de manera libre y responsable el número y espaciamiento de sus hijos y a disponer de la in-

formación, la educación y los medios para ello, así como a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva»⁶⁴.

Estos derechos, en expansión todavía, han sido plasmados en diversos documentos internacionales en cumbres internacionales de Naciones Unidas como la Convención por la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW, 1979), hasta las Plataformas de Acción como la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena, 1993), Conferencia sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994), y la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer (Beijing, 1995) las cuales registran sucesivos cambios en la orientación del análisis y en las recomendaciones al respecto de dichos derechos.

Son diversas las cuestiones problemáticas que atañen a estos derechos como puede ser el reciente y polémico debate en torno a la gestación subrogada o problemas más arraigados como manifestaciones también de la violencia sobre la mujer como los abusos sexuales, violaciones, trata de personas, prostitución y esterilizaciones forzadas, o mutilaciones genitales, todos ellos susceptibles de un análisis y debate propio entorno a la consolidación de los derechos sexuales y reproductivos.

Sin embargo, y dado que abarcar un análisis profuso de todas las posibles manifestaciones que atentan contra los derechos sexuales y reproductivos excede del presente objetivo de esta exposición, me centraré en el verdadero caballo de batalla en torno al contenido normativo de estos derechos, cual es fundamentalmente el relativo a la interrupción voluntaria del embarazo. Como veremos, se ha conectado con el derecho de autodeterminación del cuerpo y a la hora de interpretar su contenido y alcance en ponderación con los derechos de dignidad, vida y salud.

El 25 de mayo de 2018 en Irlanda, un país de arraigada tradición católica y conservadora y de los últimos europeos que penalizaban el aborto⁶⁵, en referén-

64 En Ciriza (2002) y Conferencia sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994 y Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) además en esta Conferencia se estableció que: No debe promoverse el aborto como un método de planificación familiar.

-Debería reducirse la incidencia del aborto mediante el acceso a la planificación familiar.

-Donde es legal, el aborto debería ser seguro.

-Donde es ilegal, deberían tratarse las consecuencias de los abortos ilegales o inseguros.

-Es preciso y urgente considerar la posibilidad de revisar las leyes que prevén medidas punitivas contra las mujeres que han tenido abortos ilegales.

65 Malta, Andorra y El Vaticano siguen penalizándolo en cualquiera de sus formas.

dum consultó a sus ciudadanos si deseaban despenalizar dicha práctica. Los resultados oficiales confirmaron una victoria arrolladora del 'sí' con un 66,4% a favor, un 33,6% en contra y una participación del 64,1% del censo. En concreto los irlandeses votaban sobre el artículo 40.3.3, conocido como la Octava Enmienda, que fue añadida en la Constitución de la República de Irlanda a través de otro referéndum celebrado en 1983. Esa ley reconocía el derecho a la vida del no nacido, y lo igualaba al de la mujer gestante. Con la victoria del 'sí' y por tanto su derogación, el Parlamento podrá modificar la normativa sobre el aborto a partir de un proyecto de Ley de plazos promulgado por el Gobierno que permitirá que sea libre en las 12 primeras semanas, y bajo el supuesto de riesgo para la salud de la madre o del feto en las 24⁶⁶.

El 9 de agosto de 2018 Argentina, uno de los países con normativas más progresistas en el contexto latinoamericano, votaba en contra de la despenalización del aborto, en esta ocasión no a través de referéndum sino por votación en la Cámara Alta tras una ardua tramitación como proyecto normativo resultando de la votación un número de 38 votos en contra y 31 a favor. Con el resultado de la votación se mantiene la ley vigente que data de 1921 y sólo permite el aborto en caso de violación o riesgo de vida para la madre.

Dos ejemplos muy cercanos en el tiempo y que reflejan la dificultad que aun entraña hallar un consenso por lo menos cuasi universal sobre la cuestión. Tampoco resulta sencillo acudir al derecho comparado en el entorno de países con similares estructuras sociales para poder obtener una respuesta jurídica constitucional, pues la solución a día de hoy es aún dispar. La cuestión ya es compleja cuando hablamos de introducir la despenalización del aborto en las legislaciones y aun más compleja cuando se trata de crear un derecho consagrado.

La CEDAW dijo en una declaración de 2014 que «El aborto inseguro es una de las principales causas de mortalidad y morbilidad maternas. Como tal, los Estados partes deberían legalizar el aborto al menos en casos de violación, incesto, amenazas a la vida y / o salud de la madre o discapacidad fetal grave, así como proporcionar a las mujeres acceso a atención de calidad después del aborto, especialmente en casos de complicaciones resultantes de abortos inseguros. Los Estados partes también deben eliminar las medidas punitivas para las mujeres que

66 Fuente: "Irlanda despenaliza el aborto en un referéndum histórico" disponible en https://www.eldiario.es/internacional/Irlanda-despenaliza-aborto-referendum_0_775522792.html [Última consulta: 11 de agosto de 2018].

se someten al aborto»⁶⁷. Esta recomendación dirigida a los Estados parte y reflejo del sentir general internacional ha sido acogida en las legislaciones nacionales de distinta manera.

Así, son tres las posturas mantenidas por las legislaciones nacionales respecto a la mayor o menor despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Aquellos que han optado por la despenalización del aborto bajo un sistema comúnmente de plazos o mixto con supuestos⁶⁸ como es el caso de España regulado por la Ley Orgánica 2/ 2010⁶⁹ y las que penalizan el aborto en cualquier caso y aquellos con excepciones relativas al grave riesgo de la madre o en caso de violación⁷⁰.

Doctrinalmente podríamos hablar de aquella postura que defiende el aborto libre, condicionado temporalmente a la viabilidad del feto fuera del seno materno, defendiéndose en este caso la autonomía personal de las mujeres y en casos como el de España relacionándolo con la protección de la salud. Aquellas posturas que dan valor a la protección de la vida negando la consideración de que el mismo deba ponderarse con otros derechos como la autodeterminación sobre el propio cuerpo de la mujer, y aquella postura intermedia, equidistante con ambas, que sostiene que existe un conflicto de derechos al que se debe dar una solución concreta a cada caso (Gómez Fernández, 2017, p.176).

Todas las posiciones encuentran un sustento racional en los textos constitucionales y lo cierto es que la ambigüedad con la que el derecho a la vida es formulado en estos textos⁷¹ abre la puerta a la defensa natural de la penalización del aborto

67 «Statement of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women on sexual and reproductive health» (Traducción en: https://es.wikipedia.org/wiki/Legislaci%C3%B3n_sobre_la_pr%C3%A1ctica_del_aborto_en_el_mundo)

68 Casi la totalidad de los países europeos y de la órbita soviética con las excepciones señaladas y en el contexto Americano Estados Unidos dependiendo del Estado, Canadá, México en algún caso como Ciudad de México, Guyana, Puerto Rico, Cuba, Uruguay.

69 Actualmente pendiente de resolución del Recurso de Inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular frente algunas de las disposiciones de la norma.

70 En el contexto Europeo Malta, Andorra y Vaticano y en el contexto americano El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua y República Dominicana bajo ninguna circunstancia, para salvar a la madre y alguna otra circunstancia Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela.

71 El Consejo de Estado español emitió un dictamen sobre el por aquel momento Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo posterior ley orgánica 2/2010 aludiendo a los problemas de ambigüedad del concepto que merece la pena reproducir pues se define de manera muy esclarecedora la cuestión: «El problema de la constitucionalidad de la interrupción volunta-

sustentada por la interpretación legal y jurisprudencial que puede darse a concep-

ria del embarazo tiene su raíz en el propio artículo 15 de la Constitución donde se declara que “Todos tienen derecho a la vida”, dada la ambigüedad de los dos términos clave: “vida” y “todos”.

En cuanto al primero de los términos, sabido es que, en la actual situación de la ciencia, es harto polémica la determinación de su comienzo. Así, ya en 1998, el Grupo Europeo de Ética de las Ciencias y de las Nuevas Tecnologías de la Comisión Europea consideró enfrentadas dos grandes concepciones: la que estima que el embrión no es un ser humano y por ende no merece una protección ilimitada y aquella otra según la cual el embrión goza del estatuto moral de todo ser humano y debe, por lo tanto, beneficiarse de una amplia protección. La confrontación entre ambas tesis - en sus formulaciones más radicales- ha continuado hasta hoy y, sin duda, lastra el planteamiento de la constitucionalidad del anteproyecto consultado. Por ello, desde un punto de vista jurídico, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos -cuya jurisprudencia es importante criterio hermenéutico de nuestra propia interpretación constitucional sobre la base del artículo 10.2 de la Constitución- en la Sentencia de 8 de julio del 2004 (TEDH 2004/52 caso Vo contra Francia), tras hacer un balance de su jurisprudencia anterior sobre la cuestión, concluye que “el Tribunal observa que la cuestión de la naturaleza y del estatuto del embrión y/o del feto no es objeto de consenso” (par. 84) y nuestro propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, más adelante largamente comentada, afirma que la vida “es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas” (fundamento jurídico 5).

Respecto del sujeto “todos”, al que se atribuye la titularidad del derecho, baste recordar los avatares del proceso constituyente en el que la primera versión del texto que incluía el “todos” (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, de 5 de enero de 1978, p. 671), fue modificada y sustituida por el término “persona” en el trámite de enmiendas (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, de 17 de abril de 1978, p. 1530) y consiguiente Anteproyecto presentado a la Comisión competente del Congreso, para ser de nuevo modificada en el Pleno de la misma Cámara, volviéndose a la primitiva expresión de “todos”. De este último debate (en el que, dicho sea de paso, se detecta una confusión entre los términos alemanes “jeder”, empleado en el artículo 2.2 de la Ley Fundamental y “alle”), resultó claro -aunque no expreso- que la voluntad del Constituyente o, al menos, de su intención, era cerrar el paso a una normativa abortista al considerar que “todos” y no “persona” comprendía al “nasciturus” al que así se atribuía el derecho a la vida (Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, de 6 de julio de 1978, p. 3952 ss.).

Sin embargo, del posterior debate en el Senado, resultó no menos claro que el “todos” se refería a todas las personas en el sentido más restringido que, de acuerdo con el concepto civil, se había dado por supuesto en el Congreso (Diario de Sesiones, Senado, Comisión, de 24 de agosto de 1978, p. 1807 y ss.). Interpretación que se vio fortalecida cuando se añadió a la integridad física -inherente a la vida- la integridad “moral” que no se puede predicar de los “nascituri”, sino solo de los nacidos. La interpretación de que el término “todos” empleado por el artículo 15 de la Constitución significa “todas las personas” viene avalado además por una interpretación sistemática, dado el expreso tenor de otros artículos de la Constitución como es el caso de los artículos 27, 28 y 31, en los que el término “todos” -como único sujeto- aparece como sujeto titular de derechos que solo a los nacidos pueden corresponder -como la educación y la sindicación- o de deberes que también solo son predicables de los nacidos -los deberes fiscales-. Los artículos 17 y 24 de la Constitución -en los que se dice “todas las personas”- confirman esta interpretación.

Por ello, a la altura del tiempo presente, el intérprete debe trascender los polémicos planteamientos gramaticales e históricos del citado artículo 15 -agotados cuando no estériles- y atenerse a la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional. Dicha doctrina fue establecida fundamentalmente en la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, cuyas consideraciones iniciales (fundamentos jurídicos 1 a 11) son tesis de alcance general, según ha reafirmado el propio Tribunal Constitucional, en esa misma Sentencia (fundamento jurídico 8) y en las ulteriores 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio.

No corresponde a este Consejo enjuiciar ni, menos, aún revisar dicha doctrina constitucional, aunque sí interpretarla y, ateniéndose a ella, como exige el artículo 164.1, in fine de la Constitución, evacuar la con-

tos como el nacimiento de la vida, derechos del nasciturus etc. Sin embargo, intentar recurrir a una interpretación sobre un derecho en la mayoría de los casos indefinido constitucionalmente como son los derechos sexuales y reproductivos resulta sumamente más complejo, si además entre ellos se quisiera dar cabida al aborto, entre otras cuestiones que resultan menos complejas⁷². Esta circunstancia se refleja en las constantes y diversas interpretaciones que dan los tribunales al respecto, sustentada a menudo por una falta de constancia legislativa, a menudo vapuleada por intereses electoralistas, lo cual lleva a replantarse que el objeto de la discusión deba ser retirado de las manos del legislador para dar una respuesta constitucional. Ello es complicado, desde luego, pues dicha labor requeriría de un consenso mayor que el legislativo y que no se corresponde con la realidad social, la cual cada vez que se suscita la cuestión pone de manifiesto la controversia existente.

La constitucionalización de los derechos reproductivos y sexuales entre los que podría llegar a incluirse la interrupción del embarazo puede partir de su vinculación al derecho a la salud y su innegable conexión con la vida e integridad física⁷³. Los procedimientos seguros de aborto reducen muertes, complicaciones físicas y psíquicas posteriores así como la propia orfandad de niños y niñas por causa de abortos inseguros⁷⁴, es por ello que el aborto seguro se halla necesariamente ligado al derecho a la salud como derecho instrumental de la vida e integridad física.

sulta que el Gobierno le formula.» Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2009-1384> [Última consulta 18 de agosto de 2018].

72 La Constitución española no contempla como derecho fundamental los vinculados a derechos sexuales y reproductivos.

En América Latina, «los derechos sexuales y reproductivos se encuentran reconocidos, expresamente como tales, por la Constitución de Ecuador. Las constituciones nacionales de Argentina, Brasil, México, Perú, Venezuela y Paraguay consagran el derecho a decidir sobre la planificación familiar, la elección de métodos de anticoncepción y el espaciamiento entre los hijos». (Bermúdez Valdivia, 2008.p108 cita al respecto a CLADEM. Diez años de avances legales después de El Cairo. Junio 2004. Lima-Perú, p. 17.

73 Tesis mantenida por Gómez Fernández (2017, p.182) explicando que ello concordaría con la relación existente entre la protección de la salud como derecho prestacional para garantizar la vida e integridad física tal como ha podido declarar el Tribunal Constitucional español (STC 139/2016) o en el contexto europeo haciendo mención a la Resolución 107/2008 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa cuando proclama el derecho de todo ser humano, incluidas las mujeres, al respeto a la integridad física y libre disposición de su cuerpo. En este sentido la elección de recurrir al aborto debería contar con los medios que garantizarasen este derecho.

74 En la actualidad se estima que 211 millones de embarazos ocurren cada año y cerca de 46 millones de estos terminan en abortos inducidos, de los cuales aproximadamente sólo el 60 por ciento se realizan bajo condiciones seguras, por lo que el aborto inseguro es la tercera causa de muerte materna debido a sangrado constante y sepsis. Se estima que 100 mil muertes maternas pueden evitarse cada año si las mujeres que no quieren tener hijas e hijos pudieran usar anticonceptivos efectivos¹. Además, las complicaciones relacionadas con el embarazo son la principal causa de muerte entre las niñas de 15 a 19 años en todo el mundo (Vázquez y Caba 2009, p.77).

Sin embargo y bajo una nueva conceptualización, además también debería venir de la mano de la vinculación con el derecho de igualdad, dignidad humana y libertad.

Valenzuela Oyaneder y Villavicencio Miranda (2015, p.20) teorizan sobre esta propuesta apelando a la lógica Kantiana. De este modo cuando se piensa en la libertad de las mujeres para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos se vulnera «el imperativo categórico que ordena que debemos utilizar nuestra humanidad (nuestra naturaleza racional que es nuestra capacidad para establecer y perseguir fines a través de la razón) ya sea respecto de uno mismo o de cualquier otra persona, siempre como un fin, nunca simplemente como un medio». Así la criminalización del aborto sosteniendo que ello no vulnera la igualdad y la dignidad de las mujeres «vulnera el referido imperativo categórico por cuanto se están utilizando las capacidades reproductivas de las mujeres, en ausencia de sus voluntades, como un medio para perpetuar estereotipos de género que los benefician».

Ciertamente, cuando se debate la introducción de la legislación despenalizadora del aborto se hace sin tener en cuenta este aspecto, así en 1985, cuando en España se debatía la ley que estableció los “abortos tolerados” (para evitar el peligro serio para la vida o salud de la madre, cuando el embarazo era resultado de una violación y cuando el feto tenía problemas serios físicos o discapacidades mentales), el Tribunal Constitucional (STC 53/1985) declaró la constitucionalidad del derecho a acceder a estos por alguna de las causas permitidas, precisamente basándose en la noción de “autonomía individual”, según es formulada por el derecho constitucional a la dignidad humana y el derecho para el libre desarrollo de la personalidad de cada uno, el derecho a la integridad física y moral, el derecho al honor, a la privacidad y a la propia imagen y la libertad de pensamiento o creencia. La igualdad no se mencionó como derecho a tener en cuenta, la sociedad no estaba preparada para tener en cuenta la incidencia en la vida de la mujer más allá de su salud, vida o integridad. En términos Kantianos la mujer seguía siendo un medio y no un fin.

Facio Montejó (2005, p.118) sostiene que en el impedimento de ejercer un derecho sexual y reproductivo como es el aborto no se está tratando por igual a mujeres y hombres pues se impide a las primeras ejercer como «agentes morales que pueden adoptar las decisiones que estimen convenientes para vivir una vida digna, entre las cuales se cuenta el control sobre el propio cuerpo». Bajo esta reflexión debe aclararse que la idea fundamental de la controversia y de la reivindicación a tener en cuenta es que no se trata de prohibir ni permitir sino de dar la opción de elección, la opción de desarrollar plenamente la capacidad de decisión

al igual que lo hacen los hombres. Esa capacidad de opción curiosamente a menudo redundante en que las propias convicciones de las mujeres en su autonomía de elección acaban operando a favor de la no interrupción del embarazo, resultando que en aquellos casos donde es penalizado se realiza igual o más a menudo que cuando no lo es, es decir, no se confía en la mujer a la hora de tomar una decisión así, no se cuestiona que el derecho de opción no implique la opción siempre abortista. Se puede reivindicar la capacidad de poder decidir, la igualdad, la preservación de la salud, la dignidad como mujer y en el momento de elegir no optar por llevar a cabo la práctica y apostar por otros valores.

Es por ello necesario que de llegar algún día a constitucionalizarse los derechos sexuales y reproductivos no solo deberían vincularse con otros como la salud y la integridad física sino también con la igualdad, relacionada con la libertad de los individuos, pues hasta ahora no se ha venido reclamando en este sentido, y puede ser ello el empuje que determine la consolidación de lo que hasta ahora, examinado desde otro punto de vista, no ha conseguido arraigarse en el pensamiento jurídico constitucional.

Esta interpretación puede llevarnos a enlazar estos derechos con los referidos a la protección de la maternidad- como al referido en el ámbito laboral como derecho específico- y a la maternidad libremente decidida ligada al reconocimiento del derecho a elegir la interrupción del embarazo. El derecho a la interrupción del embarazo como una manifestación de los derechos sexuales y reproductivos vendría innegablemente reconocido dentro de unos límites que el legislador determine y que en ningún caso suponga la regulación del aborto como un método de planificación familiar.

Resulta claro que el derecho constitucional a la salud sexual y reproductiva, incluyendo el aborto, tiene una carga simbólica, valorativa e ideológica importante y dar el paso de constitucionalizarlos no es fácil. Desde luego deben ponderarse otros derechos y valores en juego, pero no dar el paso tampoco parece razonable teniendo en cuenta que el legislador y el intérprete han ido y van siempre a ciegas para poder desarrollar estos derechos. Es un hecho, independientemente de la opinión que se tenga al respecto, que no querer dar forma legal o como aquí se pretende constitucional a los derechos sexuales y reproductivos, no hará que dejen de existir socialmente los problemas que se intentan proteger con su creación.

Obviamente, dado que el objetivo de esa constitucionalización de los derechos sexuales y reproductivos entre los que se incluiría la interrupción voluntaria del embarazo debe ser puesta en relación con los derechos de salud e igualdad en última instancia y no como un derecho a un nuevo método anticoncepti-

vo. Dicho proceso debe ir acompañado de políticas que prevengan precisamente los problemas que se suscitan entorno a ellos, así, en lo que se refiere al aborto, la educación, los medios de facilitación anticonceptiva y concienciación juegan un papel fundamental a la hora de llevar a un plano concreto los derechos sexuales y reproductivos. Resulta igual de importante ser conscientes de la necesidad de reconocer la capacidad decisoria de la mujer sobre su cuerpo tanto como alcanzar la situación en la que dicha opción no tenga cabida por no ser necesario su ejercicio, cuestión esta última sobre la que sí podemos asegurar un mayor consenso.

IV. Un nuevo pacto constituyente: la perspectiva de género como base de la nueva formulación del orden constitucional

La exposición que nos ha traído hasta aquí pretende dar una respuesta al interrogante que plantea la posibilidad de crear un nuevo orden constitucional con una nueva perspectiva, hasta ahora, como hemos podido ver, inédita, con perspectiva de género.

En los orígenes del constitucionalismo a la mujer se le negó la humanidad propia que los textos iniciales implicaban para cada sujeto, negando cualquier consideración femenina en ese nuevo orden. Hemos podido ver como en los inicios de la construcción de dicho pacto a la mujer se le descarta como ser racional, acogiéndose la teoría de Rousseau. Cuando fue descartada como ser racional no pudo participar en la creación del pacto ni en los grandes conceptos unidos a él como la soberanía, el pueblo o la democracia y lo más importante, en la declaración de derechos creados para hombres, en su inicio blancos y propietarios.

Como la mujer no pudo participar se la excluyó de manera automática del espacio público relegándola al espacio privado, ajeno al sistema, y cuando por fin pasó a ser considerada un ser racional, conquista propia del estado social, no se revisaron los grandes conceptos para incluirla, sino que se parchea el orden constitucional para adaptarlo a las nuevas circunstancias, lo cual deviene en la fragilidad de éste. La renovación del pacto social entre sujetos llevada a cabo en esta fase no supone una creación *ex novo* de dicho pacto en el que mujeres y hombres partirían de la misma casilla de salida, sino que la mujer vino a adherirse en marcha a ese tren llamado constitucionalismo, y en fin, a los cambios en la construcción del sujeto político constitucional. Tras esta etapa, las mujeres siguen sin ser tenidas en cuenta en las declaraciones de derechos que ahora si incluían a los hombres no blancos y no propietarios. La Declaración Universal de derechos humanos tuvo vocación universalista como su propio nombre indica, pero lo cierto

es que la discriminación particular de la mujer y la desigualdad fáctica no se tuvo en cuenta, prueba de ello es que tuvo que hacerse una expresa Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer.

La mujer parte ahora en términos de igualdad con una desventaja clara, debido a la carga que ha soportado en la carrera por alcanzar los derechos que fueron en su momento asignados a los hombres. En este contexto como no parece racional negar a los hombres durante unos cien años su humanidad (por no hablar de la historia previa al constitucionalismo) y otros cincuenta sus derechos civiles y políticos a fin de igualar esa carrera o frenar el tren en marcha, sobre todo porque el sexo jamás debería ser motivo de diferenciación sea de un lado o del otro, la solución parte de crear un nuevo pacto constituyente, o desde la reforma crear de nuevo conceptos de carácter definitorio del orden constitucional, teniendo en cuenta que para dicho pacto desde luego participen por igual hombres y mujeres⁷⁵.

La consolidación de un texto constitucional teniendo en cuenta esa circunstancia se hace imprescindible para librarnos de esa carga que nos impide alcanzar la meta a la vez que los hombres o por lo menos con los mismos medios. Ello sólo se consigue exigiendo la igualdad desde la desigualdad que la realidad social, jurídica y política ha exigido a la mujer durante tanto tiempo. Debe señalarse al respecto que esta propuesta como así se ha tratado de exponer a lo largo de este trabajo, se trata de una propuesta transversal y no concreta sobre una Constitución determinada, si bien la inspiración de muchos de los conceptos deviene del caso español, pero no siendo excluyente de otros Estados donde habrá conceptos más superados en este objetivo y viceversa.

75 En el caso español, por ejemplo, debe tenerse en cuenta que de las 5000 candidaturas presentadas a las elecciones para formar el Congreso de los Diputados solo 653 fueron mujeres, un 13 % respecto a 5000 candidaturas de las cuales, un 6% salieron electas, 21 diputadas, de 350. En el Senado de 207, 4 fueron mujeres. Ninguna fue portavoz de los grupos parlamentarios ni integro las Comisiones de economía, mercado, comercio y turismo, interior, presupuestos y tan solo una, a petición propia lo hizo en la Comisión sobre la Constitución, la diputada de Unión Centro Democrático Teresa Revilla López. Ninguna Diputada fue ponente de la Comisión en la que participó (Comisión de disminuidos físicos y mentales, tercera edad, educación y cultura, peticiones, centros penitenciarios y en el Senado, comercialización de productos agrarios y situación del niño. Sevilla Merino, (2006, pp. 81-194) realiza un análisis sobre la composición de las Cortes constituyentes y las variables que afectaron a la puesta en debate de reivindicaciones feministas. En concreto analiza (p.90) la valoración que sobre la adscripción de la mujer a las temáticas referidas. En la actual legislatura, la XII, en el Senado hay 98 mujeres de 266 senadores (37 %) y en el Congreso de los Diputados 146 son diputadas de 350 (41,7%), cifras cercanas a la paridad que requeriría un pacto constitucional que incluya la visión de las mujeres, en términos reales, sea cual sea esa visión como antes se indicaba en el apartado referido a la representación y acceso a cargos representativos.

Si bien, como hemos podido observar, principalmente en el caso español, el legislador y los tribunales han ido a lo largo de los últimos años introduciendo disposiciones e interpretaciones tendentes a superar la desigualdad fáctica, con los mimbres que ofrece la Constitución (en el caso español art. 9.2, 10, 14 y 23), sin embargo debemos ser conscientes de que ni el legislador ni la jurisprudencia son capaces de crear derechos, limitándose a crear nuevas interpretaciones cambiantes en el tiempo así como medidas concretas oscilantes al cambio político las cuales se basan en derechos ya existentes y a menudo incompletos.

La consagración constitucional no parece descabellada cuando, dejando a un lado discrepancias propias en asuntos concretos (como pudiera ser la interrupción del embarazo como el más polémico y que a mi modo de ver requiere aún de más consolidación legislativa), existe un consenso de magnitudes constitucionales en torno a la superación de las deficiencias que pueda sufrir todavía la mujer derivadas de la formulación constitucional de conceptos y en fin, de la igualdad de mujeres y hombres.

Todos los conceptos constitucionalmente revisables de manera concreta por afectar al espacio de la mujer en la sociedad derivan de una necesaria reconceptualización de la igualdad entre otros aspectos. Una igualdad que debe partir de la previa desigualdad pero que en su reformulación no consolide bajo ese pretexto situaciones que en última instancia perjudiquen a la mujer, como hemos podido ver con ciertas acciones positivas en el ámbito laboral. En la búsqueda de ese concepto opino que el mismo debe partir de la idea de que mujeres y hombres somos iguales, y no que las mujeres somos iguales a los hombres, somos diferentes, pero iguales, lo que implica que no se suponga un trato igual, sino que se trate como iguales a hombres y mujeres.

Todo ello implicaría la reformulación del texto constitucional con perspectiva de género allá donde ello sea aún necesario o donde pueda mejorarse, en toda la estructura y contenido de éste, siendo una propuesta humilde aquella que se refiere a:

a) La consolidación de un **principio de igualdad plena de hombres y mujeres estableciendo un derecho desigual igualatorio**, concibiendo a la norma de tal manera que no consista en adoptar las medidas que reequilibren la situación previa equiparando a las mujeres con los hombres, sino que **la norma ya se tome como un derecho desigual igualatorio**. En aquellos textos donde existiera ya el mandato programático para reequilibrar esas situaciones, como en el caso español el artículo 9.2, se vería reducido al papel que realmente tiene asignado

que no es otro que el de ocuparse de casos concretos en los que se detecte que no hay igualdad y no de forma sistémica en el caso de las mujeres. Conceptos como acciones positivas o discriminación inversa o bien ya no tendrían uso o bien solo sería puntual a favor de grupos de ciudadanos muy concreto.

b) **El establecimiento de la democracia paritaria** de tal manera que en los órganos decisorios exista una paridad que consolide la representación del cien por cien de la población en los términos y fundamentos ya reseñados, ello siendo imperiosamente necesario como principio básico constitucional del cual derivaría el pleno desarrollo de la democracia y del concepto de pueblo como sujeto político inclusivo de todos los propios de una sociedad, incluyendo de manera expresa a la mujer.

c) La **revisión de los derechos consagrados** que afecten, sin vocación de numerus clausus, claro está, a la posición de la mujer en la constitución y sus derechos (como ya se ha mencionado allá donde ello sea necesario, si bien entiendo que incluso en aquellos textos donde la legislación que desarrolla los mismos y la jurisprudencia que lo interpretan hayan superado dichas deficiencias, pues como se indicaba al inicio de este trabajo, la Constitución es el reflejo de la sociedad y una fuente de valores cuasi congelada respecto a los cambios sociológicos y políticos, lo que hace relevante la creación y/ o consolidación es estos aspectos:

- Al derecho de familia como el matrimonio igualitario y el divorcio libre⁷⁶, la igualdad en el ejercicio de la patria potestad y tutela, cuestiones que no he entrado a analizar, pero también fundamentales, aunque en algunas sociedades ya se dé por consolidado, y sobre todo a la reconceptualización de las corresponsabilidades en relación al cuidado de descendientes y dependientes.
- A la protección de la maternidad como fin de interés público y no propio de la mujer, de modo que ello no relegue a la mujer al hogar ni limite su acceso al empleo y su pleno desarrollo social, así como a la opción de maternidad.
- La igualdad de trato en el trabajo de hombres y mujeres consagrado en una igualdad de oportunidades no solo como acción pública sino impuesta a la acción privada dentro de ese valor de derecho desigual igualatorio cuando fuera necesario.

76 En la Constitución de 1931 así se dispuso como una manifestación de la igualdad tanto en el matrimonio como para su disolución, si bien llegado el constituyente de 1978 se decidió dejar en manos del legislador. Hasta 1981 no se aprobó la Ley de Divorcio, que aun así, exigía causa, acreditar un año de no convivencia y otro año de separación judicial para poder obtener el divorcio. Hasta 2005 no se estableció el divorcio libre, sin consentimiento del otro cónyuge o de mutuo acuerdo.

- La creación y consagración aun inédita, especialmente en el caso español, de los derechos sexuales y reproductivos de hombres y mujeres con especial protección a aquellos inescindiblemente conectados a la mujer bajo un equilibrio con el resto de valores y derechos, en el sentido antes propuesto.
- El reconocimiento del derecho a una vida libre de violencia para todos, pero en particular para mujeres y niñas como complemento al derecho a la vida y no sufrir tratos degradantes e inhumanos, así como a la propia dignidad humana como principio inspirador de la norma. No se trataría de una creación *ex novo*, pero si de un refuerzo conceptual del principio que implique el reforzamiento la adopción de medidas para superar la violencia sistémica hacia la mujer.

d) Un cambio de lenguaje en los términos que utiliza la Constitución con el fin de apoyar nuevos conceptos constitucionales

Con el fin de facilitar la consolidación del nuevo orden constitucional y superar deficiencias arraigadas desde el origen de los primeros textos constitucionales, el lenguaje que en éstos se utilice resulta determinante para ese fin, como elemento que diferencia a la humanidad del resto de los seres vivos del planeta y como vehículo del pensamiento humano, como elemento identitario en las personas y los grupos pues un lenguaje que no responde a la identidad de las personas y cosas, no designa la realidad (Balaguer Callejón, 2007, p.79)⁷⁷.

El origen del texto constitucional a menudo delata en su redacción la masculinización de la que están dotadas muchas de las definiciones constitucionales. En un momento inicial la utilización del vocablo 'hombre' excluía sin tapujos a la mujer en las formulaciones constitucionales de conceptos determinantes de ese nuevo orden como hemos podido ver en las primeras Declaraciones. Más tarde se incluyó a la mujer de manera indirecta con el llamado género masculino no marcado designando con él tanto a mujeres como hombres y suscitando la polémica que en este momento se halla más viva que nunca.

Respecto al género masculino no marcado apunta la citada autora Balaguer Ca-

⁷⁷ La autora en referencia a otros autores que escriben desde el punto de vista psicoanalista del lenguaje indica que la relación entre lenguaje y pensamiento, atribuyéndole un importante papel en la formación del inconsciente. «En la medida en que la comunicación se concibe por el psicoanálisis como una señal, la decodificación de sus contenidos exige un papel activo en su proceso de intelección. El lenguaje se percibe por el psicoanálisis como un modo de comunicación cuyo significado muestra la relación con el subconsciente, y crea una relación de identificaciones simbólicas, capaces de relacionar al sujeto con el mundo».

llejón (2007, p.81) como significado de éste: «en español para todo sustantivo, que es masculino o femenino desde el punto de vista gramatical, la forma masculina prevalece siempre que deba concordar una unidad lingüística cuyo género no esté marcado de modo inherente o cuando concurren ambos géneros gramaticales . En todas las lenguas se encuentra una tendencia a llenar de simbolizaciones sexuales los elementos naturales de la experiencia. Y a su vez determina la organización de la diferencia sexual de la manera en que hoy se representan en la mayoría de los idiomas que conocemos. Ahora bien, la lengua no es en sí misma sexista, sino el uso que de ella se hace. La mayor parte del sexismo es social. Y esto parece ser un hecho universal.» Para la autora la indistinción para designar indistintamente hombres y mujeres tiene una consecuencia inmediata, de concebir y conformar una realidad en la que solo cabe uno de los géneros, el masculino, creando con ello una falsedad social consecuencia de la formación histórica de una estructura de dominación, en la que el lenguaje coadyuva al sistema de dominación patriarcal.

Dando otra postura al respecto, Díaz Revorio (2014, p.80) indica que «es claro que el lenguaje sexista debe erradicarse del uso administrativo, y que es positivo el fomento del lenguaje no sexista en todos los ámbitos. (...) Sin embargo, de todo lo anterior no se deduce en modo alguno la necesidad de desdoblar los géneros para incluir a las mujeres, ya que en nuestro idioma el masculino, como género no marcado, es inclusivo y su uso no es sexista. Y cuando lo que interesa es la visibilidad de la mujer, nuestro idioma ofrece muchas otras alternativas»⁷⁸.

Ciertamente estos dos autores resumen las ideas contrapuestas que puede suscitar la cuestión del uso del genérico hombre, pero en lo que si concuerdan ambos y representando igualmente al resto de la doctrina es que las normas jurídicas necesitan una formulación clara y precisa. Es necesario que el lenguaje jurídico exprese con claridad y precisión sus exigencias normativas y la posibilidad de elaborar un lenguaje comprensivo de las diferencias de género en el derecho que a su vez deriva de las propias exigencias de una técnica jurídica correcta.

⁷⁸ Hace referencia el autor como ejemplo al *Informe sobre el lenguaje no sexista en el parlamento europeo* el dispone que «la utilización de los dos géneros gramaticales o desdoblamiento («los ciudadanos y las ciudadanas de la Unión Europea») puede evitar la ambigüedad del uso del masculino genérico, si bien conviene recordar que lo que puede constituir un recurso admisible en el lenguaje oral no siempre resulta apropiado en documentos de carácter formal. Sólo cuando la oposición de sexos es un factor relevante en el contexto, es necesaria la presencia explícita de ambos géneros: «La proporción de alumnos y alumnas en las aulas se ha ido invirtiendo progresivamente», en otros casos es recomendable utilizar alternativas como las mencionadas más arriba». Tales alternativas son: sustantivos genéricos y colectivos, perífrasis, construcciones metonímicas, uso del imperativo, estructuras con «se», formas no personales del verbo, utilización de determinantes sin marca de género u omisión del determinante en el caso de sustantivos de una sola terminación.

En consonancia con esta posición, no se trataría de complicar las expresiones ni de faltar a la economía del lenguaje apostillando cada uno de los términos formulados en masculino⁷⁹, sino de flexibilizar la referencia a la mujer en ciertos usos lingüísticos evitando el genérico hombre cuando no sea tal, y con ello se invisibilice a la mujer (Márquez, 2013, p.145), como por ejemplo cambiando hombre por humanidad, personas o similares, o sí también, cambiando el genérico hombre por ambo géneros exclusivamente cuando ello implique la sistematización de valores, principios u otras formulaciones con igual relevancia, excluyendo el desdoblamiento sistemático para el resto de cuestiones en el que el uso del lenguaje español hace su función.

Valga de ejemplo de la necesidad de no obviar determinadas inclusiones del hombre genérico en el que la mujer no necesariamente está incluida: En 1883, Aletta Jacobs⁸⁰ solicitó ser incluida en los censos electorales holandeses porque como *residente*, tenía derecho al voto. El Alto Consejo (Hoge Raad) determinó, dando por zanjada la cuestión, que en el término no se hallaban incluidas las mujeres. En 1957 en Suiza algunas de las habitantes del cantón de Vaud reclamaron su inclusión en el censo, alegando que la ley que regulaba el sufragio en su artículo 25 utilizaba términos como *touts les Suisses* (todos los suizos) y que en el uso común y legal el masculino abarcaba el femenino, interpretación que el Tribunal Supremo Federal suizo negó. Ello propició que en el momento de constitucionalizar el derecho a voto la Constitución Suiza fuera pionera en decir que el derecho a voto es de los suizos y las suizas tras haber reconocido el voto a las mujeres en 1971⁸¹, si bien, sirva también de ejemplo de lo que se quiere aquí expresar, una vez incluido un desdoblamiento evitando el genérico hombre en este principio fundamental co-

79 Véase la discusión en torno a la propuesta política en España para incluir un lenguaje incluyente en la Constitución sobre las distintas posturas mantenidas al respecto y sobre todo en torno al desdoblamiento en Cañas, G. (31 de julio de 2018), Si, es verdad, la Constitución sólo tiene madres, ¿y?. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2018/07/30/opinion/1532977615_464186.html?rel=str_articulo#1534611373788 [Última consulta 18 de agosto de 2018]

En contraste, y respuesta al artículo escrito por Cebrian, J.L (23 de julio 2018), La gramática y la corrección política. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2018/07/20/opinion/1532103033_378221.html [Última consulta 18 de agosto de 2018].

80 Feminista, médica y pionera en los derechos de la mujer lideró la Asociación para el Voto de la Mujer en 1903 hasta que en 1913 la mujer pudo votar en Holanda por primera vez.

81 En aquel momento era el artículo 74 y en el actual texto de 1999, con igual contenido y alguna matización, el artículo 136: «Todos los Suizos y Suizas mayores de 18 que no estén impedidos por causa de enfermedad o retraso mental, tienen derechos políticos a nivel federal. Todos tiene los mismos deberes y derechos políticos» Más tarde como se ha mencionado utilizara el 'todos', 'ciudadanos', 'los votantes' etc. Disponible en versión castellana en <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ch/ch191es.pdf> [Última consulta 18 de agosto de 2018].

mo es el democrático, otras de las formulaciones del texto no desdoblán el género pues no es útil, necesario ni práctico para el fin que ello implica.

En este sentido, es importante determinar cuando es necesario evitar el genérico hombre como forma de crear realidades que calen en el resto de configuraciones sociales y normativas (principio democrático, configuración del 'pueblo', designación de sujetos de derechos como la igualdad inspiradores de muchos otros etc.), y a su vez saber cuando ello no aporta nada a la causa sino redundancia, inutilidad práctica y falta de claridad o sencillez, de tal manera que se encuentre un término medio racional, y no a menudo demagógico como se plantea en las instancias políticas.

V. Una breve reflexión conclusiva

A lo largo del presente trabajo se han ido definiendo las conclusiones y objetivos de la exposición que pueden resumirse en el hecho de que la mujer encuentre el espacio que en su día le fue negado bajo la construcción de un concepto de mujer relegada al ámbito privado, sin razón y cargada de emoción, donde la ley imperó sobre la naturaleza y desde entonces la carrera por destruir esa conceptualización ha perdurado hasta hoy en día en el que con orgullo podemos decir que hemos superado ese relegamiento conceptual pero con tristeza pues son muchas las reminiscencias de ese pasado que aún deben superarse.

La búsqueda de ese espacio se ha contemplado de manera pausada pero constante a lo largo sobre todo del último siglo, pero como ya se apuntaba, esa marcha constante se hace más pesada cuando se parte de una situación de desventaja o con una carga previa, determinando entonces que la carrera por alcanzar al hombre sea más complicada. Entender y asumir este hecho es lo que debe impulsar al constituyente a crear nuevos conceptos o reformar aquellos que consoliden esa carga y no permitan a la mujer liberarse de ella para alcanzar la plena igualdad. El orden constitucional tiene la capacidad de crear valores, principios y reglas de inspiración debidas en las relaciones jurídico-sociales, por lo que no puede obviar la necesidad de consolidar un cambio en estos términos. Cambio al que hemos dado en llamar constitucionalización con perspectiva de género en los términos ya indicados, y que encuentra su primer escollo en la determinación de qué debe constitucionalizarse y una vez determinado, cómo debe constitucionalizarse.

En este sentido no existe un manual de instrucciones que indique a cada Estado y sociedad, teniendo en cuenta sus circunstancias, cómo consagrar preceptos

relacionados con la posición de la mujer pero ciertamente, tras realizar un estudio de la legislación internacional, nacional y doctrina son muchas las cuestiones que ya han sido objeto de debate, en muchos casos de consagración normativa y jurisprudencial y otros de consenso social, y que deben orientar al constituyente en la formalización de todas ellas.

No redundaré más en los aspectos que se han considerado en este trabajo como determinantes del cambio propuesto, pues ya ha quedado expuesto, pero si quisiera hacer hincapié en el hecho de que por supuesto no se agotan en lo aquí relatado y tampoco en su contenido y profusión, pero si que creo que pueden inspirar el cambio de manera transversal en los textos constitucionales conocidos, sin perder de vista la cultura, idiosincrasia y factores sociales a tener en cuenta en cada una de las sociedades en la que se planteen estos cambios, si bien entiendo que deberían ser universales, requieren de una puesta en contexto.

Para finalizar, quisiera poner de manifiesto que, aunque quizá no se aporte nada nuevo con esta exposición a la lucha de la mujer por encontrar su espacio, pues son muchos los compañeros que ya han tenido ocasión de propugnar cambios al respecto y de cuya inspiración me he valido, no he querido dejar de tener la oportunidad de sentir el orgullo de poder aportar un pequeño granito de arena a este cambio, lo cual agradezco profundamente.

Bibliografía.

AGUADO, A. (2005). Ciudadanía, mujeres y democracia. *Revista electrónica de Historia Constitucional* (6), pp. 11-27. Recuperado de <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/61>

AMORÓS PUENTE, C. (1990). Feminismo: senda no transitada de la Ilustración. *Isegoría Revista de Filosofía Moral y política*, (1), pp.139-150.

ASTOLA MADARIAGA, J. (2017). Los pactos constituyentes contra natura o la subordinación sistémica de las mujeres. En *Cuadernos Manuel Giménez Abad* (5), pp. 43-57. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5811430>

ASTOLA MADARIAGA, J. (octubre, 2008). *Las mujeres y el Estado constitucional: un repaso al contenido de los grandes conceptos del derecho constitucional*. Comunicación presentada en Mujeres y Derecho: Pasado y pre-

sente. I Congreso multidisciplinar de Centro. Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho, Bizkaia. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2874679>

BALAGUER CALLEJÓN, M.^a. L. (2005). *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Valencia: Càtedra.

BALAGUER CALLEJÓN, M.^a. L. (2007). Género y lenguaje: presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario. *Revista de Derecho Político*. (73) pp.71-100. Recuperado de <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/9062>

BEBEL, A. (1980). *La Mujer y el socialismo*. Madrid: Júcar.

BENHABIB, S. Y CORNELL, D. (1990). *Teoría feminista y teoría crítica*. Valencia: Alfons el Magnànim.

BERMÚDEZ VALDIVIA, V. (2008). La violencia contra la mujer y los derechos sexuales y reproductivos. *Derecho PUCP* (61), pp. 81-111. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3180>

BLANC, O. (2003). *Marie-Olympe de Gouges, une humaniste à la fin du XVIIIe siècle*. Francia: Editions René Viénet.

CASTELLS OLIVÁN, I., Y FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (2008). Las mujeres y el primer constitucionalismo español (1810-1823). *Historia constitucional* (9).

CASTELLS, I. (2014). *Mujeres y constitucionalismo histórico español. Seis estudios*. Oviedo: In Itinere CEPC

CIRIZA, A. (2002). Consenso y desacuerdo. Los derechos reproductivos como derechos ciudadanos de las mujeres en Argentina. *El Catoblepas, Revista Crítica del Presente*, 9, pg. 18. Recuperado de <http://www.nodulo.org/ec/2002/n009p18.htm>

DÍAZ REVORIO, F. J. (2014). El lenguaje de las normas, las normas del lenguaje: sobre la corrección del lenguaje normativo. *Revista Española de la Función Consultiva* (22), (pp. 73-112).

DÍAZ REVORIO, F.J. (2017). Las dimensiones constitucionales de la igualdad. *Pensamiento Constitucional* (22), pp. 21-60. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional>

DÍAZ REVORIO, F. J. (2018). *Valores superiores e interpretación constitucional*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.

EGUIGUREN PRAELI, F. J. (1997) Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et veritas* (15), pp. 63-72. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15730/16166>

ELÓSEGUI, M. (2011): *Diez Temas de Género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias.

ESQUEMBRE VALDÉS, M.^a. (2006). Género y ciudadanía, Mujeres y constitución. *Feminismo/s* (8), pp. 35-51.

FACIO MONTEJO, A. (2005). Gender Equality and International Human Rights in Costa Rican Constitutional Jurisprudence. En *The Gender of Constitutional Jurisprudence* (pp. 99-121) Cambridge: Cambridge University Press.

GAMBA, S. (Marzo 2008). ¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género? En *Mujeres en Red. El periódico Feminista*. Recuperado de <http://www.mujiresenred.net/spip.php?article1395>

GARAY MONTAÑEZ, N. (2012). Igualdad y perspectiva de género: a propósito del bicentenario de Constitución de 1812. *Pensamiento Constitucional* (17), pp. 200-224. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/5417>

GARCÉS PERALTA, P. C. Y PORTAL FARFÁN, D. C. (2016). La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿Más limitaciones que avances? *Pensamiento Constitucional* (21), pp. 107.162. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/18702>

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1995). *La lengua de los derechos. La formación del derecho público tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial.

GARCÍA MORILLO, J. (2016). La cláusula general de igualdad. En *Derecho constitucional. Vol. 1, El ordenamiento constitucional: derechos y deberes de los ciudadanos* (pp. 159-177). Valencia: Tirant Lo Blanch.

GIMÉNEZ GLUCK, D. (2005). Acción positiva y ley integral de violencia de género. En *La Administración de Justicia en la Ley integral contra la violencia de género*. Madrid: Catálogo de Publicaciones del Ministerio de Justicia.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2017). *Una constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?* Madrid: Marcial Pons.

GONZALO GONZALEZ, B. (1996). El principio de igualdad y la excepción de la «discriminación inversa», *Relaciones laborales, Revista crítica de teoría y práctica* (1), pp. 627-634)

HOBBS, T. (1979). *Elementos de derecho natural y político* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

JARAMILLO SIERRA, I. C. (2006). Reforma legal, feminismo y patriarcado en Colombia: el caso de la ley de cuotas para mujeres en cargos de alto nivel de la Rama Ejecutiva. En *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina* (pp. 59-144). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

LOCKE, J. (1990). *Segundo tratado sobre Gobierno Civil (1690)*. Madrid: Alianza.

LÓPEZ GUERRA, L., (2000). Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978. En *Mujer y Constitución en España* (pp. 19-42) Madrid: CEPC.

MÁRQUEZ, M. (2013). *Género gramatical y discurso sexista*. Madrid: Síntesis.

MARTÍN SÁNCHEZ, M.^a. (2018). Violencia de género: violencia "unidireccional" hacia las mujeres. En *Estudio integral de la violencia de género: un análisis teórico práctico desde el derecho y las ciencias sociales* (pp. 79-109) Valencia: Tirant Lo Blanch.

MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a. L. (2008). Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero. En *Revista de Estudios Políticos* (142), pg. 127

MARTÍNEZ SEMPERE, E. (2005). Hacia la plena ciudadanía. En *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía* (pp. 45-66). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

MIYARES, A. (1999). 1848: El manifiesto de Séneca Falls. En *Revista Leviatán*, (75), Madrid, p.135 publicada y disponible en Mujeres en Red. El periódico feminista: <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article2259> [Consulta 2 de agosto de 2018].

MOLERO MARTÍN - SALAS, P. (2018). Democracia paritaria y cuotas electorales. En *Estudio integral de la violencia de género: un análisis teórico práctico desde el derecho y las ciencias sociales* (pp. 347-375) Valencia: Tirant Lo Blanch.

NOAH HARARI, Y. (2016). *Homo Deus*, España: Penguin Random House Grupo Editorial España

PARDO BAZÁN, E. (1890) «La mujer española» (1890). La España Moderna. Recuperado de: <http://hemerotecadigital.bne.es/results.vm?q=parent%3A0002236804&s=0&lang=en>

PATEMAN, C (1995). *El contrato sexual*. Traducción de María Luisa Femenias, revisada por María Xosé Agra Romero. Barcelona/México: Anthropos/Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa.

PÉREZ TREMP, P. (noviembre, 1996). *Constitución y derechos de la mujer*. Ponencia presentada en XI Curso Internacional Mujer y Derechos Humanos, Lima. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119364.pdf>

SALAZAR BENÍTEZ, O (2017). Género, poder y ciudadanía. En *Cuadernos Manuel Giménez Abad* (5), pp. 58-73. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5811431>

SÁNCHEZ MUÑOZ, C. (2000). La difícil alianza entre ciudadanía y género. En *También somos ciudadanas* (pp. 3-25). Madrid, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, Universidad Autónoma de Madrid.

SEVILLA MERINO, J. (dir.) (2006). *Las mujeres parlamentarias en la legislatura constituyente*. Madrid: Cortes Generales, Ministerio de la Presidencia.

VALCÁRCEL, A. (2001): *La memoria colectiva y los retos del feminismo*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, CEPAL.

VALENZUELA OYANEDER, C. Y VILLAVICENCIO MIRANDA, L. (2015). La constitucionalización de los derechos sexuales y reproductivos. Hacia

una igual ciudadanía para las mujeres. *Ius et Praxis* 21 (1), pp. 271 – 314. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5247676>

Vázquez, M. C y Caba, E. (2009). *Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos en Cooperación Internacional Guía metodológica* (Documento elaborado por HYPATIA Consultoría e Intervención Social en el marco de la ejecución del Proyecto de Sensibilización y Educación para el Desarrollo "Cooperación al desarrollo en el Ámbito de la salud, los derechos sexuales y reproductivos", para Paz y Desarrollo. Asociación Paz y Desarrollo, Córdoba. Recuperado de http://www.pazydesarrollo.org/wp-content/uploads/2016/12/guia_derechos_sexuales_y_reproductivos.pdf

VENTURA FRANCH, A. (1999). *Las mujeres y la Constitución española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer, p.41.

YOUNG, I. (1998). Imparcialidad y lo cívico público. Algunas implicaciones de las críticas feministas a la teoría moral y política. En *La democracia en sus textos* (pp. 445-470). España: Alianza Editorial.

RESUMEN

En el tiempo actual, en el que acontecimientos y movimientos sociales recientes han renovado la lucha de la mujer por hallar su espacio en la sociedad en verdaderos términos de igualdad, sin discriminación, reclamando su lugar en el ámbito laboral, en el político y representativo, así como una vida libre de violencia entre otras cuestiones, se hace necesario plantear si el pensamiento constitucionalista moderno se acopla a estas reivindicaciones. Pretensión que desde luego no es reciente pero que ha tomado una nueva voz hasta hace poco silenciada en muchos aspectos para adaptarla a las necesidades de la sociedad actual. Son numerosos autores los que a lo largo de los últimos años han tratado de determinar el origen, las consecuencias y las posibles soluciones a la originaria exclusión de la mujer del ámbito público y lo más importante, de la formación del contrato social, germen de la posterior desigualdad de mujeres y hombres. El presente trabajo analiza esta cuestión dando una visión tanto histórica como actual de la situación de la mujer desde un punto de vista constitucional para acabar desentrañando, de manera muy sucinta y sin carácter limitativo, cuáles son algunas de las carencias actuales en este campo y cuáles pueden ser las soluciones constitucionales a aplicar para colmarlas.

PALABRAS CLAVE

Mujer. Historia constitucional. Dimensiones de la igualdad. No discriminación. Acción positiva. Cargos públicos de representación. Democracia Paritaria. Derechos laborales. Maternidad. Tiempo de reproducción. Derechos sexuales y reproductivos. Pacto constituyente. Perspectiva de género. Lenguaje normativo.

ABSTRACT

At the present time, in which recent events and social movements have renewed the struggle of women to find their place in society in terms of true equality, without discrimination, claiming their place in the labor area, in the political and representative, as well as a life free of violence among other issues, it is necessary to ask whether modern constitutionalist thought fits with these demands. This pretension that of course is not recent, but it has taken a new voice until recently silenced in many aspects to adapt it to the needs of today's society. Many authors have tried in recent years to determine the origin, consequences and possible solutions of the original exclusion of women from the public sphere and most importantly, the development of the social contract, the germ of the subsequent inequality of women and men. This paper analyzes this issue giving both

a historical and current vision of the situation of women from a constitutional point of view, to end up by uncovering, in a very succinct and non-restrictive way, which are some of the current shortcomings in this field and which can be the constitutional solutions to be applied to fill them.

KEY WORDS

Woman. Constitutional history. Dimensions of equality. Non discrimination. Positive action Public representation charges. Parity Democracy. Labor rights. Maternity. Play time Sexual and reproductive rights. Constituent agreement. Gender Perspective Normative language.

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

SUMARIO

- **Víctor Orozco Solano**, *Autonomía Universitaria y Constitución: algunos apuntes desde la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica.*
- **Elizabeth Nataly Rosas Rábago y Laura Alicia Camarillo Govea**, *El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de la convención americana.*

**AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y CONSTITUCIÓN:
ALGUNOS APUNTES DESDE LA JURISPRUDENCIA
DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA.**

Víctor Orozco S.

Recibido: 01-09-2018

Aceptado: 11-11-2018

SUMARIO

1. Introducción.

2. Objeto del derecho fundamental de autonomía universitaria: los supuestos español y argentino.

3. La autonomía universitaria como garantía institucional: El caso de Costa Rica.

4. Algunas sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional de Costa Rica en materia de autonomía universitaria.

5. Conclusiones.

6. Bibliografía.

Victor Orozco S.

1. Introducción

En términos generales, el propósito de estas notas es desarrollar la configuración constitucional de la autonomía universitaria en la Constitución Costarricense de 1949, en concreto, en su artículo 84. Con ese fin, y desde una perspectiva analítica y comparada, se buscará señalar si corresponde dicha configuración con un derecho fundamental, inherente a todo ser humano en cuanto es titular de dignidad, o bien, si se ha realizado como una garantía institucional, a favor de la Universidad de Costa Rica y demás universidades estatales, a quienes, justamente, el Poder Constituyente originario les ha atribuido, como lo veremos infra, el más alto grado de autonomía con respecto a la Administración Central.

Pero esta discusión sobre el carácter de derecho fundamental o, de garantía institucional, de la autonomía universitaria no es propia del contexto costarricense, sino, más bien, del español, al que haremos referencia en esta oportunidad, a partir del contenido del artículo 27.10 de la Constitución Española de 1978¹. Tal vez para algunos esta discusión sea un tema insulso o estéril, pero si le ponemos atención, es fácil entender que tiene severas implicaciones prácticas, pues si clasificamos la autonomía universitaria como un derecho fundamental o, como una mera garantía institucional, así dependerá si es posible salvaguardar o tutelar, en el sistema de justicia constitucional costarricense, la autonomía universitaria, mediante un recurso de amparo, en los términos en que ha sido previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, o bien, por los otros mecanismos de control de constitucionalidad, o en la Jurisdicción ordinaria.

De este modo, y como se verá más adelante, al examinar los alcances del artículo 84 de la Constitución Política, nos decantamos por sostener que la autonomía universitaria constituye una garantía institucional, constitucionalmente contemplada para proteger la organización, el presupuesto y el funcionamiento de las universidades públicas, sin que por eso se configure esa autonomía como un derecho fundamental. Ciertamente, este tema está vinculado con la titularidad de los derechos humanos, frente al cual, es preciso sostener que no tiene, la Universidad de Costa Rica, ni las demás universidades públicas, un derecho fundamental a su autonomía que sea susceptible de tutela vía recurso de amparo. Los que sí constituyen derechos fundamentales son el derecho a la educación de los alumnos de estas universidades y la libertad de cátedra de su profesorado, cuyo objeto

¹ Esta norma establece. “Artículo 27 (...) 10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca”.

de protección supone un contenido distinto, que no cabe asimilar a la autonomía universitaria, aunque en ocasiones van de la mano.

2. Objeto del derecho fundamental de autonomía universitaria: los supuestos español y argentino

Como lo expone EMBID IRUJO, con la configuración constitucional de la autonomía universitaria, como derecho fundamental, en el artículo 27.10 de la Constitución Española de 1978 y la sentencia del Tribunal Constitucional No. 26/1987, de 27 de febrero, este tema ha sido uno de relativo éxito entre la doctrina española, en el cual existe una vinculación muy fuerte con la Jurisprudencia de este Tribunal².

Cabe mencionar que la discusión relativa al carácter de garantía institucional, o de derecho fundamental, de la autonomía universitaria, en la doctrina española, antes de la sentencia del Tribunal Constitucional No. 26/1987, tuvo severas consecuencias prácticas, debido a que, en el supuesto español, si la consideramos de un modo la libertad de configuración del legislador es mayor a la que se produce si concebimos la autonomía universitaria como derecho fundamental³. En Costa Rica, como lo veremos más adelante, a partir de las diversas disposiciones de la Constitución Política de 1949 se desprenden tres tipos de autonomías a favor de las entidades descentralizadas, en orden ascendente en relación con el mayor grado de independencia: una, la de los artículos 188 y 189 del Texto Fundamental⁴, a favor de una serie de entidades; la segunda, la de los artículos 73 y 74 de la Constitución⁵, a favor de la Caja Costarricense de

2 Véase Embid Irujo, A., La autonomía universitaria: límites y posibilidades a través de la reciente jurisprudencia constitucional y ordinaria. En *Autonomías*, núm. 17, diciembre de 1993, Barcelona, pág. 10.

3 Ver Olivier Araujo, J., Alcance y significado de la “autonomía universitaria”, según la doctrina del Tribunal Constitucional, *Revista de Derecho Público*, núm. 33. 1991, Madrid, págs. 79-81.

4 Estas normas establecen: “ARTÍCULO 188.- Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión” y también “ARTÍCULO 189.- Son instituciones autónomas: 1) Los Bancos del Estado; 2) Las instituciones aseguradoras del Estado; 3) Las que esta Constitución establece, y los nuevos organismos que creare la Asamblea Legislativa por votación no menor de los dos tercios del total de sus miembros”.

5 El artículo 73 de la Constitución Política de la República de Costa Rica estipula: “ARTÍCULO 73.- Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine. La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social. No podrán ser transferidos ni empleados

Víctor Orozco S.

Seguro Social y, la tercera y más potente, la que la Constitución atribuye a las universidades en su artículo 84⁶. De modo que la garantía institucional de que gozan las universidades en el contexto costarricense, como se expondrá *infra*, incluso excluye a la legislación.

En todo caso, es preciso señalar que esa distinción entre garantía institucional y derecho fundamental muchas veces no es tan nítida e incluso es posible encontrar ejemplos en que verdaderas garantías institucionales, como el principio de laicidad que hemos desarrollado en otras investigaciones, también se corresponde como un derecho fundamental, aunque no siempre. En este orden de ideas, como lo expone OLIVIER ARAUJO:

“Cuando el Tribunal Constitucional se enfrenta a la disyuntiva de definir la autonomía universitaria como un derecho fundamental o como una garantía institucional, lo primero que hace, tras recordar que no es una disquisición teórica sino que tiene importantes consecuencias prácticas, es relativizar la opción. En efecto, a juicio del Tribunal “lo primero que hay que decir es que derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales de nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque, ciertamente, existan garantías institucionales que, como por ejemplo, la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales. Ahora bien –sigue diciendo el Tribunal Constitucional–, como las partes marcan las diferencias entre uno y otro concepto como barrera o menos flexible de disponibilidad normativa sobre la autonomía universitaria, es preciso afirmar que ésta se configura en la Constitución como un derecho fundamental”. Ésta es, por tanto, y al margen de ciertas ponderaciones previas y de algún voto particular discrepante, la doctrina del Tribunal Constitucional en este punto, la autonomía universitaria es un derecho fundamental”⁷.

en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales. Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales”.

6 Esta norma establece: “ARTÍCULO 84.- La Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios. Las demás instituciones de educación superior universitaria del Estado tendrán la misma independencia funcional e igual capacidad jurídica que la Universidad de Costa Rica. El Estado las dotará de patrimonio propio y colaborará en su financiación.”

7 Véase Olivier Araujo, J., Alcance y sig..., op. cit., pág. 83-84.

Asimismo, es preciso mencionar que, en el contexto español, el tema de la autonomía y enseñanza universitaria ha sido objeto de controversia, en cuanto a si se trata de una competencia estatal o de las comunidades autónomas. Al respecto, EMBID IRUJO sostiene que: “*es algo ciertamente importante tanto desde el punto de vista de la configuración general de la enseñanza en nuestro país como, también, de la permanente reacomodación de papeles entre el Estado y las C.C.A.A., que es signo distintivo de la dificultosa construcción del Estado de las Autonomías*”⁸.

Por su parte, en el contexto argentino, SILVA TAMAYO expone como la autonomía universitaria es concepto clave en la historia institucional que deriva de los postulados de la reforma universitaria de 1918. Según este autor, esta reforma fue el producto de una rebelión de los estudiantes que bregaban por una renovación de los métodos de enseñanza, la participación de los alumnos en los órganos de gobierno y el libre acceso a la docencia de educadores que no pertenecieran a las familias aristocráticas y tradicionales. De esta manera, se quiso romper con el añejo modelo conservador que había caído en decadencia con la aprobación de la Ley Electoral de 1912: “*más conocida como Ley Sáenz Peña, que instauró el voto universal, secreto y obligatorio*”⁹. El epicentro del conflicto se dio en la Universidad de Córdoba, la más antigua de las casas de estudio argentina, y poco a poco se fue prolongando por todo el territorio.

En la actualidad, la autonomía universitaria ha sido proclamada en el artículo 75, inciso 19) de la Constitución Nacional, que estipula lo siguiente: “*Artículo 75- Corresponde al Congreso: 19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del estado, la participación de la familia y la sociedad, la pro-*

8 Véase Embid Irujo, A., La autonomía universitaria y la autonomía de las comunidades autónomas, *Revista de Administración Pública*, núm. 146. Mayo-agosto, Madrid, 1998, pág. 3.

9 Ver Silva Tamayo, G., La autonomía universitaria después de la reforma constitucional de 1994, *Documentación Administrativa*, No. 267-268 (septiembre 2003-abril 2004), Buenos Aires, págs. 217-218.

Victor Orozco S.

moción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”. A lo anterior, es preciso agregar, de acuerdo con SILVA TAMAYO, la configuración de índole legislativa que supone la Ley de Educación Superior, No. 24521, que proclama la autonomía académica institucional de las universidades y su correlativa y necesaria autarquía económica-financiera. Al respecto, el mismo autor comentaba como dicha normativa constitucional, pese a encontrarse en la parte orgánica de la Constitución, se encuentra íntimamente vinculada con la parte dogmática, es decir, con el sistema de derechos y garantías, la cual está habilitada para dictar sus propios estatutos, sin necesidad de ratificación ulterior de ninguna especie, salvo la del Legislador, de acuerdo con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, plasmada, al efecto, el fallo dictado en el caso “Monges, Analía c/ Universidad de Buenos Aires, LL. t. 1997-C”¹⁰.

De lo anterior se deduce que si bien, en los contextos español y argentino, la doctrina coincide en concebir la autonomía universitaria como derecho fundamental más que como garantía institucional, en el caso costarricense la connotación de dicha autonomía es más amplia y profunda que en las dos primeras, en la medida en que no está vinculada al legislador, como sí lo está en Argentina y en España, como se expuso *supra*, A continuación vamos a examinar el caso tico, donde la autonomía universitaria puede ser entendida, a nuestro juicio, como una garantía institucional.

3. La autonomía universitaria como garantía institucional: El caso de Costa Rica

Tras analizar la configuración de la autonomía universitaria en la Constitución Política, fácilmente la podemos concebir como una garantía institucional, del más alto rango, a favor de las universidades públicas. Particularmente ilustrativa es la sentencia No. 1993-01313, de las 13:54 hrs. de 26 de marzo de 1993, en que se dijo lo siguiente:

10 Silva Tamayo, G., *La autonomía universitaria* ..., op. cit., págs. 225-226

*“VI.-SIGNIFICACION DEL CONCEPTO DE AUTONOMIA.- Expuesto lo anterior resulta necesario hacer algunas precisiones. Conforme lo dispone el artículo 84 de la Constitución Política, las **Universidades del Estado están dotadas de independencia para el desempeño de sus funciones y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios.** Esa autonomía, que ha sido clasificada como especial, es completa y por ésto, distinta de la del resto de los entes descentralizados en nuestro ordenamiento jurídico (regulados principalmente en otra parte de la Carta Política: artículos 188 y 190), y significa, para empezar con una parte de sus aspectos más importantes, que aquéllas están fuera de la dirección del Poder Ejecutivo y de su jerarquía, que cuentan con todas las facultades y poderes administrativos necesarios para llevar adelante el fin especial que legítimamente se les ha encomendado; **que pueden autodeterminarse, en el sentido de que están possibilitadas para establecer sus planes, programas, presupuestos, organización interna y estructurar su gobierno propio. Tienen poder reglamentario (autónomo y de ejecución); pueden autoestructurarse, repartir sus competencias dentro del ámbito interno del ente, desconcentrarse en lo jurídicamente posible y lícito, regular el servicio que prestan, y decidir libremente sobre su personal (como ya lo estableció esta Sala en la resolución No.495-92). Son estas las modalidades administrativa, política, organizativa y financiera de la autonomía que corresponde a las universidades públicas.** La autonomía universitaria tiene como principal finalidad, procurar al ente todas las condiciones jurídicas necesarias para que lleve a cabo con independencia su misión de cultura y educación superiores. En este sentido la Universidad no es una simple institución de enseñanza (la enseñanza ya fue definida como libertad fundamental en nuestro voto número 3559-92), pues a ella corresponde la función compleja, integrante de su naturaleza, de realizar y profundizar la investigación científica, cultivar las artes y las letras en su máxima expresión, analizar y criticar, con objetividad, conocimiento y racionalidad elevados, la realidad social, cultural, política y económica de su pueblo y el mundo, proponer soluciones a los grandes problemas y por ello en el caso de los países subdesarrollados, o poco desarrollados, como el nuestro, servir de impulsora a ideas y acciones para alcanzar el desarrollo en todos los niveles (espiritual, científico y material), contribuyendo con esa labor a la realización efectiva de los valores fundamentales de la identidad costarricense, que pueden resumirse, según se dijo en el voto que se acaba de citar, en los de la democracia, el Estado Social de Derecho, la dignidad esencial del ser humano y el “sistema de libertad”, además de la paz (artículo 12 de la Constitución Política), y la Justicia (41 ídem); en síntesis, para esos propósitos es creada, sin perjuicio de las especialidades o materias que se le asignen, y nada menos que eso se espera y exige de ella. La an-*

Víctor Orozco S.

terior conceptualización no persigue agotar la totalidad de los elementos, pero de su contenido esencialmente se deduce -y es lo que se entiende que quiso y plasmó el Constituyente en la Ley Fundamental- que la universidad, como centro de pensamiento libre, debe y tiene que estar exenta de presiones o medidas de cualquier naturaleza que tiendan a impedirle cumplir, o atenten contra ese, su gran cometido.-

Por su parte, en la sentencia No. 3814-97 de las 19:00 hrs. de 2 de julio de 1997, la Sala Constitucional consideró lo siguiente, con respecto a la garantía institucional de la autonomía universitaria:

*“... Las demás instituciones de educación superior universitaria del Estado tendrán la misma independencia funcional e igual capacidad jurídica que la Universidad de Costa Rica. El Estado las dotará de patrimonio propio y colaborará en su financiación.” Estima la Sala, al igual que lo ha hecho en otras oportunidades, que la Universidad de Costa Rica mediante la potestad otorgada por las normas constitucionales, **esta facultada para establecer los parámetros de ingreso, de acuerdo con las necesidades actuales y potenciales del país, las prioridades institucionales y su capacidad de operación, eliminando cualquier medida arbitraria que lesione los derechos consagrados en nuestro texto constitucional.** De acuerdo, con la jurisprudencia de la Sala Segunda Penal, N° 273 de las 10:15 horas del 1 de abril de 1975, “Los tribunales de justicia no tienen facultades legales para determinar el número de estudiantes que deban ser admitidos en la Universidad de Costa Rica, y menos indicar en forma concreta quiénes deban serlo;...” En virtud de lo anterior, la facultad de los órganos jurisdiccionales, en este caso **la competencia de la Sala Constitucional, no puede intervenir en la autonomía funcional de la Universidad, salvo cuando las autoridades universitarias, violen con sus disposiciones y normas la Constitución.** A criterio de la Sala, en el caso en cuestión, el derecho a la educación, no se restringe, en virtud de las disposiciones emanadas por las autoridades de la Institución recurrida, porque en sí, lo que pretenden es mejorar el rendimiento académico de los estudiantes que aspiran graduarse en una carrera universitaria, además, dichas disposiciones y normativas buscan como fin, cumplir con la necesidad de profesionales cada vez más preparados y capaces, y que para optar por una carrera deben concursar, cumpliendo anticipadamente con los requisitos solicitados, así obtengan su lugar en la lista de admitidos para la misma, deben concursar por motivo de que la capacidad de estructura e infraestructura de la Universidad de Costa Rica es limitada y no pueden aceptar todos los estudiantes.” (El resaltado no pertenece al original).*

De esta forma, en razón de la autonomía universitaria de que gozan las Universidades, es posible que estas entidades puedan auto-regularse y auto-organizarse, con los límites que se desprenden del Derecho de la Constitución. Se trata, entonces, del más alto rango de autonomía, que se puede oponer incluso frente a la legislación. Lo anterior, sin embargo, no debe ser entendido en el sentido que la autonomía universitaria constituye un verdadero derecho fundamental, primero porque las Universidades, como sujetos de derecho público, carecen de estos derechos, aunque sí de derechos subjetivos que pueden hacer valer ante la Jurisdicción ordinaria. También se puede defender la autonomía universitaria, como garantía institucional de índole constitucional, mediante los diversos mecanismos de control de constitucionalidad, que establece la normativa procesal que regula la Sala Constitucional.

4. Algunas sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional de Costa Rica en materia de autonomía universitaria

Tras 28 años de funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica es posible referir las siguientes sentencias emblemáticas del Tribunal Constitucional en materia de autonomía universitaria, en estricto orden cronológico:

- La sentencia No. 2004-998, de las 14:35 hrs. de 4 de febrero de 2004, en que se resolvió un recurso de amparo por dos personas menores de edad contra la Universidad de Costa Rica, quienes se mostraban disconformes con el procedimiento empleado por la entidad universitaria recurrida en lo que atañe a la admisión a carrera de esas estudiantes. Lo anterior, por cuanto, no podían matricular el bloque de humanidades que corresponde a los alumnos de primer ingreso, porque no habían sido admitidos en ninguna carrera. Tras valorar los argumentos empleados por la parte actora, la Sala Constitucional desestimó el recurso de amparo, con arreglo a la siguiente argumentación: *“Esta Sala en reiterados pronunciamientos ha señalado que el hecho de que los estudiantes que pretenden ingresar a un centro de estudios universitarios tengan que concursar por un cupo de acuerdo a las normas y disposiciones de la institución y su capacidad no lesiona el derecho a la educación de los solicitantes (sentencia 3814-1997 de las 19:00 horas del 2 de julio de 1997). Asimismo, en el fallo 2004-00995 de esta misma fecha consideró este Tribunal que la universidad recurrida es competente para fijar los criterios de admisión y el método para establecer, de acuerdo a estudios técnicos de factibilidad, absorción y demanda de mercado, el número de cupos en cada carrera y la nota mínima de ingreso a ella. El hecho de que las am-*

Víctor Orozco S.

paradas no obtuvieran el puntaje necesario para ingresar a la carrera de su interés, y por ello no pueden cursar el bloque de humanidades en el centro de estudios, no viola sus derechos fundamentales, ni puede esta Sala revisar los criterios de selección establecidos. Tampoco se evidencia discriminación alguna en contra de las recurrentes pues el sistema que objetan es de alcance general, es decir todos los estudiantes deben aplicar en dos carreras de su elección. Tampoco el hecho de que estudiantes con nota menor a la suya hayan podido ingresar a carrera porque la nota mínima de ingreso no es la misma para todas las carreras, toda vez que ésta depende del número de postulantes, de qué tan alta sea la nota de admisión de éstos a la Universidad, y de la disponibilidad de cupos que la institución recurrida puede ofrecer en cada carrera. Por lo expuesto, el amparo debe ser rechazado por el fondo, como se dispone”

- La sentencia No. 2007-1243, de las 16:07 hrs. de 31 de enero de 2007. En esta decisión la Sala Constitucional conoció el recurso de amparo planteado por un particular, que se mostrada inconforme con el resultado de su examen de admisión, que resulta insuficiente con respecto al corte de la carrera de Ciencias Políticas, razón por la que no podía ser admitido. De esta forma, al valorar los argumentos formulados por la parte actora, el Tribunal Constitucional reiteró el criterio sostenido en la decisión No. 2004-998, de las 14:35 hrs. de 4 de febrero de 2004 y rechazó por el fondo el recurso.

- La sentencia No. 2007-8120 de las 16:46 hrs. de 12 de junio de 2017. En este caso se conoció el recurso de amparo promovido por varios estudiantes contra el Instituto Tecnológico de Costa Rica, quienes alegaron que, en el año 2003, iniciaron la carrera de Diplomado en Electrónica en la institución recurrida, con la intención de, una vez obtenido el grado de Diplomado, podrían continuar con el plan de carrera o Programa de Bachillerato/Licenciatura en Ingeniería Electrónica en la misma institución, tal y como se les informó por los funcionarios encargados, y como se venía haciendo con los estudiantes. No obstante lo anterior, en sesión ordinaria No. 2411, artículo 14, de 7 de abril de 2005 y el memorando Vida-996-2005 de 27 de octubre de 2005, el Consejo Institucional de la institución recurrida resolvió y acordó fijar un límite de cuatro cupos por año para ingresar a la carrera de Ingeniería en Electrónica de aquellos estudiantes provenientes del programa de Diplomado. Sostienen que dicho cambio es arbitrario, repentino y sin comunicación previa, por lo que contraviene lo preceptuado en el artículo 31 del Reglamento de Administración del Instituto Tecnológico de Costa Rica y sus Reformas y, consecuentemente, violenta el principio de buena fe y derechos adquiridos de los estudiantes que venían cursando la carrera. Tras analizar dichos argumentos, la Sala Constitucional desestimó el recurso de amparo, habida cuen-

ta que los estudiantes deben someterse a las disposiciones académicas del centro de estudios de su interés y no se les ha negado la posibilidad de matricular el bachillerato y la licenciatura en ingeniería.

- La sentencia No. 2008-13091 de las 09:34 hrs. de 29 de agosto de 2008, en la cual la Sala Constitucional, tras potenciar la autonomía universitaria de que gozan estas entidades declaró sin lugar un recurso de planteado por un estudiante al cual se le negó la posibilidad de matricular un curso luego de haberlo retirado, con el argumento que reglamentariamente su pretensión no era procedente.

- La sentencia No. 2009-7170 de las 19:27 hrs. de 30 de abril de 2019, se trata de los recursos de amparo acumulados tramitados bajo los expedientes N°09-005001-0007-CO y N°09-005085-0007-CO interpuestos, el primero, por la Rectora de la Universidad de Costa Rica, Yamileth González García, cédula de identidad N°2-246-555 y el segundo, por Dunia Fernández Rojas, cédula de identidad N°1-1102-738 y Silas Martínez Sancho, cédula de identidad N°1-559-032, contra la Municipalidad del Cantón de Montes de Oca. En este recurso de amparo se cuestiona el contenido del oficio D-ALC 439-2009, suscrito por el Alcalde Municipal del Cantón de Montes de Oca, en cuya virtud se le ordena a la Universidad de Costa Rica obtener un permiso por parte de la corporación recurrida para realizar la “*Expo UCR*”. Esta situación, según las recurrentes, es ilegítima y lesiona la autonomía universitaria de que goza la entidad recurrida, así como los derechos de quienes participan en esta actividad académica. En este orden, aunque en dicho proceso bien se puede cuestionar la legitimación que ostenta la Rectora de la Universidad de Costa Rica para promover un recurso de amparo en defensa de la autonomía universitaria, en dicho pronunciamiento el Tribunal Constitucional dejó claro lo siguiente: *“se estima que la Rectora de la Universidad de Costa Rica, Yamileth González García, goza de legitimación para promover este recurso jurisdiccional, pues en realidad se apersona al proceso en defensa de los derechos fundamentales y los intereses de los estudiantes universitarios y docentes que participan en la actividad “Expo UCR”, más que en defensa de la autonomía universitaria en materia de gobierno, que ciertamente disfruta la Universidad de Costa Rica, de acuerdo con los derechos protegidos en los artículos 84 a 86 de la Constitución Política. De lo anterior se deduce que comparte un interés corporativo que, al menos, la faculta para interponer el amparo. Sobre el tema, la Sala Constitucional en la sentencia N°2665-94 de las 15:51 hrs. de 7 de junio de 1994, señaló: “Debe señalarse en primer lugar, que la Sala únicamente ha rechazado por los motivos dichos el recurso de amparo a los órganos y entes públicos de carácter “fundacional”, no a las personas jurídicas colectivas, entre ellas las públicas de carácter “corporativo”, es decir, aquellas que tienen*

Victor Orozco S.

*“base asociativa”, en términos de una población capaz de generar intereses materiales propios incluso contradictorios con los del Estado. Todo el derecho de los Derechos Humanos está fundado sobre la idea de que éstos últimos, como inherentes a la dignidad intrínseca de la persona humana, para decirlo en términos de la Declaración Universal, son atributos del ser humano, de todo ser humano en cuanto tal, anteriores y superiores a toda autoridad, la cual, en consecuencia, no los crea, sino que los descubre, no los otorga sino que simplemente los reconoce, porque tiene que reconocerlos. De allí que solamente el ser humano, de carne y hueso, pueda ser el verdadero titular de esos derechos; o, para decirlo en los términos del artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. La Sala, la doctrina y la jurisprudencia comparada ha venido reconociendo, ya que no la titularidad de los derechos fundamentales, reservado, como se dijo, al ser humano como tal, sí la legitimación de las personas jurídicas colectivas para recurrir en amparo “vicariamente”, es decir, en la medida en que representen los intereses y derechos de sus miembros. De la misma manera, debe reconocerse la legitimación de las personas públicas corporativas en tanto y en cuanto actúen vicariamente en el amparo derechos o libertades fundamentales de sus miembros, no, desde luego, los suyos propios: se repite, sólo las personas físicas tienen existencia y entidad sustanciales por sí mismas, más allá de la sociedad y del Estado; las personas jurídicas colectivas son creación de éste y no pueden ostentar frente a él derechos intangibles, como son, por definición, los fundamentales protegidos por el amparo.” Es innegable, entonces, la legitimación de la Rectora de la Universidad de Costa Rica para promover el amparo. De igual modo, es admisible el recurso en lo que atañe a las recurrentes Dunia Fernández Rojas, y Silas Martínez Sancho, quienes igualmente comparten el interés de velar por el goce oportuno de los derechos de quienes participan en esa feria, razón por la cual también se les tiene como actoras”. De esta forma, al conocer por el fondo el recurso, el Tribunal Constitucional, una vez analizado el contenido del oficio cuestionado frente a los artículos 84 a 86 de la Constitución Política, dedujo que la situación impugnada era ilegítima y lesionaba la autonomía en materia de gobierno de que goza la Universidad de Costa Rica, la cual lógicamente la habilita para desarrollar dentro de su campus universitario todas las actividades académicas que estime necesarias para satisfacer en forma plena los cometidos que le ha asignado la Constitución, sin necesidad de requerir una autorización por parte de la Corporación accionada o una licencia, como lo es en la especie la *Expo U.C.R.*, en cuanto se trata de una actividad que se ajusta, estrictamente, dentro los fines que la Constitución Política le ha atribuido a estas entidades universitarias. De lo anterior también se desprende, con toda claridad, que el contenido del oficio aludido también vulneraba los derechos fundamentales de*

los docentes y los alumnos universitarios que tenían interés de participar en esa feria, particularmente su derecho a la educación, razones por las cuales lo procedente es declarar con lugar los amparos, anulándose el oficio ALC- 439-2009 de 20 de marzo de 2009. En este pronunciamiento, justamente, se pone de manifiesto que, en ocasiones, la autonomía universitaria va de la mano con otras garantías o derechos fundamentales, como son el derecho a la educación y la libertad de cátedra, los cuales sí son susceptibles de tutela y protección vía recurso de amparo. Nótese que en este caso es la situación de los educandos, afectados por el acto emitido por la Corporación Municipal, la que origina la estimatoria del amparo, y no la autonomía universitaria por sí misma, aunque sí es tratada por la Sala en dicha sentencia, habida cuenta que no se puede concebir, a partir de la configuración constitucional del artículo 84, un derecho fundamental a la autonomía universitaria, sino una verdadera, real y efectiva garantía institucional.

- La sentencia No. 2010-7913 de las 10:32 hrs. de 30 de abril de 2010. Se trata de un recurso de amparo planteado por un estudiante contra el Departamento de Registro de la Universidad Nacional, quien alega que tras haber retirado, en forma voluntaria, el curso MAB306, Introducción a la Informática, por razones personales, horas después, solicitó que se dejara sin efecto esa gestión y se le incluyera, nuevamente, en el curso indicado. No obstante, el Departamento de Registro de ese centro de enseñanza, rechazó esa solicitud, lo cual estima lesivo de su derecho a la educación, sobretodo, porque alega que no podrá matricular otros cursos en el próximo semestre. En el informe rendido bajo juramento, el Director del Departamento de Registro de la Universidad Nacional manifestó que el 10 de marzo a las 23:39 horas, el recurrente solicitó el retiro justificado —vía Internet— del curso NRC 41580 MAB306-02, el cual le fue aprobado por el Departamento de Registro. Agregó que se trató de un acto voluntario del recurrente y que, de acuerdo con la normativa vigente, concretamente, el Reglamento General de los Procesos de Enseñanza y Aprendizaje de la UNA, el retiro justificado es un derecho que tiene el estudiante para que de manera voluntaria y dentro de los plazos definidos por la Universidad, se retracte de la matrícula efectuada de uno o varios cursos. Así, dado que, los plazos establecidos en el calendario universitario para realizar el procedimiento de matrícula son de acatamiento obligatorio, al amparado se le denegó su solicitud para que se le permitiera, nuevamente, matricular el curso en cuestión, tal y como consta en el oficio No. DRD-888-2010 de 19 de marzo de 2010 (folio 108). Al respecto, consideró la Sala que, en el presente asunto no se está ante una situación que amerite tutela constitucional. En efecto, el rechazo impugnado no es arbitrario o ilegítimo sino que tiene fundamento en lo dispuesto en el Reglamento General de los Procesos de Enseñanza y Aprendizaje de la UNA en cuanto al proceso de matrícula. La Universidad Na-

Víctor Orozco S.

cional, precisamente, en el ejercicio de su autonomía universitaria, está legitimada para hacer cumplir a los estudiantes los requisitos administrativos que estime pertinentes, incluidos, aquellos relacionados con la matrícula. De este modo, si el amparado, por las razones que sean —aún cuando éstas resulten justificadas— gestionó, en forma libre y voluntaria, el retiro de un curso, no puede pretender que se le exceptúe del cumplimiento de la normativa vigente y se le permita matricular, nuevamente, esa materia, lo que, incluso, podría transgredir el principio de igualdad, también de raigambre constitucional. Recuérdese que el derecho a la educación, como cualquier otro, no es absoluto sino que está sometido a ciertos límites y al cumplimiento de ciertos requisitos por parte de los educandos, entre los que destacan, aquellos relacionados con los trámites de matrícula. Bajo este orden de consideraciones, la Sala Constitucional concluyó que la decisión de la autoridad recurrida no resulta lesiva del derecho a la educación del recurrente y, por ende, desestimó el recurso planteado.

- La sentencia No. 2016-18087 de las 11:10 hrs. de 7 de diciembre de 2016, que corresponde a la acción de inconstitucionalidad formulada por la Jefa de la Oficina de Recursos Humanos de la Universidad Estatal a Distancia, contra el inciso ch2), del artículo 25 del Estatuto Orgánico de la Universidad Estatal a Distancia, Reglamento de 3 de agosto de 2000, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 201 de 20 de octubre de 2000. La norma se impugna en cuanto establece como función del Consejo Universitario de la UNED, nombrar a los Directores y Jefes de las Unidades Administrativas por plazos definidos de seis años y no a plazo indeterminado. Estima que dicho ordinal presenta, concretamente, los siguientes vicios de inconstitucionalidad: a) Violación al principio de estabilidad laboral de los servidores públicos consagrado en el ordinal 192 de la Carta Política; b) quebranto al principio de reserva de ley, dado que, toda excepción realizada a los funcionarios públicos del régimen estatutario del empleo público plasmado en la Constitución Política, debe estar dispuesta mediante una ley formal aprobada por la Asamblea Legislativa y no a través de un estatuto orgánico como es el de la UNED y c) vulneración al principio de igualdad estatuido en el ordinal 33 de la Carta Magna, ya que, a diferencia de lo que ocurre con todos los funcionarios públicos —quienes están protegidos por la estabilidad laboral—, la norma en cuestión preceptúa que los Directores y Jefes de las Unidades Administrativas de la UNED sean nombrados por plazos fijos. En esta sentencia se dejó claro que: *“La autonomía plena o del tercer grado reconocida a las universidades públicas en el ordinal 84, párrafo 1º, de la Constitución tiene, también, límites infranqueables, de modo que no puede entenderse, bajo ningún concepto, como un concepto jurídico indeterminado que habilite de manera indeterminada y abierta a los centros de enseñanza superior universitaria. La auto-*

nomía es una noción del Derecho Administrativo constitucional que, obviamente, debe entenderse dentro de las coordenadas del Estado Constitucional de Derecho. Ciertamente, como lo ha afirmado reiteradamente este Tribunal tal autonomía universitaria les habilita para dictar sus propias normas jurídicas fundamentales de organización. Empero, no puede extralimitarse tal potestad, puesto que, sin duda alguna, se encuentra limitada por el propio Derecho de la Constitución, esto es, los valores, principios, preceptos y jurisprudencia constitucionales. Las universidades ciertamente gozan de autonomía, pero no de soberanía, la soberanía, únicamente, la tiene el propio Estado. No puede entenderse, so pena de fragmentar la soberanía, que las universidades se pueden constituir en especie de micro-estados dentro del propio Estado costarricense. No cabe la menor duda que las universidades públicas al ejercer su autonomía, también, están sujetas a los principios, valores, preceptos y jurisprudencia constitucionales que los interpretan. Las universidades no pueden abstraerse del Derecho de la Constitución o del orden constitucional. Dentro de los límites infranqueables de la autonomía universitaria destacan, obviamente, los derechos fundamentales y humanos que son de aplicación directa e inmediata y que, desde luego, vinculan a todos los poderes públicos, incluidas, desde luego las universidades. Los derechos fundamentales y humanos que dimanar de la dignidad de la persona son la base del entero ordenamiento jurídico, por consiguiente cualquier regulación, incluso la emitida en el ejercicio de la autonomía plena o universitaria debe respetarlos y procurar su goce efectivo”. De esta forma, la acción de inconstitucionalidad fue estimada y se declaró la inconstitucionalidad de la normativa impugnada por vulnerar el derecho a la estabilidad laboral.

- La sentencia No. 2017-14271 de las 09:15 hrs. de 6 de septiembre de 2017, en que se resuelve la acción de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 51 del Reglamento General del Sistema de Estudios de Posgrado de la Universidad de Costa Rica. En esa ocasión la parte actora alegó que la norma impugnada es ilegítima y vulnera el bloque de regularidad constitucional y convencional, habida cuenta que supone el dictado de una sanción desproporcionada en su contra, en cuanto involucra, por un lado, la separación del programa de posgrado y, por otro, la pérdida de su empleo y la obligación de pagar el fondo de retención social, cuando un estudiante a nivel de grado, al contrario, puede repetir la asignatura hasta aprobarla. En suma, considera vulnerados los principios de razonabilidad y proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, certeza jurídica y non bis in ídem. Esta acción fue desestimada, habida cuenta que en una ocasión anterior la Sala Constitucional ya había avalado la regularidad constitucional de esa normativa.

Víctor Orozco S.

- La sentencia No.2018-2676 de las 09:15 hrs. de 16 de febrero de 2018, en el cual la recurrente objetó las metodologías seguidas por la UCR para establecer las notas o puntajes mínimos de ingreso a las carreras que imparte. Claramente, la Sala no puede hacer las veces de contralor de la legalidad de las actuaciones o resoluciones de dicha casa de estudios superiores y tampoco puede reemplazarla en la gestión de sus competencias, a efecto de determinar qué procedimientos debe seguir en ese sentido, no solamente porque ello es una labor que requiere analizar criterios técnicos, de legalidad, oportunidad y conveniencia, sino también porque las universidades públicas, en ejercicio de su autonomía política, definen sus propias reglas de admisión. Con sustento en lo dicho se declaró sin lugar el recurso.

5. Conclusiones

En estas líneas hemos desarrollado la configuración constitucional de la autonomía universitaria, sus alcances y sus límites, a partir de lo dispuesto en el artículo 84 de la Constitución Política. También hemos comentado algunas decisiones emblemáticas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, aunque sin ánimo de hacer una revista exhaustiva. En este orden, debemos insistir acerca del carácter de garantía institucional que reviste la autonomía universitaria, en el mayor grado, en el ordenamiento jurídico costarricense. Es decir, se trata del más alto rango posible de autonomía, aunque los órganos que disfrutaban esas competencias deben observar, en todo momento, las diversas disposiciones constitucionales y los derechos que tanto la Constitución, como los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, informan o proclaman.

También nos parece correcto que, en muchas ocasiones, el carácter de garantía institucional de la autonomía universitaria va acompañada del goce de otros elementos como la libertad de cátedra y el derecho a la educación, los que sí constituyen derechos fundamentales, susceptibles de tutela por la vía del recurso de amparo. Mucho queda por desarrollar en ese ámbito.

6. Bibliografía

- Embid Irujo, A., La autonomía universitaria y la autonomía de las comunidades autónomas, *Revista de Administración Pública*, núm. 146. Mayo-agosto, Madrid, 1998, pág. 3.

- Embid Irujo, A., La autonomía universitaria: límites y posibilidades a través de la reciente jurisprudencia constitucional y ordinaria. En *Autonomías*, núm. 17, diciembre de 1993, Barcelona.

- Olivier Araujo, J., Alcance y significado de la “autonomía universitaria”, según la doctrina del Tribunal Constitucional, *Revista de Derecho Público*, núm. 33. 1991, Madrid, págs.

- Silva Tamayo, G., La autonomía universitaria después de la reforma constitucional de 1994, *Documentación Administrativa*, No. 267-268 (septiembre 2003–abril 2004), Buenos Aires.

Sentencias de la Sala Constitucional:

- Sentencia No. 2004-998, de las 14:35 hrs. de 4 de febrero de 2004.
- Sentencia No. 2007-1243, de las 16:07 hrs. de 31 de enero de 2007.
- Sentencia No. 2007-8120 de las 16:46 hrs. de 12 de junio de 2017.
- Sentencia No. 2008-13091 de las 09:34 hrs. de 29 de agosto de 2008.
- Sentencia No. 2009-7170 de las 19:27 hrs. de 30 de abril de 2019.
- Sentencia No. 2010-7913 de las 10:32 hrs. de 30 de abril de 2010.
- Sentencia No. 2016-18087 de las 11:10 hrs. de 7 de diciembre de 2016.
- Sentencia No. 2017-14271 de las 09:15 hrs. de 6 de septiembre de 2017.
- Sentencia No. 2018-2676 de las 09:15 hrs. de 16 de febrero de 2018.

EL PAPEL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS COMO INTÉRPRETE DE LA CONVENCIÓN
AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Elizabeth Nataly Rosas Rábago¹
Laura Alicia Camarillo Govea²

SUMARIO

- 1. El paradigma internacional de la protección de los derechos humanos*
- 2. Conceptos y antecedentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*
- 3. Convención Americana sobre Derechos Humanos*
- 4. Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*
- 5. Conclusiones*
- 6. Bibliografía*

¹ Candidata a Doctora por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Estación Noroeste, profesora de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Facultad de Derecho Tijuana, UABC. Correo: rosas.elizabeth@uabc.edu.mx

² Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha, profesora-investigadora de la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California, miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I. Correo: govea@uabc.edu.mx

1. El paradigma internacional de la protección de los derechos humanos

Los derechos humanos han sido objeto de protección a través de las constituciones nacionales de los Estados, sin embargo, es desde mediados del siglo XX que se ha complementado y con ello reforzado la protección a través de instrumentos y organismos internacionales; actualmente fungiendo cuando los medios internos resultan ineficaces o insuficientes para una idónea protección de los derechos humanos.

Actualmente, se está desarrollando un cambio gradual en el carácter subsidiario de la protección internacional, abriendo cada vez más espacio a una tutela amplia y directa por parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

La motivación para encontrar nuevos mecanismos de control tendientes a lograr el respeto de los derechos se debió a las severas violaciones de derechos y libertades fundamentales de los individuos por parte de los Estados generando con ello un control externo de la actuación del Estado mediante el Derecho Internacional, surgiendo así el Sistema Interamericano de derechos humanos, logrando, un cambio de paradigma al transitar de una época en que la violación de derechos humanos era una cuestión única y exclusivamente concerniente al Estado, hasta nuestros tiempos en que se convirtió una cuestión de interés de toda la comunidad internacional.

Los derechos humanos comienzan a consolidarse como tales en el siglo XVIII tras la revolución americana y francesa. Frente a la figura del Estado moderno, los derechos del hombre van a ir progresivamente limitando el poder del Estado, y en consecuencia van a ir construyendo el Estado Constitucional de Derecho.³

La principal finalidad de los mecanismos de protección de los derechos humanos es impedir la arbitrariedad, limitando el dominio del Estado sobre los individuos; no es su objeto regular la conducción de las operaciones militares. Los mecanismos de control utilizados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son muy variados, pero las instituciones que tienen a cargo dicho control se encargan de determinar si un Estado ha respetado o no el derecho y, en tal caso, de sancionar a éste para que se reparen las violaciones de derechos humanos en per-

3 Prado, Maximiliano. "Limitación de los derechos humanos. Algunas consideraciones teóricas" *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, no. 1, 2007, págs. 61 a 90. Citado por Eugenia Ullmann, *Manual de derechos humanos para las fuerzas de seguridad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, pág. 16.

juicio de las presuntas víctimas del caso. Un principio básico del Derecho Internacional es que toda violación de un derecho implica la obligación de reparar.⁴

Como parte de estos cambios, a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial se empiezan a generar diversos instrumentos internacionales tendientes a evitar que esas violaciones masivas de derechos humanos siguieran ocurriendo, y a través del tiempo han ido evolucionando, logrando con ello una protección integral de los derechos en cuanto a las bases instrumentales.

La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional en California, Estados Unidos. Este tratado internacional da sustento a la propia Organización de las Naciones Unidas y funciona como su constitución interna, cuyo principal objetivo es preservar las generaciones venideras de la guerra y reafirmar la convicción de proteger los derechos fundamentales. Por otra parte, la Declaración Americana de los Derechos Humanos fue aprobada en Bogotá, Colombia en 1948 durante el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se adoptó a través de la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA), instrumento en el que se instituyen diversos derechos de la persona y se destaca el hecho de que dichos derechos tienen como fundamento los atributos de la persona humana y que, por ende, deben ser respetados por todos los Estados.⁵

Esta Declaración está conformada por 38 artículos, que por su carácter declarativo se constituye esencialmente por una proclamación de parte de los Estados de adherirse y apoyar una enumeración de principios generales y derechos fundamentales, considerados por su valor, permanencia y progresividad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue aprobada en el *palais chaillot* de París el 10 de diciembre de 1948, con el principal propósito de consolidar al continente en un estado de respeto de los derechos esenciales del hombre, conteniendo derechos individuales y colectivos; constituyéndose como la piedra angular del sistema de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas con una aceptación universal por parte de muchos países que la citan o incluso, la incluyen dentro de su legislación.

4 Ullman, Eugenia. *Manual de derechos humanos para las fuerzas de seguridad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, pág. 16.

5 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos, parte general*, México, SCJN, 2013, págs. 114-115.

Fue finalmente hasta que se celebró la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos en San José de Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969 que se adopta la Convención Americana sobre Derechos Humanos que entra en vigor en julio de 1978 dando inicio a una transformación del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos (en adelante SIDH).

El sistema interamericano ha sido objeto de una evolución, que ha adherido algunos elementos claves para mejor protección de los derechos humanos, como lo es la aplicación del control de convencionalidad, no sólo a la luz de la Convención Americana, sino además de la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana, proceso fundamental en el desarrollo del SIDH.

2. Concepto y antecedentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

A raíz de la Segunda Guerra Mundial se suscitan importantes impactos en materia de violación de derechos humanos, situación que provoca fuertes inquietudes a nivel internacional, debido a que surge una convicción generalizada entre los Estados por el respeto y la protección de los derechos humanos, como parte fundamental del desarrollo de la comunidad internacional.

Es por ello que a finales del siglo XIX y principios del XX se presentó una clara actividad tendiente a la protección de los derechos humanos a través de la implementación de instrumentos y órganos internacionales.

Uno de los sistemas regionales de promoción y protección de los derechos humanos que constituye un medio efectivo para el respeto de los derechos de la persona es el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, que como bien lo indica su nombre, está constituido por Estados pertenecientes al continente americano, mismos que reconocen la definición de determinados derechos, las normas de conducta internacionales vinculadas a proteger derechos humanos y crear los órganos necesarios para vigilar su cumplimiento.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se desarrolló en el marco de la Organización de los Estados Americanos, el 30 de marzo al 2 de mayo de 1948 se llevó a cabo la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá, originando la suscripción de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Las ventajas que ofrecen los sistemas regionales de protección de derechos humanos son:

- a) Los países integrantes tienen intereses compartidos y existe la ventaja de la proximidad, en el sentido de que se pueden influenciar recíprocamente en el comportamiento y pueden asegurar concordancia con patrones comunes, cosa que el sistema universal no ofrece.
- b) Abren la posibilidad de que se tengan en cuenta los valores regionales cuando se definen las normas sobre Derechos Humanos.
- c) Se pueden adoptar mecanismos de cumplimiento, teniendo en cuenta las condiciones locales de cada región. Por ejemplo, un enfoque jurídico del cumplimiento puede ser apropiado para una región como Europa, mientras un enfoque que también abra espacio para mecanismos no jurídicos, como comisiones y revisión de pares, puede ser más apropiado para una región como el África. El sistema universal no tiene esa flexibilidad, ya que las prácticas y procedimientos tienen que ser uniformes para todos los países.⁶

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos reposa en los instrumentos internacionales sobre los cuales se ha hecho mención con anterioridad y representa la posibilidad de ampliar la protección en materia de derechos humanos, pero también de exigir de los Estados Parte que respondan al nivel de los compromisos contraídos en materia de derechos humanos, fundamental en el desarrollo pleno de los derechos y libertades de las personas.

La Organización de los Estados Americanos se constituye como el principal órgano del sistema interamericano, y reúne a los países del continente americano para la realización de una cooperación mutua tendiente a salvaguardar la defensa de los intereses comunes y tratar los temas importantes de la región.

El órgano jurisdiccional que conforma el Sistema Interamericano es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que de acuerdo al artículo primero del Estatuto de la propia Corte es “una institución judicial autónoma cuyo objeto es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.⁷

⁶ Ullman, Eugenia, *op. cit. supra nota 3*, págs. 37-38.

⁷ Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 1979, artículo primero.

En opinión de Ernesto Rey Cantor la competencia contenciosa de la Corte es “aquella que tiene por objeto interpretar y aplicar la Convención Americana, en los casos que se someten a su consideración por violaciones a los derechos humanos reconocidos en este instrumento, atribuibles a un Estado parte en él”.⁸

Por tanto, la Corte IDH conforma un elemento esencial en la protección de derechos humanos en México como en otros Estados, brindando una amplitud en el catálogo de derechos humanos ya implementado en nuestro ordenamiento interno, mismo que al afrontarse positivamente brinda fundamentales avances en materia de derechos humanos.

A partir de las sentencias condenatorias se pone en evidencia las fallas de los ordenamientos jurídicos de los Estados en el Continente Americano en la protección de derechos humanos y surge la necesidad, ya apremiante desde años atrás, de seguir los estándares interamericanos fijados por la interprete última de la CADH: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

3. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) fue adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, establecido como un instrumento que consolida al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos debido fundamentalmente a que es el instrumento que da vida a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CrIDH), considerándola como la institución judicial autónoma encargada de aplicar e interpretar dicho instrumento.

La Convención Americana forma parte fundamental del Sistema Interamericano de derechos humanos debido a que de ella se desprende la competencia de la CrIDH, la cual será objeto de este estudio a través de las resoluciones condenatorias que ha emitido al Estado Mexicano. La CADH tiene como propósito consolidar regímenes de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, no sólo respetando los derechos y libertades en ella reconocidos, sino además estableciendo las disposiciones de derecho interno suficientes para hacer efectivo el goce de los derechos contenidos

⁸ Rey Cantor, Ernesto. “Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca de Derecho Procesal Constitucional, núm. 26, 2008, pág. 13-14.

en la Convención Americana y demás instrumentos de la materia.

Asimismo, establece los medios de protección mediante los cuales la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) y la CrIDH se declaran como los órganos competentes para conocer del cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención.

Del artículo 33 de la CADH se desprenden los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos tomó en cuenta fundamentalmente al Convenio Europeo, más se ha diferenciado de éste en algunos aspectos centrales, como la tutela de ciertos derechos no contemplados en aquel, y en el establecimiento de un mecanismo automático y de amplio acceso para la recepción de comunicaciones individuales.⁹ Asimismo, se prevé la regulación de los derechos económicos, sociales y culturales, a diferencia del Convenio Europeo.

En conclusión, la Convención Americana representa el fundamento esencial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, debido al catálogo de derechos consagrados en ella.

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, que de acuerdo al artículo primero del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos humanos es “una institución judicial autónoma cuyo objeto es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.¹⁰

Es un órgano principal del Sistema Interamericano, establecida en 1978 en San José, Costa Rica. La Corte tiene dos funciones, consultiva y contenciosa, y sólo puede ejercer su competencia respecto de casos contra Estados que hayan ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹ y que hayan re-

9 Chueca, Ángel. “Los derechos humanos protegidos en la Convención Americana de San José de 1969”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXXII, núms. 1-3, pág. 52.

10 Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 1979.

11 Esta convención es que la da sustento jurídico a la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

conocido la competencia contenciosa de la Corte.

La Corte Interamericana es el órgano jurisdiccional internacional encargado de resolver los conflictos jurídicos que son sometidos a su conocimiento y que resolverá a través de la emisión de una sentencia en la que interpretará y aplicará al pacto de San José de derechos humanos con la finalidad de proteger a los derechos humanos de las personas.

Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede medio de impugnación alguno, de modo que son definitivas e inatacables. Sin embargo, en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance de la sentencia, las partes pueden solicitar a la Corte dentro de los noventa días siguientes de que se les haya notificado el fallo, que interprete éste, pero sin que dicha solicitud suspenda sus efectos.

Corresponde a la CrIDH supervisar el cumplimiento de sus resoluciones, para lo cual los Estados deben presentar informes y la Corte puede requerir otras fuentes datos relevantes sobre el caso que le permitan evaluar el cumplimiento de la resolución.

La Corte Interamericana está compuesta por siete jueces, sus decisiones se toman por mayoría de los jueces presentes y el presidente tiene voto de calidad en caso de empate.

4.1 Función consultiva

La función consultiva de la Corte Interamericana consiste en que, a solicitud de un Estado miembro de la OEA, tiene competencia para emitir opiniones acerca de la compatibilidad de sus leyes con dichos instrumentos internacionales.¹²

De manera que los Estados miembros de la OEA pueden consultar a la Corte acerca de la interpretación de la CADH o de otros tratados en materia de derechos humanos, asimismo, podrá darles opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas e instrumentos internacionales a solicitud del Estado.

La función consultiva de la Corte Interamericana constituye un mecanismo

¹² Silva, Fernando, *Derechos humanos, efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007, pág. 23.

extraordinario¹³ en la protección de los derechos humanos, por desarrollar un complemento a la competencia contenciosa. Con ello la CrIDH ha logrado construir un repertorio amplio de jurisprudencia, sirviendo de pilar en las labores de la Corte y su eventual función jurisdiccional.

La Convención Americana dispone en su artículo 64 la competencia consultiva de la Corte Interamericana, en la que se establece:

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (subrayado agregado).¹⁴

La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es eminentemente jurídica, y según el propio Tribunal en el ejercicio de la misma no está llamado a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos.¹⁵

La primera opinión consultiva se da a petición del Estado de Perú el 24 de septiembre de 1982, plantea el siguiente problema:

El Gobierno de Perú pregunta, en relación con el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

13 Entiéndase por extraordinario en la medida en que ha dado oportunidad a la Corte Interamericana de pronunciarse sobre diversos derechos a petición expresa de los Estados, una facultad amplia y complementaria del resto de funciones de la propia Corte.

14 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 64.

15 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-4/84, 19 de enero de 1984, "Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización". Serie A No. 04, párr. 23; Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-16/99, 1 de octubre de 1999, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal". Serie A No. 16 párr. 47; y Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/02, 28 de agosto de 2002 "Condición jurídica y derechos humanos del niño". Serie A No. 17.

¿Cómo debe ser interpretada la frase: “o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos?”

En relación con dicho tema, el Gobierno peruano solicita que la consulta absuelva las siguientes preguntas específicas. Esa frase se refiere y comprende:

- a) ¿Solamente los tratados adoptados dentro del marco o bajo los auspicios del Sistema Interamericano?; o,
- b) ¿Los tratados concluidos únicamente entre Estados Americanos, o sea que la referencia está limitada a los tratados en que son partes exclusivamente Estados Americanos?; o,
- c) ¿Todos los tratados en los que uno o más Estados Americanos sean partes?¹⁶

La Corte consideró que el alcance de la frase “otros tratados internacionales puede ejercerse”...en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano”.¹⁷

La Corte Interamericana se ha manifestado a través del tiempo en su jurisprudencia a favor de responder a las interrogantes que le sean formuladas en materia consultiva.

Respecto de la discusión que se ha suscitado respecto de si las opiniones consultivas tienen valor jurídico en relación a que no constituyen fallos judiciales emitidos por la Corte Interamericana en su función contenciosa. Al respecto algunos autores señalan su valor “...En la práctica las opiniones de la Corte pueden gozar de gran autoridad y llena una importante función como medio de protección de los derechos humanos, en especial si se tienen en cuenta las dificultades con que ha tropezado el ejercicio de su jurisdicción contenciosa...”¹⁸

16 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, “otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A No. 01. párr. 8.

17 *Ibidem*, párr. 58.

18 Conf. Buergethal, Thomas *et al.*, “Manual Internacional de Derechos Humanos”, Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Jurídica de Venezuela, 1990, pág. 112.

La Corte ha realizado declaraciones respecto de la vinculación y obligatoriedad dentro de sus propias opiniones consultivas.

En la primera opinión consultiva la Corte señaló que “...No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa ...”¹⁹ Asimismo, en la opinión consultiva número 15 la Corte ha dicho que una opinión consultiva que ella emita no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, pero tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables.²⁰

En conclusión, la función consultiva de la Corte Interamericana constituye una asistencia a los Estados integrantes del Sistema con el propósito de auxiliarlos en el cumplimiento de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Este régimen paralelo al procedimiento contencioso no hace más que contribuir a los fines del Sistema Interamericano de derechos humanos, así como a que se cumplan y se apliquen los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

4.1.1 Interpretaciones de la CADH a través de las recientes opiniones consultivas de la Corte Interamericana

A través de la función consultiva de la Corte Interamericana, el tribunal ha tenido oportunidad de interpretar a la CADH incluso sobre situaciones que se han abordado en casos contenciosos.

El 19 de agosto de 2014, la Corte IDH se pronunció sobre la opinión consultiva OC-21/14 intitulada “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, debido a la solicitud que presentaron los Estados de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay para que se pronunciara sobre los estándares, principios y obligaciones concretas de los Estados en relación a la protección de los derechos humanos de los migrantes, en particular tratándose de niñas y niños.

La Corte IDH se pronunció acerca de la protección internacional como “aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos hu-

19 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.* supra nota 15, párr. 51.
20 *Ibidem*, párr. 26.

manos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva”.²¹ En este sentido, la Corte IDH estableció que la protección internacional comprende: (a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.²²

Debido a que el aspecto central de la solicitud de opinión consultiva se centra en la migración de niñas y niños, así como los estándares de protección que deben de seguir los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, la Corte IDH ha señalado que los Estados se han comprometido a “promover el fortalecimiento de los derechos humanos como un componente central de las políticas y prácticas migratorias de los países de origen, de tránsito y de destino, asegurando la protección de los derechos humanos de los migrantes en el marco del ordenamiento jurídico de cada Estado, independientemente de su condición migratoria, y cualquiera que sea su nacionalidad, origen étnico, género o edad”.²³

De igual manera, la Corte IDH ha establecido cuatro principios rectores cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, que deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.²⁴

21 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”. Serie A No. 21, párr. 37.

22 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Idem*.

23 Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana, adoptado en ocasión de la XVI Cumbre Iberoamericana, realizada en Montevideo, Uruguay, los días 4 y 5 de noviembre de 2006, párr. 25.g).

24 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.* supra nota. 20, párr. 69.

En cuanto a la no privación de la libertad de niñas y niños basada en su situación migratoria irregular, la Corte IDH ha señalado que “los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño”.²⁵

Asimismo, en relación al interés superior de la niñez como principio fundamental a determinar por toda autoridad que lleve un procedimiento que involucre a niñas y niños, la Corte IDH se pronunció sobre él como un criterio rector para “el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño”. Por ello, cuando se encuentran en contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado, además se destaca la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta.²⁶

Con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior de la niña o del niño haya sido una consideración primordial en todas las decisiones que se adopten, los Estados deben garantizar que los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes estén adaptados a sus necesidades y sean accesibles para ellos.

El 24 de noviembre de 2017, la Corte IDH se pronunció sobre la opinión consultiva OC-24/17 denominada “Identidad de género, e igualdad y no discrimi-

25 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párr. 160.

26 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párr. 70.

nación a parejas del mismo sexo”, interpretación de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH. La solicitud de opinión consultiva presentada por el Estado de Costa Rica, se fundamenta en los cuestionamientos en cuanto a la vía administrativa para el cambio de nombre y sexo en el acta de nacimiento, así como sobre el reconocimiento de los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo y la creación de una figura jurídica para tales fines.

Aunque la Corte IDH se había pronunciado en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, respecto de la protección a la vida privada relacionada a factores relacionados con la dignidad del individuo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su identidad y definir sus propias relaciones internacionales; y en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* sobre vida privada, no discriminación e igualdad basadas en la preferencia sexual, la Corte no se había pronunciado antes sobre las temáticas planteadas por Costa Rica, por ello, las aportaciones de interpretación y alcances de la CADH establecen pisos mínimos de protección para los Estados del continente en aras de que armonicen su derecho interno con la jurisprudencia de la Corte IDH sobre las personas con identidad de género diversa y de las personas que constituyen vínculos entre personas del mismo sexo como categorías protegidas fundamentadas en la no discriminación e igualdad.

La Corte IDH se pronuncia sobre el contexto de los derechos de los grupos LGBTI con el objetivo de enmarcar la importancia de la temática de la opinión consultiva debido a que históricamente han sido víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos humanos.²⁷

La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación.²⁸

27 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”. Serie A No. 24, párr. 33.

28 *Ibidem*, párr. 61.

Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.²⁹

De este modo, la Corte estima que la redacción del artículo 1.1 de la CADH deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas, pero que tengan una entidad asimilable. En tal virtud, al momento de interpretar dicho término, corresponde escoger la alternativa hermenéutica más favorable a la tutela de los derechos de la persona humana, conforme a la aplicación del principio pro persona.³⁰

Respecto del planteamiento inicial de Costa Rica, la Corte IDH estableció que:

“El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género auto- percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines”.³¹

Asimismo, la Corte IDH se pronuncia sobre que no deben exigir certificaciones médicas o psicológicas que resulten irrazonables o patologizantes para realizar el cambio de nombre y sexo en el acta de nacimiento, así como sobre el deber de que los procedimientos sean expeditos y tiendan a la gratuidad, así como no requerir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales y que los trámites materialmente administrativos son los que mejor se ajustan a dichos requisitos.

29 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.* supra nota 26, párr. 65.

30 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ibidem*, párr. 67.

31 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ibidem*, párr. 116.

De igual manera, la Corte Interamericana reiteró que la Convención Americana no protege un determinado modelo de familia y que por lo tanto, el vínculo familiar puede derivar de la relación de una pareja del mismo sexo, y por tanto, estimó que todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales. La Corte consideró que esta obligación internacional de los Estados trasciende a la protección de las cuestiones patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos. Por ello, no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, sino de extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, incluyendo el matrimonio.

Una Opinión Consultiva sumamente relevante por el establecimiento los alcances de ciertos aspectos de la protección de los derechos humanos y la no discriminación de las personas LGBTI, para los cuales la Corte IDH no se había pronunciado con las especificaciones que realiza el Estado de Costa Rica y que vienen a señalar estándares precisos para que los Estados adopten las medidas legislativas y de cualquier índole en aras de dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales y sobre todo, evitar futuras violaciones a derechos humanos.

4.3 Función contenciosa

La competencia contenciosa de la Corte Interamericana se extiende al conocimiento de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH que le sea sometido, siempre que los Estados miembros en el caso hayan reconocido dicha competencia.³²

Dentro de la función contenciosa, únicamente serán los Estados Parte de la Convención y la Comisión Interamericana los facultados para llevar un caso ante la Corte.

Para que un caso sea presentado ante la Corte Interamericana y en consecuencia, para que emita una decisión jurisdiccional, no basta con que el Estado haya ratificado la Convención Americana, sino que es esencial que declare expresamente que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpreta-

32 Silva García, Fernando. *Derechos humanos, efectos de las sentencias internacionales*, op. cit. supra nota 12.

ción o aplicación de la CADH, de acuerdo a lo establecido por el artículo 62 de la mencionada Convención.

Una vez que el procedimiento se ha llevado ante la competencia de la Corte y cuando ésta determine que efectivamente hubo violación de un derecho o libertad protegido por la Convención. La Corte se pronunciará en dos aspectos, primeramente, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y en segundo lugar, dispondrá que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

4.3.1 Decisiones judiciales emblemáticas de la Corte IDH por su incidencia en el ordenamiento jurídico de los Estados y su interpretación

A lo largo de la trayectoria de la Corte IDH sus sentencias han incidido los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados, el primer caso más trascendental fue Última tentación de Cristo vs. Chile, sentencia del 5 de febrero de 2001, donde se censura bajo el fundamento de una disposición constitucional que imponía la censura previa de filmes, en donde concluyó que el Estado había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el artículo 19, número 12 de la Constitución nacional establecía la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana. Por lo que la Corte decidió que el Estado debía modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa.³³

El artículo 12 de la constitución chilena contenía una disposición, que en su inciso final señalaba: “La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”, lo cual se contrapone con lo establecido en el artículo 13 de la Convención Americana que dispone que “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley...”, por lo que, la Constitución chilena contravenía las obligaciones internacionales del Estado.

33 Corte IDH, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrs. 72 y 73.

La Corte Interamericana se pronunció sobre el deber del Estado de realizar las modificaciones necesarias en su derecho interno para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana. La Corte señaló en ese sentido que:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención (subrayado agregado).³⁴

En relación a lo anterior, la Corte IDH establece en sus puntos resolutivos que el Estado "...debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto."

El Presidente de la República inmediatamente después de la Última tentación de Cristo mandó el proyecto de enmienda de la Constitución, que no fue debatido pero más tarde entró en otro paquete, lo que ocasionó una reforma constitucional importante a solo unos meses de que se dictara la sentencia de la Corte IDH, dejando sin efecto la disposición 12 constitucional que aludía a la censura previa, adecuando así la Constitución chilena a los parámetros internacionales. Por lo que en la supervisión de cumplimiento de sentencia del 28 de noviembre de 2003, la Corte Interamericana declaró el cumplimiento a la sentencia de 5 de febrero de 2001.

Otro caso sumamente trascendental por su incidencia en derecho interno, es el ca-

³⁴ *Ibidem*, párr. 87.

so Herrera Ulloa vs. Costa Rica³⁵, en donde el periodista Mauricio Herrera Ulloa había sido condenado por injuria por haber reproducido en Costa Rica unos reportajes sobre un diplomático abogado costarricense en Europa, condenado por la comisión de varios delitos como tráfico de armas y lavado de dinero. Fue condenado y en Costa Rica no había apelación de la sentencia en relación a primera instancia, por lo que se alegó la violación a la libertad de expresión y debido proceso, por faltar la otra instancia para revisión de la primera instancia, ya que solamente existía la casación. El origen en las violaciones cometidas por el Estado de Costa Rica al haber emitido, el 12 de noviembre de 1999, una sentencia penal condenatoria como consecuencia de que se publicaron en el periódico “La Nación” diversos artículos escritos por el periodista Mauricio Herrera Ulloa, cuyo contenido consistía en una reproducción parcial de reportajes de la prensa escrita belga que atribuían a un diplomático costarricense la comisión de hechos ilícitos graves. Como efecto derivado de tal sentencia, el ordenamiento jurídico costarricense exigía que se anote la sentencia condenatoria dictada contra el señor Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes.

Aunque la Comisión Interamericana no aceptó violación al debido proceso, únicamente reconoció violación a la libertad de expresión, los representantes de las víctima argumentaron violación al debido proceso ante la Corte Interamericana, la cual admitió y ordenó la reforma procesal penal costarricense, por lo cual el presidente de la Corte IDH reunió a la víctima, a la Comisión Interamericana y al Presidente de la Corte Suprema de Justicia en la sede de la Corte para discutir los lineamientos de un proyecto de ley que se aprobó enmendando el sistema procesal penal costarricense.

En paralelo, en Argentina se presentó una situación similar, el caso Fontevecchia y D’Amico vs. República Argentina, y la Corte aplicando el caso Herrera Ulloa, anuló el sistema procesal, desaplicándose el sistema penal en base al principio de buena fe y al control de convencionalidad a partir de una sentencia costarricense.

El caso González y otras vs. México, también denominado “Campo Algodonero”, constituye un precedente paradigmático para el ordenamiento jurídico interno y para el desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos relacionado con la discriminación sistemática a las mujeres. Los hechos del caso inician el 22 de septiembre de 2001 cuando desaparece Laura Berenice Ramos Monárrez, estudiante de 17 años de edad; el 10 de octubre de 2001 desaparece

35 Corte IDH, Caso Herrera Ullua vs. Costa Rica. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Claudia Ivette Gonzáles, trabajadora de una empresa maquiladora, de 20 años de edad; y el 29 de octubre de 2001 desaparece Esmeralda Herrera Monreal, empleada doméstica, de 15 años de edad. Cuando se llevan a cabo las desapariciones, los familiares presentaron las denuncias respectivas, sin embargo, no se realizaron investigaciones, las autoridades se limitaron a elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la Policía Judicial.

Para poder determinar la responsabilidad internacional del Estado, la Corte considera pertinente realizar un análisis para establecer si la violencia que sufrieron las tres víctimas constituye violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará.

Sobre la violencia y discriminación contra la mujer en este caso, se alude al derecho a la vida (artículo 4), el derecho a la integridad personal (artículo 5), derecho a la libertad personal (artículo 7), garantías judiciales (artículo 8), derechos del niño (artículo 19), protección judicial (artículo 25) en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana y el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belém do Pará”, que hace referencia al deber de los Estados de condenar todas las formas de violencia contra la mujer y adoptar todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.

La Corte señala que los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez “se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer”, situación que el Estado reconoce respecto de la violencia que se está desarrollando en dicha ciudad. Asimismo, de acuerdo a los informes de la Relatoría de la Comisión Interamericana, del *Committee on the Elimination of Discrimination Against Women* y Amnistía Internacional, se destaca que muchos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez son manifestaciones de violencia basada en género. Además se establece que las tres víctimas en el presente caso eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadores o estudiantes, que fueron desaparecidas y sufrieron graves agresiones físicas antes de su muerte, como muchas de las víctimas de homicidios en Ciudad Juárez.

En el caso González y otras vs. México, la Corte Interamericana fija las condiciones que deben operar para que sea posible atribuir la responsabilidad al Estado por actos cometidos por particulares, y establece que:

[...] pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo (subrayado agregado).

Por lo que, la Corte concluye que las jóvenes González, Ramos y Herrera fueron víctimas de violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará. Por los mismos motivos, el Tribunal considera que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez.³⁶ Es por ello, que la labor de la Corte Interamericana se dirige a analizar si la violencia perpetrada contra las víctimas es atribuible al Estado.

El deber de respeto, garantía, no discriminación y acceso a la justicia se relaciona con el deber del Estado de cumplir con sus obligaciones de respetar los derechos a la vida, la integridad personal y a la libertad personal de las víctimas del presente caso.

Respecto del deber de prevención del Estado la Corte Interamericana realiza un análisis en relación a dos momentos claves. El primero de ellos, antes de la desaparición de las víctimas, la CrIDH consideró que la falta de prevención de las desapariciones no conlleva *per se* responsabilidad internacional del Estado, porque a pesar de que tenía conocimiento de una situación de riesgo para las mujeres en Ciudad Juárez, no ha sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas de este caso.

Superar los estereotipos sobre el rol social de las mujeres y dejar atrás los patrones de discriminación y violencia sistemáticos, así como evitar los homicidios de mujeres por razones de género.

5. Conclusiones

Los casos resueltos por la Corte Interamericana son emblemáticos para los Estados por sus interpretaciones que realiza y debido a que constituyen estándares internacionales de protección. Asimismo, establecen jurisprudencia trascen-

36 Corte IDH. Caso González y otras Vs. Estados Unidos Mexicanos. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 231.

dental para los tribunales internos del Estado, que coadyuva a la generación de normas y precedentes guiados a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como se ha abordado en el presente artículo, el Sistema Interamericano, a través de las sentencias de la Corte Interamericana aporta elementos interpretativos y de protección de derechos humanos que impactan de manera significativa en el ordenamiento jurídico interno, de modo que conducen a la implementación o modificación de las normas internas, así como al establecimiento de mecanismos de protección de derechos humanos tendientes a realizar una integración entre los estándares internacionales y el derecho nacional.

Las sentencias condenatorias dictadas han evidenciado las deficiencias de los ordenamientos jurídicos y con ello se ha generado presión internacional para el impulso de reformas, la investigación y consecución de procesos en aras de determinar y sancionar a los responsables de cometer violaciones de derechos humanos. De manera que las sentencias de la Corte Interamericana tienen sus efectos en el ordenamiento jurídico interno a través de reformas constitucionales, reformas legales y pautas de interpretación que permiten la inserción de los estándares establecidos por la Corte Interamericana al derecho interno.

Ha habido sentencias fundamentales, desde cambios a leyes internas, hasta dialogo jurisprudencial y de cambios en la orientación de la interpretación interna de los Estados, gracias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Los efectos reflejados también en las reparaciones en casos de violaciones a derechos humanos, actos memoriales, reconocimientos públicos de responsabilidad, marcando importantes precedentes para la protección de los derechos humanos.

Bibliografía

Doctrina

BUERGENTHAL, Thomas *et al.*, “Manual Internacional de Derechos Humanos”, Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Jurídica de Venezuela, 1990.

CHUECA, Ángel, “Los derechos humanos protegidos en la Convención Americana de San José de 1969”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXXII, núms. 1-3

PRADO, Maximiliano, “Limitación de los derechos humanos. Algunas consideraciones teóricas” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, no. 1, 2007, págs. 61 a 90. Citado por Eugenia Ullmann, *Manual de derechos humanos para las fuerzas de seguridad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009

REY CANTOR, Ernesto, “Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca de Derecho Procesal Constitucional, núm. 26, 2008

SILVA, Fernando, *Derechos humanos, efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos, parte general*, México, SCJN, 2013

ULLMAN, Eugenia, *Manual de derechos humanos para las fuerzas de seguridad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso González y otras vs. Estados Unidos Mexicanos. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Caso Herrera Ullua vs. Costa Rica. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, *Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas* de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73

Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, “‘otros tratados’ objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 01.

Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”. Serie A No. 04.

Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”. Serie A No. 16.

Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002 “Condición jurídica y derechos humanos del niño”. Serie A No. 17.

Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” Serie A No. 21.

Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” Serie A No. 24.

Documentos legales

Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana, adoptado en ocasión de la XVI Cumbre Iberoamericana, realizada en Montevideo, Uruguay, los días 4 y 5 de noviembre de 2006.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, 1969.

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, La Paz, 1979.

RESUMEN

El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de la Convención Americana no puede pensarse como una obviedad, al contrario, la Corte Interamericana al ejercer ese papel mediante el ejercicio de sus facultades jurisdiccional y consultiva, incide de manera directa y efectiva en el derecho nacional de los Estados Parte; el propósito de este trabajo es evidenciar tal efectividad a través de la exposición de casos concretos en los que ha logrado impactar, no sin antes precisar algunos conceptos generales del propio sistema interamericano de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE

Corte Interamericana, Convención Americana, Derechos Humanos

ABSTRACT

The role of the Inter-American Court of Human Rights as interpreter of the American Convention is not an obvious matter, on the contrary, the Inter-American Court, in exercising of its jurisdictional and advisory powers, has a direct and effective impact on the domestic law from the States Parties; The purpose of this study is to demonstrate such effectiveness through the analysis of certain cases taken under the jurisdiction of the Court, where is possible to identify such impact, but not before defining some concepts of the Inter-American human rights system.

KEYWORDS

Inter-American Court, Inter-American Convention, Human Rights

III. CONFERENCIAS

SUMARIO

- **Sibylle Kessal-Wulf**, *El diálogo de los tribunales (La relación entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Federal)*.

**EL DIÁLOGO DE LOS TRIBUNALES (LA RELACIÓN ENTRE
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA,
EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL)**

Sibylle Kessal-Wulf¹

Recibido: 10-09-2018

Aceptado: 25-10-2018

¹ Magistrada del Tribunal Constitucional Federal alemán.

I. Cuestiones preliminares

En los últimos tiempos, si echamos un vistazo a Europa y también fuera de Europa, se produce cierta sensación de impotencia, porque en algún punto, el mundo parece haber perdido la compostura. Así, en lo que respecta a Europa, se demanda más Europa o, al menos, una Europa reformada; pero también, y cada vez con más ímpetu, menos Europa o ninguna en absoluto. Pensemos en el Brexit, la forma que tiene Europa de querer quedarse con lo mejor, con todo², sin querer asumir las obligaciones correspondientes ni dar muestras de solidaridad. Y, por último, una Europa que no quiere aceptar los ideales democráticos y las normas constitucionales asociadas a ella.

A la vista de esta situación, uno siente la tentación de recordar a determinados responsables políticos como Winston Churchill. La mayoría de ustedes conocerán su famoso discurso de Zúrich en 1946, en el que realizó la siguiente afirmación:

“Si por una vez, Europa se mantuviera unida para compartir su herencia común, no habría límite a la felicidad, a la prosperidad y a la gloria para sus habitantes”

Puede que suene irónico, dada la situación actual, que Churchill, como es bien sabido, se mostrara decididamente partidario de una Europa unida, pero a lo que se refería era fundamentalmente al continente, y no necesariamente a la propia Gran Bretaña. Sin embargo, su discurso de entonces quedó ensombrecido por dos guerras mundiales y el predominio nacionalsocialista, que desestabilizaron el continente europeo y sustituyeron la ley por el terror y el poder. Churchill planteó la cuestión de cómo se podría evitar el regreso de lo que él llamó los “tiempos oscuros”. La idea de la paz y el Estado de Derecho pasaron a ser a partir de entonces una de las principales fuerzas motrices de la unificación de Europa. Sin embargo, si hacemos balance de esta integración europea a día de hoy, la coyuntura parece estar marcada por nuevas amenazas, una constante gestión de las crisis como consecuencia de la globalización, la realidad económica y los movimientos migratorios; estos últimos desencadenados por los conflictos civiles y el terror fuera de Europa. La crisis financiera y de deuda y el resurgimiento de las fuerzas nacionalistas se ciernen sobre Europa como una espada de Damocles. Existe un creciente escepticismo sobre si Europa como tal es (aún) capaz de ac-

² Expresión idiomática traducida del texto original en alemán, sobre la que no existe una traducción literal “nach den, Rosinen, die Europa bietet” que se refiere a tomar lo mejor sin renunciar a nada.

tuar y de hallar una respuesta moderna y actualizada a la globalización, a los nuevos mercados dinámicos, a las estructuras de poder geopolítico, a los conflictos civiles, al terror y al reto de integrar a millones de refugiados de otras culturas.

Con este telón de fondo, hoy quisiera tratar de transmitirles una imagen positiva y presentarles de forma más precisa el “Modelo de Europa”: el modelo de la Unión Europea sirviéndome para ello del ejemplo de la jurisprudencia, sobre la base de un sistema judicial supranacional que lleva décadas desarrollándose, y al mismo tiempo animarles a que requieran de Europa y, en particular, de sus principios de Estado de Derecho para reforzar y sostener nuestras estructuras democráticas.

Así pues, ¿cómo funciona este “Modelo de Europa” judicial? En particular, ¿cómo puede mantenerse el equilibrio entre la integración europea, por una parte, y la soberanía de los Estados miembros, por otra, dentro de un sistema supranacional? Me gustaría llamar su atención sobre esta cuestión desde la perspectiva de nuestro Tribunal Constitucional Federal. Para comprender mejor la red de tribunales nacionales y europeos, las interacciones de sus respectivas sentencias y, en particular, las sentencias del Tribunal Constitucional Federal en los últimos años, es útil comenzar con una evaluación constitucional general de la situación.

II.

1. Si analizamos nuestra Constitución, veremos enseguida que la Ley Fundamental establece expresamente el empeño de lograr una Europa unida:

Ya en su preámbulo, hace hincapié en la voluntad del pueblo alemán de contribuir a la paz mundial como miembro en condiciones de igualdad en una Europa unida. El artículo 23.1 de la Ley Fundamental establece un mandato constitucional y, al mismo tiempo, una autorización constitucional para la integración. Así, la Ley Fundamental expresa su compatibilidad con la legislación europea. Este compromiso con Europa es vinculante para todos los organismos estatales alemanes como un mandato constitucional. En su sentencia de Lisboa, el Segundo Senado establece la siguiente afirmación, que sigue vigente a día de hoy:

“El mandato constitucional para la creación de una Europa unida que se desprende del apartado 1 del artículo 23 de la Constitución y del Preámbulo (...) significa, en particular, para los órganos constitucionales alemanes que no les compete decidir en un plano político sobre la integración europea. La Ley Fundamental establece la voluntad de una integración europea y un orden basado en

la paz mundial. Así, no solo resulta de aplicación el principio de compatibilidad con el derecho internacional, sino también el principio de compatibilidad con el derecho europeo.

Sobre esta base, Alemania contribuye a la creación y al desarrollo de la Unión Europea y ha abierto su sistema jurídico al derecho supranacional, cuya supremacía está constitucionalmente prevista y limitada. Solo una disposición explícita de derecho interno de aplicar dicho derecho supranacional en forma de mandato nacional que emana del Parlamento es causa y limitación para la transmisión de derechos soberanos y, por consiguiente, para la aplicabilidad del Derecho Comunitario en Alemania.

2. La integración europea no puede equipararse, como a veces se afirma de forma errónea, con un “autoabandono nacional”:

a) El hecho de que nuestra Ley Fundamental sea respetuosa con la legislación europea es sólo una cara de la moneda. Sin embargo, existen preceptos inmutables (previstos el apartado 3 del artículo 79 de la Ley Fundamental) que pueden limitar la apertura del estado alemán hacia Europa. Los fundamentos de nuestra nación consagrados en la conocida como “cláusula de eternidad” de la Ley Fundamental: el estado de Derecho, la democracia, la dignidad humana y el principio del estado federal, a los que se refiere expresamente el artículo 23.1 de la Ley Fundamental, no pueden abolirse aunque se alcanzara la mayoría de dos tercios necesaria para una enmienda constitucional. Son principios inamovibles.

b) El núcleo material de la identidad constitucional, que puede deducirse de esta “cláusula de eternidad” [en el apartado 3 del artículo 79 de nuestra Ley Fundamental], establece límites a la facultad constitucional para transferir derechos soberanos a la Unión Europea; lo que constituye también una protección contra el proceso de integración. Esta es la línea competencial del Tribunal Constitucional Federal común a todas las sentencias orientadas hacia el derecho europeo de las últimas décadas. Al describir estos límites como “indiscutiblemente firmes”, cumple su función de tutela y custodia de la Ley Fundamental.

3. ¿Esta constatación constitucional, que establece tanto la voluntad de integrarse en la comunidad europea e internacional de estados, como a la vez, los límites para la integración, supone una barrera para el desarrollo de Europa?

a) La respuesta es claramente “no”. La integración de Europa ha sido y es una historia de éxito, que se caracteriza por el sostenimiento de la paz, el libre inter-

cambio, la apertura de las fronteras y los logros a nivel económico y social. Si los alemanes quieren aprovechar su situación en el centro de Europa y al mismo tiempo aprender las lecciones de su Historia, sin duda querrán ser y seguir siendo unos europeos convencidos. No en vano, la Unión Europea recibió el Premio Nobel de la Paz en 2012. En la ceremonia de entrega de premios, el Comité noruego justificó su decisión en el papel estabilizador de la Unión Europea en la transformación de Europa de un continente de guerras a un continente de la paz. El mayor logro de la Unión fue “su exitosa lucha por la paz, la reconciliación, la democracia y los derechos humanos”.

b) Las barreras que establece la Ley Fundamental a la integración europea no son en absoluto una expresión de perseverancia en los conceptos tradicionales de soberanía, sino una consecuencia inevitable del hecho de que los diferentes marcos jurídicos se sitúan a nivel nacional y supranacional, y que deben distinguirse entre sí y moldearse. Solo por esta razón, los límites esbozados por la Ley Fundamental no deben describirse, como ha ocurrido en ocasiones, como un “freno” a la integración europea y explicarse desde el temor a la pérdida de la soberanía. Se trata más bien de preservar y afirmar la identidad de la Constitución alemana. La (propia) condición de Estado es el punto de partida y el requisito previo para el derecho democrático de un pueblo a la autodeterminación y la capacidad del Estado para actuar. Por esta misma razón, la Ley Fundamental no faculta ni siquiera a los poderes constitucionales a alterar su identidad. En particular, no se opone a que la Ley Fundamental se ajuste a la legislación europea si el Tribunal Constitucional Federal, en condiciones muy tasadas, adopta precauciones para proteger la identidad constitucional nacional y las fronteras para la transferencia de la soberanía a la Unión Europea. No es el único caso en Europa: los tribunales constitucionales y supremos de otros estados miembros también se han manifestado en el mismo sentido que el Tribunal Constitucional Federal (Dinamarca, Estonia, Francia, Irlanda, Italia, Letonia, España, por citar solo algunos ejemplos). Esta visión, análisis y referencia a las resoluciones constitucionales de otros tribunales, al intercambio de conocimientos y dictámenes y a la argumentación para convencer al resto de tribunales de su propia posición jurídica y, por lo tanto, para instaurarla en el debate europeo, es un componente extremadamente importante del diálogo de los tribunales representados en Europa. De este modo, se apoya de forma sostenible el logro de la integración, que no debe subestimarse y que proporciona un Derecho común europeo

b) Aunque tengamos que mirar a “Europa” y a la integración europea desde ambos lados, sigue siendo la misma moneda: según la voluntad de sus partes contratantes, la Unión Europea es ante todo una comunidad de valores y de

rechos (art. 2 del TUE), algo en lo que nunca se insiste demasiado, que está comprometida con la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el estado de Derecho y los derechos humanos, incluyendo la protección de las minorías, aunque cada estado miembro se caracterice por sus propias influencias históricas, sociales, culturales y económicas diversas y muy propias de cada uno. Se requiere a cada estado miembro que proteja en la medida de lo posible sus respectivos ordenamientos jurídicos y que, al mismo tiempo, los tenga en cuenta en la interpretación y el diseño de su propio ordenamiento jurídico.

III.

¿Qué papel desempeña la judicatura en general y la judicatura constitucional en particular en el modelo supranacional de Europa esbozado así? Conviene aclarar los problemas asociados desde varias perspectivas: la posición fundamental de los tribunales en el llamado sistema multinivel, su enredo vertical y horizontal, así como la necesidad imperiosa de su cooperación fructífera y sin problemas en una Europa cada vez más cercana.

1. La función del Tribunal Constitucional Federal a nivel nacional está claramente definida y puede resumirse en una sola frase: garantizar el cumplimiento de la con Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Esto es aplicable principalmente al respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos individuales; un componente esencial de esta cuestión es el recurso de amparo, que está abierto a cualquier ciudadano que sienta que sus derechos fundamentales han sido vulnerados por las autoridades públicas.

El propio Tribunal Constitucional Federal es a su vez un órgano constitucional. Esto se basa en la idea de que un tribunal constitucional (no sólo el alemán, se podría añadir, particularmente si nos fijamos en Europa oriental) solo puede cumplir las funciones que le han sido confiadas como institución verdaderamente independiente, y solo si actúa como tal podrá lograr la aceptación necesaria de sus decisiones. La limitación del poder estatal, en particular del poder ejercido por el ejecutivo, por un tribunal independiente, que es también un órgano constitucional y que, por consiguiente, puede mirar a otros órganos constitucionales “de tú a tú”, es un elemento esencial, fundamental e indispensable del estado de Derecho.

2. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal debe tener siempre en cuenta la postura y la jurisdicción de los “Tribunales Constitucionales Europeos”. Esto nos lleva a su integración en la estructura institucional supranacional. Hoy en

día se habla de la interacción entre los tribunales europeos y los nacionales. Ya en esta expresión de “interacción” se percibe un cierto entrelazamiento de los planos y, por tanto, una unión y no yuxtaposición ni aun menos una oposición entre ellos. Hace algunos años, el tono era aún más neutro y se hablaba de una comunidad jurisdiccional sencilla y de la “relación” de cooperación entre la jurisdicción europea y la nacional (constitucional). Finalmente, hace ya mucho que se superó el tiempo en que esta “interacción” se describía de forma breve y sucinta como el “triángulo jurídico de las Bermudas”. El término “triángulo de las Bermudas” denota, sin embargo, que existen tres tribunales implicados y que, además del tribunal (constitucional) del estado miembro correspondiente y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también influye también en nuestro sistema jurisdiccional nacional. En este contexto, ahora se habla de una red europea de tribunales que está en constante intercambio entre sí. Al igual que los órganos constitucionales a nivel nacional, sus agentes están llamados a tratarse mutuamente con respeto y en reconocimiento de los diferentes sistemas jurídicos con sus particularidades nacionales y a participar en la creación de una Europa unificada. Esto se refleja también en el apartado 2 del artículo 4 del Tratado de Lisboa, en el que se afirma expresamente:

“La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros [...] así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos.”

Hace unos meses, Koen Lenaerts, el actual Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incluso habló de un “taller común para la Justicia”, en una conferencia en el Tribunal Constitucional Federal.

IV.

¿Cómo funcionan las cosas en las aulas de ese taller?

1. En este contexto, debemos concentrarnos en primer lugar en la relación entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y nuestro Tribunal Constitucional nacional.

a) El Tribunal Constitucional Federal se percibe aquí como un mediador que debe hacer valer los dos principios mencionados y equilibrarlos entre sí. Como se ha expuesto anteriormente y como nuestro presidente Andreas Voßkuhle ha afirmado en varias ocasiones, se podría hablar aquí de las dos caras de la mis-

ma moneda, o quizás también (y esto viene a subrayar particularmente la idea del diálogo) de un sistema de vasos comunicantes. Por una parte, la compatibilidad con la legislación europea de la Constitución, con su correspondiente programa de integración y su responsabilidad en materia de integración, por la que, además de los demás órganos constitucionales alemanes, también debe velar el Tribunal Constitucional Federal; por otra, está la identidad constitucional nacional, cuya salvaguardia también se ha confiado al Tribunal Constitucional Federal y, como acabamos de mencionar, cuyo respeto unificado está consagrado en los Tratados.

b) Sin embargo, esto solo describe los dos polos opuestos a nivel nacional (constitucional), sin que esto se asocie ya a un posicionamiento cierto en el sistema multinivel europeo. Lo primero que debemos hacer a este respecto es plantear las diferentes perspectivas y áreas de responsabilidad de los tribunales europeos y nacionales.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ejerce su función jurisdiccional mediante un examen conforme al Derecho de la Unión (supranacional). Garantiza el respeto del Derecho en la interpretación y la aplicación de los Tratados y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión (que prevalece) en los Estados miembros; a este respecto, dispone de poder de decisión definitiva. Aunque no se ocupe directamente de cuestiones de Derecho nacional, influye en los ordenamientos jurídicos nacionales de diversas maneras a través de su jurisprudencia. Se describe como el “motor de la integración” y se ha convertido en un Tribunal Constitucional Europeo, posicionado claramente como tal.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional Federal nacional, debe velar por la función anteriormente descrita: por un lado, acompaña el proceso de integración, pero por otro puede llegar a la situación de tener que poner límites al mismo. En este contexto, la función de control del Tribunal Constitucional Federal incluye analizar si los agentes de los órganos e instituciones de la Unión Europea afectan a la identidad constitucional protegida por el artículo 79.3 de la Constitución. Es decir, si afectan a ámbitos que no debieron transferirse en primera instancia, o si se basan en una extralimitación evidente de competencias (palabra clave: *ultra vires*), por un uso arbitrario de los poderes soberanos por los órganos e instituciones de la Unión Europea. Sin embargo, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, el principio *ultra vires* exige una infracción suficientemente grave. En pocas palabras, esto presupone que la acción de las autoridades de la Unión en contravención de las competencias resulte obvia y que el acto impugnado conduzca a un cambio estructuralmente significativo en la configuración de las competencias en detrimento de los Estados miembros.

c) Estas funciones de los dos órganos jurisdiccionales anteriormente descritas se expresan también, en particular, en el procedimiento de remisión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con arreglo al artículo 267, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La remisión es un instrumento importante y eficaz de la fórmula europea de interconexión y diálogo; la obligación de remisión (es decir, no solo mediante la posibilidad de remisión) garantiza que las cuestiones relevantes del Derecho de la Unión que son pertinentes para los procedimientos a nivel nacional lleguen realmente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que este se pronuncie al respecto, como único tribunal designado a tales efectos, con efectos vinculantes para todos los Estados miembros. No se trata aquí de una subordinación de los diferentes sistemas jurídicos y de los tribunales que juzgan dentro de los mismos, sino más bien del procedimiento prejudicial, que es ante todo la expresión de una cooperación basada en la división del trabajo en el “taller conjunto de conclusiones jurídicas”. También debemos subrayar que esta forma de cooperación y diálogo no solo afecta a los tribunales constitucionales, sino también al resto de tribunales nacionales.

d) En concreto, a nivel de los tribunales de instancia, esta remisión al TJCE se ha convertido desde hace tiempo en parte de la práctica jurídica cotidiana en el ámbito del Derecho de la Unión. En caso de duda sobre la aplicación e interpretación del Derecho de la Unión, el apartado 3 del artículo 267 [del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)], que en última instancia tiene carácter de norma competencial, establece que los tribunales especializados deben someterlas previamente al TJCE. De este modo, el tribunal especializado debe estar suficientemente informado sobre el Derecho sustantivo de la Unión. Debe evaluar cualquier jurisprudencia pertinente del TJCE y orientar su resolución en consecuencia. Sobre esta base, el tribunal especializado debe establecer la convicción mediante la aplicación y la interpretación del Derecho sustantivo de la Unión, de forma al menos justificable, de que la situación jurídica está clara desde el principio (*acte clair*) o que ha sido previamente aclarada por la jurisprudencia (*jeuropea!*) de manera que no deje ninguna duda razonable abierta (*acte éclairé*); de modo que no sea necesario recurrir por esta razón. En los demás casos, debe recurrirse y se abre la posibilidad del diálogo.

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, si se incumple la obligación de remitir y, por tanto, el asunto no se eleva a los jueces (europeos) designados para tomar la decisión, precisamente porque el párrafo 3 del artículo 267 es una norma competencial, el derecho de las partes al juez estatutario en virtud de la segunda frase del párrafo 1 del artículo 101 de la Ley Fundamental, que equivale a un derecho fundamental, puede incumplirse, de modo que se pro-

duce una contravención constitucional, al menos si la falta de remisión no parece ya comprensible en una evaluación razonable y es manifiestamente insostenible.

f) Permítanme decir unas palabras sobre la relación entre los derechos fundamentales nacionales y la protección de los derechos fundamentales a escala de la Unión en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, vinculada por el apartado 3 del artículo 52 de la Carta a la protección que ofrece el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el CEDH:

[Cito:] “En la medida en que la presente Carta contenga derechos equivalentes a los garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tendrán el mismo significado y alcance que los que les confiere dicho Convenio”. Asimismo, la importancia de la Convención también queda clara en el apartado 3 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. Establece que los derechos fundamentales, de conformidad con las garantías previstas en la Convención son el resultado de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y se declaran como principios generales del Derecho de la Unión.

Por tanto, nos encontramos con tres catálogos de derechos fundamentales: la Constitución (en tanto que constitución nacional), la Carta de los Derechos Fundamentales (a escala de la Unión) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuya aplicación no se limita únicamente al nivel de la Unión, sino que se ha extendido a todos los Estados miembros actuales. Cabe preguntarse si esto no es algo “demasiado bueno” y si nos encontramos antes o después ante un “triángulo legal de las Bermudas”. Es evidente. Aunque aún no se han aclarado en detalle todas las cuestiones relativas a la demarcación, sin duda se pueden observar efectos de sinergia entre los catálogos de derechos fundamentales para mejorar la protección de los derechos humanos y elevar el nivel general. Asimismo, el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales y el artículo 53 del Convenio se refieren expresamente a la protección de los derechos humanos reconocidos. Y los diferentes catálogos de derechos fundamentales y de derechos humanos también tienen sentido: cada tribunal (Tribunal Europeo de Justicia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tribunal constitucional nacional) conserva la soberanía sobre la interpretación de “sus” derechos fundamentales, y principalmente los tribunales constitucionales nacionales pueden tomar en cuenta así de forma adecuada las características particulares de su cultura de derechos fundamentales. El objetivo de la triple protección de los derechos fundamentales no es, por tanto, una “unificación” de los diferentes órdenes, que se supone deben conducir a los mismos resultados, sino la preservación de diferentes niveles, cada uno con sus propios valores.

Evidentemente, existen problemas de delimitación que aún no se han aclarado del todo. Así, el TJCE extiende la protección de los derechos fundamentales en virtud de la Carta, del artículo 51 de la propia Carta a las instituciones, órganos y organismos de la Unión así como, “exclusivamente en la aplicación del Derecho de la Unión”, a las actividades de los Estados miembros, en la medida en que estos solo hacen referencia al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión; es decir, de manera muy general como punto de partida. Por otra parte, el Tribunal Constitucional Federal se ha posicionado y ha estimado que los derechos fundamentales europeos solo pueden aplicarse en los casos regulados por el Derecho de la Unión, pero no en el caso de los efectos reales o en el ámbito de aplicación puramente abstracto del Derecho de la Unión. Asimismo, la posición del TJCE solo puede aplicarse si el Derecho de la Unión no deja ningún margen de maniobra en la aplicación, sino que establece disposiciones obligatorias; solo en tal caso podrán aplicarse los derechos fundamentales de la Unión. Por otra parte, los actos jurídicos (nacionales) promulgados cuando existe margen de maniobra están sujetos a revisión constitucional. Una de las tareas en el futuro será delimitar claramente los límites de los respectivos ámbitos jurídicos.

aa) Con independencia de ello, el Tribunal Constitucional Federal aún no ha abandonado su pretensión inicial de examinar la conformidad de los actos jurídicos de la Unión con los derechos fundamentales. No obstante, no ejerce su jurisdicción siempre que (“mientras sea competente”) se garantice en el territorio soberano de la Unión una protección de los derechos fundamentales esencialmente comparable a la norma de la Constitución. El Tribunal Constitucional Federal ha confirmado este criterio en diferentes ocasiones, como por ejemplo en la sentencia Maastricht o en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa. Sin embargo, la evolución jurídica de la Unión en general, debe haberse situado por debajo del nivel indispensable (nacional) de los derechos fundamentales antes de que se establezca la intervención del Tribunal Constitucional Federal. Por tanto, se ha reservado una especie de “competencia de reserva” para sí misma.

Puede que se pregunten cómo encaja esta jurisprudencia de Solange en el sistema de los diferentes niveles del derecho y de los diferentes catálogos de derechos fundamentales.

La Constitución abre nuestro ordenamiento jurídico nacional de tal manera que se suprime el derecho exclusivo de la República Federal de Alemania a la competencia en el ámbito de aplicación de la Constitución y se da cabida a la validez y aplicabilidad directas de una ley de otra fuente en el ámbito del poder estatal. El rasgo característico de la “estatalidad abierta” es que también se pue-

den aplicar los principios jurídicos del derecho supranacional y los actos soberanos emitidos sobre la base de la transferencia se reconocen en Alemania y por Alemania y se aplican sin más preámbulos. El Tribunal Constitucional Federal garantiza no obstante que la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos también está garantizada en general contra la soberanía de la Unión. La parte de derechos fundamentales de la Ley Fundamental es un elemento esencial inalienable de la Constitución vigente que pertenece a la estructura constitucional; en cualquier caso, la esencia de los derechos fundamentales también debe garantizarse en el contexto de las organizaciones supranacionales. El legislador que modificó la Constitución asumió esta idea [ya en 1992], la codificó y la afirmó con vistas a la Unión Europea y vinculó la participación de Alemania en la fundación y el desarrollo de la Unión Europea, entre otras cosas, a la garantía por parte de la Unión Europea de una protección de los derechos fundamentales esencialmente comparable a la Ley Fundamental (primera frase del párrafo 1 del artículo 23 de la Ley Fundamental).

bb) Esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal también recibió un importante impulso en diciembre de 2015. Así, sostiene que los actos soberanos de la Unión Europea y, en la medida en que están determinados por el Derecho de la Unión, los actos de las autoridades públicas alemanas, no podrán, en principio, compararse con los derechos fundamentales consagrados en la Ley Fundamental en relación con la primacía de la aplicación del Derecho de la Unión, que también se aplica al Derecho constitucional nacional. Sin embargo, el orden de prelación tiene su límite en los principios de la Constitución que son firmes en la integración. En el contexto del mencionado control de identidad, siempre debe examinarse si los principios declarados sacrosantos por el apartado 3 del artículo 79 de la Ley Fundamental (en virtud de la cláusula de eternidad) se ven afectados por una medida de la Unión Europea. Los objetos de protección declarados resistentes a la integración en la tercera frase del apartado 1 del artículo 23 de la Ley Fundamental no toleran ninguna relativización, incluso en casos “únicamente” individuales. Esto se aplica en particular al apartado 1 del artículo 1 de la Ley Fundamental (dignidad humana).

Como resultado de este examen, el Derecho de la Unión en Alemania puede tener que declararse inaplicable en casos concretos estrictamente limitados. Esto no supone una amenaza sustancial para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión. Por una parte, por lo que se refiere a los principios del apartado 1 del artículo 1 de la Ley Fundamental (dignidad humana) en cuestión, solo en raras ocasiones se producirá una contravención, ya que la Carta de los Derechos Fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ga-

rantizan, en general, la protección efectiva de los derechos fundamentales frente a las medidas adoptadas por las instituciones, órganos y otros organismos de la Unión Europea. Sin embargo, la dignidad humana representa el más alto valor jurídico dentro del orden constitucional. En este contexto, el Tribunal Constitucional Federal garantiza la protección indispensable de los derechos fundamentales y, por lo tanto, también en casos individuales. Por otra parte, el Tribunal Constitucional Federal ejerce estas competencias de control, que en cualquier caso están reservadas exclusivamente al Tribunal Constitucional Federal, con cautela y de forma compatible con el Derecho europeo.

2. Vamos a concluir con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Consejo de Europa cuenta actualmente con 47 Estados miembros (en comparación con los 28 o pronto 27 Estados miembros de la UE); el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) es el tratado multilateral más importante del Consejo de Europa. La interpretación del Convenio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como órgano judicial central sirve de modelo y orientación para una Europa regida por el Estado de Derecho, incluso para los Estados miembros que no participan en los procedimientos concretos, contra los que, por consiguiente, las sentencias carecen de fuerza jurídica formal. Los Estados Parte de la Convención tienen la obligación de respetar los derechos y libertades de la Convención tal y como se especifican e interpretan por el CEDH. Esta es la única manera de garantizar una comprensión uniforme de las garantías de la Convención en toda Europa.

a) El Tribunal Constitucional Federal considera que la Convención, en su interpretación concreta por el CEDH, sirve de ayuda para la interpretación de “la determinación del contenido y el alcance de los derechos fundamentales y los principios constitucionales [nacionales]”, que como tales no tienen rango constitucional. Esta opinión se basa en el carácter jurídico formal de la Convención. Desde el punto de vista de nuestra Ley Fundamental, las disposiciones del derecho internacional de los tratados que, como en el caso de la Convención, se han incorporado al derecho nacional mediante una ley de consentimiento del Bundestag alemán (artículo 59, apartado 2, de la Ley Fundamental) solo tienen rango de ley ordinaria (federal).

b) En 2004, el Tribunal Constitucional Federal modificó y complementó esta jurisprudencia en una sentencia fundamental (“Görgülü”) para la Convención, refiriéndose a la apertura del sistema jurídico alemán al derecho internacional. Para ilustrar esto: el caso subyacente se refería a una disputa sobre la custodia entre el padre de un hijo ilegítimo y los padres adoptivos del menor a quienes se

entregó la tutela del mismo poco después del nacimiento. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos evaluó la negativa de los tribunales de familia alemanes a conceder al padre de un hijo ilegítimo derechos de visita y custodia como una contravención de su derecho al respeto a la vida familiar (artículo 8, apartado 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y confirmó su demanda individual. Como consecuencia, el tribunal nacional alemán de familia en segunda instancia (de nuevo) denegó una orden judicial provisional relativa al contacto del padre con el menor, porque la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos solo vinculaba a la República Federal de Alemania como sujeto de derecho internacional, pero no directamente a sus órganos jurisdiccionales. La nueva demanda constitucional del padre contra esta decisión, que alegaba la inadecuada aplicación de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por parte de los tribunales de familia, tuvo éxito. El Tribunal Constitucional Federal basó su decisión en una contravención del derecho fundamental de los padres en virtud del artículo 6 de la Ley Fundamental, junto con el principio del estado de derecho: el Tribunal de Familia no consideró pertinente la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que había establecido una contravención de la Convención. Porque, más allá del principio constitucional de la compatibilidad con el derecho internacional, los tribunales estatales están fundamentalmente obligados a esa observancia en la aplicación e interpretación del derecho común.

c) Así, el Tribunal Constitucional Federal ha reforzado la Convención incorporándola a las obligaciones jurídicas de los tribunales especializados de conformidad con el artículo 20, apartado 3, de la Ley Fundamental y, al menos de forma indirecta, sometiéndola a la norma constitucional de revisión, una vez más, de conformidad con la interpretación al respecto del CEDH. De este modo, puede impugnarse su falta de conocimiento mediante una demanda constitucional contra actos soberanos alemanes sobre la base del principio del Estado de Derecho en conjunción con el respectivo derecho fundamental. En el transcurso de un proceso activo de acogida, los tribunales nacionales alemanes deben respetar las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia pertinente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este respecto, tramitarlo adecuadamente, determinar las evaluaciones básicas del Convenio e incluir los aspectos que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta en su análisis también de cara a su propia resolución, y en particular en una prueba de proporcionalidad. Esto no requiere una “paralelización esquemática”, sino más bien una inclusión de las evaluaciones de la Convención y una interpretación favorable a la Convención. No obstante, las posibilidades de una interpretación favorable a la Convención terminan cuando deja de ser justificable según los métodos reconocidos de

interpretación de la ley y de interpretación constitucional y cuando ya no parece compatible con los requisitos de la Ley Fundamental.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos deja al Convenio un cierto margen de apreciación y discrecionalidad y asume que los tribunales nacionales son más cercanos a las condiciones de vida y las particularidades de los respectivos estados que él mismo. Sin embargo, esto no cambia el hecho de que interprete la Convención de forma autónoma, que la utilice como un “instrumento vivo” que deba reinterpretarse una y otra vez a la luz de las circunstancias y los puntos de vista cambiantes, para la protección efectiva de los derechos humanos, y que de este modo cree un marco normativo europeo uniforme. Con esto, que ya es nuestro último tema, nos encontramos de nuevo con una cooperación en el sistema judicial europeo basada en la división del trabajo y que confirma la existencia de una cultura de diálogo.

V.

Actitud

Estimada audiencia, la “regla del poder judicial” sigue mencionándose en muchas ocasiones, también y particularmente en el sistema judicial europeo, y tanto el Tribunal Constitucional Federal como los tribunales europeos se perciben como “núcleos del poder judicial, donde este se ejerce con confianza”; en este contexto, se está considerando la posibilidad de trasladar el poder de decisión del nivel político al nivel jurisdiccional. Este es un tema que daría suficiente que hablar por sí mismo para otra conferencia y que solo podemos mencionar “de refilón”. Sin embargo, el objetivo común de todos los agentes judiciales debería ser siempre convertir la “cebolla europea de varias capas” con su supranacionalidad y su sistema multinivel (también judicial) en una “cebolla de mármol” completa y exitosa; es decir, un sistema en red con estructuras heterogéneas, cuyos componentes individuales se funden homogéneamente entre sí y cuya receta satisfaga a todos los participantes, por mantener una metáfora empleada de forma ocasional en el debate europeo. Este desarrollo, que es también y precisamente el resultado de un intercambio constante, de un “diálogo” entre los tribunales, es algo que deberíamos desear para Europa. Pero aquel que pretenda abolir, restringir o inutilizar los tribunales constitucionales y la jurisdicción constitucional, y concluiré citando al Presidente de nuestro Tribunal Constitucional, Andreas Voßkuhle, con motivo de una entrevista a principios de este año, “estará cortando de un hachazo las raíces de la democracia liberal”. Eso es exactamente lo último que deberíamos desear en Europa.

RESUMEN

El modelo europeo concebido como una unión de Estados con fines y objetivos comunes se halla actualmente en crisis. Las fuerzas que abogan por una Europa unida se contraponen a aquellas que apuestan por la recuperación de una soberanía plena de los Estados y por un desligamiento de los principios asociados a la idea de unión. Desde una perspectiva analítica del sistema judicial alemán y supranacional, así como de la jurisprudencia emanada de éstos, podemos dar una respuesta aproximada a cómo funciona actualmente el “Modelo de Europa” y cómo puede mantenerse el equilibrio entre los conceptos de integración europea y soberanía dentro de un sistema supranacional. En ese camino hacia la respuesta adecuada se halla un objetivo primordial, cual es el diálogo entre tribunales constitucionales y supranacionales como modo de preservar los principios democráticos que inspiran precisamente ese “Modelo Europeo” tan cuestionado en los últimos tiempos.

PALABRAS CLAVE

Unión Europea. Sistema judicial alemán. Tribunal Constitucional federal. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Modelo de Europa. Soberanía. Derecho supranacional. Principios democráticos. Sistema multinivel. Competencias. Dialogo entre tribunales.

ZUSAMMENFASSUNG

Das als Vereinigung von Staaten mit gemeinsamen Zielen konzipierte Europäische Modell befindet sich derzeit in einer Krise. Die Kräfte, die für ein vereintes Europa plädieren, stehen jenen entgegen, die auf die Wiederherstellung einer vollen Souveränität der Staaten und auf eine Abkehr von den mit der Idee der Union verbundenen Prinzipien setzen. Aus einer analytischen Betrachtungsweise der deutschen und supranationalen Justiz sowie der daraus hervorgehenden Rechtsprechung können wir eine annähernde Antwort darauf geben, wie das “Europäische Modell” derzeit funktioniert, und wie das Gleichgewicht zwischen den Konzepten der europäischen Integration und der Souveränität innerhalb eines supranationalen Systems aufrecht erhalten werden kann. Auf diesem Weg zur adäquaten Antwort ist ein vorrangiges Ziel der Austausch zwischen Verfassungs- und supranationalen Gerichten, um die demokratischen Grundsätze des, in letzter Zeit in Frage gestellten, “Europäischen Modells” zu wahren.

SCHLÜSSELWÖRTER

Europäische Union. Deutsche Justiz. Bundesverfassungsgericht. Europäischer Gerichtshof. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte. Europäisches Modell. Souveränität. Supranationales Recht. Demokratische Grundsätze. Mehrstufiges System. Kompetenzen. Austausch zwischen Gerichten.

IV. RECENSIONES

SUMARIO

- **Gabriel Moreno González**, *recensión del libro Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español. Luis I. Gordillo, Sebastián Martín y Víctor J. Vázquez (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2017.*
- **Alberto Oehling de los Reyes**, *comentario al libro Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad, Joan Oliver Araujo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.*

CONSTITUCIÓN DE 1931: ESTUDIOS JURÍDICOS
SOBRE EL MOMENTO REPUBLICANO ESPAÑOL

LUIS I. GORDILLO, SEBASTIÁN MARTÍN
Y VÍCTOR J. VÁZQUEZ
DIRECTORES

EDITORIAL MARCIAL PONS, 2017, MADRID. N° PÁG.: 392

Por Gabriel Moreno González
Investigador en Derecho Constitucional
Universitat de València

Recibido: 01-07-2018

Aceptado: 15-09-2018

I. Como bien indica el profesor Tudela en el prólogo a la obra que aquí recensionamos, muy pocos periodos de la Historia de España se identifican y confunden de forma plena con su sistema político como ocurre con el republicano. El estudio de una etapa tan breve pero a la vez tan crucial de nuestro pasado no puede desligarse del conocimiento y análisis del régimen jurídico-político que tuvo vigencia en ella, y ése es precisamente el objetivo de esta completa obra dirigida por Sebastián Martín, Víctor J. Vázquez y Luis I. Gordillo. Alejándose de cierta historiografía que ha tendido a ver la República como la antesala teleológica y necesaria de la Guerra Civil, o de la que ha hipertrofiado las perspectivas personalistas en su estudio, el presente libro dirige la mirada al papel central que la Constitución y el Derecho jugaron en la Segunda República Española, y lo hace desde una visión holística e integral que atiende con pulcritud intelectual a los múltiples contextos que la rodearon. Un momento, el republicano, con un claro ideal transformador que intentó cristalizar una ruptura con el régimen anterior y con algunas de las lógicas que habían presidido, tradicional y secularmente, el Estado español. Dicha pretensión transformadora se canalizó a través de su obra normativa principal, la Constitución, en el momento en que ésta se hacía normativa en Europa y ocupaba el lugar central del sistema político que todavía intenta hoy, no sin impedimentos y resistencias, conformar y determinar. La crisis actual de la normatividad de la Constitución, difuminada en los diversos procesos globalizadores y en la preeminencia de intereses privados ajenos a su *ratio* de existencia, se acrecienta estos días en el caso español a través de elementos distorsionadores propios que no han sabido integrarse de forma armónica. La cuestión territorial de una España aún invertebrada, tan candente en los momentos actuales de indefinición e incertidumbre política, y la necesidad palmaria de actualizar nuestra Carta Magna para volver a convertirla en elemento de convergencia integradora, constituyen sendas problemáticas que precisan, como todo desafío contemporáneo, de marcos de referencia en los que poder encontrar lecciones, pautas o respuestas ante similares controversias. En las páginas de esta obra podrá el lector, en efecto, percatarse de que muchas de las cuestiones que atenazan nuestra democracia constitucional ya fueron planteadas en un periodo, el republicano, donde a la dificultad de un contexto internacional y europeo nada propicio para la experimentación democrática se unió la concentración, a veces tan extraordinaria en nuestra Historia común, de hombres y mujeres de excepcional valía y sentido de Estado.

A diferencia de los sistemas políticos anteriores, la Segunda República constituyó un intento consciente de fundar un Estado constitucional y democrático en el que el Poder quedase racionalizado y sujeto al Derecho, y ello sobre la base de una decisión constituyente plena que abarcara la totalidad del Estado y las relaciones

sociales que pretendían reformarse. Para una correcta comprensión de la República debemos acercarnos, por ende, a su Constitución y a su Derecho, los cuales, puntos centrales del proyecto mismo republicano, bebían al mismo tiempo de las nuevas corrientes que en la Europa de entreguerras comenzaban a consolidarse. La virtud y la necesidad de este libro consisten, precisamente, en haber sabido aunar en una misma obra diversas perspectivas jurídicas y diferentes contextos normativos, doctrinales e ideológicos, para analizar desde el Derecho y la riqueza de sus categorías tanto los supuestos culturales del régimen republicano y sus elementos institucionales más relevantes, como las reformas de calado que el nuevo sistema político llevó a cabo y que superaron los impedimentos reactivos de la tradición española y las deficiencias propias del liberalismo auto-referencial.

II. En primer lugar, sobre ese sustrato cultural del que partió la República y las ilusiones largo tiempo larvadas en España, comienza el profesor Eloy García analizando el pensamiento y el proyecto de quien para muchos fue la encarnación de la Segunda República y sus pretensiones reformadoras: Manuel Azaña. La politización de la sociedad que deseaba el Presidente, así como la necesidad de que el nuevo régimen se asentara en la ruptura y refundación del Estado, coincidían en el ideario azañista y en las exigencias propias de la República. Frente a un primer republicanismo español de cariz eminentemente reactivo por antimonárquico, la consolidación del movimiento tras el fracaso del sistema canovista en su falta de renovación (Primo de Rivera mediante), conllevó la plasmación de un proyecto positivo, reformista y de largo alcance, para España y las nuevas realidades que albergaba el país. Y sólo en Azaña, para Eloy García, supieron converger las diferentes necesidades de una visión sólida e integral sobre lo que el nuevo Estado precisaba. Las grandes reformas del primer bienio, marca indeleble en el buen hacer de la República, llevan sin duda la impronta de un Azaña admirador del modelo francés y heredero, como él mismo se consideraba, de una larga tradición de liberalismo democrático, preocupación social y reformismo estatalista. Quizá su mayor debilidad, como se apunta en el libro, fuese la de su excesiva fe en el Derecho y en la política cívica como medios para canalizar, por ellos mismos, las reformas que el país necesitaba... fe en un Derecho y en una Constitución como cénit que se quebrarían violentamente junto al propio proyecto republicano.

Sebastián Martín, por su parte, lleva a cabo un detallado y prolijo estudio sobre el papel de los juristas ante la República que se caracteriza por la amplitud de la retrospectiva realizada y la erudición, encomiable, que muestra. Para comprender la República, como proyecto esencialmente jurídico que fue, es necesario aproximarse a los juristas que la impulsaron, la confeccionaron, la defendie-

ron o la criticaron. Para ello, el profesor Martín estudia en primer lugar el contexto académico en el que la doctrina jurídica se desarrolló, en tanto dicho contexto condiciona la posición misma que los juristas ocupaban en el devenir del proyecto republicano. Durante el siglo XIX, la centralización de la Universidad y su sometimiento disciplinario al Estado y los intereses oligárquicos que lo presidían, marcaron el carácter y la naturaleza del ámbito jurídico en la academia española, cuyo atrincheramiento conservador en sus procesos de selección y ascenso impedían, o por lo menos dificultaban con intensidad, el acceso de los nuevos aires modernizadores y europeizantes. Rémoras que marcaban profundamente al sistema universitario que instruyó a los juristas de la República, que se tuvieron necesariamente que desenvolver en un clima mayoritariamente conservador a pesar, no obstante, de la apertura que desde el último tercio del siglo XIX comenzó a experimentar la Universidad. El prestigio de grandes intelectuales que se apartaban de las líneas conservadoras y uniformadoras del profesorado orgánico, coadyuvó a que una minoría selecta, imbuida de ideales reformadores provenientes de Europa, pudiera destacar más que proporcionalmente y enriquecer la doctrina jurídica con renovada savia. La generación de juristas de la República bebió de esta actualización dogmática, abandonando las posiciones más petrificadoras del krausismo y apostando por una mayor sistematicidad de las categorías jurídicas.

En segundo lugar, Sebastián Martín explora las causas por las que el proyecto republicano se vio necesitado de asistencia jurídica y cuál fue el alcance de sus necesidades y la consiguiente proyección que éstas hicieron en el campo del Derecho. Aunque siguió siendo mayoritario el sector conservador y tradicional, en el seno de la academia el nuevo régimen republicano inició un tránsito, lento pero progresivo, hacia el predominio de esos sectores más actualizados y europeizados que amparaba el prestigio de la élite intelectual. Pérez Serrano, Ayala o Jiménez de Asúa son nombres que no sólo coadyuvaron a la consolidación del Derecho como una dogmática propia, lejana del organicismo pasado y con categorías claras y vertebradas, sino que contribuyeron notablemente a la consolidación del régimen republicano a través del auxilio, técnico-jurídico, que le proporcionaron. De ahí que, por último, se analicen los medios y cauces institucionales a través de los cuales los juristas influyeron en el momento republicano: la Comisión Jurídica Asesora, la Secretaría Técnica del Congreso o el cuerpo de letrados del Tribunal de Garantías Constitucionales.

A pesar de todo ello, y como se aclara desde el principio, el compromiso con la República no fue mayoritario entre los juristas, donde el predominio conservador siguió siendo evidente, tanto entre los católicos y tradicionalistas

como entre los liberales, críticos los primeros de la racionalidad transformadora que desvirtuaba su concepción orgánica de la sociedad y, los segundos, de las consecuencias disolventes del ámbito privado que, decían, conllevaba el excesivo estatalismo republicano.

Y si la Segunda República coincidió con la “edad de plata” de la cultura española, es en Ortega y Gasset donde quizá podemos encontrar su paradigma. El destacado pensador se ocupó principalmente, en lo político, de la reforma territorial del Estado y de la necesidad de nacionalizar éste. Y sobre ambas cuestiones Llano Alonso lleva a cabo un interesante recorrido por el conjunto de postulados orteguianos y su evolución a lo largo de las tres primeras décadas del siglo XX. El problema principal para los españoles, siempre dijo Ortega, era un apriorismo que no habían sabido solucionar: España. La vertebración del país, su integración y nacionalización en sentido orteguiano, es decir, en tanto trasunto de la politización de la sociedad y su identificación con “un proyecto sugestivo de vida en común”, eran tareas pendientes en una Nación alejada de las tendencias europeas que ahora, con la nueva República que había traído la primavera, podrían por fin encontrar una solución racional. Esperanza que Ortega siempre depositó, junto a la virtualidad de los artefactos jurídicos diseñados a tal fin, en el poder transformador de la educación laica, liberal y transformadora.

Su idea de cómo debía el Estado vertebrarse territorialmente mutó desde un temprano cripto-federalismo, cercano a las tesis de Cambó, a un autonomismo de raíz más administrativista y funcional y apegado, por ende, a las ideas de Maura. Ya con el advenimiento de la República Ortega defendería, en sede parlamentaria o desde la tribuna de la opinión publicada, la necesidad de que toda España, y no sólo Cataluña o País Vasco, se acogiera al principio de las autonomías regionales, que él circunscribía a grandes comarcas y que serviría no sólo para impulsar y dinamizar políticamente la vida española, sino también para contrarrestar la fuerza disolvente y centrífuga de los nacionalismos periféricos. La lucha contra los particularismos, que él no hacía propios únicamente de aquéllos, se debía canalizar jurídicamente a través de una nueva configuración territorial del Estado que acabara con los “compartimentos estancos” mediante la descentralización y la politización general de una renovada ciudadanía consciente de serlo.

Aquí Llano Alonso apunta a que el Estado de las Autonomías actual, con su principio dispositivo y la extensión del principio autonómico, sería un triunfo póstumo de la tesis orteguiana, cuya virtualidad resuena hoy más que nunca debido a la persistente *conllevarza* de la cuestión catalana. La actualidad de Ortega se acrecienta, por ende, sobre la base de buscar la unidad sobre la lucha de

contrarios, de destacar los elementos comunes sobre los diferenciadores y de encontrar, al final, el ímpetu necesario y la energía precisa para transformar España desde su comprensión y conocimiento.

Comprensión y conocimiento de una realidad, la española, que a lo largo de la década de los treinta cambiaría radicalmente y conseguiría, para bien y para mal, incardinarse en las grandes corrientes europeas. Una de ellas, el constitucionalismo de entreguerras, es analizada por Rafael Escudero desde una óptima ciertamente innovadora: la de buscar en ella las huellas del neoconstitucionalismo que se consolidaría tras la Segunda Guerra Mundial. La legitimación democrática del poder (soberanía popular) y su limitación jurídica (Estado de Derecho), la ampliación de la participación política (sufragio universal e instrumentos de democracia directa), la asunción de la justicia social como deber constitucional (derechos sociales, redistribución...), o la consideración misma de la Constitución como normativa y especialmente protegida (Tribunal de Garantías Constitucional a modo de TC), son las notas que caracterizan precisamente a los elementos más rupturistas del constitucionalismo de entreguerras respecto del liberalismo anterior, y que se consolidarían en la posguerra bajo la denominación de “neoconstitucionalismo”. Notas que, al tiempo, se darían con contundencia en el proyecto republicano español y en su configuración constitucional, donde habría espacio además para la innovación dentro de tales parámetros generales, como la que se dio con la forma de elección del Presidente de la República o la asunción de principios relativos al Derecho Internacional. Precisamente es en la figura del Presidente donde Escudero encuentra más críticas a la parte orgánica de la Constitución, por considerar que ostentaba un exceso de competencias que desvirtuaban, en ocasiones, el parlamentarismo que se pretendía. La parte dogmática, por su parte, fue prolija en el reconocimiento de derechos sociales, pudiendo hablar de la instauración, al menos en el ámbito jurídico, de un “estado de bienestar” antelsala del Social de posguerra, y donde cobra especial relevancia el carácter invasivo y desbordante de la norma constitucional, que llegó a abarcar ámbitos hasta entonces ajenos a la Constitución, como los relacionados con el matrimonio, la familia o el núcleo de las relaciones laborales.

Parte orgánica y dogmática que convergían en cuanto a su cumplimiento, y en lo alto de la pirámide, en torno al Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya composición *sui generis* mezclaba elementos propios una cámara alta como el Senado y una politización evidente y buscada. A pesar de ello, la jurisdicción constitucional republicana incorporó el recurso de amparo para garantizar los derechos fundamentales (de entre los que se excluyó, eso sí, los sociales), pudiendo haber llegado a ser el verdadero factor de (neo)constitucionalización del ordena-

miento español si el tiempo no hubiera jugado en contra de su (corta) existencia como institución central de la Constitución del 31.

III. Enrique Cebrián Zazurca comienza el análisis concreto que de las instituciones y previsiones constitucionales republicanas hace el libro, con el estudio del sistema electoral que rigió la vida política del nuevo régimen. Curiosamente, y a pesar de la intensidad de la ruptura conscientemente buscada en otros campos, la República nunca llegó a aprobar una ley electoral específicamente *republicana* que viniera a trasladar el principio democrático a su mismo cauce de expresión y materialización. Aunque en julio de 1933 se aprobara como tal un nuevo sistema electoral, éste no era sino la modificación de la ley de 1907 (Ley Maura) y del Decreto de 1931 que se había aprobado tras el 14 de abril, remiéndolo él mismo de aquélla. El sistema electoral resultante, excesivamente complejo y de difícil comprensión, contenía una serie de incentivos institucionales para beneficiar a los partidos ganadores en cada circunscripción y alentar las grandes coaliciones. Aunque con notas positivas, como la rebaja de veinticinco a veintitrés años de la edad para poder participar o, por supuesto, el reconocimiento del sufragio pasivo a las mujeres (art. 33 CE), el sistema pretendía ser proporcional pero con un rasgo mayoritario muy destacado, resultado tanto de la elección de la provincia como circunscripción como de la previsión de que fueran las dos listas más votadas las que se repartieran todos los escaños. Listas abiertas, elevadas barreras electorales, conjunción de distritos plurinominales de magnitud elevada y sesgos mayoritarios... Muchos de los vaivenes de la República, dice Cebrián Zazurca, no se pueden entender sin la polarización que el sistema electoral alentó, haciendo cuanto menos difícil la consolidación democrática.

Y si, como apuntábamos más arriba, el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) estaba llamado a ser la institución clave del nuevo régimen republicano, imbuido prematuramente de lo que luego se denominaría como “neoconstitucionalismo”, su análisis no podía ausentarse de una obra integral como la presente. Luis I. Gordillo explora, en otro de los completos capítulos de la misma, la configuración constitucional y legal del TGC, sus deficiencias más notables y, sobre todo, el grueso de las enseñanzas que aún hoy proyecta la primera experiencia española de control judicial de constitucionalidad. Un Tribunal que sería también uno de los primeros en hacer normativa la Constitución desde un órgano concentrado, al querer de Kelsen. El rechazo al modelo difuso norteamericano se explicaba en la naciente República por los recelos que la misma sostenía respecto al poder judicial, claramente conservador y reacio a las transformaciones más profundas que la Constitución pudiera imponerle. A pesar de ello, adjudicar a un solo órgano el poder de enjuiciar la Ley bajo el parámetro siempre excesivamen-

te abierto de las previsiones constitucionales, comportaba un riesgo democrático difícil de sortear, de ahí que, junto a la confusión propia de las categorías en este momento inicial, se decidiera dotar de una legitimidad mixta (directa e indirecta) al TGC, intentando con ello aplacar su naturaleza contra-mayoritaria.

En junio de 33 se aprobaría, asimismo, la Ley Orgánica del Tribunal, que vendría a incrementar uno de los posibles defectos que ya en su momento se denunciaron, a saber: el número excesivamente elevado de competencias que tenía el nuevo Tribunal. A las funciones propias de la jurisdicción constitucional (control abstracto), se unían las de resolver los conflictos competenciales, los dimanantes de los procesos electorales, la garantía última de los derechos fundamentales y las de enjuiciar las responsabilidades penales de los altos cargos del Estado. El prestigioso jurista Pérez Serrano criticaría esta amplitud, así como la escasa capacitación técnica que la Constitución exigía, en su conjunto, a los miembros del Tribunal, que en su mayoría no tenían ni que ser expertos o conocedores del Derecho.

Aun así, y a pesar del poco tiempo de vida pacífica y sosegada del que disfrutó, el Tribunal pudo asentar algunas de las líneas constitucionales clave del sistema republicano, como la autonomía del concepto jurídico del Estado integral y su modelo, la obligación de la reserva de ley para las limitaciones a la libertad económica o la centralidad de los derechos fundamentales y su cumplimiento en el seno de la República a través de otorgamiento, nada escueto, de amparos constitucionales.

Otros de los rasgos propios del constitucionalismo de entreguerras es el tratamiento constitucional de la política exterior, y aquí el profesor Ciro Milione explora en su capítulo la capacidad innovadora del texto republicano al intentar democratizarla mediante una serie de artefactos jurídicos. El control parlamentario de la acción exterior del Gobierno o de la declaración de guerra, la renuncia a ésta como instrumento de la política nacional y la integración, *ex constitutione*, del derecho internacional, constituían los cauces principales mediante los cuales se intentó racionalizar un ámbito que, en la década de los treinta, luchaba por su limitación antes del derrumbe total de la Sociedad de Naciones. Y aunque las Cortes jugaban un papel esencial en esa lucha democratizadora, las quizá excesivas competencias del Presidente de la República en la materia son también denunciadas por Milione, como ya hiciera previamente en otro capítulo Escudero Alday.

Por su parte, la concepción monista del Derecho (Kelsen) y la inclusión del Internacional en armonía con la Sociedad de Naciones, así como la no vinculatoriedad de los pactos secretos, fueron dos elementos sumamente innovadores tanto para la tradición constitucional española como para la europea. El pa-

cifismo constitucionalizado, al negar la guerra como medio político (Madariaga), intentó promover una concepción distinta, internacionalista, de las relaciones internacionales, que pretendía alejar lo máximo posible la amenaza bélica del horizonte español.

Pero las innovaciones no se agotan en los principios y previsiones constitucionales más genéricas, puesto que si hubo un ámbito en el que el constituyente de 1931 decidió arriesgarse en la imaginación, ése fue el de la organización territorial del Estado. Giacomo Demarchi realiza por ello un acercamiento al tratamiento constitucional de la cuestión territorial, desde su influencia alemana (Weimar) a la centralidad que el principio y el deseo de autonomía tuvo en la conformación del edificio republicano español. El propio término “integral” (derivación de *Gesamtslösung*) con el que se adjetivó al nuevo Estado tenía claras connotaciones germanas derivadas del debate sobre la necesidad de readaptar el modelo federal de Weimar y hacerlo más funcional y democrático. Demarchi recorre asimismo las diversas concepciones que desde la doctrina española (Cuevas, Jiménez de Asúa o el propio Ortega) se tenían de la idea de autonomía, su alcance y naturaleza, fundadas algunas, además, en las experiencias conservadoras de descentralización funcional del primorriverismo y el maurismo.

Tales ideas pudieron materializarse, en un contexto de relativa normalidad institucional, en el caso catalán, única región que pudo desarrollar sus competencias. Aun así, el análisis de Demarchi no se circunscribe exclusivamente al ya excesivamente estudiado tema de las autonomías regionales durante la República, pues la adjetivación de “integral” también afectaba a los municipios y las provincias. Fue aquí, precisamente, donde la República nunca pudo transformar las respectivas realidades institucionales y normativas, pues si bien aprobó una Ley Municipal en 1935, bajo el radical-cedismo, las líneas maestras establecidas por Primo de Rivera (autonomía funcional esencialmente administrativa y subordinación política al Estado central), se mantuvieron.

Siguiendo la procelosa cuestión territorial, Daniel Guerra Sesma aborda las diversas concepciones que de la misma tenían las diferentes izquierdas, desde el reconocimiento del “derecho” de autodeterminación por el residual PCE a los recelos, y casi la animadversión, que sobre los nacionalismos sentían algunos sectores del PSOE (Prieto) y, sobre todo, los republicanos de izquierdas. Aun así, la falta de un papel destacado del PSOE en los debates constituyentes sobre la materia por estar más centrado, e interesado, en los de índole social, dio a los sectores republicanos más moderados la posibilidad de defender el Estado integral y su descentralización política, no sólo administrativa, cobrando especial rele-

vancia las intervenciones de Azaña a favor de la autonomía catalana. La *disputatio* que mantuvo el político alcalaíno con Ortega ya ha pasado, de hecho, a la historia del parlamentarismo español. A diferencia de la catalana, no obstante, la vasca despertó aún más recelos debido, en buena medida, al integrismo católico del PNV y a su concepción, *sui generis*, de las relaciones confederales que la nueva región debía tener con el Estado. A pesar de estas reticencias, y como explora sucintamente el profesor Sesma, Galicia, País Vasco y Cataluña consiguieron durante la República refrendar sus Estatutos y otras regiones, como Andalucía, podrían haberlo hecho hubiera estallado la Guerra Civil, lápida final de todo proyecto descentralizador y de las otras visiones de la pluralidad de España que habían conseguido, a duras penas, abrirse paso durante la breve experiencia republicana.

IV.-Una de las mayores polémicas jurídicas a las que tuvo que enfrentarse la Segunda República vino constituida por su propia defensa. El nuevo régimen político nacía en medio de reticencias y de una fuerte resistencia por parte de los sectores oligárquicos bendecidos por la Iglesia, y lo hacía además en un contexto europeo nada propicio para el recto desenvolvimiento y consolidación de la democracia. Abraham Barrero estudia en este sentido tanto la Ley de Defensa de la República y la Ley de Orden Público que la sustituyó, como las previsiones en la materia de la propia Constitución. Y aunque denuncia que ésta podría haber sido más elocuente y decidida en cuanto a la regulación de las situaciones de excepción en las que se hace necesaria una defensa extraordinaria del Estado, en general el profesor Barrero no hace una lectura displicente en este ámbito. La Ley de Orden Público vendría a atenuar el rigor de su predecesora, adecuando las disposiciones tanto al nuevo contexto constitucional como a una noción moderna de orden público vinculada, *lato sensu*, al respeto y garantía de los derechos y libertades.

Empero, en la defensa de la República también ocupaba un papel relevante el Ejército y su configuración constitucional, materia que aborda Alberto Oehling de los Reyes acercándose a las grandes reformas a que las Fuerzas Armadas de la República se vieron sometidas. La necesidad de su modernización, la reducción del número de altos mandos y su completa y total subordinación al poder civil, fueron algunos de los principales aspectos que la República hubo de enfrentar y donde la voz y acción de Azaña desde el Ministerio de la Guerra sería en el primer bienio, cuanto menos, decisiva.

Alejándose de este perímetro, Alfons Aragoneses lleva a cabo un interesante y completo estudio de las transformaciones que la Constitución de 1931 proyectó so-

bre el derecho civil. Como indicamos al principio de esta recensión, una de las virtualidades de la norma republicana, perteneciente ella misma al constitucionalismo de entreguerras de una forma destacada, reside en la potencialidad que despliega no sólo sobre el tradicional campo de la limitación jurídica del Poder político, sino también sobre el conjunto de relaciones sociales y económicas. Artículos como el 25 o el 43 de la Constitución supusieron un cambio radical en elementos tradicionalmente petrificados de la sociedad española, como la familia, la filiación, el divorcio o el matrimonio. Por ejemplo, en cuanto a este último, el canónico perdió toda virtualidad jurídica, teniendo que celebrarse para ello siempre el matrimonio civil.

Sin embargo, y aquí el profesor Aragonese hace especial hincapié, no podemos hablar de una línea de ruptura republicana como alfa y omega de un nuevo derecho civil, pues las tendencias renovadoras en éste ya venían forjándose en las décadas precedentes, y tampoco la concepción tradicional se abandonó por completo, subsistiendo en algunas reglamentaciones en el seno de la familia como las discriminaciones evidentes que aún siguió soportando la mujer.

Sin movernos del Derecho Privado, Javier I. Miguel-Motta disecciona el tratamiento constitucional del derecho de propiedad, destacando la posibilidad de que éste decayera mediante una expropiación no indemnizatoria (aprobada por mayoría absoluta de las Cortes) o, incluso, mediante la socialización directa de un sector entero de la economía. En efecto, la Constitución republicana respondía a un modelo de economía de mercado en el que la propiedad privada figuraba como derecho basilar, pero la integración del conflicto social en su seno le exigía articular una serie de mecanismos de cariz socializantes que, en permanente tensión, convivían con el núcleo de facultades y prerrogativas capitalistas. Una tensión, la del Capital-Trabajo, que sería central en la consolidación del modelo de Estado Social en la posguerra y que ya podemos vislumbrar en la experiencia republicana española. No obstante, discrepo de la comparación que Miguel-Motta lleva a cabo con la constitución económica de 1978, a la que parece privar de todo contenido normativo en lo social o interventor cuando, por el contrario, sus previsiones económicas juegan precisamente en el equilibrio de tensiones propio del Estado Social y en el que se reconocen, junto a la subordinación de toda la riqueza al interés general, mecanismos potestativos pero contundentes de intervención del Estado en la economía (iniciativa económica, reservas, intervención de empresas, planificación...). Otra cosa bien diferente es que la parte más social de nuestra constitución económica haya mutado como consecuencia del proceso de integración europea y de la propia (in)acción de nuestros poderes constituidos, pero ello no ha de enjuiciar *ex post* la potencialidad social de nuestra Carta Magna.

Lo social es, precisamente, el ámbito que aborda Joaquín Pérez Rey en su estudio de la constitución del trabajo en la II República, donde destaca las principales aportaciones jurídico-laborales del régimen republicano y el nacimiento mismo que éste alentó de la propia disciplina laboralista. La de 1931 es la primera Constitución de nuestra historia que se ocupa de forma expresa (y extensa) del fenómeno laboral, empezando por su solemne comienzo, pues la norma fundamental constituye España como “una República democrática de trabajadores de toda clase”. Fórmula que no se quedaría en una mera proclamación formal, ya que la constitucionalización de la previsión social o de la intervención profunda en las relaciones sociales, terminaría incorporando un elemento de ruptura esencial para comprender el alcance de la transformación republicana en el viejo y alambicado sistema liberal español que intentaba, no sin dificultades, superarse desde el Derecho y la justicia social.

Transformaciones que también se vieron en el campo de la igualdad de género, ámbito que analiza Alicia López de los Mozos al calor del movimiento feminista español, más tardío en su consolidación que en el resto de Europa pero no por ello privado de fuerza. La consecución del sufragio universal pleno o el reconocimiento constitucional de la igualdad de sexos fueron méritos tempranos de una República también de las mujeres, pero en la que aún existían impedimentos jurídicos, sociales y culturales para la igualdad real. Es más, casi todas las previsiones constitucionales, como la del artículo 40, recogían una excepción reservada a la ley, excepción con la que el Estado seguiría limitando, aun en la República, el acceso de las mujeres a determinados cargos y puestos públicos (jueces, vg.) así como su propia capacidad de obrar. De haber tenido más recorrido la experiencia republicana, sin duda, la lucha feminista podría haber incrementado su potencialidad jurídica y no quedar sepultada, como al final ocurrió, por décadas de ominoso ostracismo dictatorial.

Por último, el libro se cierra con un completo y esclarecedor capítulo de Víctor J. Vázquez sobre el legado laico de la Segunda República y la controversia que suscitó, desde el primer momento, el tratamiento constitucional de la cuestión religiosa. Calificado por muchos como el verdadero “error de la República”, sin duda es uno de los ámbitos más polémicos en los que el constituyente del 31 tuvo que batallar y en el que, quizá, no acertó plenamente al medir el alcance de sus intenciones ni de las previsiones que las materializaron. En su análisis el profesor Vázquez critica con fundamento el exceso que cometió el constituyente republicano al entrar a regular o prohibir cuestiones secundarias al fenómeno religioso y desdibujar, con ello, el margen de libertad de las confesiones. La laicidad del Estado, bien entendida, presupone la independencia y autonomía de és-

te respecto de las religiones y sus formas institucionalizadas, pero ello también conlleva la no interferencia política en el ámbito que sí les es propio. El artículo 26, al prohibir determinadas órdenes religiosas o su actividad comercial e industrial, se excedía de la propia concepción liberal de laicidad que se pretendía, impidiendo que existiese un compromiso o pacto sociológico posterior por el que la Iglesia terminara aceptando su separación definitiva del Estado. A pesar de este exceso, que sería admitido posteriormente por alguno de sus principales protagonistas, el autor extrae una serie de lecciones o consideraciones positivas de la laicidad republicana, comenzando por la propia afirmación jurídico-constitucional de la autonomía de lo político-estatal ante la religión y resaltando que, frente a lo que en muchas ocasiones se afirma sin ambages, la sociedad española de los treinta ya estaba inmersa en un profundo proceso de secularización que hacía de éste, transmutado jurídicamente en la laicidad de la Constitución, una necesidad inherente tanto al proyecto de transformación republicano como a las exigencias de una sociedad en permanente cambio y modernización. De ahí también que algunas de las soluciones alternativas y de conciliación propuestas desde los elementos más moderados de la República fuesen incompatibles con la nueva idea de Estado, cuando no directamente inviables. La pretensión del proyecto de la Comisión Jurídica Asesora de que las confesiones fuesen consideradas corporaciones de derecho público, a la manera alemana, era un intento de trasladar acríticamente el modelo germano a España, cuando la problemática que se suscitaba en el país centroeuropeo, donde las comunidades protestantes y católicas estaban territorializadas, era notablemente diferente a la que tenía que hacer frente la República Española.

A pesar de estas deficiencias y del error, sí, que el autor aprecia en el alcance jurídico de una laicidad mal entendida, el artículo 26 y sus consecuencias no pueden eclipsar el legado laico de un Estado renovado, consciente de su autonomía y de su potencial transformador y, sobre todo, presidido por ideales profundamente democráticos.

...

En definitiva, la obra aquí recensionada lleva a cabo un análisis muy completo del momento republicano desde la perspectiva jurídica y desde la conciencia, permanente, del papel central que desempeñaron el Derecho y la Constitución. Un libro que conjuga lo didáctico y la erudición de la seriedad académica y que, sin pretensiones veleidosas y sin dejarse llevar por apriorismos ideológicos, arroja luz sobre las lecciones que para nuestro tiempo presente pueden extraerse de aquel proyecto de transformación democrática. Problemas como la desigualdad

social, la falta de vertebración del país, la cuestión territorial o la funcionalidad de las estructuras del Estado y su sometimiento racional al Derecho, están hoy sobre una mesa política excesivamente repleta de cuestiones sin resolver, agravios sin enmendar y perspectivas carentes de toda sugestión.

Sin duda, el presente libro constituirá un referente en los estudios de la Segunda República Española y en la concepción de ésta como posible punto de partida, en cuanto a las controversias y dificultades que ella misma tuvo que enfrentar, de nuevos y revigorizados proyectos de vida política en común pues, como siempre gustaba de recordar al Presidente Azaña, “todos somos hijos del mismo sol y tributarios del mismo arroyo”.

JOAN OLIVER ARAUJO, LAS BARRERAS ELECTORALES.
GOVERNABILIDAD VERSUS REPRESENTATIVIDAD,
TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2017, 244 PP.

ALBERTO OEHLING DE LOS REYES¹

¹ Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares (España).

Joan Oliver Araujo —Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de las Islas Baleares, Consejero del Consejo Consultivo de las Islas Baleares y Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares— es, sin duda, uno de los mejores especialistas españoles en Derecho electoral. Sus numerosas y valiosas publicaciones en esta materia, entre las que destaca su monografía titulada *Los sistemas electorales autonómicos*², lo acreditan sobradamente. En esta misma línea de investigación, el profesor Oliver Araujo acaba de publicar un libro titulado *Las barreras electorales (Gobernabilidad versus representatividad)*, que tiene su origen en el discurso de ingreso del autor como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares, que tuvo lugar el día 28 de noviembre de 2016, en el Ilustre Colegio de Abogados de Baleares. Acto —presidido por la Presidenta de la Comunidad Autónoma, Francina Armengol Social— que contó con una amplia asistencia de profesores de Derecho Constitucional de más de una decena de Universidades españolas, así como de numerosos juristas de Baleares y de público en general.

Explica el autor, en la «Nota Previa» del libro, que optó por analizar las barreras electorales o cláusulas de exclusión electoral por tratarse de un tema escasamente estudiado en el Derecho Público español, a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno político, como Italia o Alemania. Además, queriéndonos informar de las fuentes utilizadas para su elaboración, indica que leyó y analizó todas las normas estatales y autonómicas, toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y todos los trabajos doctrinales publicados en España sobre la materia, así como una selección de normas, sentencias y trabajos científicos procedentes de otros países europeos y latinoamericanos.

El derecho a la igualdad del voto es uno de los temas recurrentes en los regímenes democráticos actuales. Krüger subrayaba que el hecho de que el voto de un ciudadano valga, efectivamente, lo mismo que el voto de otro ciudadano es decisivo en la consecución de una sociedad democrática; si bien, a la vez, de forma no del todo coherente, afirmaba que esto no ha de significar, forzosamente, que cada sufragio tenga que tener el mismo peso³. Lo cierto es que los sistemas

2 JOAN OLIVER ARAUJO, *Los sistemas electorales autonómicos*, Generalidad de Cataluña, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 2011. Esta obra fue galardonada con el III Premio Josep Maria Vilaseca i Marcet del Instituto de Estudios Autonómicos de la *Generalitat de Catalunya*. Existe una edición íntegra digital descargable de este libro en la página oficial de la Generalidad de Cataluña en http://www.gencat.cat/drep/iea/pdfs/ctA_15.pdf.

3 Herbert KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin, 1966, p. 100.

de contabilidad electoral suelen establecer técnicas de ponderación del voto, en buena medida porque en las sociedades actuales el principio de igualdad es todavía imperfecto, también en materia electoral. Se admite, por tanto, que los votos de los ciudadanos no tengan exactamente el mismo valor en la elección de los representantes, bien por razones históricas y de filtro político, como hizo desde bien temprano el Tribunal Constitucional Federal alemán⁴, o bien para, a la postre, posibilitar la realización de un proyecto a largo plazo por parte de una formación política, sin la rémora de una oposición demasiado fuerte⁵. La total igualdad del voto, en realidad, se entiende más como un derecho a la igualdad en el ejercicio del derecho de sufragio⁶, quedando limitado por instrumentos de ingeniería electoral como, por ejemplo, la descompensación poblacional en la atribución de escaños por territorios y circunscripciones, por las formulas proporcionales de escrutinio —como ocurre, entre nosotros, con la regla D'hondt— y, en particular, por el establecimiento de barreras electorales de acceso al reparto de escaños.

Este magnífico trabajo del profesor Oliver Araujo trata, precisamente, de las cláusulas de exclusión electoral o barreras de entrada a la fase de distribución de los escaños en disputa. El autor es muy consciente de los intereses que se promocionan con dichas cláusulas, de su importancia para lograr una democracia estable y, a la vez, de la facilidad de su utilización con fines espurios y partidistas. En su «Nota Previa» lo explica claramente: «Las barreras electorales producen dos efectos: primero, convertir en inútiles los votos emitidos a favor de las candidaturas que no han superado el porcentaje de apoyos exigido; y, segundo, eliminar la posibilidad de representación de estos partidos, al negarles los escaños que pudieran obtener por su número de votos de conformidad con la fórmula electoral de reparto». Lo que lleva, además, según él, a un tercer efecto: la prima en escaños a los partidos que sí han conseguido superar la barrera, puesto que «el escaño o los escaños que hubieran correspondido a las candidaturas excluidas del repar-

4 BVerfGE 34, 81 (55): «La existencia de partidos excesivamente pequeños, conlleva el peligro, como ya mostró la experiencia de la Constitución de Weimar, de provocar dificultades para formar gobierno, cuando no hacerlo imposible. En estos peligros, el Tribunal Constitucional Federal ha visto motivos suficientemente importantes como para autorizar al legislador, de forma mesurada, a establecer límites determinados al principio de igualdad formal en el derecho de sufragio (BVerfGE 14, 121 [135]), y ha reconocido la admisibilidad de la cláusula de barrera (Sperrklausel) del 5%».

5 «La finalidad de esas barreras electorales es la de procurar (...) que la proporcionalidad electoral sea compatible con el resultado de que la representación de los electores en tales cámaras no sea en exceso fragmentaria, quedando encomendada a formaciones políticas de cierta relevancia» (STC 225/1998, de 25 de noviembre).

6 Sobre ello, por ejemplo, Gumersindo TRUJILLO ÁLVAREZ, «El Estado y las Comunidades Autónomas ante la exigencia constitucional del voto igual», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 2, CEPC, Madrid, 1981, pp. 9-55.

to no desaparecen, sino que van a incrementar el número de escaños a distribuir entre las candidaturas que sí han tenido apoyos populares por encima del porcentaje legalmente establecido».

Ante unas consecuencias tan relevantes, el profesor Oliver Araujo subraya que las normas que establecen este tipo de exclusiones políticas deben moverse dentro de «límites estrictos». Sin dejar de reconocer, no obstante, la plasticidad y las ventajas de las barreras electorales, fundamentalmente la estabilidad gubernamental. En este sentido, son también muy clarividentes las reflexiones de Krüger, cuando afirmó que las reglas de limitación del reparto de escaños obedecen no solo al hecho de que los pequeños partidos no fueron capaces de ganar una parte mínima del electorado, sino también a la presunción de que, en cambio, sí son capaces de perturbar la función de dirección del Estado, cuando no incluso de anularla⁷. Empero, Oliver Araujo no deja de tener presente el valor democrático de la proporcionalidad, cuanto reconoce que, a pesar de todo, restringir la pluralidad «más allá de lo estrictamente necesario» para conseguir un Gobierno eficaz, puede «empobrecer el sistema democrático (convirtiendo el Parlamento en un club exclusivo de partidos políticos grandes), provocando un aumento de la abstención (al desincentivar la participación de aquellos ciudadanos que votan a partidos pequeños) y generando resentimiento contra la clase política establecida». Lo que supone una interpretación más acorde y coherente con el principio democrático y un llamamiento más razonado a la mesura en lo que se refiere al establecimiento de barreras electorales.

Tras estudiar las legislaciones electorales de numerosos países, el profesor Oliver Araujo pone de relieve que el Derecho comparado nos ofrece un variado escaparate de cláusulas de exclusión. Si bien, como es obvio, solo se utilizan en los sistemas de reparto proporcional, pues en los sistemas mayoritarios, por su propia naturaleza, las minorías se ven excluidas del reparto de escaños (que es un privilegio reservado al partido vencedor y, en todo caso, al segundo partido). Por ello, como afirma el autor, es totalmente lógico que las barreras electorales aparecieran con el establecimiento de los primeros sistemas proporcionales a media-

7 «En este marco, deben rechazarse también las perturbaciones durante las elecciones como procesos de integración y representación. A este fin, puede exigirse un mínimo de firmas de presentación electoral, y unos resultados mínimos para el reparto de escaños en general. En un Estado liberal, tales partidos demuestran que no supieron ganar una parte importante del electorado en proporción a la totalidad en sentido cuantitativo y cualitativo, que no son capaces de satisfacer su función de crear al Estado, pero en cambio que sí lo son de perturbar dicha función de configurar al Estado por partidos capacitados para ello, o incluso de anular sus resultados». Herbert KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 372.

dos del siglo XIX, aunque no se generalizaron hasta principios del siglo XX, como una de las técnicas del llamado parlamentarismo racionalizado. En la actualidad, son numerosos los Estados con sistemas electorales proporcionales que, con grados de dureza muy dispares, han incorporado barreras de exclusión. Tal es el caso de Alemania, España, Portugal, Suecia, Dinamarca, Holanda, Rusia, Polonia, Rumania, Liechtenstein, Turquía, Israel, Argentina, Uruguay y un largo etcétera (*capítulo II*).

En España, el ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos jurídicos autonómicos han previsto la utilización de cláusulas de exclusión en todas las elecciones que utilizan un sistema de reparto de escaños de carácter proporcional (con la única excepción de los comicios para elegir diputados al Parlamento Europeo que no la establecen). Por tanto, con voluntad enumerativa, el profesor Oliver Araujo indica que, en el Derecho español, se utilizan cláusulas de exclusión en las elecciones al Congreso de los Diputados (*capítulo III*), en las elecciones a los diecisiete Parlamentos autonómicos (*capítulo IV*) y en las elecciones a los órganos de gobierno de los entes locales, esto es, Ayuntamientos, Cabildos Insulares canarios y Consejos Insulares de Baleares (*capítulo V*). Ante esta amplísima previsión de barreras de exclusión en el Derecho electoral español, subraya que, sin embargo, ninguna de ellas está establecida por la propia Constitución, que nada prevé al respecto. Pone de relieve que, ante el silencio constitucional, han sido la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, las leyes electorales autonómicas y, en algún caso, los Estatutos de Autonomía las normas que han introducido en nuestro ordenamiento lo que, en alguna ocasión, el Catedrático de Derecho constitucional de la UIB denomina la «guillotina de los pequeños». Se trata, por tanto, de «barreras legales», en ningún caso de «barreras constitucionales», que podrían ser suprimidas, rebajadas o aumentadas (hasta cierto límite) por el mismo legislador. Su incorporación a nuestros procesos electorales es, por tanto, una decisión del legislador competente, estatal o autonómico.

El Tribunal Constitucional, cuya doctrina es analizada con gran precisión por el profesor Oliver Araujo, ha tenido reiteradas oportunidades de pronunciarse sobre el significado, la finalidad, la validez y los límites de las barreras electorales. Mostrándose en todas ellas «extremadamente condescendiente» con el legislador estatal y con los legisladores autonómicos, avalando la constitucionalidad de todas sus normas en esta materia (incluso las muy criticadas barreras canarias). En opinión del Tribunal, las barreras electorales protegen el sistema democrático contra el riesgo que «supone la atomización de la representación política», estando al servicio de la racionalización de la forma parlamentaria de gobierno. Aceptada, pues, la constitucionalidad de las barreras electorales aunque la Constitu-

ción no las contemple, el tema que surge a continuación es *el límite* de las mismas. El Tribunal Constitucional, ante el requerimiento del Defensor del Pueblo de que precisará esta cuestión, contestó «con desgana y solo a medias». En concreto, afirmó —de forma «bastante brumosa», según el autor— que la barrera electoral en el cinco por ciento de los votos emitidos en el conjunto de la Comunidad Autónoma es el «tope» más elevado que puede establecerse sin lesionar el derecho de acceso a cargos públicos, a menos que, de forma excepcional, «concurran poderosas razones» que justifiquen un porcentaje de votos más elevado. Como era, a su juicio, el caso canario, que cifra la barrera en el seis por ciento en el conjunto de la Comunidad Autónoma. El Tribunal Constitucional no concreta *in genere* cuáles son estas «poderosas razones» que justifican una cláusula de exclusión superior al cinco por ciento de los votos emitidos en todo el territorio electoral, ni precisa hasta qué porcentaje de votos se podría endurecer la barrera electoral, si concurren «poderosas razones que lo justifiquen». Se trata, según el profesor Oliver Araujo, de una frase «arcana y nebulosa», que el Tribunal ni explicó en la Sentencia 225/1998 ni en otras resoluciones posteriores, aunque razonablemente hubiera podido encontrar alguna ocasión para hacerlo. Lo que, en su opinión, encierra un considerable peligro de que se produzcan abusos por parte de legisladores poco respetuosos con la voluntad del constituyente. En la actualidad, concluye, sabemos qué barreras electorales son, a juicio del Tribunal, compatibles con la Constitución, pero desconocemos cuáles no lo son (*capítulo VI*).

Entre los sistemas electorales mixtos, del subgrupo denominado de «representación proporcional personalizada», el mejor valorado por la doctrina española es el que se sigue para elegir el *Bundestag* alemán (sistema parcialmente personalizado). Su prestigio entre nosotros y la insistencia de que debe ser tomado como modelo en una futura reforma del sistema electoral español, han conducido al profesor Oliver Araujo a analizar cuál es la barrera electoral establecida en el mismo, cuáles son sus efectos en la práctica y, finalmente, si sería o no deseable su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico (*capítulo VII*).

En la última parte de este trabajo, el autor ha analizado como, en ocasiones, se utiliza el «umbral electoral» (esto es, el porcentaje mínimo de votos necesario para obtener *efectivamente*, al menos, uno de los escaños que están en liza en la circunscripción) como barrera electoral encubierta. En efecto, una técnica muy conocida y, a menudo, utilizada para dejar fuera de la atribución de escaños (aunque no de participar en el reparto) a candidaturas con apoyos electorales pequeños o incluso medianos —sin alterar ni la barrera electoral, ni la circunscripción, ni la fórmula proporcional del reparto— consiste en *reducir el número de diputados* atribuidos a cada circunscripción. De hecho, con este sencillo expedien-

te, justificado normalmente con el objetivo de reducir el gasto público y hacer efectivo el principio de austeridad, un sistema electoral teóricamente proporcional puede devenir, sin duda, en un sistema mayoritario corregido (*capítulo VIII*).

Merece destacarse la presencia de un hilo deductivo y persuasivo a lo largo de todo el trabajo, así como la utilización de argumentos constructivos y críticos en torno a los límites de las barreras electorales, partiendo de los mínimos constitucionales determinados por el concepto de igualdad y el principio democrático. Desde luego, el Catedrático mallorquín no llega al extremo de Von Arnim, que afirmaba, de forma categórica, que *jede Sperrklausel ist verfassungswidrig* (toda barrera electoral es inconstitucional)⁸, pero sutilmente también pone en tela de juicio la legitimidad y validez *per se* de este tipo de cláusulas: «Cuando se eleva la barrera electoral normativa siempre se argumenta por el legislador que tal reforma se lleva a cabo para facilitar la gobernabilidad, aunque con frecuencia el impulso motivador es el inconfesable deseo de eliminar a algún competidor políticamente incómodo».

Esta nueva monografía del profesor Oliver Araujo constituye, en definitiva, un trabajo imprescindible, que cubre una llamativa laguna académica sobre el tema de las barreras electorales y, a la vez, realiza un valioso aporte doctrinal para comprender en toda su dimensión el sistema electoral multinivel en España, así como también su evaluación por el Tribunal Constitucional. El Catedrático de la Universidad balear —con la clara intención de ofrecer un análisis que permita vincular la regulación casuística de cada tipo elección con los valores democráticos que propugna la Constitución Española de 1978, con ese estilo constructivo y crítico del que hace gala en todos sus trabajos, y con esa capacidad intelectual de explicar fenómenos complejos de manera fácil— hace una exhaustiva disección de este instrumento político-electoral. Estamos, en fin, ante un trabajo de extraordinaria calidad, que será de consulta obligatoria para todos los especialistas que quieran abordar el nada inocente tema de las barreras electorales.

8 Hans Herbert VON ARNIM, «Jede Sperrklausel ist verfassungswidrig», en *ÖkologiePolitik*, N.º 161, ÖDP, Würzburg-Berlin-München, 2014, pp. 32-35.

V. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

SUMARIO

- **María Martín Sánchez**, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2017)*
- **M^a del Pilar Molero Martín-Salas**, *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2017)*.
- **Joaquina Guerrero Sanz**, *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2017)*.
- **M^a. Elena Rebato Peño**, *Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2017)*.
- **Enrique Belda Pérez-Pedrero**, *Crónica sobre discapacidad y Derecho (inicio)*.

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONALIDAD
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS
(DE 1 DE ENERO DE 2017 A 31 DE DICIEMBRE DE 2017)**

María Martín Sánchez
*Profesora Contratada Doctora (Profesora Titular A.)
Área de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha*

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 Conflictos de Competencias*

1. Introducción

A continuación, se presenta una recopilación de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el año 2017, 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 (en esta ocasión solo conflictos positivos), conflictos en defensa de la autonomía local e impugnación de disposiciones autonómicas, junto a los que hemos añadido la cuestión prejudicial de validez sobre normas forales. Ya en el anterior ejercicio de 2016 encontramos una resolución de una cuestión prejudicial acerca de competencias forales (igual que en el presente)

En relación a Castilla-La Mancha, durante el ejercicio de 2017 ha participado en tres procedimientos, todos ellos cuestiones de inconstitucionalidad, que tendremos oportunidad de comentar.

Como es habitual, se presentan dos partes diferenciadas. Comenzamos repasando las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional relativas a Comunidades Autónomas, así como el proceso en el que han sido dictadas. Y a continuación, se hace una breve reseña de aquéllas dictadas en procedimientos en los que ha participado Castilla-La Mancha.

2. Referencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y proceso en el que se dictan

- Sentencia 156/2017, de 21 de diciembre (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 155/2017, de 21 de diciembre (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 154/2017, de 21 de diciembre (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 153/2017, de 21 de diciembre (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 152/2017, de 21 de diciembre (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 147/2017, de 14 de diciembre (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 145/2017, de 14 de diciembre (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2018). Recurso de inconstitucionalidad

- Sentencia 144/2017, de 14 de diciembre (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 143/2017, de 14 de diciembre (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 142/2017, de 12 de diciembre (BOE núm. 15 de 17 de enero de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 141/2017, de 30 de noviembre (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 140/2017, de 30 de noviembre (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 139/2017, de 29 de noviembre (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 133/2017, de 16 de noviembre (BOE núm. 308 de 20 de diciembre de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 132/2017, de 14 de noviembre (BOE núm. 308 de 20 de diciembre de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 124/2017, de 8 de noviembre (BOE núm. 278 de 16 de noviembre de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia /2017, de 2 de noviembre (BOE núm. 278 de 16 de noviembre de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 119/2017, de 31 de octubre (BOE núm. 278 de 16 de noviembre de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 118/2017, de 19 de octubre (BOE núm. 278 de 16 de noviembre de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 117/2017, de 19 de octubre (BOE núm. 278 de 16 de noviembre de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 116/2017, de 19 de octubre (BOE núm. 278 de 16 de noviembre de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 114/2017, de 17 de octubre (BOE núm. 256 de 24 de octubre de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 111/2017, de 5 de octubre (BOE núm. 256 de 24 de octubre de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 110/2017, de 5 de octubre (BOE núm. 256 de 24 de octubre de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 109/2017, de 21 de septiembre (BOE núm. 247 de 13 de octubre de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 108/2017, de 21 de septiembre (BOE núm. 247 de 13 de octubre de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 103/2017, de 6 de septiembre (BOE núm. 247 de 13 de octubre de 2017). Recurso de inconstitucionalidad

María Martín Sánchez

- Sentencia 102/2017, de 20 de julio (BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 101/2017, de 20 de julio (BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 100/2017, de 20 de julio (BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 98/2017, de 20 de julio (BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 95/2017, de 6 de julio (BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 94/2017, de 6 de julio (BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 93/2017, de 6 de julio (BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 91/2017, de 6 de julio (BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 90/2017, de 5 de julio (BOE núm. 171 de 19 de julio de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 89/2017, de 4 de julio (BOE núm. 171 de 19 de julio de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 88/2017, de 4 de julio (BOE núm. 171 de 19 de julio de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 87/2017, de 4 de julio (BOE núm. 171 de 19 de julio de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 86/2017, de 4 de julio (BOE núm. 171 de 19 de julio de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 82/2017, de 22 de junio (BOE núm. 171 de 19 de julio de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 81/2017, de 22 de junio (BOE núm. 171 de 19 de julio de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 80/2017, de 22 de junio (BOE núm. 171 de 19 de julio de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 79/2017, de 22 de junio (BOE núm. 171 de 19 de julio de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 78/2017, de 22 de junio (BOE núm. 171 de 19 de julio de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 66/2017, de 25 de mayo (BOE núm. 156 de 01 de julio de 2017). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 64/2017, de 25 de mayo (BOE núm. 156 de 01 de julio de 2017). Recurso de inconstitucionalidad

- Sentencia 63/2017, de 25 de mayo (BOE núm. 156 de 01 de julio de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 62/2017, de 25 de mayo (BOE núm. 156 de 01 de julio de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 58/2017, de 11 de mayo (BOE núm. 142 de 15 de junio de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 56/2017, de 11 de mayo (BOE núm. 142 de 15 de junio de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 54/2017, de 11 de mayo (BOE núm. 142 de 15 de junio de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 53/2017, de 11 de mayo (BOE núm. 142 de 15 de junio de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 51/2017, de 10 de mayo (BOE núm. 142 de 15 de junio de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 46/2017, de 27 de abril (BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 45/2017, de 27 de abril (BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 43/2017, de 27 de abril (BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 34/2017, de 1 de marzo (BOE núm. 83 de 07 de abril de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 33/2017, de 1 de marzo (BOE núm. 83 de 07 de abril de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 27/2017, de 16 de febrero (BOE núm. 72 de 25 de marzo de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 25/2017, de 16 de febrero (BOE núm. 71 de 24 de marzo de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 24/2017, de 16 de febrero (BOE núm. 71 de 24 de marzo de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 21/2017, de 2 de febrero (BOE núm. 59 de 10 de marzo de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 20/2017, de 2 de febrero (BOE núm. 59 de 20 de marzo de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 19/2017, de 2 de febrero (BOE núm. 59 de 10 de marzo de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 15/2017, de 2 de febrero (BOE núm. 59 de 10 de marzo de 2017).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 72/2017, de 5 de junio (BOE núm. 168 de 15 de julio de 2017).
Cuestión de inconstitucionalidad

María Martín Sánchez

- Sentencia 69/2017, de 25 de mayo (BOE núm. 156 de 01 de julio de 2017).
Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 48/2017, de 27 de abril (BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2017).
Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 41/2017, de 24 de abril (BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2017).
Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 37/2017, de 1 de marzo (BOE núm. 83 de 07 de abril de 2017).
Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 28/2017, de 16 de febrero (BOE núm. 72 de 25 de marzo de 2017). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 26/2017, de 16 de febrero (BOE núm. 72 de 25 de marzo de 2017). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 134/2017, de 16 de noviembre (BOE núm. 308 de 20 de diciembre de 2017). Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 99/2017, de 20 de julio (BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2017).
Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 97/2017, de 17 de julio (BOE núm. 191 de 11 de agosto de 2017).
Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 77/2017, de 21 de junio (BOE núm. 171 de 19 de julio de 2017).
Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 68/2017, de 25 de mayo (BOE núm. 156 de 01 de julio de 2017).
Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 67/2017, de 25 de mayo (BOE núm. 156 de 01 de julio de 2017).
Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 65/2017, de 25 de mayo (BOE núm. 156 de 01 de julio de 2017).
Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 52/2017, de 10 de mayo (BOE núm. 142 de 15 de junio de 2017).
Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 36/2017, de 1 de marzo (BOE núm. 83 de 07 de abril de 2017).
Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 18/2017, de 2 de febrero (BOE núm. 59 de 10 de marzo de 2017).
Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 16/2017, de 2 de febrero (BOE núm. 59 de 10 de marzo de 2017).
Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 9/2017, de 19 de enero (BOE núm. 46 de 23 de febrero de 2017).
Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 7/2017, de 19 de enero (BOE núm. 46 de 23 de febrero de 2017).
Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 122/2017, de 31 de octubre (BOE núm. 278 de 16 de noviembre de 2017). Impugnación de disposiciones autonómicas

- Sentencia 121/2017, de 31 de octubre (BOE núm. 278 de 16 de noviembre de 2017). Impugnación de disposiciones autonómicas
- Sentencia 120/2017, de 31 de octubre (BOE núm. 278 de 16 de noviembre de 2017). Impugnación de disposiciones autonómicas
- Sentencia 107/2017, de 21 de septiembre (BOE núm. 247 de 13 de octubre de 2017). Conflicto en defensa de la autonomía local
- Sentencia 65/2017, de 25 de mayo (BOE núm. 156 de 01 de julio de 2017). Conflicto en defensa de la autonomía local

Igual que en el ejercicio anterior, de nuevo cabe mencionar un proceso en el que el Tribunal Constitucional resolvió una cuestión prejudicial acerca del sistema tributario de los territorios históricos. Se trata de la Sentencia 113/2017, de 16 de octubre (BOE núm. 256 de 24 de octubre de 2017). Se trata de una cuestión prejudicial de validez sobre normas forales fiscales planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación con el artículo 29.2 de la Norma Foral 6/2006, de 29 de diciembre, reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas del territorio histórico de Bizkaia. En su pronunciamiento, el Tribunal Constitucional recordó lo establecido en su anterior STC 203/2016 y declaró la nulidad del precepto impugnado.

3. Breve comentario de las sentencias referentes a Castilla-La Mancha

En cuestiones de inconstitucionalidad

Sentencia 69/2017, de 25 de mayo (BOE núm. 156 de 01 de julio de 2017). Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación a las competencias sobre colegios profesionales: se impugna el segundo inciso del artículo 8 de la Ley 10/1999, de 26 de mayo, de creación de colegios profesionales de Castilla-La Mancha. El Tribunal Constitucional declaró la nulidad del citado precepto legal autonómico que regula las obligaciones de colegiación de empleados públicos (STC 3/2013).

Sentencia 28/2017, de 16 de febrero (BOE núm. 72 de 25 de marzo de 2017). Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación a competencias sobre urbanismo, respecto del artículo 36.2 A), párrafo segundo, del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre. El Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto legal autonómico impugnado.

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, conflictos en defensa de la autonomía local, impugnaciones de disposiciones autonómicas y cuestiones prejudiciales de validez de normas forales, durante el año 2017. 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, Challenges of autonomic dispositions and prejudicial questions of validity of regional norms, during 2017. 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 2017 A 31 DE DICIEMBRE DE 2017)

M^a del Pilar Molero Martín-Salas
Profesora Contratada Doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 01-02-2018

Aceptado: 11-02-2018

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 2017.

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 2017.

Durante dicho periodo se han aprobado en Castilla-La Mancha un total de 7 leyes. Aunque en los últimos años ha sido notorio el descenso en cuanto al número de leyes aprobadas, estando ya lejana la cifra de 18 leyes que se llegaron a aprobar durante 2010, durante 2017 se produce una cierta recuperación, pues son casi el doble de las aprobadas durante el año anterior.

Concretamente las leyes aprobadas han sido las siguientes:

- Ley 1/2017, de 9 de marzo, por la que se establecen medidas adicionales de protección de la salud pública y del medio ambiente para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos utilizando la técnica de la fractura hidráulica.
- Ley 2/2017, de 1 de septiembre, de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2017.
- Ley 3/2017, de 1 de septiembre, en materia de gestión y organización de la Administración y otras medidas administrativas.
- Ley 4/2017, de 30 de noviembre, de Microempresas Cooperativas y Cooperativas Rurales de Castilla-La Mancha y por la que se modifica la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha.
- Ley 5/2017, de 30 de noviembre, de estímulo económico de Zonas Prioritarias en Castilla-La Mancha.
- Ley 6/2017, de 14 de diciembre, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de Castilla-La Mancha.
- Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2018.

II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas.

- Ley 1/2017, de 9 de marzo, por la que se establecen medidas adicionales de protección de la salud pública y del medio ambiente para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos utilizando la técnica de la fractura hidráulica.

DOCM núm. 58 (23-03-2017)

Con esta ley se pretende ofrecer una protección extra tanto para la salud pú-

blica como para el medio ambiente, para aquellos lugares en los que se usa la técnica de fractura hidráulica, con el fin de obtener determinados combustibles.

Dicha técnica provoca una fractura en la roca de los yacimientos, permitiendo que el combustible quede liberado y pueda ser extraído. Antes las consecuencias nocivas que puede provocar esta técnica, se pretende, con esta ley, ofrecer una protección adicional y complementaria a la que ofrece la normativa estatal.

Lo primero que hace la ley es dar una definición de lo que debe entenderse por fractura hidráulica o “fracking”, y para dicha técnica se establece un Plan estratégico para su utilización, así como todos los requisitos y obligaciones que deben cumplirse cuando se utiliza dicha técnica para la obtención de combustible.

- Ley 2/2017, de 1 de septiembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2017.

DOCM núm. 172 (05-09-2017)

Como suele ser habitual en este tipo de normativa, se trata de una ley extensa, que comprende un total de 68 artículos, 27 disposiciones adicionales, 1 derogatoria y 6 finales. Además se complementa con 5 anexos de desarrollo.

Más allá de las cifras concretas, la principal prioridad de los Presupuestos para 2017 sigue siendo la recuperación social, fomentando el Estado del Bienestar, y con especial atención a los grupos sociales más vulnerables, y precisamente por ello, los Presupuestos para 2017 dan cobertura económica al Plan Integral de Garantías Ciudadanas de Castilla-La Mancha, que nace con una vocación general y transversal, y que tiene su plasmación en un importante esfuerzo económico en orden a financiar múltiples actuaciones tendentes a paliar la pobreza y la exclusión social en toda su extensión.

Siguiendo con esta línea, las mayores dotaciones se destinarán a sanidad, educación y servicios sociales. Además, y

Otro de los objetivos prioritarios es el fomento del empleo, destinándose importantes recursos para impulsar políticas de creación de empleo, y potenciando la cualificación profesional, el acceso al primer empleo de los más jóvenes, y la reinserción de las personas que sufren el paro de larga duración.

También se impulsan los incentivos para el crecimiento económico, por lo

que importantes dotaciones irán dirigidas a la creación de nuevas empresas y a la inversión empresarial.

Es importante señalar que dichos presupuestos prevén que las inversiones se destinarán, principalmente, a infraestructuras de carácter social con el objetivo de dotar a Castilla-La Mancha de infraestructuras básicas suficientes que contribuyan a garantizar la calidad en la prestación de los servicios públicos esenciales.

Otro de los objetivos de la ley es impulsar la restitución progresiva de los derechos de los empleados públicos que fueron suspendidos temporalmente durante la crisis económica. Como ejemplo cabe mencionar la devolución de la paga extraordinaria de diciembre de 2012, que tuvo lugar en el mes de enero del 2017.

Finalmente también es objetivo de estos presupuestos el introducir el enfoque de género como instrumento necesario para la consecución de forma efectiva del objetivo de la igualdad de mujeres y hombres.

- Ley 3/2017, de 1 de septiembre, en materia de gestión y organización de la Administración y otras medidas administrativas.

DOCM. núm. 173 (06-09-2017)

Notas complementarias: Entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha

Normas afectadas:

- Modifica Artículo 3 de la Ley 1/2006, de 23 de marzo, de creación de la empresa pública Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha, S.A., en Artículo 5.
- Modifica Apartado e) de la disposición adicional 2^a de la Ley 4/2015, de 26 de marzo, por la que se crea el Instituto Regional de Investigación y Desarrollo Agroalimentario y Forestal de Castilla-La Mancha, en Artículo 6.
- Modifica Artículos 8, 17, 19, 25 y 64; introduce un nuevo Artículo 19 bis; modifica la denominación de los capítulos III y V del Título III, de las Empresas Turísticas; y de los artículos 20, 21, 22 de la Ley 8/1999, de 26 de mayo, de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha, en Artículo 7.
- Introduce un nuevo apartado 3.5 en la Disposición Preliminar; modifica letra a) del artículo 31.1; tercer párrafo del artículo 36.2 A); artículo 36.3; artículo 45.2; letra b del artículo 45.3 A); apartado 1 del artículo 69; apartado 3 del artículo 70; letra a) del artículo 71.3; se añade letra d) del artículo 77; Dispo-

sición Transitoria 4ª, 1.3 b) 2ª del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, en Artículo 8.

- Modifica Artículo 55 de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, en el Artículo 9.
- Modifica art. 147, art. 350 tarifa 2, se añade nueva sección, la 3ª, al capítulo VIII, del título IV de la Ley 9/2012, de 29 de noviembre, de Tasas y Precios Públicos de Castilla-La Mancha y otras medidas tributarias, en Artículo 10.

Se incluye un nuevo procedimiento en el Anexo I.A) en la Ley 7/2013, de 21 de noviembre, de adecuación de procedimientos administrativos y reguladora del régimen general de la declaración responsable y comunicación previa, en el Artículo 11.

Anexo I de la Ley 3/2016, de 5 de mayo, de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha en el Artículo 12.

Apartado 5 del Artículo 54 del Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, en el Artículo 13.

-Modifica los apartados 1 y 2 del Artículo 14, Artículo 15, se añade nueva letra en apartado 1 del Artículo 115, Artículo 157 y se añade una nueva Disposición Adicional 18 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, en el Artículo 14.

Esta ley nace ante la necesidad de llevar a cabo ciertas modificaciones en diversas leyes sectoriales, con el fin de incrementar la eficacia y la eficiencia, tanto en la gestión de los recursos económicos, como en la prestación de servicios de la Administración pública castellano-manchega en diversos ámbitos.

Uno de los aspectos importantes es la preferencia por del medio electrónico, que impone la necesidad de articular dicho medio en las relaciones administrativas, entre ellas la notificación electrónica, estableciéndola como medio preferente y, en todo caso, cuando el interesado esté obligado a recibir las resoluciones y actos administrativos por esta vía.

Otros de los elementos importantes es el relativo al procedimiento sancionador, pues una vez aprobado en 2015 el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, se hace necesario regular la duración máxima de los procedimientos sancionadores elevando hasta nueve meses el plazo máximo para

notificar la resolución expresa de los procedimientos sancionadores, y el porcentaje de reducción de las sanciones en tales procedimientos. Asimismo, se establece en la presente ley el plazo máximo para la resolución de procedimientos de imposición de penalidades, resolución de contratos, incautación de garantías y determinación de la responsabilidad del contratista por daños y perjuicios.

- Ley 4/2017, de 30 de noviembre, de Microempresas Cooperativas y Cooperativas Rurales de Castilla-La Mancha y por la que se modifica la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 237 (11-12-2017)

El modelo cooperativo es ampliamente usado en la región, conformando auténticas empresas, que combinan elementos económicos con otros de tipos social y societario. Puede decirse que hoy en día dicho modelo supone uno de los pilares fundamentales de la economía de la región. Dichas cooperativas están reguladas actualmente por la Ley 11/2010, si bien dicha regulación puede dejar fuera a determinados modelos cooperativos de una menor entidad.

Existen iniciativas empresariales de reducido tamaño, especialmente en cuanto al número de personas que pretenden constituir las, demandan un modelo de empresa ágil y eficaz, tanto en su regulación jurídica como de simplificación administrativa, y que les permita, al mismo tiempo, tener cabida dentro de la figura cooperativa.

Este tipo de iniciativas conforman lo que se denominan las microempresas cooperativas, y sin bien son previstas por la ley del 2010, la regulación concreta de esta modalidad ha sido escasa, por ello se ha considerado elaborar una normativa que se encargue de regular de manera más específica estos modelos cooperativos.

Con esta nueva ley se llevan a cabo algunas modificaciones puntuales de la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, consistentes, en esencia, en la supresión de trámites administrativos para la constitución y modificación de los estatutos sociales de la cooperativa; la simplificación del procedimiento de renovación de los miembros del órgano de administración; se mejora la regulación de la descalificación, de las operaciones con terceros y del Fondo de Reserva Obligatorio y el Fondo de Reserva Voluntario; se introduce la disolución, liquidación y extinción simultánea de la cooperativa; se introducen nuevos supuestos que permiten cumplir con el requisito del depósito de las cuentas anuales; se eliminan las referencias de dicha ley a las microempresas cooperativas y a las cooperativas rurales;

se regula de forma transitoria la suspensión del derecho de voto para los miembros socios no productores en las cooperativas que cuenten con el reconocimiento de organización de productores; se elimina el requisito de la publicidad en prensa de las modificaciones estatutarias y se introducen criterios de desempate para las cooperativas de iniciativa social sin ánimo de lucro.

- Ley 5/2017, de 30 de noviembre, de estímulo económico de Zonas Prioritarias en Castilla-La Mancha

DOCM núm. 237 (11-12-2017)

Se trata de una ley breve, si bien de vital importancia para estimular el desarrollo económico de aquellas zonas geográficas menos favorecidas y que atraviesan especiales dificultades económicas.

Con esta ley se pretende conseguir un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes de la Región, por ellos su principal objetivo es establecer el marco regulador de un conjunto de acciones e instrumentos de estímulo económico para fomentar la actividad empresarial y orientar su localización hacia áreas geográficas determinadas, con la finalidad de reducir las diferencias de situación económica en el territorio de Castilla-La Mancha.

Se establecen por la ley diferentes fines para conseguir los objetivos propuestos, fines tales como:

- Corregir los desequilibrios económicos y sociales de Castilla-La Mancha en términos de renta y desempleo.
- Fomentar nuevas estructuras en el aparato productivo y favorecer la integración entre los diferentes sectores económicos.
- Impulsar el potencial de desarrollo endógeno de Castilla-La Mancha, otorgando apoyo especialmente a las personas trabajadoras autónomas y a las pequeñas y medianas empresas.
- Propiciar un desarrollo adecuado a la estructura empresarial de forma compatible con la preservación del medio ambiente y con la política de fomento de la actividad económica, asentando pilares para la generación de actividad económica y empleo estable y de calidad.
- Procurar el sostenimiento y mantenimiento del tejido empresarial ya existente.
- Promover la mejora de la competitividad, internacionalización de las empresas y la captación de inversiones.
- Promover la innovación empresarial.

- Ley 6/2017, de 14 de diciembre, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 245 (21/12/2017)

Notas complementarias: Entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

Normas afectadas:

- Deroga la Ley 4/2009, de 15 de octubre, de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha.
- Mantiene en vigor el Decreto 4/1997, de 28 de enero, de Creación del Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, en lo que no se oponga a lo dispuesto en la presente ley.

Se trata de una extensa ley cuyo objetivo es regular las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de Castilla-La Mancha, así como el régimen específico del Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de Castilla-La Mancha, de acuerdo con la legislación básica en la materia.

Si bien existe una regulación básica estatal del año 2014, así como normativa autonómica en la materia del año 2009, se considera necesaria la elaboración de esta ley, por una lado para adecuarla a la normativa del estado, y por otro para adecuar dicha normativa a la nueva realidad y necesidad social al respecto.

- Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2018.

DOCM núm. 250 (29/12/2017)

Se elaboran, a través de la presente ley, los Presupuestos para el año 2018.

Más allá de las cifras concretas, la presente ley hace especial hincapié en ciertos elementos especialmente importantes para el desarrollo económico y social de Castilla-la Mancha.

Entre los principales objetivos cabe destacar:

La creación de empleo a pesar del descenso de las personas desempleadas en

Castilla-La Mancha a lo largo de los últimos años, seguirán siendo uno de los ejes fundamentales de la política económica regional. Durante 2018 se podrán en marcha diversos planes de empleo orientados hacia colectivos con necesidades específicas como por ejemplo, los jóvenes que tienen dificultades para acceder al mercado laboral y las personas desempleadas que han agotado las prestaciones y subsidios por desempleo.

La consolidación de los avances en la prestación de los servicios públicos educativos, sanitarios y sociales, haciendo especial hincapié en la lucha contra la exclusión social. La universalidad y la calidad son las premisas sobre las que se asientan los avances en la prestación de los servicios educativos, sanitarios y sociales, y por ello, serán las políticas de gasto que acaparen las mayores dotaciones presupuestarias. Dichos servicios públicos, asociados al Estado del Bienestar, constituyen el núcleo fundamental de las competencias autonómicas, por ello, correlativamente, deben ser el eje sobre el cual giren los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Dentro del ámbito de los servicios sociales, hay que hacer mención especial de las dotaciones presupuestarias destinadas a la lucha contra la exclusión social y que se agrupan en torno al Plan Integral de Garantías Ciudadanas de Castilla-La Mancha, que tiene por objeto garantizar a las personas más vulnerables el acceso a los recursos económicos y sociales mínimos para la convivencia en condiciones de dignidad e igualdad.

El impulso a los sectores productivos en orden a promover la dinamización de la actividad económica y fomentar un tejido empresarial fuerte y estable. Por ello, el fortalecimiento empresarial de la región, especialmente en el ámbito agroalimentario, constituye otra de las principales prioridades de la política económica regional para el ejercicio 2018.

La consolidación fiscal, que pasa inevitablemente por el cumplimiento de las exigencias derivadas de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Por último, la presente ley se continua con la restitución progresiva, ya iniciada en el ejercicio 2017, de los derechos económicos del personal al servicio del sector público regional suspendidos por la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de los Servicios Sociales, y por la Ley 5/2012, de 12 de julio, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2012, en la redacción da-

da por la disposición adicional quinta de la Ley 6/2012, de 2 de agosto, de acompañamiento a la Ley 1/2012, de 21 de febrero. Por ello, con efectos de 1 de enero de 2018, los coeficientes reductores de las retribuciones establecidos en las citadas leyes quedan suprimidos.

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 2017.

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 2017.

KEY WORDS

Parliament, Autonomus 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

En el año 2017, 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, 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 254/2017, de 28 de junio, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el anteproyecto de Ley en materia de gestión y organización administrativa y otras medidas.

Las Memorias justificativas de la norma sometida a dictamen recogían las principales razones que empujaban a realizar la regulación legal propuesta, que afectaría a materias de competencia de los diferentes órganos informantes, como son procedimiento administrativo y notificación electrónica, procedimientos sancionadores, sanciones administrativas, turismo, ordenación del territorio y servicios sociales.

El dictamen realizó las consideraciones de carácter esencial que se pasan a describir.

1. En cuanto a la duración máxima de los procedimientos sancionadores, el artículo 2 de la norma sometida a dictamen fijaba en su apartado 2 un plazo máximo de tres meses para notificar la resolución expresa de los procedimientos sancionadores en la que se adoptase la tramitación simplificada del procedimiento.

El consejo consideraba al respecto que *“el artículo 96 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, regula con carácter básico la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común, disponiendo en el apartado 5 como única especialidad en los casos de procedimientos de naturaleza sancionadora, que se podrá atender a dicho tipo de procedimiento cuando el órgano competente para iniciarlo considere que, de acuerdo con la normativa reguladora, existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve, sin que quepa oposición expresa por parte del interesado. En el apartado 6 regula este precepto básico con carácter general que “[...] los procedimientos administrativos tramitados de manera simplificada deberán ser resueltos en treinta días, a contar desde el siguiente al que se notifique al interesado el acuerdo de tramitación simplificada del procedimiento”*.

A juicio de este Consejo dicho plazo, fijado con carácter básico, no podrá ser ampliado por la Comunidad Autónoma, dado que dicha ampliación supondría efectos desfavorables para el interesado al tener por finalidad un procedimiento sancionador. Se estima, por ello, que el apartado que es objeto de comentario debería eliminarse del texto del anteproyecto”.

2. Respecto al fin de la vía administrativa de actos en materia de personal laboral, el artículo 5 del Anteproyecto, en su apartado 1 señalaba que las resoluciones dictadas por las personas titulares de los órganos directivos a los que se refiere la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, así como los titulares de las Direcciones Provinciales, en relación con las competencias que tengan atribuidas *“en materia de personal laboral”*, pondrán fin a la vía administrativa. El apartado 2 otorgaba tal efecto a las resoluciones que *“en materia de personal laboral”* dicten las Gerencias del Servicio de Salud.

Se razonaba en el dictamen que *“la vinculación de la medida planteada con la eliminación de la reclamación previa a la vía laboral sugiere que el autor de la norma la propone en el entendimiento de que se ha producido la sustitución de este requisito de la reclamación previa -ahora eliminado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre-, por el del agotamiento de la vía administrativa -obligación a la que alude el artículo 69 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social-, abocando así a los actos susceptibles anteriormente de ser impugnados mediante reclamación previa al régimen de los recursos administrativos.*

Mas tal interpretación resulta errónea, en cuanto no puede perderse de vista que los actos a que se circunscribía la exigencia de la reclamación previa eran los dictados por la Administración en calidad de empresaria o empleadora, los cuales no presentaban naturaleza administrativa y, por tanto, no podían someterse al régimen general de recursos fijado en la ley de procedimiento administrativo común -ni, por ello, podían poner fin a la vía administrativa-.

El Tribunal Supremo ha afirmado en sentencia dictada por la Sala de lo Social el 8 de octubre de 2009 -RJ 2010\1132-, en un recurso de casación para la unificación de doctrina, que “los actos de la Administración cuando actúa como empresario no están sujetos al derecho administrativo, sino al derecho laboral, como los de cualquier otro empresario. Y al no estar sujetos al derecho administrativo, es claro que no le son de aplicación las previsiones que para la revisión de los actos administrativos en sentido estricto establece el Título VII de la Ley 30/1992 (LRJPAC) (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), y más concretamente, su art. 103 sobre declaración de lesividad de los actos anulables. La Administración, cuando actúa como empresario laboral puede, como cualquier otro, modificar sus decisiones por sí mismo, sin perjuicio de su posterior control judicial. Y el trabajador con relación laboral a su servicio, tampoco está obligado a agotar los recursos que los arts. 107 y siguientes de la LRJPAC prevén para la revisión de los actos administrativos sujetos al derecho administrativo. La propia Ley en el art. 125 de su Título VIII establece una vía más rápida y sencilla como es la simple reclamación previa, para que el trabajador que esté en desacuerdo con la decisión de su empresario, pueda obtener en vía judicial el reconocimiento del derecho que éste le niega (cauce, por cierto, que ha sido el seguido por los demandantes en este caso)”.

Esta distinción en cuanto a la naturaleza de los actos se ha venido sosteniendo por tribunales inferiores en numerosos pronunciamientos, de los que son muestra sentencias tales como las dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de noviembre de 2005 -JUR 2007\189902-; por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias el 30 de abril de 2012 -AS 2012\1729-, o el 28 de octubre de 2015 -JUR 2016\42661-; o por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 1 de octubre de 2012 -JUR 2012\378437-.

Partiendo de esta diferenciación, según la naturaleza de los actos, y atendiendo a la finalidad pretendida por la ley básica al suprimir la reclamación previa -eliminación de trámites que constituían una traba para los administrados-, la doctrina se ha posicionado mayoritariamente afirmando que no es posible exigir el agotamiento de la vía administrativa previa para los actos dictados

por la Administración en calidad de empleadora, los cuales, desde la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, podrán ser impugnados directamente ante la jurisdicción social. De este modo, la reclamación previa actualmente eliminada no puede entenderse sustituida por el requisito del agotamiento de la vía administrativa previa.

Tal conclusión no se ve condicionada por la nueva redacción otorgada por la disposición final tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a diversos preceptos de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, fundamentalmente el 69, en el que se alude al agotamiento a la vía administrativa previa a la vía judicial social -“cuando así proceda”-. No puede obviarse que esta norma amplió en su día la competencia de este orden jurisdiccional sobre materias que hasta el momento estaban siendo asumidas por órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa -artículo 2.n) y s)- admitiendo que la Administración pudiera dictar actos sujetos a Derecho Administrativo aun en el ámbito laboral, lo que le llevó a exigir en el citado precepto, para poder impugnar este tipo de actos, el agotamiento de la vía administrativa previa. Convivían, de este modo, los requisitos de reclamación previa y de agotamiento de la vía administrativa como exigencias previas a una eventual demanda, según el carácter del acto -laboral o administrativo- que se pretendiera impugnar.

La supresión de la reclamación previa ha llevado consigo la necesidad de dotar de nueva redacción a tales preceptos manteniendo únicamente el requisito del agotamiento de la vía administrativa, si bien el mismo sólo debe considerarse aplicable -como así venía siendo- a los actos dictados en el ejercicio de potestades administrativas. De este modo, no cabe entender que al mantenerse en la redacción del precepto tal requisito de agotamiento de la vía administrativa sea exigible a todo tipo de actos -también los eminentemente laborales-, sino sólo a aquéllos sometidos a Derecho Administrativo.

En tal sentido la Abogacía del Estado en la Comunicación Laboral 67/2016, de 18 de octubre, ha afirmado que “El agotamiento a la vía administrativa exigido por el artículo 69 de la Ley 36/2011, sólo es aplicable a la impugnación de actos administrativos, esencialmente los contemplados en las letras n) y s) del artículo 2 de la Ley 36/2011, a través del procedimiento especial previsto en el artículo 151 de la misma. [...] Sin embargo las demandas que hasta el pasado 2 de octubre exigían como requisito la reclamación previa eran las fundadas en derecho laboral, es decir, aquéllas en las que la Administración había actuado como empleador, desprovista de toda potestad administrativa”. Concluía manifestando que “A la vista de las últimas modificaciones normativas, a partir del 2

de octubre de 2016, a excepción de las demandas en materia de prestaciones de Seguridad Social y las reclamaciones al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido en las que subsiste la obligación legal de plantear reclamación previa en vía administrativa, toda demanda frente al Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, fundada en derecho laboral, deberá interponerse directamente ante los órganos de la jurisdicción social dentro de los plazos de prescripción o caducidad que en cada caso correspondan, sin necesidad de cumplimentar ningún requisito preprocesal”.

En suma, el agotamiento de la vía administrativa previa sólo se aplicará a la impugnación de actos de la Administración que, aunque dictados en el ámbito laboral, se hallen sujetos al Derecho Administrativo. Los actos dictados por la Administración en dicho ámbito en su calidad de empleadora -para cuya impugnación se requería en la legislación anterior la reclamación previa- se combatirán directamente ante la Jurisdicción Social, sin necesidad de acudir a ninguna vía de evitación del proceso. Al no estar sujetos los actos de la Administración, cuando actúa como empresario, al Derecho Administrativo, no le son de aplicación las previsiones establecidas para la revisión de los actos administrativos.

Por ello, considera este Consejo que el artículo 5 del anteproyecto que es objeto de comentario debería eliminarse del texto, ya que si los actos dictados “en materia de personal laboral” a que alude se refieren -como así parece a la vista de la motivación del precepto- a los aprobados por la Administración en calidad de empleadora, los mismos no presentan naturaleza administrativa y, por tanto, no se encuentran sometidos al régimen general de recursos administrativos, sin poder poner fin, lógicamente, a la vía administrativa. Mas si se refiriera a actos administrativos propiamente dichos -aunque dictados en el ámbito laboral- a juicio de este Consejo no resultaría tampoco en modo alguno justificado y hasta atentaría contra el principio de seguridad jurídica el establecimiento de un régimen específico para la regulación del fin a la vía administrativa distinto del previsto con carácter general para la Administración de la Comunidad Autónoma en el artículo 38 de la Ley 3/1984, de 25 de abril, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha”.

3. Se otorgaba una nueva redacción al artículo 55 de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, bajo la rúbrica “Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”, en el artículo 10 de la norma propuesta, que atribuía a la Consejería competente en materia de servicios sociales las funciones de valorar y determinar la situación y grado de dependencia y

el Programa Individual de Atención, estableciendo la sujeción de las prestaciones y el catálogo de servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, a la normativa específica de carácter básico del Estado que sea de aplicación.

El apartado 4 del precepto propuesto disponía expresamente lo siguiente: *“En el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, se entenderá otorgado el consentimiento del interesado o de su representante legal, a efectos de la remisión, por parte de las instituciones sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) de los informes, documentación clínica y demás datos médicos imprescindibles que resulten relevantes para la resolución del procedimiento, salvo que conste oposición expresa y por escrito de aquellos”*.

Entiende el Consejo que *“según el precepto transcrito se presume que el interesado o su representante legal prestan su consentimiento a la remisión, por parte de las instituciones sanitarias del SESCAM a la unidad administrativa competente en materia de dependencia que deba resolver el procedimiento, de todos aquellos informes, documentación y datos médicos y clínicos que para ello resulten relevantes. De esta manera, la modificación propuesta exige oposición expresa y por escrito de los interesados o sus representantes legales para que pueda entenderse denegado el tácito consentimiento.*

Atendida la letra del artículo transcrito han de hacerse las siguientes observaciones:

1.- Con tal presunción (consentimiento tácito) se restringe el derecho del interesado a la confidencialidad de su historial médico, compeliéndole a manifestar expresamente y por escrito su oposición a que el mismo sea remitido a la unidad administrativa encargada de dictar la resolución de reconocimiento de su situación de dependencia. En la literalidad del precepto, tal vulneración de la intimidad del paciente no exige más que una consideración de “relevante” por parte del órgano competente para resolver, al parecer, sin formular más motivación sobre su importancia en la petición de la documentación clínica a las instituciones sanitarias.

En este sentido, el artículo 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, reconoce y garantiza el derecho a la intimidad del paciente, al disponer en su apartado 1 que “Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes

a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley”. Y ciertamente, entiende este Consejo que el consentimiento tácito impuesto en el apartado 4 del artículo 55 no constituye una autorización amparada por la ley, puesto que, como regla general, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal establece que “Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”. A lo que el artículo 11.1 de la misma Ley Orgánica añade, respecto de la comunicación o cesión de datos, que “Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”.

Ahora bien, como toda regla general, la anterior también tiene sus excepciones en el artículo 11.2 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal. Concretamente, para la cesión de los datos relacionados con la salud, la letra f) exige del previo consentimiento del interesado, cuando dicha cesión “sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica”. Sin embargo, el supuesto contemplado en el artículo 55.4 del anteproyecto de Ley no tiene encaje en ninguna de las excepciones previstas, por lo que cabe concluir que la cesión planteada de informes, documentación clínica y demás datos médicos, conformadores en cualquier caso de la historia clínica, debe quedar sometida al consentimiento expreso del paciente afectado o que la misma esté autorizada por una ley.

Otra excepción a la exigencia del consentimiento expreso del interesado la encontramos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en cuyo artículo 16 se establecen los supuestos de cesión de datos de la historia clínica a terceros ajenos a la asistencia sanitaria que dio lugar a la configuración de aquella historia. Nuevamente, los casos en los que se permite la cesión sin el previo consentimiento del interesado, nada tienen que ver con el planteado por el artículo 55.4 del borrador normativo examinado.

A la luz de los preceptos aludidos y de los anteriores argumentos, puede concluirse que la legislación específica no ampara la cesión de información y/o documentación médica y clínica de las instituciones sanitarias a las unidades administrativas competentes en materia de dependencia, para que pueda dictarse resolución en el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependen-

cia y prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, sin el previo consentimiento expreso del interesado.

2.- A lo anterior ha de adicionarse, que el texto propuesto para el artículo 55.4 de la Ley de Servicios Sociales, en cuanto prescinde del previo consentimiento expreso del interesado, vulnera el propio mandato de sujeción jerárquica que establece el apartado 3 del mismo artículo 55 que se modifica y, con ello, la normativa básica estatal en materia de confidencialidad de la historia clínica y dependencia, así como la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en materia de procedimiento.

El artículo 55.3 del anteproyecto de Ley dispone que “Las prestaciones y catálogo de servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se integran en el catálogo de prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales, estando sujetas a la normativa específica de carácter básico del Estado, que sea de aplicación”.

Desde el punto de vista del derecho sustantivo, la normativa específica de carácter básico del Estado viene constituida por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en cuanto se refiere a la autonomía del paciente, derechos y obligaciones. Así lo establece su disposición adicional primera: “Carácter de legislación básica.- Esta Ley tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución”. En ella se garantiza la confidencialidad de la historia clínica y se establece la exigencia de autorización amparada por la ley para acceder a los datos que la integran.

Desde el punto de vista procedimental, la normativa específica viene constituida por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Dependencia, en cuyo artículo 28.1, regulador del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema, se establece que “1. El procedimiento se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especificidades que resulten de la presente Ley”. Es decir, la sustanciación del procedimiento deberá ajustarse, en todo caso, a la legislación básica de procedimiento administrativo común, constituida actualmente por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en cuyo artículo 28.2 vuelve a exigirse el consentimiento expreso de los interesados para que los documentos necesarios en la resolución del procedimiento de que se trate sean consultados o recabados por el órgano que

haya de hacerlo. No obstante, se admite el consentimiento tácito siempre que no conste oposición expresa o la ley especial aplicable requiera el consentimiento expreso. Así, dispone el artículo 28.2 de la LPAC: “Los interesados no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración, con independencia de que la presentación de los citados documentos tenga carácter preceptivo o facultativo en el procedimiento de que se trate, siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos. Se presumirá que la consulta u obtención es autorizada por los interesados salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso”.

Poniendo en relación el artículo 55.4 que se modifica con el anteproyecto, con el último inciso del artículo 28.2 de la LPAC, puede observarse que en el primero se está prescindiendo de un requisito mínimo impuesto por la norma básica en materia de procedimiento, cual es que “la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso”, lo cual en el supuesto examinado tiene su importancia desde el momento que la legislación especial, tanto de Autonomía del Paciente como de Protección de Datos de Carácter Personal, exigen el previo consentimiento del interesado para poder ceder o comunicar a un tercero, distinto de las instituciones sanitarias, los datos que, relacionados con la salud, integran la historia clínica.

En razón de lo expuesto, puede concluirse que el apartado 4 del artículo 55 del borrador normativo omite presupuestos mínimos exigidos por la norma básica estatal, tanto en materia de autonomía, derechos y obligaciones del paciente, como en materia de protección de datos de carácter personal y, finalmente, de procedimiento. A fin de subsanar la infracción del principio de jerarquía normativa que tal omisión supone, habrá de completarse el texto del precepto del anteproyecto de Ley de la siguiente manera: “[...] salvo que conste oposición expresa y por escrito de aquellos, o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso”.

La disposición finalmente aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha fue la Ley 3/2017, de 1 de septiembre, en materia de Gestión y Organización de la Administración y otras Medidas, que atendió las recomendaciones de carácter esencial efectuadas en el dictamen.

- Dictamen número 281/2017, de 31 de julio, solicitado por la Consejería de Economía, Empresas y Empleo, sobre el anteproyecto de Ley de Microempresas Cooperativas y Cooperativas Rurales de Castilla-La Mancha.

La memoria del proyecto normativo fue suscrita por el Director General de Tra-

bajo, Formación y Seguridad Laboral, y en ella se contemplaban como objetivos del mismo la necesidad de proporcionar a las iniciativas empresariales de reducido tamaño un modelo de empresa ágil y eficaz, tanto en su regulación jurídica como de simplificación administrativa, que les permitiera al mismo tiempo tener cabida dentro de la figura cooperativa. Asimismo, se describían los rasgos principales de la regulación que se pretendía abordar respecto de la sociedad microcooperativa y de la cooperativa rural, señalando, en relación con esta última, que se establecía una nueva clase de cooperativa distinta de la agraria o agroalimentaria.

El Consejo efectuó dos consideraciones de carácter esencial al texto del Anteproyecto, que a continuación se pasa a exponer.

1. Por medio de la Disposición Final Primera, apartado dieciocho, del texto sometido a dictamen, se añadía una disposición adicional sexta a la mencionada Ley 11/2010, de 4 de noviembre, reguladora de los criterios de desempate en licitaciones de contratos de carácter social y asistencial, señalándose que en caso de igualdad entre las proposiciones económicamente más ventajosas, “[...] *los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos, podrán atribuir preferencia a las ofertas presentadas por las cooperativas calificadas como de iniciativa social sin ánimo de lucro, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato según resulte de sus estatutos*”.

Consideraba el Consejo que *“la citada disposición está relacionada con lo regulado en la disposición adicional cuarta del TRLCSP, disposición que ostenta el carácter de legislación básica al haber sido dictada por el Estado al amparo de la competencia que con carácter exclusivo ostenta en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, ex artículo 149.1.18ª de la Constitución. Dicha disposición es comprensiva de diversas normas que establecen la preferencia en la adjudicación de los contratos por las proposiciones presentadas por determinadas empresas, siempre que iguallen en sus términos las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación, si así lo han previsto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los órganos de contratación. Por lo que aquí interesa en el apartado 3 de la misma se señala que “Igualmente podrá establecerse la preferencia en la adjudicación de contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por las empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración”; y en el apartado 4 que “En la misma*

forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes”.

Esta posibilidad de otorgar preferencia en la adjudicación de contratos administrativos a aquellas entidades que acrediten cumplir con ciertos requisitos que la acción pública quiere primar, se encontraba ya recogida tanto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio -disposición adicional octava-, como en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, -disposición adicional sexta- y se encuentra incluso establecida en legislación sectorial como es el caso de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su artículo 34.2, y en nuestra legislación autonómica en la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha, en su artículo 38.3. Asimismo, también a nivel autonómico con una fórmula prácticamente idéntica a la utilizada por el legislador estatal se contempla en el artículo 10 de la Instrucción del Consejo de Gobierno de 18/10/2016, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional.

La posibilidad de que por Ley autonómica sectorial se aborde tal regulación en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 39.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, no encuentra en principio obstáculo siempre y cuando la misma respete todos y cada uno de los requisitos establecidos por el legislador básico estatal tanto en lo que respecta a la condición subjetiva del licitador como a los restantes referidos al objeto de la contratación; y en cualquier caso siempre habrán de ser respetados los principios del Derecho europeo de la contratación pública, que limita tal preferencia en el respeto al principio de igualdad de trato, baste por todas citar aquí la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre de 2005 en la que se concluyó que “El artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios [...] que en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones

imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional”.

Por lo que a las cooperativas concierne debe tenerse presente que las mismas pueden ser calificadas como empresas de inserción siempre y cuando reúnan los requisitos exigidos para ello por el legislador estatal con carácter exclusivo en la citada Ley 44/2007, de 13 de diciembre. En concreto en su artículo 4 señala que “Tendrá la consideración de empresa de inserción aquella sociedad mercantil o sociedad cooperativa legalmente constituida que, debidamente calificada por los organismos autonómicos competentes en la materia, realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personal en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario”, contemplándose en los artículos 5 y 7, respectivamente, los requisitos que han de reunir tales empresas y los necesarios para obtener su calificación como tales. Por lo tanto, y al amparo de lo previsto en el apartado 3 de la Disposición adicional cuarta del TRLCSP las mismas podrían ser sujetos beneficiarios de la citada preferencia en la adjudicación de contratos siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos para ser calificadas como empresas de inserción.

Asimismo podrían tener encaje en el apartado 4 de la misma disposición aquellas cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato -prestaciones de carácter social o asistencial-, según resulte de su respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial, tal sería el caso de las cooperativas calificadas de iniciativa social previstas en el artículo 148 de la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha, que son precisamente a las que se refiere la nueva disposición adicional sexta del anteproyecto de Ley. En cualquier caso y en la medida en que la literalidad de la disposición adicional proyectada no contempla de forma íntegra los requisitos establecidos por el legislador básico estatal, en concreto los referidos a que dicha preferencia aparezca incluida en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, conforme establece el apartado 2 de la disposición adicional cuarta, y que dichas cooperativas “figuren inscritas en el correspondiente registro oficial”, conforme exige también el apartado 4 de la misma disposición estatal, debe objetarse la misma con carácter esencial”.

2. La Disposición Final Primera, apartado diecinueve del Anteproyecto, adicionaba una nueva disposición adicional a la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, la

séptima, en la que se imponía a los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos reservar “[...] un porcentaje de la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos referidos a prestaciones de carácter social o asistencial a cooperativas de iniciativa social calificadas como cooperativa sin ánimo de lucro, cuando su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato”.

En el dictamen se fundamentaba al respecto que “*el contenido de tal disposición, como ya han tenido ocasión de advertir los órganos preinformantes, ha de ponerse en inmediata conexión con lo dispuesto en la disposición adicional quinta del TRLCSP que regula la figura de los contratos reservados en los siguientes términos: “1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o a través del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo y a empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre (RCL 2007,2249 y RCL 2008,419), para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 por ciento de los empleados de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sean trabajadores con discapacidad o en riesgo de exclusión social. [] En el referido Acuerdo del Consejo de Ministros o a través del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior. [] 2. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición”.*

Dicha regulación, que ya se encontraba presente en similares términos en la disposición adicional séptima de la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, trae causa de la transposición de la Directiva comunitaria 2004/18/CE que vino a justificar la figura del contrato reservado, como excepción a los principios de libre competencia y no discriminación en el ámbito de la contratación pública, señalando en su Considerando 28 lo siguiente: “El empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad. En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres pueden tener

dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido”. Atendiendo a ello en su artículo 19 contempló la figura de los contratos reservados en los siguientes términos: “Los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. [] La presente disposición deberá mencionarse en el anuncio de licitación”.

La regulación actual obedece a la redacción otorgada por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, norma esta que como señala la Junta Consultiva de Contratación Estatal en su recomendación de 15 de marzo de 2016 incorporó en lo que a contratos reservados se refiere lo dispuesto al respecto en la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, en cuyo artículo 20 expresa lo siguiente: “Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objeto principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegidos, a condición de que al menos el 30% de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos. 2. La convocatoria de licitación deberá hacer referencia al presente artículo”.

La citada disposición estatal que ostenta al igual que la anterior el carácter de legislación básica, contempla la posibilidad de que por parte del órgano competente de la Comunidad Autónoma se fijen los porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución en el marco de programas de empleo protegido, dirigido únicamente a los “Centros Especiales de Empleo y a empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en dicha normativa para tener tal consideración”, imponiendo en todo caso la condición de que “al menos el 30 por ciento de los empleados de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sean trabajadores con dis-

capacidad o en riesgo de exclusión social”.

La citada reserva, que no es desconocida en nuestro ordenamiento autonómico -pues para los centros especiales de empleo ya figura recogida en el artículo 52 de la Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha- ofrece una serie de límites que afectan tanto a los sujetos a los que va dirigida como al requisito que han de cumplir sus empleados, que deben en todo caso ser respetados por el legislador autonómico, y que en el caso de la disposición analizada no lo han sido por lo que seguidamente se expone.

Así señala la disposición adicional séptima la posibilidad de reservar el porcentaje de participación a “cooperativas de iniciativa social calificadas como cooperativa sin ánimo de lucro, cuando su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato”. Aun cuando en la legislación estatal no aparezcan expresamente citadas las cooperativas como sujetos susceptibles de disfrutar del porcentaje mínimo de reserva del derecho a participar en la adjudicación de determinados contratos, aprecia el Consejo que sí que podrían considerarse incluidas en caso de cumplir los requisitos necesarios para poder ser consideradas como empresas de inserción de conformidad con lo dispuesto en la citada Ley 44/2007, de 13 de diciembre.

Pero además de ello es también requisito necesario para poderse acoger al derecho a participar en los denominados contratos reservados, que al menos el 30 por ciento de los empleados de las citadas cooperativas reúnan los requisitos para ser calificadas como empresas de inserción, sean trabajadores con discapacidad o en riesgo de exclusión social, como también exige la disposición adicional quinta del TRLCSP, requisito que es omitido en la disposición objeto de estudio.

Corolario de todo lo anterior es que como la regulación genérica que ofrece la proyectada disposición adicional séptima no se ajusta a los requisitos exigidos por el legislador básico en el citado TRLCSP, debe objetarse la misma con carácter esencial”.

El Diario Oficial de Castilla-La Mancha de 11 de diciembre de 2017 publicó la Ley/2017, de 30 de noviembre, de Microempresas Cooperativas y Cooperativas Rurales de Castilla-La Mancha, por la que se modifica la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha, cuyo texto atendía las observaciones esenciales formuladas por el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

- Dictamen 325/2017, de 27 de septiembre, solicitado por la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente y Desarrollo Rural, sobre el anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 3/2015, de 5 de marzo, de Caza de Castilla-La Mancha y otras normas en materia medioambiental.

El Director General de Política Forestal y Espacios Naturales suscribió la memoria justificativa de la iniciativa legislativa planteada, señalando como objetivos de la misma “[...] *planificar de forma ordenada la actividad cinegética de forma compatible con la conservación del medio natural y fomento de los hábitos de las especies cinegéticas y silvestres. [...] Adaptación de la regulación a la realidad social de la Comunidad para que todos los sectores puedan cohabitar en el medio natural. [...] Fomentar el ejercicio de la caza en régimen de igualdad de oportunidades con especial atención a los cazadores locales y regionales mediante la caza social. [...] Establecer las medidas necesarias para garantizar la sanidad animal de las especies cinegéticas y limitar la transmisión de enfermedades con la cabaña ganadera. [...] Contribuir a la recuperación de las poblaciones cinegéticas autóctonas. [...] Contribuir a la seguridad de los trabajadores y practicantes de la actividad. [...] Simplificar la carga administrativa en general para la gestión de la actividad y en particular para la constitución de terrenos cinegéticos*”.

El Consejo Consultivo, en su dictamen, antes de exponer la consideración de carácter esencial respecto al texto sometido a su examen, efectuó dos observaciones referidas a la técnica modificatoria de leyes por la que se optó.

Así, **sobre la decisión de haber recurrido a una modificación parcial de la Ley, en lugar de acometer una nueva e íntegra redacción de la misma**, se entendía que “*a la vista del amplísimo calado de la reforma, debe plantearse si no sería más adecuado, desde el punto de vista de la técnica y la sistemática normativa, proceder a una nueva e íntegra redacción de la ley para facilitar su mejor conocimiento y manejo por parte de los operadores jurídicos, en lugar de diferir tal planteamiento a un futuro texto refundido, como propugna el anteproyecto al habilitar al Consejo de Gobierno en un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de la Ley modificativa.*

El principal referente metodológico que puede emplearse a estos efectos es el constituido por las Directrices de Técnica Normativa de mención habitual por este Consejo, aprobadas para el Estado por el Consejo de Ministros mediante acuerdo de 22 de julio de 2005 -y cuya aplicación ha sido aceptada con carácter general en la Comunidad Autónoma-, en cuyo apartado I.i).50, se recoge como

primera recomendación específica sobre el uso de disposiciones generales modificativas que “Como norma general, es preferible la aprobación de una nueva disposición a la coexistencia de la norma originaria y sus posteriores modificaciones. Por tanto, las disposiciones modificativas deben utilizarse con carácter restrictivo”.

Dichas instrucciones también recogen, en su directriz 52, el carácter restrictivo de las modificaciones múltiples, como la presente que afecta a cuatro leyes, indicando que “Deben evitarse las modificaciones múltiples porque alteran el principio de división material del ordenamiento y perjudican el conocimiento y localización de las disposiciones modificadas”.

Ciertamente que el ejemplo proporcionado por la reciente modificación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, a través de la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, no parece ofrecer una muestra paradigmática del seguimiento por el Estado de dicho criterio restrictivo, toda vez que esta última Ley ha modificado la mayor parte de los 83 artículos y varias de sus disposiciones adicionales, transitorias y finales, así como uno de sus anexos, lo que denota el amplio margen de discrecionalidad que opera estos efectos.

Ahora bien, la lectura del anteproyecto de Ley sometido a dictamen deja ver que la opción seguida por la Consejería promotora de la norma genera importantes disfunciones inherentes a la técnica legislativa elegida, que dan lugar a la difícil comprensión de la norma, a numerosos errores en los reenvíos de los preceptos (consecuencia de los cambios de numeración) y a que existan modificaciones que no están enunciadas en el texto marco de los artículos, pese a que su función es “expresar con claridad y precisión los datos de la parte que modifica y el tipo de modificación realizada (adición, nueva redacción, supresión, etc)”, según dispone la directriz 55 de las mencionadas Directrices de Técnica Normativa. Resulta incluso necesario añadir otras modificaciones al texto legal, que no están previstas en el borrador de anteproyecto sometido a dictamen, pues existen artículos cuya redacción queda afectada por los que sí se modifican, aspecto este que se recoge en la consideración VII del presente dictamen.

A tales disfunciones no resulta ajena la Consejería impulsora de la iniciativa, pues para paliar la inseguridad jurídica derivada de las mismas ha previsto, tal como se ha indicado, la habilitación al Consejo de Gobierno para refundir en un único texto, en el plazo de seis meses, los preceptos de la Ley de Caza. Dicha previsión no tiene demasiado sentido cuando podría aprobarse desde el inicio un nuevo texto de la ley completo.

Este uso inadecuado de las disposiciones modificativas ha condicionado, sin duda, el examen del anteproyecto por este órgano consultivo, quien ya ha advertido de la incorrección de esa práctica en ocasiones anteriores, cuando la modificación afectaba a un número elevado de artículos, pudiéndose traer a colación los dictámenes n. ° 119/2014, de 10 de abril, o el 48/2009, de 25 de marzo.

Debe añadirse a lo dicho que la consideración de la esencialidad de sus observaciones por parte del Consejo viene vinculándose habitualmente a un juicio sobre la concurrencia de una concreta infracción del ordenamiento jurídico en un precepto examinado. Pero ha de destacarse que algunas consideraciones, como la que acaba de exponerse con particular amplitud, aunque no se califiquen de esenciales, resultan de especial interés para una mejora de la calidad técnica de la norma y, por tanto, de la interpretación y aplicación de la disposición general examinada, procediendo que sean ponderadas debidamente por la autoridad consultante y, en su caso, atendidas.

En suma, por lo antedicho considera este Consejo que no es conforme a una técnica normativa correcta la aprobación de una norma modificativa como la que se pretende. Por todo ello, se estima que debe procederse a elaborar una nueva e íntegra redacción de toda la Ley, en tanto que con ello se posibilitaría una estructuración y calificación más adecuada de sus contenidos y se favorecería un mejor conocimiento e inteligibilidad de la norma por parte de sus potenciales destinatarios”.

En cuanto a **la técnica de modificación** utilizada para realizar las modificaciones, el Consejo considera en su dictamen que “*el anteproyecto opta unas veces por reproducir la totalidad del precepto modificado mientras que, en otros supuestos, se limita a consignar la redacción del apartado o apartados modificados, sin que sea posible a este Consejo averiguar cuál ha sido el criterio empleado por el redactor de la norma para adoptar una u otra opción. [...] Esta ausencia de homogeneidad a la hora de incorporar las modificaciones contribuye a incrementar la dificultad de comprensión e inseguridad para los destinatarios y aplicadores de la norma.*

En el caso de que no se siga la recomendación inicial de elaborar un nuevo texto legal completo, este Consejo considera que se deberían redactar de nuevo artículos y apartados enteros, pues lo contrario resulta tedioso y difícilmente inteligible. Ello aunque la modificación sea pequeña. Tal es la recomendación efectuada por el Consejo de Estado en su dictamen 1278/2014, de 12 de marzo de 2015, relativo al anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 42/2007, de

13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, criterio que este Consejo comparte”.

Expuesto lo anterior, el órgano consultivo efectuó **una observación de carácter esencial** al texto del anteproyecto sometido a dictamen, que conculcaba normativa básica prevista en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La indicada observación venía referida al artículo Uno, apartado Veinticuatro del texto normativo proyectado, por el cual se modificaba el artículo 37.1 -reenumerado como 33- relativo a *“Constitución y renovación de Cotos de caza. Derechos cinegéticos”*.

Disponía el citado precepto que la constitución de un coto de caza, así como los cambios de titularidad, se efectuarían mediante resolución administrativa a petición de los propietarios de los terrenos sobre los que se solicitase constituir el acotado y/o de quienes acreditaran fehacientemente el arrendamiento, cesión o cualquier otro negocio jurídico por los que se poseyeran derechos sobre, al menos, el 75% de la superficie para la que se solicitara el acotado, por un tiempo no inferior al de duración del Plan de Ordenación Cinegética exigido para la declaración.

Añadía el anteproyecto a tal regulación un párrafo, que disponía que *“Cuando los citados propietarios o titulares de los derechos cinegéticos sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación, o bien, intentada ésta no se hubiese podido llevar a efecto, la notificación se hará mediante la publicación de la misma en el tablón de anuncios del ayuntamiento del término municipal en el que se encuentran los terrenos y en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma”*.

Entendió el Consejo que *“tal modo de regulación de las notificaciones infructuosas contradice lo previsto con carácter básico en el artículo 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece que “Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de notificación o bien, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado”*.

Añade este precepto que “previamente y con carácter facultativo” las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma o de la Provincia o en el tablón de edictos del último domicilio del interesado, expresando que “Las Administraciones Públicas podrán establecer

otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de publicar el correspondiente anuncio en el Boletín Oficial del Estado”.

En atención al referido precepto básico debe concluirse que la Comunidad Autónoma podrá establecer en la norma la obligatoriedad de que en los casos referidos de desconocimiento de los interesados o del lugar de la notificación o cuando la notificación haya sido infructuosa, se proceda a la publicación de la misma en el tablón de edictos en que se encuentren los terrenos y en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma -calificado erróneamente como “Boletín”-, mas tales medios han de considerarse como accesorios, sin que puedan sustituir a la publicación en el Boletín Oficial del Estado, requisito exigido de modo ineludible por la norma básica para tener por efectuada la notificación.

Debe, por ende, ser revisada la redacción del apartado que se comenta, a fin de incluir en la misma la publicación en el Boletín Oficial del Estado valorando, a su vez, dada esta exigencia, la conveniencia de mantener la necesidad de acudir a otros medios adicionales de publicación”.

El texto de la Ley 2/2018, de 15 de marzo, por la que se modifican la Ley 3/2015, de Caza de Castilla-La Mancha y otras normas en Materia Medioambiental y Fiscal, aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha, atendió a la observación esencial formulada en el dictamen.

- Dictamen 338/2017, de 4 de octubre, solicitado por la Consejería de Economía, Empresas y Empleo, sobre el anteproyecto de Ley de Cámaras de Comercio, Industria y Servicios de Castilla-La Mancha.

El Director General de Empresas, Competitividad e Internacionalización de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo suscribió la memoria del análisis de impacto normativo del borrador de anteproyecto, señalando que con la referida norma, se pretendía conseguir, entre otros, los siguientes objetivos: a) mejorar y reforzar el sistema cameral; b) fijar un sistema de adscripción universal de todas las empresas a las Cámaras sin obligación económica; c) incentivar las contribuciones voluntarias, dando mayor representatividad en los órganos de gobierno a las empresas que hayan realizado dichas contribuciones; d) diferenciar las actividades de carácter privado, que las Cámaras podrán llevar a cabo en régimen de libre competencia, de las funciones públicas; e) integrar obligaciones de transparencia de sus ingresos y gastos, además de exigir la elaboración de códigos de buenas prácticas que garantice la imparcialidad y transparencia de las funciones público administra-

tivas; f) limitar el mandato de los presidentes; g) simplificar las obligaciones presupuestarias impuestas por la anterior normativa; h) reafirmar el papel coordinador del Consejo Regional de Cámaras, a cuyo efecto se establece la presidencia rotatoria entre los presidentes de las cámaras provinciales; i) adaptar la representatividad del Pleno del Consejo Regional a la dimensión de las cámaras provinciales; j) homogeneizar el régimen jurídico de sus trabajadores y k) regular los supuestos y procedimientos de disolución, liquidación y extinción de las cámaras.

Se efectuó una consideración de carácter esencial al artículo 52 del anteproyecto, referido a la **extinción y liquidación de las Cámaras**. En su primer apartado se tipificaban las causas que podían dar lugar a la extinción de una Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios y en los apartados siguientes el procedimiento de extinción. En el apartado 2 se disponía que la persona titular de la Consejería competente en materia de Cámaras, *“previa audiencia de la Cámara afectada, de los posibles interesados y del Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, dictará acuerdo de inicio del procedimiento de extinción”*, el cual se debería publicar en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha e incluirá el contenido mínimo que allí se indica.

El Consejo entendió que *“la audiencia previa a la declaración de inicio del procedimiento de extinción se estima que es correcta, pues ello contribuirá a la seguridad jurídica, tanto en lo referente a la toma de decisión sobre el inicio del procedimiento como en su contenido. Ahora bien, también se estima que sólo con esa audiencia no se garantiza el cumplimiento de lo establecido en el artículo 105.a) de la Constitución Española, según el cual, “La ley regulará: [] a) la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas que les afecten”*.

Asimismo, en el apartado 3 de ese mismo artículo 52 se preveía que una vez que el administrador hubiera elaborado el inventario de activos y la relación de créditos y acreedores de la Cámara afectada, la persona titular de la Consejería competente en materia de Cámaras a instancia de los órganos de gobierno o de la comisión gestora, en su caso, o de oficio, *“acordará la apertura de la fase de liquidación que será objeto de notificación a los acreedores comparecidos en el procedimiento y de publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha”*.

En el dictamen se consideró al respecto que *“dado que en la extinción de una Cámara existen personas, tanto físicas como jurídicas, que resultan afectadas por la decisión que se adopte, en la regulación que la Ley autonómica efectúe*

del procedimiento que debe seguirse para declarar la extinción de una Cámara, es preceptivo que se incluya el trámite de audiencia de los ciudadanos, conforme mandata el artículo 105 de la Constitución y en este trámite se debe recoger que debe darse audiencia a todos los afectados, entre los que, además de los acreedores comparecidos en el procedimiento, existen otras personas, como son por ejemplo, los trabajadores de la Cámara que se pueda extinguir.

Si con carácter previo al inicio del procedimiento de extinción, en el anteproyecto de Ley se prevé dar audiencia a la Cámara afectada, al Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria y a los posibles interesados, con más razón dicha audiencia debe reconocerse en la regulación tanto del procedimiento extinción como en el de liquidación. De lo contrario, en la regulación de este procedimiento el legislador estaría obviando el derecho a la participación recogido en el citado artículo 105 de la Constitución”.

El anteproyecto presentado por el Gobierno fue finalmente aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha por Ley 6/2017, de 14 de diciembre, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de Castilla-La Mancha, atendiendo a la observación de carácter esencial formulada en el dictamen.

- Dictamen 350/2017, de 11 de octubre, 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 2018.

El Director General de Presupuestos, suscribió la memoria justificativa del anteproyecto, mencionando el marco normativo de los presupuestos generales de la Junta de Comunidades, el procedimiento de elaboración de la norma y al contenido del anteproyecto, recogiendo las principales innovaciones contempladas en relación con la Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el ejercicio 2017. Dicho documento concluía señalando que el contenido del anteproyecto respetaba los límites materiales establecidos por el Tribunal Constitucional, incluyendo las normas directamente relacionadas con la ejecución de los gastos e ingresos públicos que permiten el cumplimiento de los criterios de política económica definidos por el Consejo de Gobierno, incidiendo en que desde el punto de vista formal el procedimiento se viene llevando a cabo conforme a la legalidad vigente.

El texto de la norma sometida a dictamen fue acreedora de las observaciones de carácter esencial que se sistematizan y se describen a continuación.

1.- En el apartado 2 de la **Disposición adicional vigesimoquinta** del Anteproyecto, sobre **contrataciones temporales de personal investigador laboral y de personal técnico de apoyo a proyectos de investigación en el Instituto Regional de Investigación y Desarrollo Agroalimentario y Forestal de Castilla-La Mancha (IRIAF)**, se establecía el régimen jurídico aplicable a los contratos formalizados por el citado organismo para el personal laboral investigador, reproduciendo al efecto, aun cuando no de forma íntegra, lo señalado en el artículo 20.1 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, precepto este que había sido dictado por el Estado en ejercicio de su competencia exclusiva sobre legislación laboral, *ex artículo 149.1.7^a de la Constitución*, según se dispone en su disposición final novena.

El Consejo trae a colación lo recogido por dicho órgano consultivo en múltiples pronunciamientos *“acerca de la problemática planteada con la reproducción de leyes estatales por las autonómicas -baste citar por todos el dictamen número 168/2014, de 21 de mayo-. Señalábamos así en este dictamen con cita de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (Sentencias tales como la 62/1996, de 17 de octubre o 150/1998, de 2 de julio, y de la cual se hacen eco pronunciamientos más recientes como los de las Sentencias 18/2011, de 3 de marzo, 137/2012, de 19 de junio y 201/2013, de 5 de diciembre) que “[...] “cierto es que este Tribunal no es Juez de la calidad técnica de las Leyes (SSTC 341/1993 [RTC 1993,341] y 164/1995 [RTC 1995,164]), pero no ha dejado de advertir sobre los riesgos de ciertas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por inadecuadas al sistema de fuentes configurado en la Constitución. Así lo hizo respecto de la reproducción por Ley de preceptos constitucionales (STC 76/1983 [RTC 1983,76], F.23), en otros casos en los que Leyes autonómicas reproducían normas incluidas en la legislación básica del Estado (SSTC 40/1981 [RTC 1981,40] y 26/1982 [RTC 1982,2], entre otras muchas) o, incluso, cuando por Ley ordinaria se reiteraban preceptos contenidos en una Ley Orgánica. Prácticas todas ellas que pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía” [...]* Este riesgo adquiere una especial intensidad cuando concurre el vicio de incompetencia material de la Comunidad Autónoma, *“porque si la reproducción de normas estatales por Leyes autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades, esta operación se convierte en ilegítima cuando las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre una materia (STC 35/1983 [RTC 1983,35]). En este sentido, cumple recordar lo declarado por este Tribunal en su STC 10/1982 (RTC 1982,10) (F.8) y más*

recientemente recogido en las SSTC 62/1991 (RTC 1991,62) [F.4, apartado b)] y 147/1993 (RTC 1993,147) (F.4) como antes citamos, la simple reproducción por la legislación autonómica además de ser una peligrosa técnica legislativa, 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 [RTC 2004,47], F.8)”. [...] Partiendo de esta doctrina jurisprudencial, el Tribunal a continuación matiza su pronunciamiento al caso distinguiendo dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas de las cuales se derivan distintas consecuencias: “[...] El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. El segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal (salvo supuestos excepcionales como el aludido en la STC 47/2004, de 25 de marzo), en el primero, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto”.

A la vista de la citada doctrina concluía el Consejo señalando que “[...] la inconstitucionalidad se producirá siempre en el caso de repetición de leyes estatales aprobadas en ámbitos de competencia exclusiva del Estado; en cambio, en el caso de las competencias compartidas según el esquema bases-desarrollo, solo podrá hablarse de dicha inconstitucionalidad en los casos en que esta técnica conlleve infracción de la seguridad jurídica”.

Dado que al Estado le corresponde la competencia exclusiva en materia laboral, conforme ya ha sido adelantado, y que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha únicamente ostenta la función ejecutiva en dicho ámbito, según dispone el artículo 33.11 de su Estatuto de Autonomía, carece esta de competencia alguna para determinar el régimen jurídico aplicable a las contrataciones a las que se refiere la disposición objeto de estudio. En definitiva la introducción

del inciso que objetamos en el apartado 2 de la citada disposición adicional decimoquinta es generador de interpretaciones equívocas y contraviene la doctrina del Tribunal Constitucional aludida anteriormente, por lo que debería ser objeto de supresión, y si lo que se pretende es dejar claro que el régimen aplicable a los citados contratos es –y solo puede ser– el que establezca el legislador estatal, bastaría con expresarlo en estos términos”

2.- El apartado segundo de la **Disposición final quinta, sobre el desarrollo de la Ley**, contenía una habilitación genérica al titular de la consejería competente en materia de hacienda para proceder al mismo, ya recogida en idénticos términos en leyes de presupuestos anteriores, conforme a la cual *“En lo no autorizado expresamente al Consejo de Gobierno, corresponde al titular de la consejería competente en materia de hacienda dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de esta ley”*.

También el Consejo ya había tenido ocasión de pronunciarse en dictámenes anteriores acerca de la potestad reglamentaria de los Consejeros -valga citar por todos el dictamen 271/2017, de 11 de julio- señalando al respecto que *“el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha atribuye en exclusiva la potestad reglamentaria al Consejo de Gobierno, y de acuerdo con la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, a este le compete aprobar tanto las normas reglamentarias de desarrollo de las leyes, como aquellas otras de las que se deriven inmediatamente derechos y obligaciones para los ciudadanos. En contraposición a esta competencia reglamentaria originaria del Consejo de Gobierno, la potestad reglamentaria que ostentan los Consejeros, fuera de lo que se refiere a la regulación de las materias propias de su competencia, ha de considerarse derivada, fruto de específicas habilitaciones y conforme a ello han podido considerarse válidas las disposiciones dictadas por aquellos, con un alcance que excedía lo estrictamente organizativo de su departamento, pero siempre y cuando la ley le hubiera habilitado específicamente para ello.*

En la actualidad el examen de dichas habilitaciones y en concreto de la que nos ocupa, ha de realizarse a la luz de los principios de buena regulación positivizados en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en concreto del principio de seguridad jurídica al que alude el apartado 4 de dicho artículo, en virtud del cual “Las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. La atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos, tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante”.

Por lo tanto la excepcionalidad se erige actualmente en el parámetro principal a tener en cuenta en lo que respecta a la habilitación para proceder al desarrollo reglamentario de una ley efectuada a órganos inferiores al Consejo de Gobierno la cual, además, ha de quedar debidamente justificada en la ley habilitante.

A la vista de ello la disposición analizada en cuanto que habilita en términos genéricos y amplios al titular de la consejería competente en materia de hacienda para el desarrollo de la ley -“En lo no autorizado expresamente al Consejo de Gobierno”- y se muestra carente de cualquier justificación, debe reputarse contraria a lo establecido con carácter básico por el legislador estatal en el citado artículo 129.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que concreta en este ámbito de la técnica normativa el principio constitucional de seguridad jurídica. Procede en consecuencia que se suprima el apartado segundo de esta disposición final quinta”.

Al dictamen aprobado por el Pleno del Consejo, se opuso, de manera fundamentada, el voto particular emitido por los Consejeros D. Fernando José Torres Villamor y D. Enrique Belda Pérez Pedrero, en el extremo referido a que aquél “debería haber incluido como consideración esencial la mención que se efectúa respecto de la Disposición Final Primera de esta norma, que tendría que haber advertido al Gobierno consultante sobre la posible quiebra a la autonomía universitaria consagrada en el art. 27.10 de la Constitución española, y desarrollada por la Ley Orgánica de Universidades para todo el Estado español”.

El Diario Oficial de Castilla-La Mancha publicó, el 29 de diciembre de 2017, la Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2018, habiendo sido atendidas las observaciones esenciales formuladas en el dictamen.

Finalmente, durante el año 2017, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha emitió en materia de carácter constitucional y estatutario el dictamen 292/2017, de 31 de julio, solicitado por la Consejería de Economía, Empresas y Empleo, sobre el anteproyecto de Ley de estímulo económico de zonas prioritarias en Castilla-La Mancha.

RESUMEN

Una vez más, como cada año, se describe 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 2017, en la emisión de seis dictámenes sobre anteproyectos de ley. En cinco 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

Procedimiento sancionador, procedimiento administrativo, personal laboral, atención a la dependencia, protección de datos de carácter personal, cooperativas, contratos de las Administraciones Públicas, modificaciones legislativas, técnica normativa, notificaciones, Cámaras de Comercio, autonomía universitaria, personal investigador, reproducción de normativa estatal, normativa básica, potestad reglamentaria.

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, during 2017.

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

Sanctioning procedure, administrative procedure, labor personnel, attention to dependence, protection of personal data, cooperatives, contracts of Public Administrations, legislative amendments, regulatory technique, notifications, chambers of commerce, university autonomy, research staff, reproduction of regulations State, basic regulations, regulatory power.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
AUTONÓMICO Y PARLAMENTARIO.
(1 ENERO DE 2017 A 1 DE ENERO DE 2018)

Dra. M^a Elena Rebato Peño
Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM.

SUMARIO

1. Actividades sobre derechos fundamentales.

*1.1. XXII. Jornadas de Derecho Constitucional: “Los derechos políticos”,
Ciudad Real, 23 y 24 de noviembre.*

2. Actividades relacionadas con el sistema autonómico:

*2.1. XX. Jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla- La Mancha:
“Democracia, poder público y medios de comunicación”.
Cuenca, 23 y 24 de marzo.*

3. Actividades en materia de justicia constitucional.

*3.1. IV. Edición título de especialista en justicia constitucional,
interpretación y aplicación de la Constitución. Toledo, 3 a 21 de julio.*

*3.2. XVIII. Jornadas de justicia constitucional: “Tribunal constitucional
y Cataluña”. Toledo, 9 y 10 de noviembre.*

1. Actividades sobre derechos fundamentales.

1.1. XXII. Jornadas de Derecho Constitucional: “Los derechos políticos”, Ciudad Real, 23 y 24 de noviembre.

Los derechos políticos ha sido el tema elegido por D. Tomás Vidal Marín, Profesor titular de Derecho Constitucional y D^a María Martín Sánchez, Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional UCLM, director y secretaria respectivamente, para esta vigésimo segunda edición de las Jornadas de Derecho Constitucional.

Más de un centenar de asistentes, fundamentalmente estudiantes del Grado de Derecho y Administración y Dirección de Empresas, asistieron en el Aula Magna al ciclo de conferencias y mesas redondas organizadas por el área de Derecho Constitucional de Ciudad Real para los días 23 y 24 de noviembre.

Los derechos políticos son derechos fundamentales troncales en un Estado Democrático, ya que representan el cauce fundamental a través del que se articula la participación del ciudadano en la vida política. El ser humano se convierte así en el zoon politikón, que definía Aristóteles y que sólo podía desarrollar esa faceta política viviendo en sociedad.

A lo largo de los dos días de Jornadas, se diferenció claramente entre los derechos políticos en general y los derechos de participación política en particular. El estudio de estos últimos fueron el objeto de la ponencia inaugural, que corrió a cargo del Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional, D. Eduardo Espín Templado con una conferencia titulada “Participación política y democracia: referéndum y derecho a decidir”. En la misma, al margen de realizar un marco teórico del derecho de participación política en general y como esta es fundamentalmente una participación política indirecta, ejercida a través del derecho de sufragio; el ponente centró su intervención en las formas de democracia directa que perviven en la Constitución española y concretamente en el referéndum y el falso “derecho a decidir”, que esgrimen algunos titulares. Además de realizar un análisis de los casos en los que cabe la convocatoria del referéndum y de lo que se entiende como derecho a decidir, el profesor Espín abordó tangencialmente la cuestión catalana, que es la que ha motivado las últimas reflexiones en torno a esta forma de participación política que hasta hace escasos meses no había sido objeto de debate.

Tal y como se ha señalado, nuestro Estado es un Estado de democracia representativa, un Estado de Partidos, puesto que son los partidos políticos los cauces a través de los cuales se lleva a cabo fundamentalmente la participación política. Las instituciones de democracia directa, como se vio en la ponencia inaugural son residuales en la Constitución española y en todo caso complementarias a la democracia representativa. Por ello, el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, D. Enrique Álvarez Conde, abordó el tema de los partidos políticos y más concretamente las cuestiones relativas a la democracia interna de los mismos. La Constitución exige en su artículo 6 que los partidos políticos tengan un funcionamiento y estructura democráticos y la intervención de D. Enrique Álvarez Conde se orientó fundamentalmente a enmarcar el significado y alcance de esta exigencia constitucional, así como a vincular éste con la celebración de primarias en el seno de los partidos.

Al estudio de la problemática que plantean el resto de derechos políticos se dedicaron otras sesiones del programa. D. Juan María Bilbao Ubillos, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, dictó una lección magistral sobre las libertades de reunión y manifestación en la actualidad y a la luz de la nueva Ley de Seguridad Ciudadana. Directamente relacionada con estos derechos, pero en este caso vinculada al ejercicio de los mismos por parte de unos titulares específicos, - jueces y magistrados-, estuvo orientada la intervención de D^a Rosario Serra Cristobal, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia.

Dado que ningún derecho fundamental es ilimitado, aunque sea un pilar del Estado Democrático, los límites de los derechos políticos y concretamente los del derecho de manifestación, eran un tema inexcusable en estas Jornadas. Su análisis correspondió a D. Francisco Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y ex Consejero Consultivo de Castilla- La Mancha.

Por último y como no podía ser de otro modo en un tratamiento constitucional de los derechos políticos, D. José María Morales Arroyo, realizó un examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como garante y supremo intérprete de la Constitución en materia de derechos políticos.

2. Actividades relacionadas con el Sistema Autonómico:

2.1. XX Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla- La Mancha: “Democracia, poder público y medios de comunicación”. Cuenca, 23 y 24 de marzo.

La vigésima edición de las Jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla-La Mancha, se ocuparon en esta ocasión del estudio interrelacionado de tres conceptos fundamentales en el Estado actual: democracia, poder público y medios de comunicación. No en vano estas Jornadas van dirigidas a estudiantes del Grado de Derecho y Periodismo principalmente, aunque se encuentran abiertas a juristas y público en general.

Básicas en unas jornadas con esta temática son las ponencias generales sobre las libertades de información y expresión que fueron abordadas por los conferenciantes aunque cada uno de ellos desarrolló una arista de estas libertades. Así D. Tomás Vidal Marín, Profesor de Derecho Constitucional de la UCLM, analizó la libertad de creación de medios de comunicación como uno de los contenidos protegidos por el artículo 20 de la Constitución, que a su vez representa un instrumento para hacer efectivo no sólo el derecho a comunicar sino también el derecho a recibir información veraz.

El Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado, centró su ponencia en el ejercicio de la libertad de información y el secreto sumarial. Ello le obligó a abordar uno de los temas más complejos de estas libertades de expresión e información, cual es el de sus límites. Materia ésta que fue también analizada en la ponencia del Catedrático de D. Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, D. Marc Carrillo, que en esta ocasión enfrentó la libertad de expresión de los jueces, el derecho a la información y los juicios paralelos con la consiguiente afectación del derecho al honor, intimidad e incluso propia imagen de los afectados por las informaciones judiciales.

Las nuevas tecnologías, las redes sociales y en definitiva la galaxia de internet fueron los temas tratados por el co- director de las Jornadas, D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM.

No podían faltar en este ciclo una mesa redonda compuesta por periodistas que afrontara la temática de los poderes públicos, medios de comunicación y pe-

riodistas. Esta mesa redonda fue moderada por D^a Ana María Valero Heredia, co-directora de estas Jornadas y profesora contratada doctora de la UCLM y en ella participaron: D. Jesús Maraña, director de Infolibre y D^a. Esther Esteban, analista política y editora de El digital de Castilla- La Mancha.

Por último, para cerrar estas Jornadas, uno de los rasgos definitorios de las Jornadas, como es la participación de los grupos políticos en el debate a partir de una Mesa redonda titulada “Democracia, parlamento y libertad de expresión”. En ello intervinieron: D. Francisco Cañizares Jiménez del Grupo Parlamentario Popular; D^a Blanca Pilar Fernández Morena, del Grupo Parlamentario Socialista y D. José García Molina, del Grupo Parlamentario Podemos.

3. Actividades en materia de justicia constitucional.

3.1. IV Edición título de especialista en Justicia Constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución. Toledo, 3 a 21 de julio.

Toledo, Justicia Constitucional y Julio son palabras que desde hace más de tres años quedan unidas en el Título de Especialista en Justicia Constitucional , Interpretación y Aplicación de la Constitución organizado por el área de Derecho Constitucional del campus de Toledo.

Más de cien juristas procedentes de Argentina, Costa Rica, Ecuador, México, Perú, República Dominicana y España se dan cita en un programa de postgrado que los directores, los catedráticos de Derecho Constitucional, D. Eduardo Espín Templado, D. Fco. Javier Díaz Revorio y la profesora Titular D^a M^a. Luz Martínez Alarcón; y los secretarios los profesores de la UCLM, D^a Wendy Jarquin Orozco y D. Rubén Serrano Lozano, han diseñado como un programa con metodología y enfoque comparados. En el mismo se analizan las nuevas tendencias en la interpretación y aplicación de la Constitución.

El programa que supera los cuarenta temas se imparte por más de cincuenta 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, D. Alfonso García Figueroa y D. Juan Antonio García Amado; 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.

Además de la conferencia inaugural que corrió a cargo de D. Sergio García Ramírez, ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e investigador de la UNAM, 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 Ollero del Tribunal Constitucional de España; D. Eduardo Espín Templado, del Tribunal Supremo 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, como la presentación del libro homenaje a Lucio Pegoraro, 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 como en la edición anterior 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, del propio Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Constitucional de Perú, los alumnos tienen la oportunidad de debatir sobre el caso en cuestión con los ponentes. Este Seminario se llevó a cabo en la Universidad de Cádiz durante los días 24 a 26 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, D. Roberto Rómboli, de la Universidad de Pisa o D. Eloy Espinosa- Saldaña, Magistrado del Tribunal Constitucional de Perú.

3.2. XVIII Jornadas de Justicia Constitucional: “Tribunal Constitucional y Cataluña”. Toledo, 9 y 10 de noviembre.

En los últimos años el mal llamado proceso soberanista de Cataluña está generando un sinfín de conflictos sociales y jurídicos ante los que los juristas en general y los constitucionalistas en particular no pueden permanecer impasibles o ajenos. El área de Derecho Constitucional de Toledo ha sido siempre receptiva a la problemática que desde hace algún tiempo está surgiendo en Cataluña con la convocatoria ilegítima de un referéndum y a ello dedicó unas jornadas en el año 2016, al hilo del tratamiento del modelo territorial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No obstante, en esta ocasión los directores de las Jornadas, D. Francisco Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y D^a M^a Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, consideraron que Cataluña merecía un tratamiento monográfico.

A la inauguración de las Jornadas asistieron la Vicerrectora del Campus de Toledo, D^a. Fátima Guadamillas, el Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, D. Joaquín Sánchez Garrido y el decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, D. Alberto Sanz Díaz – Palacios. Todos ellos destacaron la oportunidad del tema y la necesidad de su tratamiento en el ámbito académico.

Las primeras sesiones de las Jornadas, tuvieron un carácter general o introductorio. D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, analizó el concepto de autonomía en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No es posible examinar la problemática catalana sin determinar cuál es el concepto constitucional de autonomía y qué consideraciones ha realizado el Tribunal Constitucional sobre el mismo. La autonomía constitucional admisible tal y como ha señalado el supremo intérprete de la Constitución, no es soberanía. La soberanía es única e indivisible, mientras que la Constitución ha otorgado autonomía para la gestión de sus intereses a todas las Comunidades Autónomas. Una única soberanía y múltiples autonomías.

No obstante y en seguimiento a esta intervención, era necesario continuar con el estudio del sistema de distribución competencial determinado en los artículos 148 y 149 de la Constitución, si bien el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, D. José Manuel Vera, orientó su conferencia a la titularidad competencial de la convocatoria de referéndum por la evidente relación con el tema de las Jornadas. Complementando lo analizado por el profesor Vera Santos, D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucio-

nal y Magistrado del Tribunal Supremo realizó un repaso de la doctrina constitucional sobre el referéndum.

El mal llamado derecho a decidir, fue el tema elegido por el Ex Magistrado del Tribunal Constitucional, D. Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, que de forma contundente afirmó que sin previa reforma constitucional no es posible la secesión de ninguna parte del territorio español.

La ejecutoriedad de la sentencias del Tribunal Constitucional fue el título de la ponencia- contra ponencia que de forma conjunta ofrecieron los Catedráticos de Derecho Constitucional, D. Enrique Álvarez Conde, de la Universidad Rey Juan Carlos y D^a Rosario Tur Ausina, de la Universidad Miguel Hernández de Elche. La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2015, tiene como novedad fundamental la incorporación a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de los medios que puede emplear el Tribunal Constitucional ante el incumplimiento de las sentencias. Antes de la desobediencia manifiesta del gobierno autonómico de Cataluña a las sentencias del Tribunal Constitucional, no se había producido en el Estado español ningún precedente en relación al incumplimiento de las sentencias de nuestro Alto Tribunal.

Una visión totalmente opuesta a la expuesta en las Jornadas hasta el momento fue la ofrecida por D. Joan Vintró Castells, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, para quien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, equivocada a su juicio, ha sido la principal culpable del enquistamiento del proceso soberanista catalán.

Las denominadas “leyes de desconexión” y los recursos pendientes ante el Tribunal Constitucional fue el tema elegido por D^a Teresa Freixes, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Autónoma de Barcelona para la última sesión de estas jornadas de justicia constitucional. Su experiencia “in situ” hizo que su valoración de estas leyes y de la ley de transitoriedad llegara de forma clara a un auditorio mayoritariamente compuesto por estudiantes del grado de Derecho y Doble Grado en Derecho y Administración Pública.

Además de las conferencias señaladas se celebraron también dos mesas redondas. La primera de ella, moderada por D^a M^a Elena Rebato Peño, co- directora de las Jornadas y que abordaba el tema de la descentralización en el Derecho Constitucional Comparado. En ella participaron por orden de intervención: D. Jesús Labrador Encinas, senador; D^a M^a José Majano Caño, profesora aso-

ciada de la UCLM; D. Jesús García- Minguillán Molina, profesor asociado de la UCLM; D^a Wendy M. Jarquín Orozco, profesora asociada de la UCLM y D. Francisco Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional.

La mesa redonda que concluyó estas Jornadas estuvo moderada por el Co- director de las Jornadas, D. Fco. Javier Díaz Revorio y aludió a las propuestas de futuro ante esta problemática, ocupando la aplicación del artículo 155 un lugar muy importante en la misma. Participaron en la misma los profesores de la Universidad de Castilla- La Mancha, D. Enrique Belda Pérez- Pedrero, D^a Eva M^a Nieto Garrido y D^a M^a Elena Rebato Peño.

RESUMEN

Esta reseña recoge las principales actividades académicas de Derecho Público desarrolladas en la UCLM durante 2017.

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 2017. 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

CRÓNICAS
NUEVA SECCIÓN: DERECHO Y DISCAPACIDAD

Enrique Belda Pérez- Pedrero
(coord.)

Esta sección que se inaugura en el Anuario que tienen entre sus manos, es más bien, en esta primera ocasión, una invitación abierta a sus aportaciones de cara a años sucesivos, para el tratamiento de la normativa y los avances jurisprudenciales y doctrinales sobre la discapacidad. La protección jurídica de los derechos de las personas con discapacidad, es una realidad en formación y relativamente reciente. Las constitucionalizaciones de derechos con mención a grupos poblacionales específicos, generalizadas en el marco del desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho, así como la profusión de normas *ad hoc* y de medidas de discriminación inversa, es una característica más propia de los últimos cincuenta años, y su eficacia, o la aspiración de serlo, se circunscribe a los países con cierto nivel de desarrollo económico y estructural.

Las democracias más avanzadas cuentan en su haber con un sistema de protección que aspira a ser completo, derivado del respeto de los derechos fundamentales, y es lo que las caracteriza. Pero no por ello la historia demuestra que la asunción de un régimen político estructurado a partir de una Constitución comprometida con los valores y derechos de hombres y mujeres, traiga consigo la concienciación político-legislativa (y mucho menos, la ciudadana) sobre la necesidad de abordar los problemas de la discapacidad. Lo que sí parece justo, es reconocer que, cuando un régimen político se califica como Social y Democrático de Derecho, está en condiciones de generar, por valores y principios propios, y por el reinado de los derechos fundamentales sobre todas las facetas organizativas, una mirada especial hacia las minorías y colectivos que, por cualesquiera causas, demandan una protección adicional, preventiva, paliativa y promotora.

Desde el ámbito de la universidad y la investigación, ha crecido paulatinamente el interés por el mundo de la discapacidad, a medida que se ha hecho visible en la sociedad y en sus propias aulas. En la ciencia jurídica española, desde áreas interesadas y competentes en los derechos humanos como el derecho constitucional o la filosofía del derecho, se ha entendido siempre que las personas con discapacidad son un grupo sujeto a especial protección de cara a evitar discriminaciones, como “minoría” indirectamente aludida por el art. 14 de la Constitución (en adelante CE), así como un colectivo susceptible de recibir una promoción socio-económica, por mandato del art. 49 CE. Los estudios especializados, no muy numerosos, se han desarrollado paralelamente a los avances legislativos estatales y autonómicos en la materia, desde la promulgación de la Ley de Integración Social del Minusválido (LISMI) en 1982, siendo significativa la atención, alentada por el sector implicado, a la imprescindible Convención Internacional de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006. La realidad social y legislativa, ha sido capaz de actualizar terminología y

conceptos superados que se reflejaban en la Constitución de 1978 como un avance histórico, y que en una década quedaron obsoletos.

Hoy se está potenciando la creación de una rama transversal del derecho, el derecho de la discapacidad, que permitiría afrontar de manera multidisciplinar cuestiones que son de interés desde la teoría del derecho, el derecho constitucional, el derecho administrativo, el civil, el penal, el mercantil o el procesal; por no descender a la incidencia muy directa en sub-áreas de esas disciplinas, como el derecho electoral, el derecho del consumidor, etc. Un avance notable para el impulso de esta disciplina transversal se produce a raíz del I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad (Elche, 15 a 17 de noviembre de 2017): <http://semanal.cermi.es/noticia/movimiento-discapacidad-insta-involucrar-todos-operadores-juridicos-consolidar-rama-Derecho-Discapacidad.aspx>; <http://semanal.cermi.es/noticia/Generalitat-Valenciana-primer-magistrado-ciego-Supremo-EEUU-clausuran-I-Congreso-nacional-derecho-discapacidad.aspx>. (Fecha de consulta, 22/10/2018). Manifestaciones también recientes aparecen en el III Congreso de Protección Jurídica de la Persona con Discapacidad de 2016 (Conclusiones y trabajos publicados en SERRANO GARCÍA, Ignacio (Coord.), *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018). De interés es, asimismo, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (Coord.), *Personas con Discapacidad: Miradas jurídicas en clave convencional*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

En cuanto a este ámbito de análisis, es amplísimo, multidisciplinar y embrionario aún. Y en España se corresponde con un deseo de respaldar una acreditada línea de llamamientos al respeto de los derechos, desde el Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad (en adelante CERMI) que ha ordenado las violaciones de derechos por su gravedad, de mayor a menor, en lo que califica como *lista negra*. Esta es 1. Acceso Universal, 2. Educación inclusiva. 3. Autonomía personal. 4. Derecho a voto. 5. Derecho al trabajo. Otras vulneraciones detectadas en los siguientes niveles de preocupación son: esterilizaciones forzadas, igualdad ante la ley, igualdad ante el acceso a la justicia, igualdad de oportunidades, privación de capacidad jurídica, derecho a la atención temprana, desinterés de la Constitución que ha de ser reformada a tenor de la Convención de 2006, etc. Como puede comprobarse, muchas preocupaciones se incluyen en otras y su ámbito se solapa. El acceso universal y la autonomía personal pueden referirse a casi todas las categorías, en mayor o menor medida (cermi.es, semanal n.º 285. 12 de enero de 2018).

El germen de un derecho transversal especializado en las personas con discapacidad, está permitiendo un estudio más riguroso de problemas específicos. Na-

da mejor para animar a todos aquellos/as estudiosos/as del derecho interesados por esta perspectiva, para futuras participaciones en esta sección o en la de *estudios*, que adelantar algunas fuentes normativas y bibliográficas básicas que, a continuación, me atrevo a sugerir:

Normativa básica:

- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006
- Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia
- Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas
- Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social

Bibliografía básica:

ÁLVAREZ GARCÍA, HÉCTOR. “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”. En *Revista de Derecho Político* n.º 100, pp.1027 a 1055, 2017.

ALZAGA VILLAMIL, OSCAR, ARNALDO ALCUBILLA, ENRIQUE, CABRA DE LUNA, MIGUEL ÁNGEL, Y DE LORENZO, RAFAEL. *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad*. Escuela Libre de Derecho y Economía, Madrid, 2000.

ARNALDO ALCUBILLA, ENRIQUE. “El ejercicio del derecho de sufragio

por los afectados por alguna incapacidad física”. En *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad*, Oscar Alzaga Villamil *et alii*, Escuela Libre de Derecho y Economía, pp. 59 a 77, Madrid, 2000.

ARNAU RIPOLLÉS, MARÍA SOLEDAD. “La cara oculta de la violencia: la Violencia de Género contra la(s) Mujer(es) con discapacidad(es)”. En *VVAA Grupo de indagación, análisis y trabajo sobre discapacidad*, pp. 56 a 91, Fundación Isonomía para la Igualdad de Oportunidades Universidad Jaume I, Castellón, 2005.

BARRANCO AVILÉS, MARÍA DEL CARMEN (Coord.). *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*. Dykinson, Madrid, 2011.

BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO J. “Constitución, derechos fundamentales y entendimiento constitucional de la discapacidad”. En *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Miguel Ángel Presno Linera (coord.), pp. 147 a 184, Universidad de Oviedo-Procuradora General del Principado de Asturias, Oviedo, 2013.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, ENRIQUE. *La protección constitucional y legal de la lengua de signos*. Fundación Lex Nova, Valladolid, 2012

“Las lenguas de signos españolas: su necesaria presencia en el debate social y doctrinal sobre la reforma de la Constitución española”. En *Revista de Derecho Político* n.º 96, pp.87 a 120, 2016.

“Mujeres con discapacidad: incidencia de la violencia de género y valoración desde el punto de vista de los derechos humanos y la actuación del Estado constitucional”. En *Estudio integral de la violencia de género*, María Martín Sánchez (dir.), pp. 115 a 135, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CAMPOY CERVERA, IGNACIO. *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Laborum, Murcia, 2017.

CAMPOY CERVERA, IGNACIO Y PALACIOS RIZZO, AGUSTINA (coords.). *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*. Dykinson, Madrid, 2007.

CERMI. *Informe de Derechos Humanos y Discapacidad, España 2016*. CERMI-Ediciones Cinca, Madrid, 2016

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Mujer, discapacidad y violencia*. Lual ediciones, Madrid, 2013.

CUENCA GÓMEZ, PATRICIA. “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”. En *Revista de Estudios Políticos* n. 158, pp. 103 a 137, 2012

CUENCA GÓMEZ, PATRICIA. (ed.). *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*. Dykinson, Madrid, 2010

DE ASIS ROIG, RAFAEL. “La incursión de la discapacidad en el discurso de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder”. En *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Ignacio Campoy (ed.), Dykinson, pp. 59 a 73, Madrid, 2004.

“Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos”. En *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*, Ignacio Campoy y Agustina Palacios (coords.), Dykinson, pp. 17 a 50, Madrid, 2007.

DE ASIS ROIG, RAFAEL, Y BARRANCO AVILÉS, MARÍA DEL CARMEN. *El impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad sobre la ley 39/2006 de 14 de diciembre*. Cinca, Madrid, 2010.

DIAZ FUNCHAL, ELENA. *El reflejo de la mujer en el espejo de la discapacidad*. Ed. Cinca, Madrid, 2013

DOUGLAS HEATHER Y HARPUR, PAUL. “Intellectual disabilities, domestic violence and legal engagement”. En *Disability & Society* 31, pp. 305 a 321, 2016.

FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, CARLOS RUBÉN. “La igualdad de oportunidades, no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad”. En *Documentación Social* n.º 13, pp. 25 a 40, 2003.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO. “La reconfiguración del derecho a la educación de las personas con discapacidad”. En *Fundamentos* n.º 9, pp. 393 a 424, 2016.

GÁLVEZ MUÑOZ, LUIS A. “El régimen de participación electoral de las personas con discapacidad en los cuarenta años de democracia”. En *Revista de Derecho Político* n.º 100, pp. 1057 a 1096, 2017.

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO. *Tolerancia, dignidad y democracia*. Publicación Lince- Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2006.

GIMÉNEZ GLUCK, DAVID. *Una manifestación polémica en el principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

GOMIZ PASCUAL, MARÍA DEL PILAR. *Violencia contra las mujeres con discapacidad*. Tesis Inédita. Josune Aguinaga Roustán (dir.), Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, UNED, 2015.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, CRISTINA Y GARCÍA MEDINA, JAVIER. *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Thomson-Reuters Aranzadi, Madrid, 2016

HERREROS LÓPEZ, JUAN MANUEL. “Discriminación por razón de discapacidad (sobre la STEDH de 30 de enero de 2018, Enver Sahin c. Turquía”. En *Revista catalana de dret públic*, bloc de 13 de junio de 2018.

HUETE GARCÍA, AGUSTÍN. *Pobreza y exclusión social de las mujeres con discapacidad en España*. Ed. Cinca, Madrid, 2013

IGLESIAS, MARITA *ET ALII*. *Violencia y la Mujer con Discapacidad*. <http://www.independentliving.org/docs1/iglesiassetal1998sp.html>, METIS-DAPHNE, Asociación Iniciativas y Estudios Sociales, 1998.

JIMÉNEZ LARA, ANTONIO Y HUETE GARCÍA, AGUSTÍN. “Estadísticas y otros registros sobre discapacidad en España”. En *Política y Sociedad*, vol. 47/1, pp. 165 a 173 (2010)

JIMÉNEZ LARA, ANTONIO, HUETE GARCÍA, AGUSTÍN, Y HUETE GARCÍA, MARÍA ÁNGELES. “Las personas con discapacidad y el ejercicio del derecho de sufragio en España”. En *Colectivos con dificultades para el ejercicio del derecho de sufragio*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior-Dykinson, pp. 31 a 70, Madrid, 2003.

KITTAY, EVA FEDER Y CARLSON, LICIA (eds.). *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*. Wiley-Blackwell, Oxford, 2010

LARA ESPINOSA, DIANA. *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2012.

LAORDEN, JAVIER (dir.). *Los derechos de las personas con discapacidad* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

LORENZO, RAFAEL DE Y PÉREZ BUENO, LUIS CAYO (cords.). *Tratado sobre discapacidad*. Aranzadi, Pamplona, 2007.

MARTÍNEZ RÍOS, BEATRIZ. *Pobreza, discapacidad y derechos humanos*. CERMI-Ediciones Cinca, Madrid, 2011.

MARRADES PUIG, ANA. “La Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su inclusión social: diversidad, dignidad e igualdad de oportunidades”. En *Revista española de la función consultiva* núm. 24, pp. 261 a 272, 2015.

MEGRET, FEDERIC. “*The disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?*”. En *Human Rights Quarterly* n.º 30, 2008.

MONEREO ATIENZA, CRISTINA. *Desigualdades y capacidades humanas* Comares, Granada, 2010

Universos de Dignidad. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

MUN MAN SHUM, GRACE, ET ALII. *Mujer, discapacidad y violencia: el rostro oculto de la desigualdad*. Instituto de la Mujer, Madrid, 2006

PACHO BLANCO, XOSE MANUEL. *Lenguas y constitución. Interpretación y análisis filosófico del artículo 3 de la Constitución española*. Aranzadi, Pamplona, 2018

PALACIOS RIZZO, AGUSTINA. *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. ERMI-Ed. Cinca, Madrid, 2008

PALACIOS RIZZO, AGUSTINA, Y BARIFFI, FRANCISCO. *La discapaci-*

dad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ed. Cinca, Madrid, 2007

PELÁEZ NARVAEZ, ANA Y VILLARINO VILLARINO, PILAR (dirs.). *Informe sobre violencia de género hacia las mujeres con discapacidad a partir de la macroencuesta 2015.* CERMI-Fundación CERMI MUJERES-Ediciones Cinca, Madrid, 2016

PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT. *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad.* Dykinson, Madrid, 2007.

PÉREZ BUENO, LUIS CAYO (dir.). *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo.* Thomson-Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2009

2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. CERMI, Madrid, 2012

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006-2016: una década de vigencia. Ediciones Cinca, Madrid, 2016

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. (Coord.). *Personas con Discapacidad: Miradas jurídicas en clave convencional.* Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018

PÉREZ-PUIG GONZÁLEZ, ROCÍO (coord.). *Mujer, discapacidad y violencia.* CGPJ-Lual ed., Madrid, 2013

PESTKA, K. Y WENDT, S. “*Belonging: women living whit intellectual disabilities and experiences of domestic violence*”. En *Disability & Society* 29, pp. 1031 a 1045, 2014.

PLATERO, RAQUEL. “*Mujeres discapacitadas y malos tratos*”. En *Perfiles*, núm.180, pp. 14 a 15, 2012

PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL (coord.). *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables.* Universidad de Oviedo-Procuradora General del Principado de Asturias, Oviedo, 2013.

REVIRIEGO PICÓN, FERNANDO. “Centros penitenciarios y personas con discapacidad”. En *La Ley Penal* n.º 56, pp. 28 a 40, 2009.

REVIRIEGO PICÓN, FERNANDO Y FERNÁNDEZ SANTIAGO, PEDRO. “La violencia de género en las mujeres con discapacidad”. En *I Congreso Internacional sobre Derechos Humanos*, <http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comisión%20IV/4-reviriego.pdf> Buenos Aires, 2010.

REY PÉREZ, JOSÉ LUÍS. “Las personas con discapacidad en la Constitución, ¿Es imprescindible su reforma?”. En *La Constitución española: 1978-2018*, María Isabel Álvarez Véllez y Carlos Vidal. Prado (coords.), pp. 407 a 421, Francis Lefebvre, Madrid, 2018

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, MIGUEL. “Artículo 49”. En *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario* (M. Emilia Casas y M. Rodríguez-Piñero, dirs.), Fundación Wolters-Kluwer España, pp. 1118 a 1123, Madrid, 2009.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, JULIA. “La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad”. En *Actualidad Civil* n.º 4, pp. 357 a 369, 2004.

SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía internacional de los derechos*. <https://core.ac.uk/download/pdf/30047145.pdf>

SANDLER, W. y LILLO MARTÍN, D. *Sign language and linguistic universals*. Cambridge University Press, Cambridge, 2006

SERRA, MARÍA LAURA. *Mujeres con discapacidad. Sobre la discriminación y opresión interseccional*. Dykinson, Madrid, 2017.

SERRANO GARCÍA, IGNACIO (Coord.). *Protección jurídica de la persona con discapacidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

SILVERS, ANITA Y FRANCIS, LESLIE “Justice through Trust: Disability and the “Outlier” problem in Social Contract Theory”. En *Ethics* n.º 116, pp. 40 a 76, 2005.

STARK, CYNTHIA. “Respecting human dignity contract versus capabili-

ties”. En *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Eva Feder Kittay y Licia Carlson (eds.), Wiley-Blackwell, pp. 11 a 125, Oxford, 2010.

STEIN, MICHAEL. “Disability Human Rights”. En *California Law Review* 95-1, pp. 76 a 122, 2007.

TORRES DEL MORAL, ANTONIO. “La incorporación de los derechos de los discapacitados por el constitucionalismo de la segunda posguerra”. En *Diversidad y Ciudadanía*, Manuel J. Terol Becerra (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

VIVAS TESÓN, INMACULADA. *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*. Difusión Jurídica, Madrid, 2010.

VVAA. *La transversalidad del género en las políticas públicas de discapacidad*. Ed. Cinca, Madrid, 2012

VVAA. *La aplicación de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la Unión Europea y en los países que la forman. Especial referencia al empleo, la educación y la accesibilidad*. Ed. Cinca-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid-CERMI, Madrid, 2017.

CRÓNICAS. NUEVA SECCIÓN: DERECHO Y DISCAPACIDAD

Enrique Belda Pérez- Pedrero

