



Parlamento y Constitución



Anuario

SUMARIO

I. ESTUDIOS

Andrés Ollero Tassara, *El Tribunal Constitucional: su aportación al desarrollo de la Constitución.*

Marc Carrillo, *Género y representación política: La interpretación evolutiva de la Constitución.*

Roberto Viciano Pastor, *La problemática constitucional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución de Ecuador.*

Joan Ridaó Martín, *La protección jurídica de los símbolos del estado a revisión. Una relectura acorde con la libertad de expresión y con el espíritu de tolerancia de una sociedad pluralista.*

Evelin Cedeño Buste, *La proporcionalidad de las medidas de protección en los casos de violencia intrafamiliar.*

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

David Delgado Ramos, *El control parlamentario del Gobierno en funciones: comentario a la STC 124/2018, de 14 de noviembre.*

Victor Orozco Solano, *La tutela del derecho a la vida en el ámbito judicial interamericano y costarricense.*

J. Angelo Berbotto Kalwat, *La evaluación ex ante en Westminster, ¿un modelo útil para las Cortes Generales?*

Daniel Martínez Cristóbal, *La Constitución de 1869 en Puerto Rico en el 150 aniversario de su promulgación.*

III. RECENSIONES

Amir Al Hasani Maturano, *recensión de Luis López Guerra: La Constitución de España. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.*

IV. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

María Martín Sánchez, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2018).*

M^a del Pilar Molero Martín-Salas, *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2018).*

Joaquina Guerrero Sanz, *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2018).*

M^a. Elena Rebato Peño, *Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2018).*

Javier Miranda Erro, *Crónica sobre discapacidad y Derecho. Crónica del II Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad, celebrado en Paloma del 6 al 8 de febrero de 2019.*

Tomás Vidal Marín, *El ATC 5/2018, de 27 de enero: un auto cuestionable.*

Año 2019

Nº 20

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: 2019

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2019 N° 20 —

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

Andrés Ollero Tassara

*Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos.
Magistrado del Tribunal Constitucional.*

Mar Carrillo

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra.

Roberto Viciano Pastor

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia.

Joan Ridao Martín

Profesor Titular (a) de Derecho Constitucional. Letrado Mayor del Parlamento de Cataluña.

Evelin Cedeño Buste

*Jueza de Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, Guayaquil-Ecuador.
Abogada. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Guayaquil.*

David Delgado Ramos

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

Victor Orozco Solano

*Doctor en derecho constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Juez Contencioso Administrativo.
Profesor de la Cátedra de derecho constitucional, sede de Occidente, de la Universidad de Costa Rica.*

J. Angelo Berbotto

Abogado, Office of Parliamentary Counsel, Queensland Australia.

Daniel Martínez Cristóbal

Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

Amir Al Hasani Maturano

Profesor Ayudante de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares.

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.

M^a. Joaquina Guerrero Sanz

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

M^a. Elena Rebato Peño

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

Javier Miranda Erro

*Doctor en Derecho por la Universidad Pública de Navarra, presidente de la Fundación
Caja Navarra y patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad.*

Tomás Vidal Marín

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



ÍNDICE

I. ESTUDIOS

	<u>Págs.</u>
Andrés Ollero Tassara, <i>El Tribunal Constitucional: su aportación al desarrollo de la Constitución.</i>	009
Marc Carrillo, <i>Género y representación política: La interpretación evolutiva de la Constitución.</i>	033
Roberto Viciano Pastor, <i>La problemática constitucional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución de Ecuador.</i>	063
Joan Ridaó Martín, <i>La protección jurídica de los símbolos del estado a revisión. Una relectura acorde con la libertad de expresión y con el espíritu de tolerancia de una sociedad pluralista.</i>	083
Evelin Cedeño Buste, <i>La proporcionalidad de las medidas de protección en los casos de violencia intrafamiliar.</i>	125

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

David Delgado Ramos, <i>El control parlamentario del Gobierno en funciones: comentario a la STC 124/2018, de 14 de noviembre.</i>	175
Víctor Orozco Solano, <i>La tutela del derecho a la vida en el ámbito judicial interamericano y costarricense.</i>	193
J. Angelo Berbotto Kalwat, <i>La evaluación ex ante en Westminster, ¿un modelo útil para las Cortes Generales?.</i>	225
Daniel Martínez Cristóbal, <i>La Constitución de 1869 en Puerto Rico en el 150 aniversario de su promulgación.</i>	253

III. RECENSIONES

Amir Al Hasani Maturano, <i>recensión de Luis López Guerra: La Constitución de España. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.</i>	287
--	-----

IV. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

María Martín Sánchez, <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2018).</i>	299
M ^a del Pilar Molero Martín-Salas, <i>Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2018).</i>	309
Joaquina Guerrero Sanz, <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2018).</i>	317
M ^a . Elena Rebato Peño, <i>Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2018).</i>	347
Javier Miranda Erro, <i>Crónica sobre discapacidad y Derecho. Crónica del II Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad, celebrado en Palplona del 6 al 8 de febrero de 2019.</i>	359
Tomás Vidal Marín, <i>El ATC 5/2018, de 27 de enero: un auto cuestionable.</i>	373

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **Andrés Ollero Tassara**, *El Tribunal Constitucional: su aportación al desarrollo de la Constitución.*
- **Marc Carrillo**, *Género y representación política: La interpretación evolutiva de la Constitución.*
- **Roberto Viciano Pastor**, *La problemática constitucional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución de Ecuador.*
- **Joan Ridao Martín**, *La protección jurídica de los símbolos del estado a revisión. Una relectura acorde con la libertad de expresión y con el espíritu de tolerancia de una sociedad pluralista.*
- **Evelin Cedeño Buste**, *La proporcionalidad de las medidas de protección en los casos de violencia intrafamiliar.*

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:
SU APORTACIÓN AL DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN

Andrés Ollero Tassara

Recibido: 01-07-2019

Aceptado: 30-07-2019

SUMARIO

Se diversifica la igualdad ante la ley

Desigualdades nada razonables

¿De la ley a la ley?

Las señoritas del 09

Armonizar competencias

Seres humanos que no son personas

Una situación embarazosa

Discriminación indirecta

Nace un nuevo derecho fundamental

La reforma del recurso de amparo

Sentencias interpretativas sobre el Estatuto de Cataluña

Estado laico con patrona

Dos exigencias de conciencia

Libertad ideológica disfrazada de vida personal y familiar

El cuarenta aniversario de la Constitución española ha provocado numerosos ecos en el ámbito académico y cultural. Entre ellos no dejan de constar los relativos al Tribunal Constitucional, cercano también a celebrar semejante cumpleaños. Es buen momento por tanto para repasar sentencias, detectando su colaboración en la interpretación y consolidación del texto constitucional. Al contarse ya por millares, la obligada selección acaba reflejando las afinidades profesionales del autor de turno. Me presto pues a ello, dando por hecho el trasfondo autobiográfico de la empresa, que sería absurdo disimular.

A la hora de acotar el terreno hay dos acontecimientos académicos que me ayudan a marcar el terreno de juego. En 1979, pocos meses después de la promulgación del texto constitucional, tuvo lugar en Basilea un Congreso Mundial de Filosofía jurídica y social y entre sus aportaciones no faltó alguna, precisamente la mía, que aludiera a la recién nacida Constitución¹. Si ello me sirve de punto de partida, el provisional punto de llegada me viene sugerido por la contribución al Coloquio que sirvió en Roma de cierre al proyecto “The Value of Tradition in the Global Context”, en el que durante años colaboraron la St. John’s University de Nueva York y la romana LUMSA, con apoyo adicional de la Villanueva University de Filadelfia. Contó en sus sesiones finales como punto central con la aportación del Magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Samuel Alito, con el que tuve ocasión de compartir escenario². Habrá sin duda puntos de contacto entre aquel texto, condicionado por imperativos del tiempo de exposición previsto, y el redactado ahora en contexto más relajado.

Se diversifica la igualdad ante la ley

Sacar a relucir, como hice, nada menos que al derecho natural puede sonar a manía filosófico-jurídica de vieja escuela, pero no falta en el acervo del Tribunal Constitucional algún texto que me brinde el quite. Será el de un voto particular de uno de sus primeros Magistrados, a propósito de uno de los temas que bien pronto atrajo mi atención, al irse desarrollando una de las líneas más fe-

1 *Droit naturel et “jurisprudence de principes” (avec référence à la Constitution espagnole de 1978)* Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie. Basel 1979. Paper (III)-130; luego en sus actas: *Contemporary Conceptions of Law* Stuttgart, Steiner Verlag, 1979 “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” (Supplementa) vol. I, part 1, págs. 629-639. El original español en *Interpretación del derecho y positivismo legalista* Madrid, Edersa, 1982, págs. 199-210.

2 *Control de constitucionalidad: entre tradición y globalización. El caso español*. Roma, Universidad LUMSA, 12 de diciembre de 2018.

cundas de su doctrina jurisprudencial: las exigencias del principio de *igualdad en la aplicación de la ley*. El positivismo legalista se había conformado con ocuparse de la *igualdad ante la ley*, pero la tozudez de los hechos obligó a ocuparse de los problemas suscitados por la dispar aplicación judicial de textos legales pulcramente igualitarios, reduciendo el modelo anterior a mera *igualdad en la ley*.

Al Profesor Díez Picazo, que era el Magistrado en cuestión, le preocupaba que “el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas”, lo que a su juicio no era “competencia del Tribunal”. Y hete aquí que el derecho natural no pierde ocasión de comparecer; ciertamente como un peligro a combatir: “La referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter *razonable* y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional”. Según la otra vieja escuela, la igualdad sería “igualdad en la ley positiva y significa que a igualdad de hechos hay igualdad de consecuencias jurídicas”. El peligro radicaría en que “no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho o cada una de las *normas* en cuestión a un *principio general de derecho*, no expresamente formulado por la ley, para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los *principios*”, cosa que a quien eso escribía le parecía “perfecta en términos valorativos, pero no como aplicación del artículo 14 de la Constitución ni como tarea general del Tribunal”³.

Me he permitido resaltar en cursiva algunos términos sin duda significativos. El calificativo *razonable* se ha convertido, para bien o para mal, en uno de los más frecuentemente utilizados en las resoluciones del Tribunal; de ahí que me parezca empeño condenado al fracaso intentar endosarle cualquier veto. También la tensión entre *normas* y *principios* se ha convertido –gracias a Dworkin y Alexy, entre otros– en notablemente significativa. Por otra parte, el término *principios generales del derecho* remite a un normativismo positivista, que los presenta como obtenidos *a posteriori* de las normas legales, para aplicarlo como legalidad *en spray* –he dicho más de una vez– solventando así lagunas del ordenamiento o mitigando ocasionales sequías de las fuentes del derecho. Los *principios* constitucionales, por el contrario, se presentan como previos y condicio-

3 Voto particular del Magistrado DÍEZ PICAZO a la STC 34/1981 de 10 de noviembre.

nadores de las normas legales, como hace notar la propia Constitución española respecto a algunos de ellos⁴.

A la jurisprudencia constitucional sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley dediqué en los ochenta más de un seminario en la Universidad. Eran años en los que mis responsabilidades de miembro del Congreso de los Diputados tendía a alejarme de las aulas. Para evitarlo, conté la ayuda de compañeros de la facultad de derecho granadina, procesalistas por cierto, que no solo me aportaban sus saberes sino que además atraían a los alumnos con los que yo habría en caso contrario perdido todo contacto. De qué sirve, nos preguntábamos, que la ley nos trate por igual si luego los resultados de su aplicación resultan con frecuencia imprevisibles. Dos de mis libros acabaron siendo fruto de aquellos fructíferos encuentros⁵.

El Tribunal fue acotando con realismo sus posibilidades al respecto: cuando un órgano judicial “considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”, término este que recobra así bríos. Debe tratarse pues de un mismo órgano judicial, teniendo en cuenta que a las secciones de órganos colegiados se las considerará al efecto como órganos diversos. “Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la ley cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad, es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la Ley tiene necesariamente que cohonestarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la Ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales”⁶.

Desigualdades nada razonables

También jugará su papel lo *razonable* en la identificación de qué tratos desiguales podrían considerarse como discriminatorios, sin que falte el apoyo del

4 “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.” –artículo 53.3 de la Constitución española.

5 *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (Cuadernos y Debates nº 19), 1989; actualizado en segunda edición: (Cuadernos y debates nº 163), 2005.

6 STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2.

Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, intérprete del Convenio de Roma del Consejo de Europa. Este en efecto, “a propósito de una interpretación conjunta de los arts. 11 y 14 de la Convención Europea y estando en debate problemas de posible discriminación entre organizaciones sindicales” afirma que “la igualdad de trato es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable”. No se trata, en cualquier caso de “decidir si el criterio contenido en la Orden ministerial y aplicado por el Delegado de Trabajo” “es el más acertado o el más conveniente políticamente, ni tampoco si es el más acorde con la Constitución, lo cual entrañaría juicios de valor o de preferencia que este Tribunal no puede jamás emitir, sino tan sólo si es discriminatorio por ser irracional o arbitrario, o si por el contrario es razonable y objetivo”⁷.

¿De la ley a la ley?

Se ha convertido en un lugar común afirmar, encomiando el proceso español de transición a la democracia, que habría sido fruto de un astuto salto entre dos legitimidades, logrado pasando de la ley a la ley, arrancando de las leyes fundamentales del franquismo para aterrizar en la Constitución democrática. Dado que tales agudezas legislativas acababan siendo interpretadas por jueces no siempre habituados a lo democrático, no fue tan fácil consumir tan arriesgados saltos. Buena prueba de ello fue la sentencia de la entonces aun existente Audiencia Territorial de Sevilla que negó la condición de heredera a una ciudadana por entender que –al no haberse aún modificado el código civil– perduraba su condición de “hija ilegítima”.

La recurrente en amparo alegó el “valor normativo inmediato del art. 14 de la Constitución” y su “posible efecto derogatorio respecto al art. 137 del Código Civil en su redacción anterior”. La sentencia, de la que fue ponente el magistrado Francisco Tomás y Valiente, ofreció ocasión para resaltar que el salto transicional no había sido fruto de la mera inercia. La Constitución era ya “nuestra norma suprema y no una declaración programática” o mera declaración de principios. Dado que deja sentado que el desarrollo de lo relativo a ejercicio de los derechos fundamentales ha de “regularse sólo por ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial”, ello implica reconocer que “esos derechos ya existen, con carácter vinculante para todos los poderes públicos entre los cuales se insertan obviamente los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial”.

7 STC 34/1982, de 14 de junio, FJ 3.

Por el contrario, citando una sentencia de 1972, se recuerda que el contenido de las leyes fundamentales del franquismo consistía en “meras enunciaciones de principios encaminados a orientar la futura labor del poder público, sin eficacia para provocar el nacimiento de derechos civiles salvo que éstos se desarrollen por leyes ulteriores”. Como conclusión: lo que “en modo alguno puede admitirse es la equiparación a tal efecto ni a ningún otro entre aquellas leyes fundamentales y la Constitución Española de 1978, para cuya valoración e interpretación es necesario prescindir de criterios ya periclitados”⁸.

EL juego del principio de *igualdad* cobrará particular incidencia al presentarse como exigencia de *no discriminación*; inicialmente con dudoso beneficiario. No deja de resultar significativo que las primeras sentencias sobre discriminación por razón de sexo presenten una víctima poco previsible: los viudos. Algo parecido ocurre en un hospital barcelonés en el que la “diferencia de organización del trabajo nocturno del personal femenino y masculino repercute en el trato que se da al trabajo realizado en los domingos, donde a los Ayudantes Técnicos Sanitarios femeninos se les paga las nueve horas de trabajo como extraordinarias, cosa que no ocurre con los Ayudantes Técnicos Sanitarios masculinos”. Una vez más “debe partirse del carácter razonable, y teleológicamente fundado, del factor a través del cual la diferenciación se introduzca”, ya que la “protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación”; sobre todo si no se olvida la peculiar actitud de la normativa franquista, que entendía por *protección* alejar a la mujer de toda aportación laboral. “Tales medidas” deberían pues “ser sometidas a revisión para derogarlas si es que carecen de actualidad”.

La entrada en escena de la *actualidad* no resultará en modo alguno pacífica, ya que “el problema no es la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales, que es a lo que puede llamarse actualidad, sino su conformidad con la Constitución”. Si partimos de su “eficacia directa e inmediata”, en su papel de “norma suprema del ordenamiento jurídico”, no habrá “necesidad de esperar a que resulte desarrollada por el legislador ordinario en lo que concierne a los derechos fundamentales y libertades públicas, entre los que indudablemente se encuentra el artículo 14”.

Habrà pues, en el caso comentado, que restablecer la igualdad rebajando o elevando las retribuciones de unas y otros. La solución resulta magnánima: se igualará al alza ya que, dado “el carácter social y democrático del Estado de De-

8 STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1.

recho que nuestra Constitución erige”, no se podrá “privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas”⁹.

Las señoritas del 09

El paradójico afán “protector” de las trabajadoras que habían conseguido un horizonte laboral, superando la consabida dedicación a *sus labores*, llegaba al extremo de que las trabajadoras de la compañía telefónica se vieran abocadas a una excedencia forzosa si contraían matrimonio. La discriminación se identifica con excesiva simplicidad; derivaría del hecho de que “no se hace derivar idéntica consecuencia en relación con el personal masculino de la misma empresa que contrajera matrimonio”. No se ahonda pues –como también ocurría en el caso anterior– en el peculiar reparto de roles familiares que tales desigualdades de trato encerraban. El problema de fondo que se planteará es la suficiencia del texto constitucional para modificar las situaciones jurídicas derivadas de la normativa anterior.

La “nulidad por oposición al artículo 14 de la Constitución sería indiscutible y suficiente para pedir el amparo”, ya que lo contrario llevaría a “afirmar que los derechos fundamentales carecen de virtualidad plena en el texto constitucional y sólo la adquieren a partir de su concreción legislativa, tesis que va en contra del artículo 53.1 de la Constitución y de la jurisprudencia unánime y reiterada de este Tribunal”¹⁰.

Armonizar competencias

Estos problemas, inevitables en el proceso de actualización del ordenamiento jurídico que la transición a la democracia llevaba consigo, se hacen especialmente agudos a raíz del fallido golpe de Estado de febrero de 1981. Se atribuía un papel relevante en el malestar reinante a las Comunidades Autónomas, con sus escuelas de independentismo terrorista. Un consenso político sin precedentes abordará un proceso de armonización competencial que intenta relajar la tensión.

El valor de la Constitución como norma suprema provoca inevitablemente la pregunta sobre sus fundamentos. Ha quedado claro que no es la *interpositio legis*

9 STC 81/1982, de 21 de diciembre, FFJJ 1, 2 y 3.

10 STC 7/1983, de 14 de febrero, FJ 2.

latoris la llamada a definirlos, ni una *opinio iuris* que vendría marcada por una *moderada actualidad*. Serán los partidos –especialmente los dos hegemónicos– los que intenten abordar a fondo la cuestión. Convertidas las controversias interpretativas en el foco del problema, sobre todo a la hora delimitar los núcleos básicos de competencia estatal y el ámbito de desarrollo autonómico, se trataría de evitar tanto una invasión estatal, que dejara a las autonomías sin campo de juego, como cualquier intento autonómico en sentido contrario. La armonización, apoyada abrumadoramente por UCD y PSOE, intentaba discernir tan sutiles fronteras.

La sentencia sobre la legendaria LOAPA considera que se trata de un intento fallido, en la medida en que lo que “las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste”. “La voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador”. La indispensable fundamentación se convierte por tanto en un proceso dinámico, ajeno al juego de las coyunturales mayorías parlamentarias. Será al “Tribunal Constitucional” al que corresponderá, “en su función de intérprete supremo de la Constitución” llevar a cabo “la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél”.

Todo ello lleva consigo un continuo trabajo interpretativo que el legislador estatal no puede hacer suyo, delimitando las competencias “mediante la interpretación de los criterios que sirven de base a la misma”. Se trata en suma de identificar lo básico. Nos hallamos ante una norma abierta, lo que hace inevitable la tensión competencial; “todo proceso de desarrollo normativo de la Constitución implica siempre una interpretación de los correspondientes preceptos constitucionales, realizada por quien dicta la norma de desarrollo”.

La armonización no es tal porque “el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución”. Cuando reduce “las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano”¹¹, desbordando sus competencias.

11 STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 4.

Como consecuencia de todo ello los conflictos competenciales pertenecen a la cotidianidad del Estado de las autonomías. Todo ello puede llevar a su trivialización. Buena prueba de ello es la frecuente retirada, dentro del *do ut des* propio de la negociación política, de recursos de inconstitucionalidad. O se argumentó frívolamente que la Constitución estaba en peligro, o se rebajan más tarde sus exigencias para servirse de ellas como posible moneda de cambio.

Seres humanos que no son personas

En los últimos discursos públicos en vísperas del referendun constitucional cobraron protagonismo cuestiones particularmente polémicas para buena parte del electorado. Desde la UCD se dio a entender que la regularización del divorcio dependería del partido gobernante, mientras se descartaba una posible despenalización del aborto.

Mientras los democristianos de la UCD protagonizaron un presunto *piccolo* divorcio, el primer gobierno socialista no dudó en plantear el problema del aborto. Frenado por el entonces existente recurso previo de inconstitucionalidad, produjo una notable fractura en el Tribunal Constitucional, en cuya sentencia es fácil identificar hasta tres actitudes diversas, que acaban llevando a un desempate resuelto por el voto de calidad del presidente.

Su polémico contenido permite destacar algunos pasajes. Por ejemplo, “el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el art. 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental”. Quedó pues demostrado el fallido intento de sustituir la alusión del anteproyecto a “toda persona” por “todos”, para evitar que la negativa de condición personal al feto le restara protección. Por si fuera poco, los intereses económicos de la industria, patentaron el exótico concepto de *pre-embrión*, destinado a legitimar la libre manipulación de los embriones *in vitro* en los primeros días de su desarrollo.

La búsqueda de algún término medio se traduce en considerar que “los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del *nasciturus*, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental”. En

resumen, la “protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”¹².

La trayectoria posterior no deja de ser confusa. No fue llevado a la práctica, cuando su partido ocupó el poder, el contenido del recurso planteado por los diputados populares contra la versión actual de la ley. Esta permite el desembarazo durante determinados plazos, sin necesidad de motivación específica, y con un sistema de información de la madre que más bien parece diseñado para evitar excesos informativos, convirtiéndose en caricatura del modelo alemán en que pretende inspirarse. Por lo demás los intentos de lograr entre los magistrados una mayoría más significativa no han prosperado años después, pese al sucesivo cambio de composición del Tribunal.

Una situación embarazosa

La discriminación por razón de sexo va suscitando situaciones que obligan al Tribunal Constitucional a adelantarse al legislador y a la propia jurisdicción ordinaria, al emerger casos en los que la exigencias constitucionales van más allá de la letra de la ley.

Así ocurre cuando las leyes laborales regulan un contrato a prueba, en el que durante determinado plazo cualquiera de las partes, con obvio predominio de la empresarial, pueden resolverlo sin más explicaciones. En tales términos se resuelve el de una trabajadora que atribuye a su embarazo la decisión empresarial.

La tesis del INSALUD, que el entonces Tribunal Central de Trabajo hace suya, lleva a revocar la Sentencia de la Magistratura, por entender que “dicha empresa actuó en el ejercicio de un derecho que no necesitaba de motivación, puesto que se trataba de un contrato de interinidad, por plazo de tres meses, y, hallándose aún en el período de prueba de quince días”.

12 STC 53/1985, de 11 de abril, FFJJ 5, 7 y 4. Al respecto *Bioderecho. Entre la vida y la muerte* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, The Global Law Collection, 2006.

El Tribunal considera, por el contrario, que la resolución del contrato por la empresa vulneró el art. 14 CE, ya que la norma legal “no puede ejercitarse de forma arbitraria, discriminatoria por razón de sexo” y era al INSALUD a quien correspondía probar que el “despido o resolución contractual obedecía a una causa razonable, excluyente de la violación del derecho constitucional, que ampara la igualdad en el acceso al trabajo (art. 35 CE) y, según la actora, también a su permanencia e incluso al derecho a un puesto de trabajo dentro de la empresa compatible con su estado”¹³.

Discriminación indirecta

Ya vimos cómo una versión *neutra* de la desigualdad de trato conducía a resultados tan sorprendentes como ajenos a la realidad, sirviendo de ejemplo el *descubrimiento* de que los viudos son las principales víctimas de la discriminación por razón de sexo. La muerte de un trabajador generaba una pensión para la viuda, mientras que el viudo de una mujer trabajadora debería acreditar falta de recursos personales para acceder a similar trato.

El problema era la ausencia de una pregunta ulterior sobre los motivos de esta supuesta discriminación, que no eran otros que el escaso acceso de la mujer al mercado laboral, lo que la convertirá en la auténtica víctima de la situación. La aplicación de encuestas y estadísticas había llevado en el ámbito norteamericano a evaluar con apoyo empírico el *impacto* efectivo de la desigualdad de trato peculiar soportado por determinadas minorías sociales. Este nuevo marco interpretativo fue asumido por la Unión Europea y acaba repercutiendo en el control de constitucionalidad de los Estados miembros.

Esto explica que el Tribunal Constitucional español pase a indicar que en “relación con el tratamiento diferenciado de una persona en razón de su sexo, conviene recordar” que “la virtualidad del art. 14 CE 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 desven-

13 STC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 1. No fue el único caso en que el Tribunal debió desbordar la postura legal y su interpretación judicial, como hemos analizado en *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

tajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE”¹⁴.

La consecuencia inmediata es que la “prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad”.

Entra así en juego la discriminación indirecta, “que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo”.

Esto obliga a un cambio de perspectiva por parte del juez, ya que “el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE”¹⁵.

El caso resulta particularmente elocuente al tratarse de la desigualdad retributiva de los peones y las limpiadoras de un centro hospitalario. A nadie podría formalmente escandalizar tal diferencia de trato, dada la presunción de la exigencia de particular esfuerzo físico que espontáneamente se atribuye las tareas de peón. El problema surge cuando un análisis más concreto lleva a descubrir que las tareas de unos y otras son en realidad idénticas. Situación similar venía justificando en una fábrica de galletas la diversa retribución de las tareas de producción, destinadas a los varones, respecto a las de empaquetado confiadas a las trabajadoras. Asumiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no cabrá detenerse en la existencia o no de un trabajo idéntico, sino que habrá que plantear si –aun siendo dispares– son de igual valor¹⁶.

La detección de posibles discriminaciones indirectas, llevará a prestar especial atención a la existencia de departamentos retributivamente segregados para

14 STC 19/1989, de 31 de enero, FJ 4.

15 STC 141/1991, de 20 de junio, FJ 2.

16 STC 286/1994, de 28 de noviembre, FJ 2.

varones y mujeres, así como a extremar la posible justificación de trabajos con mayores exigencias de esfuerzo físico.

Nace un nuevo derecho fundamental

Ya en el texto constitucional se barruntaba, pero no llegaba a precisarse su alcance. A los tres primeros epígrafes del artículo 18 CE, destinados a la protección del derecho a la intimidad personal y familiar, acompañaba un enigmático epígrafe adicional: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Un ciudadano vasco plantea la cuestión al requerir que la Administración le informe sobre los datos personales de los que, por uno u otro concepto, dispone. Al Tribunal le suena a excusa que dicho “órgano disponga, o carezca, de los medios materiales o de las atribuciones competenciales precisos”, porque ello “no sirve para discernir los derechos de un ciudadano, especialmente si esos derechos son declarados por la Constitución”. La respuesta sobre la información recabada es pues drástica: si el ciudadano “tiene derecho a ella, es deber de todos los poderes públicos poner los medios organizativos y materiales necesarios para procurársela; si no tiene derecho, sigue siendo igualmente irrelevante el que dichos medios existan o no”.

De todo ello derivará el Tribunal que “nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona”. Asume con naturalidad tan feliz alumbramiento, al estimar que se ha producido “de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales”.

El nuevo derecho será fruto la interpretación del comentado epígrafe: Se trata de “un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama *la informática*”. La novedad no consiste solo en que los ciudadanos contemos con un derecho más, sino que en el carácter de este, bien distinto del de la intimidad personal al que acompaña. Se trata en este caso de que la garantía de la intimidad adopta ahora “un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona”. Se le aplicará provisionalmente el título de “libertad informática” de procedencia italiana, aunque bien pronto tenderá a verse sustituido por el de su versión alemana: “autodeterminación informa-

tiva”. En cualquier caso el nuevo derecho, a diferencia de las libertades clásicas, implica la dimensión prestacional necesaria para poder “controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático”, añadiendo al clásico *habeas corpus* un peculiar paralelismo: *habeas data*.

Todo ello acaba implicando, a diferencia de lo que el Tribunal inicialmente se limita a sugerir: el abandono de “la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión”¹⁷, el nacimiento de un nuevo derecho, que no se limita a la protección defensiva de *datos sensibles*, sino que implica un efectivo “poder de control” sobre datos personales de cualquier naturaleza¹⁸.

La reforma del recurso de amparo

Una de las peculiaridades del sistema “concentrado” de control de constitucionalidad dominante en Europa, a diferencia del sistema “difuso” anglosajón, que permite a cualquier juez cuestionar la constitucionalidad de la norma a aplicar, será, junto a la existencia de un Tribunal específico destinado a dilucidar tales problemas, la posibilidad de recurrir a él en amparo las resoluciones de la jurisdicción ordinaria; incluidas las del Tribunal Supremo.

Que tales ocasiones no escasearan no podría extrañar, dado que era la misma judicatura de la fase franquista la encargada de hacer valer las nuevas normas democráticas. El resultado inicial dio lugar a una cierta trivialización del trámite, a la vez que el Tribunal, convertido no pocas veces en tercera instancia procesal, era víctima de su propio éxito llegando a asumir más de once mil recursos de amparo, descuidando inevitablemente otras de sus relevantes funciones.

La necesidad de una reforma quedaba fuera de discusión. Para el Tribunal la “caracterización más distintiva” de la nueva regulación del recurso era el protagonismo como requisito sustantivo o de fondo de la “especial trascendencia constitucional”, que recurrente había de justificar suficientemente, al margen de la obvia vulneración de su derecho fundamental. El amparo se convierte pues en

17 STC 254/1993, de 20 de julio, FFJJ 6 y 7.

18 Sobre ello hemos reflexionado con mayor detenimiento en *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional* Madrid, Discurso de Recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2008, págs. 7-179.

una suerte de recurso en interés de Constitución, en el que la dimensión subjetiva del trámite queda al servicio de la depuración objetiva del ordenamiento constitucional. De ahí que el propio Tribunal resaltara que, “tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su especial trascendencia constitucional”.

Este cambio de orientación ha sido de laboriosa asimilación, no solo por la abogacía, siempre presta a ejercer el derecho de defensa, sino incluso por más de un magistrado constitucional. Añádase a ello que la mejora experimentada no ha evitado en torno a seis mil recursos de amparo por año, de los que menos de un centenar llegan a ser admitidos.

Esto explica que, dos años después de la reforma, el Tribunal aproveche una sentencia para orientar a los ciudadanos y a sus asesores sobre casos susceptibles de revestir mayor trascendencia constitucional, resaltando especialmente cuando en ellos se plantee “una cuestión en la que este Tribunal no ha sentado doctrina”¹⁹.

Por si fuera poco, la cuestión llega al Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, que ha avalado por unanimidad la legitimidad del trámite, insistiendo en concreto en que el Tribunal ilustre los motivos por los que aprecia en ciertos casos esa especial trascendencia, para mejorar así las posibilidades de éxito de los ciudadanos ante tan compleja situación²⁰.

Es necesario pues un cambio de mentalidad. Inicialmente las líneas doctrinales se consolidaban por la repetición de casos similares. Así ocurrió, por ejemplo, con la ya mencionada del principio de igualdad en la aplicación de la ley. Hoy, por el contrario, difícilmente será admitido un amparo de ese tipo, por tratarse de una doctrina ya consolidada, con lo que –paradójicamente– ha perdido aquella especial trascendencia constitucional.

Sentencias interpretativas sobre el Estatuto de Cataluña

Pocas sentencias han sido tan discutidas, cuando no vituperadas, como la del Tribunal relativa al nuevo Estatuto de Cataluña. Los partidarios de un proceso de

19 STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.

20 *Arribas Antón contra España* de 20 de enero de 2015.

independencia ven en ella la provocación del problema. No deja de ser también cierto que el Tribunal experimentó durante su debate los peores momentos de su trayectoria, dada la fragmentación de posturas, que dificultaban la configuración de mayorías, en incluso cierto ambiente interno de crispación. Todo ello obliga a resaltar que esto puede hacer olvidar un aspecto decisivo e irresuelto. El disparatado procedimiento que llevó a someter a referéndum un texto, antes de que el Tribunal hubiera ya tenido oportunidad de pronunciarse sobre su constitucionalidad. Las peticiones de una recuperación del recurso previo para estos casos no han hallado el necesario eco.

El bienintencionado intento de disminuir en lo posible los pasajes del texto ya refrendado que fueran anulados por inconstitucionales, se tradujo en un aluvión de pasajes, que consideraban conformes con la Constitución alguna de sus posibles interpretaciones. Faltó quien viera en ella una curiosa fórmula de repesca, que convertía en constitucionales determinados pasajes, a condición de que su interpretación les hiciera decir lo contrario de lo que decían.

Valga como ejemplo de laboriosa interpretación conforme llevada al fallo: “los términos «nación» y «realidad nacional» referidos a Cataluña, utilizados en el preámbulo, carecen de eficacia jurídica interpretativa, lo que dada la especial significación de un preámbulo estatutario así se dispondrá en el fallo; y el término «nacionales» del art. 8.1 EAC es conforme con la Constitución interpretado en el sentido de que dicho término está exclusivamente referido, en su significado y utilización, a los símbolos de Cataluña, «definida como nacionalidad» (art. 1 EAC) e integrada en la «indisoluble unidad de la nación española» como establece el art. 2 CE”²¹.

Particularmente crítico se muestra en sus votos particulares el magistrado Javier Delgado Barrio²², que formó parte del Constitucional, antes y después de ser Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. A su juicio, “esta Sentencia, en una buena medida, se aparta de la función estrictamente jurisdiccional que le es propia para, en lo que denomina interpretaciones, crear unas normas nuevas invadiendo el campo funcional del legislador”. Reconoce que “salva así de la declaración de inconstitucionalidad muchos preceptos, pero

21 STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 12.

22 En el Libro Homenaje que se le ofreció con el título *El Juez del Derecho Administrativo* incluí un capítulo titulado *Una gran novela*, dedicado a comentar sus votos particulares -Madrid, Consejo General del Poder Judicial – Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa UAM – Marcial Pons, 20015, págs. 191-210.

esto se logra atribuyéndoles un sentido diferente, a veces contrario, al que su texto expresa”. Concluye que “con todo lo cual viene a dar una redacción nueva a no pocos aspectos del Estatuto”²³.

Pondrá como ejemplo la afirmación de que el catalán es “la lengua de uso normal” –con artículo determinado– en Cataluña, lo que implicaría, a su juicio, que “el castellano no es lengua de uso normal”; la sentencia prefiere no inmutarse, optando por “un razonamiento que implica que el catalán es una –no la– lengua de uso normal”²⁴.

Estado laico con patrona

El art. 2.3 de sus estatutos, tras declarar que “el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla es aconfesional”, añade: “si bien por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada”. Este inciso final de la norma es considerado por uno de los colegiados vulnerador de su libertad religiosa (art. 16.1 y 3 CE) y del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

Esto lleva a que el juez se considere obligado, en primer lugar, a dilucidar si el Colegio “está constitucionalmente obligado a la neutralidad religiosa” y, si ello es así, la posible compatibilidad de la norma estatutaria.

La primera respuesta es afirmativa, al ser los colegios profesionales corporaciones de derecho público. La segunda exige mayores matices. Los “símbolos acumulan toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria”.

Por lo demás, la “configuración de estos signos de identidad puede obedecer a múltiples factores y cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de ésta, lo que origina que no pocos elementos representativos de los entes territoriales, corporaciones e instituciones públicas tengan una connotación religiosa”.

23 Voto particular a la citada STC 31/2010, de 28 de junio, 1, A.

24 Epígrafe 7 A) del voto discrepante de la STC 31/2010, de 28 de junio. Lo mismo ocurre con su carácter vehicular: epígrafe 7 B) a).

La operación no es simple, ya que “no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE. La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa”.

Es preciso además tener en cuenta que “todo signo identitario es el resultado de una convención social y tiene sentido en tanto se lo da el consenso colectivo; por tanto, no resulta suficiente que quien pida su supresión le atribuya un significado religioso incompatible con el deber de neutralidad religiosa, ya que sobre la valoración individual y subjetiva de su significado debe prevalecer la comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social”. De ahí que la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de marzo de 2011, en el caso *Lautsi y otros contra Italia*, 66, sobre la presencia de crucifijos en las escuelas públicas italianas, ponga de relieve que, en este ámbito, “la percepción subjetiva del reclamante por sí sola no basta para caracterizar una violación del derecho invocado”. En el caso sevillano el abogado en cuestión no hizo referencia alguna a que se hubiera visto obligado a tomar parte en actos religiosos.

Habría aún que añadir un nuevo elemento. “Debemos tomar en consideración no tanto el origen del signo o símbolo como su percepción en el tiempo presente, pues en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización es indudable que muchos símbolos religiosos han pasado a ser, según el contexto concreto del caso, predominantemente culturales aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso”.

En todo caso el argumento definitivo acabará siendo que la “posibilidad de que la corporación asuma signos de identidad que, desprovistos de una significación religiosa incompatible con el art. 16 CE, fueran en su origen propios de una u otra confesión o de ninguna, es algo que sólo a la corporación corresponde decidir democráticamente (art. 36 CE)”²⁵.

25 STC 34/2011, de 28 de marzo, FFJJ 1 y 3 a 7.

Dos exigencias de conciencia

Admitida desde el comienzo la dimensión autobiográfica que toda selección de decenios de jurisprudencia lleva consigo, no extrañará que me ocupe de dos resoluciones de las que tuve el honor de ser ponente y que también tienen en común que –sin duda por mi falta de recursos argumentales– no llegara a convenir del todo a mis colegas de Sala y acabara firmando un voto particular concurrente respecto a aspectos en los que no encontré eco. Ambas de refieren una exigencias de conciencia, cuya inequívoca dimensión jurídica nos sitúa más allá de la mera exhortación moral.

La primera plantea exigencias derivadas del ejercicio de un derecho (no vendrá mal subrayarlo) a la objeción de conciencia de un farmacéutico que por tales razones rechaza disponer en su oficina de determinados productos. El recurso ofrecía la oportunidad de consolidar la doctrina del Tribunal sobre la objeción, descartando restricciones (que la limitarían al servicio militar) o contradicciones notorias a la hora de reconocer o no tal derecho.

La única referencia expresa es la reflejada en el artículo 30 CE, repescado para la protección de recurso de amparo –pese a estar emplazada fuera de la sección que a ella da derecho–. Si a ello añadimos su vinculación al servicio militar obligatorio, desde hace años ya inexistente, su presencia raya en lo fantasmal. Sin embargo la ya comentada STC 53/1985 sobre la despenalización del aborto, rechazó una posible inconstitucionalidad por omisión, al no haberse pronunciado la ley sobre la cuestión, afirmando –en su FJ 14– que tal derecho “existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

La querencia restrictiva seguía presente y llevó a entender que tal dictamen sería aplicable a casos de aborto, pero no a la llamada *píldora del día después*, cuyo efecto abortivo es objeto de discusión. En todo caso, el Tribunal considera que “la existencia de una duda razonable sobre la producción de dichos efectos”, dota “al conflicto de conciencia alegado por el recurrente de suficiente consistencia y relevancia constitucional”. Por lo demás “el demandante estaba inscrito como objetor de conciencia, como así lo refleja certificación expedida por el secretario del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla”.

El asunto se complica, porque el farmacéutico tampoco disponía de preservativos, producto también incluido por la Administración entre los de obligada dispensación, pese a su fácil acceso fuera de las oficinas de farmacia. Por si fuera poco, la mayoría de la Sala suscribe la sorprendente afirmación de que la “renuencia del demandante a disponer de profilácticos en su oficina de farmacia no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencias reconocida en el art. 16.1 CE. Ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto”.

Ello me llevó, aun secundando parcialmente el fallo, a suscribir un voto particular concurrente resaltando que “las exigencias del artículo 16 CE giran en torno a la neutralidad de los poderes públicos y su no injerencia en la conciencia – jurídica o moral– del ciudadano. No parece compatible con ello que los Magistrados del Tribunal puedan considerarse llamados a erigirse en directores espirituales de los ciudadanos, aleccionándolos sobre qué exigencias de su conciencia gozan de la protección de un derecho fundamental y cuáles han de verse descartadas por tratarse de retorcidos escrúpulos”. Al fin y al cabo “la conciencia relevante a la hora de reconocer el derecho a la objeción es la del objeto; no la de quien emite el veredicto. Su contrapeso en la ponderación no ha de ser nunca la conciencia de éste sino la repercusión sobre derechos de terceros”²⁶.

Libertad ideológica disfrazada de vida personal y familiar

La protagonista convive en pareja y su embarazo le produce gran satisfacción, que ve empañada cuando un control rutinario detecta una cromosomopatía de dudosa viabilidad, lo que le lleva a aceptar la programación de un aborto. El feto contaba por entonces con 22 semanas de gestación y 362 gramos de peso, por lo que no concurrían los requisitos que harían obligatorio abrir un legajo en el Registro Civil. Esto lleva a prosperar, tanto en el ámbito sanitario como incluso en el judicial, una peculiar interpretación que prohibiría la entrega a nuestra protagonista de su hijo, de quien aspira a despedirse.

La jueza admite como “cierto” que “en otra ocasión se ha autorizado dicha inscripción por este juzgado” pero en un supuesto a su juicio “sensiblemente distinto al tratarse de aborto espontáneo de 440 gramos de peso”, por debajo también de los dichos requisitos. A ello habría que añadir un “conflicto con el dere-

26 STC 245/2015, de 25 de junio, FFJJ 5, 6 y voto particular concurrente.

cho de libertad religiosa consagrada en el art. 16 de nuestra Norma Fundamental” ya que la paciente en este caso era de religión musulmana, lo que obligaba a enterrar los restos en vez de incinerarlos.

Esta disparidad de trato provoca la presentación de un recurso de amparo “contra las resoluciones judiciales citadas, al entenderse que lesionan el derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art.16.1 CE), a la igualdad (art. 14 CE) y a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) de la recurrente”. Esta, con toda razón, no “acierta a comprender por qué el hecho de ser musulmana es considerado como más digno de protección que la espiritualidad o concepción del mundo (ideología) que no está adscrita a una confesión o religión determinada”, ya que ella se consideraba con “derecho a dar digna sepultura a su creación física y espiritual y a despedirla en compañía de su pareja, en una ceremonia de carácter civil y familiar”.

El Tribunal encuentra apoyo en la jurisprudencia de Estrasburgo como criterio de interpretación para considerar que “las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) de la actora, por no esgrimir normas que pudieran dar cobertura jurídica suficiente a su decisión e imponer un sacrificio desproporcionado”.

Siendo ponente suscribí un voto particular concurrente resaltando la ya experimentada dificultad de algunos de mis colegas para conceder amparo a los derechos y libertades relacionados con la conciencia personal”, quizá por tender a atribuirle condición moral, como si la conciencia jurídica no existiera. Ello me llevó a pensar que “el Tribunal ha desaprovechado una clara oportunidad de resaltar el obligado respeto a convicciones personales que –se compartan y consideren coherentes o no– respetan el ordenamiento legal y no afectan al orden público, único límite aceptado por el art. 16.1 CE”.

El Tribunal –señalaba el voto particular concurrente– se encontraba en dificultad para “aplicar al caso la doctrina del Tribunal sobre igualdad en la aplicación de la ley, al explicitar el órgano judicial con nitidez el cambio de criterio adoptado”. Tampoco le sería fácil acudir a la obvia “desigualdad de trato sin proyectar a la vez luz sobre la libertad ideológica, cuya consideración se ha optado por rehuir”.

“No quedaba pues ya otra vía para otorgar amparo que la apelación –como criterio interpretativo ex art. 10.2– al art. 8 del Convenio de Roma; remisión no exenta por lo demás de dificultades, al ser constante la doctrina del Tribu-

nal sobre el art. 18.1 CE, en la que se le ha reconocido reiteradamente (por todas STC 186/2013, de 4 de noviembre) alcance menor que el conferido por el Tribunal de Estrasburgo²⁷.

RESUMEN

El autor selecciona una peculiar antología de sentencias del Tribunal Constitucional español que no duda en calificar de autobiográfica. Tiene por objeto resoluciones que despertaron especialmente su atención, antes de su incorporación a dicha institución o siendo ya miembro de ella. La igualdad ante la ley, el concepto de lo razonable, la discriminación por razón de sexo con especial referencia a su dimensión indirecta, la tensión entra la administración central del Estado y las competencias autonómicas, aborto, autodeterminación informativa, la reforma del recurso de amparo, las sentencias interpretativas con especial referencia al Estatuto de Cataluña, la laicidad del Estado, así como libertad ideológica y objeción de conciencia irán desfilando ante el lector.

PALABRAS CLAVE

Aborto, recurso de amparo, igualdad ante la ley, lo razonable, discriminación indirecta, estado de las autonomías, estado laico, libertad ideológica, objeción de conciencia, sentencias interpretativas.

ABSTRACT

The author has compiled a special selection of Spanish Constitutional Court rulings that he is certain to categorize as autobiographical. The essay contains resolutions that particularly drew his attention either before he joined the institution or while he was a full member of it. Several topics will be discussed with the reader: Equality before the law, the concept of reasonableness, gender discrimination with special reference to its indirect dimension, conflicts between the central administration of the State and the autonomous regions, abortion, informative self-determination, the reform of the individual appeal for constitutional protection (“recurso de amparo”), interpretative judgements with

27 STC 11/2016, de 1 de febrero, AA. 2 y 3, FFJJ 3 y 5, y voto particular concurrente.

special reference to the Statute of Catalonia, the secularity of the State, as well as ideological freedom and conscientious objection will.

KEYWORDS

Abortion, individual appeal for constitutional protection (“recurso de amparo”), equality before the law, reasonableness, indirect discrimination, state of autonomies, secularity of the state, ideological freedom, conscientious objection, interpretative judgements.

GÉNERO Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA: LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Marc Carrillo

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Pompeu Fabra*

SUMARIO

- 1. La terminología de las fuentes constitucionales*
- 2. Estado civil e identidad de género*
- 3. Autonomía personal, sexualidad e integridad del cuerpo humano*
- 4. La igualdad en la esfera familiar*
- 5. La igualdad profesional y social*
- 6. La igualdad en la esfera pública*
- 7. La igualdad en el espacio público¹*

Bibliografía

¹ Este artículo es, con algunas variaciones, la versión en castellano del informe sobre España que el autor presentó a la *XXXIV Table Ronde Internationale de Justice Constitutionnelle Comparée*, organizada por el Institut Louis Favoreu de la Université d'Aix-Marseille, en Aix-en-Provence, los días 7 y 8 de septiembre de 2018 y publicado bajo la referencia bibliográfica siguiente: M. CARRILLO, Rapport. Espagne: Égalité, Genre et Constitution". *Table Ronde Internationale. Annuaire de Justice Constitutionnelle XXXIV*. Institut Louis Favoreu. Université d'Aix-Marseille. Aix-En-Provence. Economica. Paris 2019, pp. 223-239. Su contenido responde a la lógica de un informe en el marco de un coloquio de Derecho Comparado cuyo objeto fue la exposición de la regulación normativa en cada país.

El texto que aquí se incluye fue la base de la exposición oral del autor sobre: «*Género y representación política: la interpretación evolutiva de la Constitución*», en el marco de las *XXII Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha, Partidos políticos y sistema de partidos*, celebradas en la Facultad de Ciencias Sociales y Periodismo de Cuenca, el 6 de marzo de 2019.

Abordar el examen del tratamiento que la Constitución de 1978 (CE) dispensa la igualdad por razón de género obliga a partir de los fundamentos constitucionales en los que basa. Dichos fundamentos constitucionales son tres: el principio de igualdad y el derecho a no padecer discriminación (art. 14 CE); el principio de igualdad material (art. 9.2 CE) y el valor de la dignidad ligado al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).

De acuerdo con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, el artículo 14 CE establece que:

«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

Por su parte, el principio de igualdad material, claramente inspirado en el artículo 3.2 que el diputado socialista Lelio Basso introdujo en la Constitución italiana de 1948², es formulado por el artículo 9.2 CE de la siguiente forma:

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.»

Con respecto a la relación entre el valor constitucional de la dignidad y la persona, el artículo 10.1 CE establece que:

«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.»

Acorde con estos preceptos constitucionales y a lo largo de los cuarenta años de vigencia de la Constitución se ha construido el desarrollo legislativo de las políticas públicas de género. Todo un conjunto de políticas públicas basadas en una estrategia global y de carácter transversal, aplicadas tanto en la esfera pública como en el ámbito de las relaciones privadas de la persona. Los ejem-

2 «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

plos más recientes y significativos de producción legislativa al respecto pueden identificarse en dos leyes orgánicas: por un lado, la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género* y, por otro, la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

En las páginas que siguen, se exponen y se analizan de forma sumaria las diversas respuestas que, a partir del texto constitucional de 1978, el legislador ordinario ha dado a temas que conciernen al tratamiento jurídico de la igualdad de género como son: el uso de la terminología en la Constitución; la relación entre estado civil y género; la regulación de la autonomía personal, la sexualidad y la protección de la integridad del cuerpo humano; la proyección de la igualdad en la esfera familiar; así como también en ámbito profesional y social; en la esfera pública y, finalmente, en el espacio público.

1. La terminología de las fuentes constitucionales

Como criterio general la Constitución está redactada de forma neutra e indiferente al sexo, si bien se pueden identificar algunas excepciones. La regla general del lenguaje empleada respeta las reglas centenarias de la lengua castellana. La Constitución es un texto jurídico elaborado hace cuarenta años de acuerdo con la tradición gramatical histórica en la que el uso del género masculino en plural ha sido una fórmula entendida como una expresión que incluye tanto a hombres como mujeres.

No obstante, esta regla general conoce algunas excepciones. Así, por ejemplo, cuando el texto constitucional reconoce el derecho al matrimonio (art. 32.1 CE), se refiere expresamente al hombre y a la mujer en los términos siguientes: «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*». O también, cuando en el marco de la forma de Estado de monarquía parlamentaria la CE regula la institución de la Corona (artículo 57.1 CE), se refiere también al hombre y a la mujer, pero precisamente para establecer una regla de prioridad en favor del género masculino en la sucesión a la Corona: «*La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. 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*».

En lo que concierne a la determinación de los titulares de los derechos fundamentales las expresiones que utiliza la Constitución son diversas, pero en general responden a la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales en sentido estricto. En el primer caso utiliza la expresión “las personas” o “todos”, mientras que en el segundo suele utilizar expresiones como: “los españoles” (en masculino plural); “los ciudadanos” (en masculino plural), en el caso de los derechos de participación política que están vinculados a la condición de nacional; “los individuos” (en masculino plural); los “padres” (en masculino plural); los trabajadores (en masculino plural); Los niños (en masculino plural) etc.

Por ejemplo, “**Todos** tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...” (art.15); “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los **individuos y las comunidades...**” (art. 16.1 CE); “**Toda persona** tiene derecho a la libertad y a la seguridad...” (art. 17.1 CE); «La ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición de toda **persona detenida ilegalmente...**” (art. 17.3 CE); “**Los españoles** tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional” (art. 19.1 CE); “**Los ciudadanos** tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal” (art. 23.1 CE); “**Todas las personas** tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales... (art. 24.1 CE: derecho a la tutela judicial); “**Nadie** puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa...” (art. 25.1 CE: principio de legalidad penal y administrativa); “**Todos** tienen derecho a la educación...” (art. 27.1 CE); “Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a **los padres** para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 27.3 CE); “**Todos** tienen derecho a sindicarse libremente (art. 28.1 CE); “Se reconoce el derecho a la huelga de **los trabajadores...**” (art. 28.2 CE); “**Todos los españoles** tendrán derecho de petición individual y colectiva...” (art. 29.1 CE); “**Todos** contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica...” (art. 31.1 CE); “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad Social para todos **los ciudadanos...**” (art. 41 CE); “**Todos los españoles** tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna...” (art. 47 CE), etc.

En cuanto a las funciones oficiales atribuidas a las instituciones del Estado, la Constitución se refiere a la organización de la forma de Estado en el marco de una monarquía parlamentaria (art. 1.2 CE), como la Corona representada

actualmente por el Rey (art. 57.1 CE). El Primer Ministro o Jefe del Gobierno, recibe la denominación de Presidente del Gobierno, sin referencia específica al género (art. 98.1 CE), pero el órgano que representa al Poder Ejecutivo recibe el nombre Consejo de Ministros, también en masculino plural, sin que ello signifique prejuzgar el sexo de sus miembros (en la actualidad el Gobierno del Presidente en funciones Pedro Sánchez está integrado por una mayoría de mujeres).

Por su parte, los miembros de cámaras legislativas reciben el nombre genérico, en masculino plural, de diputados (art. 68.1 CE) y senadores (art. 69.2 CE) y, a su vez, son presidentes las personas que tienen la responsabilidad de representar a las Cámaras y dirigir los debates (art. 72.2 CE). Finalmente, en lo que concierne al Poder Judicial la regla es la misma: “*La justicia emana del Pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados...*”, es decir, una forma gramatical inclusiva que no establece distinción por razón del género del juez o jueza.

Esta opción gramatical clásica en la lengua castellana ha provocado que en el seno del movimiento feminista se reclame la necesidad de que una futura reforma de la Constitución permita llevar a cabo cambios en el lenguaje para hacer más visible la presencia política y social de la mujer. La actual Vicepresidenta del Gobierno ha expresado esta reclamación afirmando la necesidad de que la Constitución incorpore un lenguaje más “inclusivo” (por ejemplo, a través del uso sistemático de expresiones como: hombres y mujeres, ciudadanos y ciudadanas, padres y madres, etc.). No obstante, no parece que ésta sea una propuesta bien recibida en los ámbitos relacionados con autoridad filológica, cuya respuesta dada a esta propuesta –no institucional, sino, hasta ahora, meramente personal– ha sido de rechazo³.

2. Estado civil e identidad de género

La noción de “identidad de género” no aparece expresamente reconocida en la Constitución. No obstante, la dualidad de sexos deriva de forma indirecta de las normas constitucionales. Concretamente, ya hemos visto que el derecho a contraer matrimonio es reconocido al hombre y a la mujer con plena igualdad jurídica (art. 32.1 CE). Asimismo, el desarrollo constitucional del derecho al

3 Por ejemplo, la formulada por un miembro de la Real Academia Española de la Lengua, Pedro Álvarez de Miranda, «¿Una Constitución “bigénero”?». *El País*, 27/7/2018, p. 13.

matrimonio ha permitido reconocer el derecho al matrimonio de las parejas homosexuales a través de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil. De esta forma, su artículo 44.2 establece que “*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”.

La intersexuación tampoco es reconocida expresamente por la Constitución pero ello no significa que su reconocimiento legal sea impedido. Antes al contrario. Dado que no hay un obstáculo expreso, el cambio de sexo y sus efectos sobre el registro civil han sido previstos por la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*.

En su Preámbulo, la citada Ley 3/2007 afirma que la transexualidad, considerada como un cambio de la identidad de género, ha sido ampliamente estudiada por la medicina y por la psicología. Se trata de una realidad social que exige una respuesta del legislador para que la asignación inicial del sexo y el nombre de una persona puedan ser modificados, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el el sexo con el que inicialmente fueron inscritas.

La rectificación registral del sexo y del cambio de nombre permiten constatar como un hecho cierto el cambio ya producido de la identidad de género de la persona, de manera que queden garantizadas, tanto la seguridad jurídica como las exigencias derivadas de la salvaguarda del interés general. Con esta finalidad, el cambio de identidad deberá ser acreditado ante el Registro Civil.

Los aspectos más relevantes del procedimiento de la inscripción registral son los siguientes:

- Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.
- La rectificación del sexo conllevará el cambio de nombre propio de la persona, a fin de que no resulte diferente con su sexo registral.
- Para acreditar la rectificación registral es necesario que: 1) la disforia de género haya sido diagnosticada por un informe médico o psicológico clínico; y 2) que haya sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. No obstante, la obtención de la rectificación registral de la mención al sexo de una persona, no será necesaria cuando el tratamiento médico haya incluido una cirugía de reasignación sexual.

- La resolución administrativa que acuerde la rectificación de la mención registral tendrá efectos constitutivos desde el momento de su inscripción en el Registro Civil.
- En ningún caso, la inscripción en el registro Civil reflejará datos de los que se pueda deducir el carácter de la generación sexual, aspecto éste que está regulado por la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*⁴.

3. Autonomía personal, sexualidad e integridad del cuerpo humano

Los derechos reproductivos no constituyen una categoría específica dentro de elenco de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Ni tampoco es objeto de reconocimiento especial la situación específica de la mujer con respecto al hecho de la reproducción. Pero es evidente que ello no impide su pleno reconocimiento a través del desarrollo de determinados preceptos de la Constitución que conciernen, por un lado, al principio de libertad de la mujer y su capacidad para decidir sobre su propio cuerpo; y de otro, a las acciones positivas del Estado destinadas a la protección social, económica y jurídica de la familia. Entre los preceptos que permiten garantizar esos derechos pueden ser citados los siguientes:

- En general, el derecho a la libertad de la persona: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. «*Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.*» (art. 17.1 CE).
- El derecho a la vida: «*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...*»(art. 15 CE).
- La protección de la familia y de los hijos: «*1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*» (art. 39 CE).

4 Vid. BENAVENTE MOREDA, P. “Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas”. *Revista General de Derecho Constitucional* n.º 17, Madrid 2013, pp. 1-75.

- El derecho a la salud: «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y *servicios necesarios*. *La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto*. 3. *Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio. servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto*» (art. 43.1 CE).

En este marco constitucional, el legislador ha aprobado leyes que permiten asegurar la contracepción, el aborto y la procreación médica asistida.

1) En relación a la **contracepción**, desde una perspectiva general, el artículo 4 de la *Ley 33/2011, de 4 de octubre, de medidas especiales en materia de salud pública*, establece, el derecho « [...] b) *Recibir información sobre las actuaciones y prestaciones de salud pública, su contenido y la forma de acceder a las mismas; c) Recibir información sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto*».

De modo más específico las políticas públicas para la salud sexual y reproductiva están reguladas en la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva*, a través de la cual las diversas administraciones públicas (del Estado, de las Comunidades Autónomas y Locales) están obligadas, en el marco de sus competencias, a garantizar: la información sanitaria sobre anticoncepción y sexo seguro que prevenga, tanto las enfermedades e infecciones de transmisión sexual, como los embarazos no deseados (art. 51, f); asimismo, estarán obligadas a desarrollar acciones informativas y de sensibilización sobre salud sexual y salud reproductiva, especialmente a través de los medios de comunicación, y se prestará particular atención a la prevención de embarazos no deseados, mediante acciones dirigidas, principalmente, a la juventud y colectivos con especiales necesidades, así como a la prevención de enfermedades de transmisión sexual (art. 6).

2) Inicialmente, el aborto fue regulado en 1985 a través de una modificación del Código Penal que hasta entonces consideraba delito la interrupción del embarazo. La modificación legal consistió en permitir el aborto en tres supuestos: en caso de violación, por causas eugenésicas y por razones terapéuticas, en el supuesto que corriese peligro la salud de madre. El Tribunal Constitucional, en su controvertida sentencia 53/1985, relativa a un recurso previo de inconstitucional-

lidad de reforma del Código Penal, avaló la constitucionalidad del Proyecto de ley orgánica de modificación del artículo 417. Pero introdujo una decisión interpretativa que obligaba al legislador a ampliar las garantías en la realización del aborto legal a través de la exigencia de nuevos informes médicos. Este criterio del Tribunal fue considerado por una parte de los magistrados y también por amplios sectores de la doctrina como un exceso jurisdiccional, pues con la exigencia de nuevos dictámenes la jurisdicción constitucional estaba invadiendo de hecho la posición del legislador como autor de la ley. En esta ocasión, el Tribunal no tuvo en cuenta el *self restraint* que obliga siempre a mantener un cierto nivel de deferencia ante el legislador.

Pero, más allá del debate jurídico, en el ámbito social, la legalización parcial de la práctica abortiva ya resultó entonces notoriamente insuficiente. La mayoría de los abortos se siguieron produciendo al margen de los tres supuestos legalmente previstos, esto es, por voluntad de la madre y eran practicados en el extranjero o en clínicas privadas sin apoyo legal y en condiciones sanitarias no siempre adecuadas. Como consecuencia de ello, no tardó en plantearse la necesidad de la reforma de la ley penal en el sentido de incluir un cuarto supuesto basado en la libertad de decisión de la madre sobre el futuro de la gestación. No obstante, habría que esperar quince años para que el legislador atendiese a una realidad social a la que hasta entonces había sido incapaz de dar respuesta.

La nueva *Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, establece un modelo legal basado en una ley de plazos. En el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010 se afirma que el legislador ha considerado la doctrina constitucional derivada de las sentencias dictadas en el pasado por el Tribunal Constitucional en esta materia. Sobre todo, la sentencia 53/1985, en la que un Tribunal muy dividido sobre importantes cuestiones de fondo, enunció sin embargo, algunos principios que han sido respaldados por la jurisprudencia posterior y que el legislador ha tomado como punto de partida. Una de esas interpretaciones de principio fue la negación del carácter absoluto de los derechos e intereses que entran en conflicto a la hora de regular la interrupción voluntaria del embarazo y, en consecuencia, el deber del legislador de *«ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos»* (STC 53/1985). Pues si bien *«los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución»* ello no significa que resulten privados de toda protección constitucional (STC 116/1999). La vida prenatal es un bien jurídico me-

recedor de protección por el legislador pero sin ignorar los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

En consecuencia, el objetivo principal de la Ley orgánica de 2010⁵ fue el de garantizar el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada. En este sentido, el legislador consideró razonable, de acuerdo con las indicaciones de expertos en la materia y el análisis del derecho comparado, establecer un plazo de 14 semanas en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros. Es lo que, en los términos expresados por la controvertida STC 53/1985, se trata de la «autodeterminación consciente», dado que la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución.

Finalmente, en su Preámbulo, la Ley afirma que la experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad. Por ello, la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer y no contra de ella.

3) En cuanto a **la procreación medicamente asistida**, su primera regulación data de la Ley 35/1988, modificada posteriormente por la Ley 45/2003. Dado que la aparición de técnicas de reproducción asistida apareció en la década de los años 70 del siglo pasado, España ha sido uno de los primeros Estados en regular este procedimiento para hacer frente a los problemas de la esterilidad de ciertas parejas.

⁵ Fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por el Partido Popular. Hasta el momento, y ya han pasado más de ocho años, el caso sigue *sub-judice*. No obstante, durante el periodo de gobierno del Partido Popular (2011-2018) se ha introducido un modificación de la Ley 41//2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, que a su vez ha reformado la citada Ley Orgánica 2/2010, en relación a los límites a la libertad de decisión las mujeres embarazadas que sean menores de edad (18 años) en los términos siguientes: «*Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.*»

La nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, tiene por objeto regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas. Así como también la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético. Pero, en todo caso, prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. También podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual. No obstante, si la mujer estuviera casada se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente.

La *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida* es el órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida. Dicha Comisión está compuesta por representantes designados por el Gobierno del Estado, las Comunidades Autónomas, las distintas sociedades científicas y por entidades, corporaciones profesionales y asociaciones y grupos de representación de consumidores y usuarios, relacionados con los distintos aspectos científicos, jurídicos y éticos de la aplicación de estas técnicas.

4) **La violencia de género** ha sido abordada a través de una ley específica, la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género*. Se trata de una ley que incide sobre diversos ámbitos jurídicos: administrativo, civil, penal y procesal. Pero, sin duda, ha sido la tutela penal frente a la violencia de género el aspecto que ha producido un mayor debate jurídico dado la diferencia de tratamiento penal que la ley establece en el caso de que sea el hombre el autor de la acción antijurídica.

De acuerdo con su Preámbulo, *«la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión»*.

El fundamento constitucional de la Ley Orgánica 1/2005 se encuentra en el artículo 15 CE: *«Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral,*

sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

Esta ley ha previsto una serie de medidas de sensibilización, prevención y detección de acciones de violencia de género, en el ámbito de la educación, la publicidad y los medios de comunicación y la sanidad. Asimismo, regula los derechos específicos de las mujeres que hayan sido víctimas de la violencia de género (derecho a la información y asistencia por parte de la Administración; el derecho a la asistencia social integral, el derecho a la asistencia jurídica; derechos laborales y de Seguridad Social; derechos específicos de los funcionarios públicos y los derechos económicos). Además, al objeto de garantizar una tutela judicial más adecuada de la mujer frente a la violencia doméstica, la ley ha modificado la organización del Poder Judicial a través de la creación de los *Juzgados de Violencia sobre la Mujer*.

Pero la cuestión más controvertida en el plano jurídico es la que concierne al tratamiento de la tutela penal de la violencia de género. La Ley Orgánica 1/2005 modificó el artículo 153.1 del Código Penal en los términos siguientes:

*«1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, **cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días (...)**».*

Este precepto fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad por una juez penal. Los motivos de la duda sobre la constitucionalidad de la ley penal se fundamentaron en la diferencia de trato punitivo dado a la misma conducta en función del sexo del autor. Según el criterio de la juez, la opción del legislador vulneraba el principio de igualdad (art. 14 CE). En síntesis, sus argumentos fueron los siguientes:

- La ley cuestionada establece una diferencia de trato en función del sexo del sujeto activo y pasivo.
- La justificación de esta diferencia corresponde al legislador, pero las hipótesis justificativas que se han ensayado para acomodar la norma a los preceptos constitucionales no satisfacen las exigencias derivadas de los arts.

14, 24.2 y 10 CE, considerando en particular que no puede reconocerse un criterio objetivo suficientemente razonable para establecer la diferenciación normativa en virtud del género.

- Concretamente, la prevención general no justifica, por sí sola, una diferencia de trato en sede penal, por razón de sexo.
- Asimismo, la juez promotora considera que la norma no tiene naturaleza «promotora» de la mujer y no puede ampararse en la noción de «acción positiva» como justificación de la desigualdad.
- Por otra parte, la norma entendida como medida antidiscriminatoria tendría una finalidad legítima, pero la forma en que se ha articulado no justifica la desigualdad constatada.
- En definitiva, la introducción de la desigualdad por la naturaleza penal de la norma y no por la incidencia punitiva concreta, comporta un coste inasumible para los valores constitucionales.
- Para perseguir con severidad el maltrato conyugal, fenómeno cuya gravedad en ningún momento se niega –se sostiene en la cuestión de inconstitucionalidad– bastaba con agravar las penas sin distinguir sexos.

Sin embargo, en la sentencia 59/2008, de 14 de mayo, el Tribunal Constitucional, declaró la constitucionalidad de la diferencia de trato penal establecido por la Ley. En síntesis, los argumentos fueron los siguientes:

- La diferencia de tratamiento penal en función del sexo del autor no infringe el art. 14 CE: se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no resulta desproporcional.
- Asimismo, se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidas.

Con este planteamiento de la sentencia, el Tribunal se acerca en esta materia al Derecho Penal de autor. Y, ciertamente, introduce una conducta penal “*feminicida*”.

4. La igualdad en la esfera familiar

Las uniones homosexuales están protegidas constitucionalmente. De acuerdo con la Constitución, el derecho al matrimonio es reconocido por la Constitución al hombre y a la mujer (art. 32.1 CE). En ningún caso, sin embargo, la norma suprema no prescribe que la única forma de matrimonio sea la contraída entre pa-

rejas heterosexuales. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha interpretado que no hay impedimento constitucional para que el contrato matrimonial pueda unir también a dos personas del mismo sexo.

Durante el primer mandato del Presidente Rodríguez-Zapatero fue aprobada la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia del derecho a contraer matrimonio. Concretamente, la reforma legal afectó al artículo 44.2 del Código Civil (CCv) por la que se establece que: «*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*». Por otra parte, cuando el Código regula el derecho al matrimonio ya no se refiere al hombre o la mujer sino a los cónyuges. Y lo hace en un marco de igualdad, con independencia de que la pareja sea heterosexual u homosexual: «*Los cónyuges son iguales en derechos y deberes*» (art. 66 CCv).

En el Preámbulo, la Ley 13/2005 justifica esta opción del legislador en tres fundamentos constitucionales: el ejercicio igual y efectivo de los derechos (art. 9.2 CE); el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y en el principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado por razón de la condición sexual (art. 14 CE). Los argumentos de la ley son los siguientes:

- Cuando la Constitución remite al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento. Es decir, no excluye una regulación que reconozca las nuevas formas de relación afectiva, que siempre han existido en la relación entre los humanos y cuyo reconocimiento ya en el plano normativo son consecuencia de la evolución social de las relaciones personales.
- Además, la opción reflejada en esta Ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 10.1 CE) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 CE) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta.

Las condiciones de igualdad reconocidas a las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales les permiten ejercer otros derechos vinculados a la ins-

titución matrimonial: así, por ejemplo, el derecho de adopción sin ninguna distinción, la gestión de los bienes de la pareja, la transmisión del apellido a los hijos o el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio o de la autoridad parental.

El Tribunal Constitucional en su STC 198/2012, de 6 de noviembre, reconoció la constitucionalidad del matrimonio entre homosexuales aplicando un criterio interpretativo basado en una jurisprudencia evolutiva sobre el significado del derecho al matrimonio. El juicio de constitucionalidad llevado a cabo por el Tribunal se fundamenta en dos aspectos importantes: la garantía institucional del derecho al matrimonio y de su contenido esencial:

1) Desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada.

2) En lo que concierne a la garantía del contenido esencial del derecho al matrimonio, es decir, del núcleo de su contenido sobre el que el legislador no tiene capacidad para disponer, el Tribunal interpreta que la Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio. Pero se trata de una modificación que en ningún caso afecta a las condiciones del derecho a contraer matrimonio entre parejas heterosexuales.

De acuerdo con el Derecho Comparado europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el derecho originario de la Unión Europea, se manifiesta en la tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales. Esta evolución parte de la despenalización de las conductas homosexuales (por ejemplo, la pionera *STEDH Dudgeon c. el Reino Unido, de 22 de octubre de 1981 [TEDH 1981, 4]*), y pasa por el reconocimiento de la tutela antidiscriminatoria frente a las discriminaciones por razón de la orientación sexual de las personas (SSCEDH en los asuntos *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal, de 21 de diciembre de 1999, § 28*, y *L. y V. c. Austria de 9 de enero de 2003, § 48*, después recogidas en la STC 41/2006, de 13 de febrero, así como el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 tal como fue adoptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007).

5. La igualdad profesional y social

a) *Acciones positivas*. En la última década, el legislador español se ha mostrado especialmente activo en establecer las condiciones normativas de la igualdad entre el hombre y la mujer en diversos ámbitos de la actividad pública y privada. La expresión de este activismo se ha concretado en la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Se trata de una ley que incorpora al ordenamiento jurídico interno la *Directiva 2002/73/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre.

En su artículo primero, la Ley 3/2007 establece que «*Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes*». Y de acuerdo con el doble fundamento constitucional del deber de los poderes públicos de procurar la igualdad material efectiva de las personas (art. 9.2 CE) y de la prohibición de discriminación por razón de sexo o cualquier otras circunstancia personal o social (art. 14 CE), la finalidad de la ley es hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

La Ley establece una serie de previsiones destinadas a cumplir sus objetivos como, por ejemplo, acciones administrativas para la igualdad (en diversos ámbitos como: la educación, en la creación y producción artística e intelectual; en la política de salud; en la sociedad de la información; el deporte, en el ámbito rural o en los contratos de las administraciones públicas); en los medios de comunicación de carácter público; en el ámbito laboral y la empresa, en la función pública, en el Ejército y en el acceso a los bienes y servicios públicos.

b) Por supuesto, la Ley también prevé la adopción de medidas positivas para hacer frente a situaciones de discriminación directa o indirecta. De acuerdo con su artículo 6 «1. *Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable*». Y, asimismo, «2. *Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objeti-*

vamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».

Las medidas positivas son todas aquellas que consisten en el impulso y promoción que persiguen establecer la igualdad entre hombres y mujeres, especialmente a través de la supresión de las desigualdades de hecho⁶. La Ley 3/2007, las define de la siguiente forma: *«1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.*

Asimismo, prevé que: *«2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley».*

En el marco de las medidas positivas y de manera más específica, la Ley Orgánica 3/2007, da cobertura a algunos supuestos de tratamiento preferente para las mujeres cuando permitan mejorar sus posibilidades de formación profesional, o de reciclaje para su futura promoción laboral. Es decir, se trata de medidas que afectan al punto de partida para el acceso al trabajo, pero no al punto de llegada, donde la regla de cuotas por razón de sexo en el ámbito laboral está expresamente prohibida por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo [SCJUE, de julio de 2000 (Asunto Abramsson)]. Así, en el ámbito específico de la formación, el artículo 60 ha previsto que:

«1. Con el objeto de actualizar los conocimientos de los empleados y empleadas públicas, se otorgará preferencia, durante un año, en la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación a quienes se hayan incorporado al servicio activo procedentes del permiso de maternidad o paternidad, o hayan reingresado desde la situación de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores dependientes o personas con discapacidad.

2. Con el fin de facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a puestos directivos en la Administración General del

⁶ Vid. F. REY, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Mc Graw Hill. Madrid 1995, p. 91.

Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, en las convocatorias de los correspondientes cursos de formación se reservará al menos un 40% de las plazas para su adjudicación a aquéllas que reúnan los requisitos establecidos».

c) *Remuneración.*

Formalmente, la remuneración económica entre mujeres y hombres no puede ser objeto de tratamiento diferenciado. De acuerdo con el *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que regula el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores*, (ET) «1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español» (art. 17 ET).

Sin embargo, la realidad práctica de las relaciones laborales permite constatar que son un hecho contrastado las diferencias salariales entre hombres y mujeres por el mismo trabajo realizado.

En los últimos compases de última Legislatura, a fin de paliar las diferencias en este sentido, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁷. En su artículo 1.7 d), que modifica el artículo 28, de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, relativo a la igualdad de remuneración por razón de sexo establece que:

«1. El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin

⁷ BOE, núm. 57, de 07 de marzo de 2019.

que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella.

Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.»

d) *Las prestaciones en situaciones de dependencia.*

En 2006, poco antes del inicio de la grave crisis económica y financiera que ha afectado a los Estados de la Unión Europea, en especial, a los Estados miembros de la zona Euro, el Gobierno de Rodríguez Zapatero tomó una ambiciosa iniciativa en el marco de la asistencia social: la aprobación de la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*. En el argot político, fue conocida como la Ley de la Dependencia.

La eficacia de esta ley estaba vinculada al soporte financiero del que gozase para llevarla a cabo. La crisis que posteriormente afectó a España ha limitado mucho sus posibilidades. A pesar de la bondad de sus objetivos la realidad de su aplicación ha sido, sin embargo, muy distinta.

De acuerdo con su artículo 1, la Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Con esa finalidad se ha creado un *Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español. El Sistema se configura como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados.

e) *Las situaciones de embarazo y parto.*

El embarazo y el parto son objeto de protección legal.

De acuerdo con el art. 45 del Estatuto de los Trabajadores, el contrato de trabajo podrá ser suspendido en caso de maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas.

La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, pero durante el periodo de baja por maternidad la trabajadora recibe una prestación económica a cargo del Sistema Nacional de Seguridad Social. Se trata de una prestación económica, equivalente al 100% de la base reguladora del salario, que pretende cubrir los ingresos que los trabajadores dejan de percibir durante las semanas de descanso.

Actualmente, este permiso de descanso por maternidad, puede ser disfrutado también por el padre, después de la reforma del artículo 37 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres operada por el citado Real Decreto-ley 6/2019, .

Para poder ser beneficiario del subsidio por maternidad es necesario que el trabajador se encuentre afiliado a la Seguridad Social y cumpla con los requisitos de cotización.

Desde una perspectiva comparada, los datos que ofrece el *Gender equality Index* España obtiene un puntuación de 53,6% puntos sobre 100, ligeramente por encima de la media europea; inferior a Suecia (70%) pero superior a Italia (37%)⁸.

6. La igualdad en la esfera pública

a) El sexo es todavía una regla de preeminencia para la sucesión a la Corona. Como ha sido señalado anteriormente, el artículo 57 CE establece que «*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*».

8 Vid. K. CALVO, “Una nueva política para una democracia de género en España”. *Fundación Giménez Abad*. Febrero 2017, p. 10.

En febrero de 2006, el Consejo de Estado, el alto órgano consultivo del Gobierno, presidido en aquella época por el profesor Rubio Llorente, emitió un informe sobre la reforma de la Constitución. Finalmente, la reforma no prosperó por la falta de acuerdo político. No obstante, la opinión del Consejo fue favorable a la supresión de la preeminencia del hombre sobre la mujer en la sucesión a la Corona. En lo esencial, su posición fue la siguiente:

- *En el momento de aprobarse la vigente Constitución, la pretensión de suprimir, con carácter general, las discriminaciones por razón de sexo era ya asumida por la mayoría de la sociedad española.*
- *Hoy, transcurridos más de veinticinco años, la propia aplicación de la Constitución, la tarea legislativa que se ha desarrollado en congruencia con ella y los cambios producidos en los referentes culturales, han llevado a la conciencia colectiva la convicción de que las discriminaciones por razón de sexo, cualesquiera de ellas, resultan, como tales, inaceptables.*
- La supresión de la preferencia masculina en el acceso a la Corona respondería, entonces, al sentir muy ampliamente mayoritario del pueblo español, y nos situaría en la senda de otras monarquías europeas, con un perfil constitucional y sociológico análogo, instaurando la plena igualdad por razón de sexo en la sucesión al trono.

b) En España, el derecho al sufragio activo fue reconocido por la Constitución de la II República, de 9 de diciembre de 1931. En su artículo 36 se establecía que: «*Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes*». Y ya en las elecciones legislativas del 19 de noviembre de 1933, las mujeres pudieron ser electoras y elegibles.

La dictadura franquista (1939-1975) suprimió las elecciones libres. La mujer no volvió recuperar el derecho al sufragio (activo y pasivo) hasta las primeras elecciones democráticas celebradas el 15 de junio de 1977. La Constitución de 1978, naturalmente, reconoció el derecho al sufragio sin distinción alguna por razón de sexo.

c) *Las medidas de paridad y cuotas.*

En la precitada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se establece una modificación de la legislación electoral (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio -LOREG-), por la que se introduce una medida de acción positiva para garantizar una presencia equilibrada de la mujer en cargos representativos.

Se entiende por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento (Disposición Adicional Primera).

De acuerdo con esta regla, se añade un artículo 44-bis (LOREG) que establece que:

- 1) Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso (Cámara baja), a las elecciones municipales, al Parlamento Europeo y a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico.
- 2) En las elecciones a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, sus respectivas leyes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres.

Esta medida de acción positiva prevista en la Ley Orgánica 3/2007 para garantizar la igualdad efectiva en la participación política de mujeres y hombres, provocó un amplio debate político y jurídico⁹. El precedente de la jurisprudencia de Consejo Constitucional francés sobre las cuotas electorales de estuvo muy presente, especialmente en relación a si una medida de esta naturaleza era respetuosa del principio de indivisibilidad de la soberanía y la libertad de los partidos políticos para configurar las candidaturas, como parte integrante del derecho de participación política.

La Ley fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad por un juez de lo contencioso administrativo y de un recurso de inconstitucionalidad presentado por diputados del Partido Popular entonces en la oposición. Los motivos de inconstitucionalidad alegados por el juez administrativo y por los diputados se basaban en la violación del principio de igualdad entre los ciudadanos y del derecho al sufragio en lo que concierne a la libertad de los partidos políticos.

Pues bien, con respecto a la igualdad de los ciudadanos no cabe apreciar que una medida legal como la impugnada pueda suponer su infracción ya que, por el

9 Vid. M.L. MARTÍNEZ ALARCÓN, “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, sobre la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y Hombres. *Teoría y Realidad Constitucional* n° 22, Madrid 2005, pp. 605-624,

contrario, es justamente esa igualdad la que la propia medida asegura. En efecto las modificaciones de la LOREG no incorporan fórmulas compensatorias a favor de las mujeres, en su calidad de grupo históricamente desfavorecido, sino que plasman un criterio que se refiere indistintamente a los candidatos de uno y otro sexo, como pone de relieve el hecho de que el citado art. 44 bis LOREG establezca que las listas que se presenten a las elecciones allí mencionadas «*deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento*».

Por lo que se refiere al derecho al sufragio, el Tribunal Constitucional rechaza la inconstitucionalidad. En este sentido sostiene que:

- No hay nada en la disposición adicional segunda de la Ley que altere la correlación entre la voluntad del cuerpo electoral manifestada mediante el ejercicio del derecho de sufragio activo y los candidatos que hayan obtenido la confianza de los electores y, en cuanto tales, deban ser proclamados electos y acceder a los cargos públicos electivos.
- El principio de composición equilibrada es un instrumento al servicio de la igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo informa la elaboración de las candidaturas; siendo así, sólo cabría plantearse una eventual vulneración del contenido esencial del derecho fundamental proclamado en el art. 23.2 CE si su aplicación se efectuara en la fase de proclamación de candidatos electos, operando a partir de los resultados electorales.

Esta modificación legislativa ha promovido el aumento de la presencia de la mujer en las instituciones del Estado: por ejemplo en cifras de 2012: Congreso (36%), Senado (25%); Gobierno (actualmente, en el Gobierno del Presidente Pedro Sánchez constituido en junio 2018, las ministras superan el 50%); Embajadas (12%); instituciones de las Comunidades Autónomas (Gobierno: 35%; Parlamento: 41 %); Ayuntamientos (Consejeros: 37%, Alcaldes: 14); Consejo General del Poder Judicial - Consejo General del Poder Judicial (10%); Tribunal Supremo (5%); Corte Constitucional (16%); Consejo Económico y Social (15%); Universidades (Rectores: 6%); Empresas (Presidente: 3%; Consejeros 3%)¹⁰.

10 Vid. A. MARRADES PUIG, “Los ejes centrales de las políticas de igualdad de género desde una perspectiva constitucional”. In: *Constitución y democracia: ayer y hoy: Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*. Vol II, pp. 2305-2320.

También: R. SERRA CRISTOBAL, “La presencia de mujeres en los parlamentos autonómicos. La efec-

7. La igualdad en el espacio público

a) El acceso a la educación está garantizado por igual a niños y niñas por la Constitución (art. 27.1 CE).

Sin embargo, la educación en igualdad de género se ha visto comprometida recientemente a causa de una polémica reforma legislativa, contenida en la *Ley Orgánica 18/2013, de 9 de diciembre para mejora de la calidad educativa* (LOMCE), promovida por la mayoría política que sostenía al Partido Popular. Uno de los aspectos más controvertidos de la reforma ha sido la de permitir la separación en el aula de los alumnos por sexos en las escuelas privadas con financiación concertada con el Estado. El Tribunal Constitucional en su sentencia 31/2018, de 10 de abril, ha avalado la constitucionalidad de esta medida. La decisión contó con el voto discrepante de tres magistrados.

Los argumentos presentados por los diputados socialistas para fundamentar el recurso de inconstitucionalidad se basaron en demandar la nulidad de la expresión contenida en el artículo 84.3 LOMCE por la que se establece que: «*no constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciada por sexos*».

En síntesis, los impugnantes cuestionan el modelo educativo consistente en la aplicación de un sistema que diferencia por sexos ya sea en la admisión de los alumnos y alumnas, ya sea en la organización de la enseñanza. Consideraban, en primer lugar, que es inconstitucional por incurrir en una discriminación prevista en el artículo 14 CE. Y, en segundo lugar, denunciaban que el trasfondo sociológico del recurso por el que se establece la separación de los alumnos por sexos en las escuelas privadas concertadas y financiadas a cargo del presupuesto público, era una forma de fomentar o mantener una educación sexista, contraria a los valores constitucionales basados en la libertad y el pluralismo.

Por el contrario, los argumentos empleados por la mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional para fundamentar la validez constitucional de la separación escolar por sexos fueron los siguientes:

1) Desde el punto de vista de la cobertura constitucional de la educación dife-

tividad de las medidas de paridad adoptadas por los partidos políticos y por el legislador”. *Revista de Estudios Políticos* nº 141, Madrid 2008, pp. 161-195.

renciada, hemos de recordar que se trata de una opción pedagógica de voluntaria adopción por los centros y de libre elección por los padres y, en su caso, por los alumnos. Como tal, forma parte del ideario educativo o carácter propio de los centros docentes que opten por tal fórmula educativa.

- 2) El ideario permite el ejercicio del derecho de creación de centros y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos, poniendo en conexión oferta y demanda educativa. En este sentido, el Tribunal recordó su sentencia 5/1981, en la que afirmó que el derecho de los titulares de centros privados a establecer un ideario propio, con los límites establecidos en el art. 27.2 (*“la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales”*), forma parte de la libertad de creación de centros en cuanto equivale a la posibilidad de dotar a estos de un carácter u orientación propios.

Sin embargo, la Corte en ningún momento justifica las razones por las que la separación por sexos facilita el desarrollo de la personalidad de los alumnos basada en la convivencia entre los sexos. En este sentido, son de especial los argumentos aportados por el amplio e importante voto particular del magistrado XIOL RÍOS, que en relación a la insuficiente justificación constitucional de la medida de separación por sexos en las escuelas con cargo al presupuesto público, en síntesis expuso los siguiente:

- En el presente caso se está ante una justificación fundamentada en el tópico sobre las diferencias de aptitudes entre los hombres y las mujeres, que proviene de un estereotipo sexista y en sí mismo es insuficiente para enervar el carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación de este tipo de segregaciones.
- Además, concurren ciertas circunstancias en el caso español que permiten mantener las dudas de que ese argumento tópico, bajo a la apariencia de una neutralidad metodológica, encubre prejuicios ideológicos. Son hechos no controvertidos que (i) muchos de los colegios privados, ahora concertados, que tiene implantada la segregación sexual siguen ese modelo desde los años 60 y, por tanto, están fundados en un contexto normativo en que la segregación sexual se fundamentaba en la necesidad de aportar una educación diferenciada por sexos para adaptar los programas educativos al cumplimiento de roles sociales sexistas; y (ii) un número de estos centros están vinculados con idearios que sostienen posiciones particularistas sobre distribución de roles sociales entre los sexos.

- Al no despejarse estas dudas, las reglas sobre presunción probatoria inclinan la balanza en favor de confirmar que no se puede excluir que la segregación sexual escolar implique una medida discriminatoria injustificada y, por ello, contraria al artículo 14 CE.

b) *La interdicción penal del odio o la violencia por razón de sexo.* El Derecho Penal permite luchar contra los estereotipos de género. Así, por ejemplo, en el marco de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, en su artículo 510 relativo a la provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos, que serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: los que públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, *su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género*, enfermedad o discapacidad.

Por otra parte y en este mismo contexto de medidas legales contra los actos intolerantes o violentos contra grupos de personas por razón de su identidad sexual, y concretamente en el ámbito de la legislación autonómica cabe destacar, a modo de ejemplo, la *Ley 11/2014, de 10 de octubre, aprobada por el Parlamento de Cataluña, de garantía de los derechos de lesbianas, gais, bisexuales, transgéneros e intersexuales, para erradicar la homofobia, la bifobia y las transfobia (LGBTI)*. Se trata de una ley administrativa destinada a promover políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGBTI en diversos sectores de la vida pública; la universidad, la cultura el ocio y el deporte, los medios de comunicación, la salud, la acción social, el orden público, el mercado de trabajo, la familia. De este tipo de legislación ya disponen la mayoría de Comunidades Autónomas.

c) En relación a las buenas costumbres y a la forma de vestir (en especial, por razones religiosas), en el espacio público, no está prevista una legislación general. No obstante, en algunos municipios se han aprobado medidas restrictivas respecto del uso del burka.

Bibliografía

ÁLVAREZ DE MIRANDA, P. (2018) «¿Una Constitución “bigénero”?». *El País*, 27/7/2018, p. 13.

BENAVENTE MOREDA, P.(2013), “Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas”. *Revista General de Derecho Constitucional* nº 17, Madrid, pp. 1-75.

CALVO, K. (2017). “Una nueva política para una democracia de género en España”. *Fundación Giménez Abad*. Febrero.

MARRADES PUIG, A (2013). “Los ejes centrales de las políticas de igualdad de género desde una perspectiva constitucional”. In: *Constitución y democracia: ayer y hoy: Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*. Vol II, pp. 2305-2320.

MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. (2005). “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, sobre la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y Hombres. *Teoría y Realidad Constitucional* nº 22, Madrid.

REY, F. (1995). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Mc Graw Hill. Madrid.

SERRA CRISTOBAL, R. (2008). “La presencia de mujeres en los parlamentos autonómicos. La efectividad de las medidas de paridad adoptadas por los partidos políticos y por el legislador”. *Revista de Estudios Políticos* nº 141, Madrid.

PALABRAS CLAVE

Igualdad, Género, Estado civil, Autonomía personal, Integridad física, Cargos públicos, Espacio público.

RESUMEN

Desde la perspectiva terminológica, la Constitución realiza un tratamiento neutro del género, fundamentado en los valores de dignidad e igualdad formal y material y el derecho a no ser discriminado. La garantía de la identidad de género se proyecta sobre los diversos ámbitos de la vida personal: la autonomía individual, la sexualidad y la integridad física, la actividad social y profesional en el ámbito de la Administración pública y la participación política. En este trabajo se exponen los aspectos más relevantes de la jurisprudencia constitucional sobre el género y se subraya la importancia de la regla de la interpretación evolutiva de la Constitución ante los retos que derivan de la evolución de la sociedad y su tratamiento jurídico.

KEYWORDS

Equality, Gender, Marital status, Personal autonomy, Physical integrity, Civil Service, Public space.

SUMMARY

From the terminological perspective, the Constitution performs a neutral treatment of gender, based on the values of dignity and formal and material equality and the right not to be discriminated against. The guarantee of gender identity is projected on the different areas of individual life: individual autonomy, sexuality and physical integrity, social and professional activity in the scope of public administration and political participation. In this paper, the most relevant aspects of the constitutional jurisprudence on gender are exposed and the importance of the rule of the evolutionary interpretation of the Constitution to deal with the challenges derived from the evolution of society and its legal treatment is highlighted.

LA PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DEL RECONOCIMIENTO
DE LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS
EN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

Roberto Viciano Pastor¹
Catedrático de Derecho Constitucional
Universitat de València

Recibido: 01-09-2019

Aceptado: 30-09-2019

SUMARIO

- 1. La protección de la naturaleza en el marco del Estado social propugnado en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.*
- 2. El reconocimiento de derechos a la naturaleza en la Constitución del Ecuador*
- 3. La jurisprudencia ecuatoriana en torno a los derechos de la Pacha Mama.*

Bibliografía

¹ Este artículo se incardina en la actividad investigadora del Grupo de Investigación democracia +: grupo interuniversitario de investigación sobre poder constituyente y nuevo constitucionalismo. Referencia: GIUV2013-182.

1. La protección de la naturaleza en el marco del Estado social propugnado en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

El constitucionalismo ha constituido hasta el momento el mejor y más acabado intento de racionalizar el poder político que se deriva de la existencia de las diversas comunidades sociales jurídicamente articuladas.² En esa pretensión ha venido creando una serie de garantías normativas, jurisdiccionales e institucionales con las que poder dotar de cierta efectividad a los grandes principios que lo presiden, y que se han ido enriqueciendo con el paso del tiempo mediante la incorporación de valores y objetivos cada vez más intervencionistas. Tras la Segunda Guerra Mundial la parte dogmática de las constituciones se reforzó para dar cabida no sólo a la normatividad y garantía de los derechos, sino también a nuevas formulaciones de los mismos que ampliaban el espectro hasta entonces protegido. El pacto Capital-Trabajo que se desarrolló en la inmediata posguerra tuvo su plasmación de principios en el Estado Social y su traslación jurídica en la convivencia de compromiso entre el liberalismo y la democracia alrededor de la *democracia constitucional*.³ Ésta reflejaba tanto el ímpetu de las nuevas y politizadas mayorías sociales articuladas en torno a grandes partidos socialdemócratas o democristianos (*democracia*), como la pasión por los límites de los liberales y de los que ansiaban el mantenimiento de las condiciones mínimas de reproducción del sistema (*constitucional*).⁴ Lo jurídico-constitucional operaba también en el constitucionalismo de posguerra como limitación sobre lo político-democrático, algo que se vio reforzado por la ausencia en muchas constituciones de un verdadero fundamento democrático en su misma conformación. Junto a acertadas experiencias constituyentes, como la francesa o la italiana, llevadas a cabo con un profundo respecto al procedimiento constituyente democrático, coexistieron normas jurídicas básicas del Estado que ni siquiera pudieron ser denominadas constituciones por las graves deficiencias democráticas que conllevaron en su elaboración, tal y como ocurrió con la Ley Fundamental de Bonn o la autodenominada Constitución japonesa, fruto ambas de los procesos de ocupación militar que sufrieron esos países.⁵ El mismo sesgo poco democrático se dio en la traslación a Latinoamérica del constitucionalismo social, impuesto de manera elitista

2 J. L. Requejo Pagés, *El sueño constitucional*, KRK, Oviedo, 2016.

3 C. de Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid: Editorial Trotta, 2010.

4 P. Salazar Ugarte, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2007.

5 A. Noguera Fernández, “¿Constitución o Ley Fundamental? Acerca de la constitución portuguesa de 1976”, *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 12, N.º. 2, 2014, págs. 615-638.

sin procesos constituyentes abiertos por decisión democrática ni refrendados finalmente en sus resultados por el pueblo.

En Europa las constituciones, tanto las democráticas como las deficientemente democráticas en su origen, sin embargo, lograron dotarse de gran legitimidad a través de la ampliación de derechos (sociales), de su nueva normatividad efectiva o de los mecanismos de intervención estatal en la economía que consiguieron, sobre todo en las primeras décadas, crear cauces reales de redistribución de la riqueza.

En Latinoamérica, por el contrario, los intentos de constitucionalizar y garantizar institucionalmente el Estado social fracasaron estrepitosamente y nunca consiguió subvertirse la posición de subalternidad que toda la región padecía en el sistema-mundo.⁶ Las lógicas internas, la inexistencia del pacto Capital-Trabajo, con unas élites extractivas tendentes al apoyo de “soluciones” autoritarias o el fuerte intervencionismo extranjero, con gran protagonismo de los Estados Unidos, no coadyuvaron precisamente al fortalecimiento de una institucionalidad robusta que pudiera defender, proteger y promover los derechos que, al otro lado del Atlántico, se comenzaban a garantizar con inusitada eficacia aunque también, hay que decirlo, con notables lagunas (de género o interculturales, entre otras). Muy al contrario, el denominado como “constitucionalismo criollo”, protagonista en Latinoamérica durante la segunda mitad del siglo XX, excepción hecha de los largos períodos dictatoriales, apenas salió de un mero nominalismo en sus intenciones más intervencionistas y estuvo afectado continuamente por lógicas elitistas, cuando no directamente autoritarias, en las que las mayorías sociales quedaban ocultas y silenciadas.

Este oscuro horizonte pareció abrirse a cierta novedad democrática con la constitución colombiana de 1991 y, sobre todo, con la venezolana de 1999, la ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009. Todas ellas fueron resultado de un ímpetu democrático desconocido hasta entonces en la región y, en el caso de las tres últimas, de procesos constituyentes abiertos, participativos y refrendados por el pueblo.⁷ La democracia constitucional europea como solución de compromiso que traslucía el Estado social y el pacto Capital-Trabajo era así democratizada en su adjetivación, dando lugar a un constitucionalismo democrático que in-

6 R. Viciano Pastor y R. Martínez Dalmau, “Crisis del estado social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina”, *Revista general de derecho público comparado*, n° 22, 2017.

7 R. Martínez Dalmau, “El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista general de derecho público comparado*, n° 11, 2012, pp. 1-15.

tentaba sortear las contradicciones y antinomias más flagrantes de aquella fórmula, imponiendo con el apoyo democrático de las grandes mayorías sociales, el Estado social que las élites latinoamericanas se habían negado a implementar de manera real y efectiva. La limitación jurídico-constitucional de lo político-democrático ahora se daba no como consecuencia de normas fundamentales creadas e impulsadas por las élites, sino como expreso deseo y manifiesta voluntad del pueblo democráticamente decisor. Otra cosa bien diferente ha sido que, en el momento postconstitucional, las nuevas élites políticas hayan ahogado, por una lectura autoritaria de su abrumador apoyo electoral, la aplicación práctica de este marco teórico.

El nuevo paradigma permitió al mismo tiempo la apertura a la innovación de la vieja estructura liberal-constitucional. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (NCL, en adelante), que hemos teorizado profusamente en otras sedes,⁸ retoma el ideal del constitucionalismo democrático no para limitar la soberanía, sino a los representantes; no para circunscribir el campo de lo político a los intereses económicos constituidos, sino para transformar estos. Al ser expresión de las fuertes demandas democráticas del momento, los nuevos productos constitucionales fueron enriquecidos por exigencias y realidades concretas, históricamente asentadas en cada país, pero que tienen en común el intento de subvertir aquella posición de subordinación al sistema-mundo capitalista. Son constituciones transformadoras, interventoras y, desde su democraticidad, se arman con mecanismos de participación y expresión popular como el revocatorio de mandato, los mecanismos de participación popular o los intentos, no conseguidos en la praxis, de independizar los órganos de control jurisdiccional y social de la manipulación por las élites políticas.

Por ello las constituciones del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano tienden a reforzar al Estado, a repensarlo desde categorías democráticas y transformadoras, para así adaptarlo a los renovados objetivos de intervención y cambio de un statu quo socioeconómico y geoestratégico del que ahora se tiene plena conciencia de su profunda injusticia y desigualdad. No puede entenderse Latinoamérica ni estas constituciones democráticas sin la gran desigualdad que lastra a la región y que opera tanto desde las élites extractivas locales, como desde las relaciones centro-periferia del sistema mundial. El NCL parte de la toma en conciencia del elemento de *necesidad*, de las exigencias socioeconómicas que se de-

8 Cfr. R. Viciano Pastor y R. Martínez Dalmau, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, *Revista general de derecho público comparado*, n° 9, 2011, pp. 1-24.

rivan de una consideración mínimamente democrática de la comunidad política. De ahí el intento de recuperar las derivaciones y elementos más transformadores del Estado social que en Europa, a partir de los años 80, comenzó a declinar materialmente, y de hacerlo además de forma intensiva y extensiva.

La constitución económica de las tres normas fundamentales paradigmáticas del NCL son muy detallistas en su concreción, intentando normar cada posible ámbito de intervención estatal, lo que aumenta cuantitativamente los ya de por sí extensos textos constitucionales. Un exceso de normación que se concibió como intento de restar ambivalencias al concepto del Estado social, teniendo en cuenta lo ocurrido con el desarrollo del mismo en la región, cerrando el margen de posibilidades que en materia económica brindaba la fórmula europea a los poderes constituidos. El Estado social, desde su apertura constitucional, dejaba que el pluralismo político operase siempre que se respetara un mínimo de capitalismo garantizado en la propia constitución, pero ofreciendo un abanico de posibilidades lo suficientemente abierto como para que las diversas opciones ideológicas tuvieran su acomodo. Ello era posible en la Europa de posguerra porque existía un mínimo acuerdo entre las fuerzas políticas sobre el respeto al marco del Estado social, reforzado en lo social-económico por el pacto Capital-Trabajo. Por ello, no es casualidad que la mayor parte de las regulaciones constitucionales europeas de posguerra de lo económico sean tan escuetas, o que se fundamenten en mecanismos potestativos y principios ambiguos, más que en mandatos concretos o reglas específicas y de obligado cumplimiento⁹. Pero esa lealtad al marco constitucional, a la vista de la frustrada experiencia del constitucionalismo social en América Latina, no podía presuponerse en el NCL.

Pues bien, en este refuerzo jurídico-constitucional del Estado social y sus mecanismos definitorios, encontramos la primera gran tensión que atraviesa el NCL en torno al tratamiento de la naturaleza. Como bien apunta el profesor Jordi Jaria, buena parte de los éxitos económicos logrados por los gobiernos progresistas latinoamericanos, amparados en la extensión de los mandatos de los textos constitucionales que les dan cobertura, se debe a una expansión intervencionista del Estado que no se ha salido en ningún momento del paradigma capitalista.¹⁰

9 G. Moreno González, “El cierre de la constitución económica española: de la apertura de posibilidades al monismo de obligaciones”, *Ius Fugit: revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, n° 20, 2017, pp. 117-156.

10 J. Jaria, “Si fuera sólo una cuestión de fe... una crítica sobre el sentido y la utilidad del reconocimiento de derechos a la naturaleza en la Constitución del Ecuador”, *Revista chilena de derecho y ciencia política*, vol. 4, n° 1, 2013, pp. 43-86.

Se han creado o fortalecido las clases medias gracias a la activación de mecanismos de redistribución de la riqueza, sí, pero ésta ha continuado basándose en la extracción de los recursos naturales, en su acumulación progresiva en pocas manos y en el consumismo desenfrenado. Esta última debilidad, al contrario ahora de lo que piensa Jaria, se ha debido a las erráticas políticas públicas que han seguido los gobiernos en el momento postconstituyente, despreciando las normas de protección medioambiental y fundamentando el modelo de desarrollo en el factor extractivista, no a las disposiciones constitucionales en materia económica. A las buenas pretensiones del texto constitucional simbolizadas en los principios de origen indígena como el *Sumak kawsay* (buen vivir), se ha contrapuesto en la práctica una ideología y mentalidad social materialista y de consumo, inserta en las sociedades latinoamericanas desde la referencia del mundo occidental, lo que no es precisamente el marco más compatible con el buen vivir o con el respeto a la naturaleza.

La prueba evidente de ello es que, bajo el estandarte de un discurso político que se quiere amparar en las exigencias del cumplimiento del Estado social, algunos líderes políticos que impulsaron esos mismos textos constitucionales han intentado aprobar proyectos contaminantes, extractivos o con un elevado impacto ambiental. El Preámbulo de la Constitución del Ecuador, que será en la que nos centremos a continuación por ser, además, la primera que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, declara y proclama el respeto a la “Pacha Mama de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”, lo que es complementado por la prohibición de actividades extractivas de fuerte impacto medioambiental u otras medidas similares. Que el artículo 284 del mismo texto constitucional establezca como prioridad del Estado el incentivo de “la producción nacional, la productividad y la competitividad sistémicas”, así como “mantener la estabilidad económica entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles” se ha confundido por los poderes ejecutivos en seguir basando la producción nacional en el viejo paradigma extractivo y no en propiciar nuevas formas de producción industriales, de servicios o relacionadas con las nuevas tecnologías.

El gran logro de los pueblos indígenas latinoamericanos ha sido precisamente saber preservar durante siglos valores diferentes y contrapuestos a los del capitalismo frente al intento colonizador de imponer otro marco epistemológico y axiológico. Sin embargo, en los últimos decenios los *mass media* están consiguien-

do destruir las barreras de protección que la ideología colonial no pudo quebrantar, por lo que deberíamos redoblar nuestros esfuerzos teóricos y prácticos desde el constitucionalismo crítico.¹¹

2. El reconocimiento de derechos a la naturaleza en la Constitución del Ecuador

Del afán antedicho de perfeccionamiento y democratización del Estado social de posguerra las constituciones del NCL reconocen y establecen los principios de indivisibilidad, interrelación e interdependencia de todos los derechos.¹² Así, la Constitución ecuatoriana en su artículo 11.6 indica: “Todos los principios y los derechos fundamentales son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. Con ello se pretende abandonar el constitucionalismo que divide los derechos y da prioridad de garantía y protección a los civiles y políticos frente a los sociales y culturales. El NCL parte de que todos deben recibir igual tratamiento y que, aun siendo más costosa la satisfacción de los derechos sociales, éstos son inescindibles en su disfrute de los llamados liberales. El reconocimiento del derecho a la vida no vale nada si no se garantiza un sistema público y gratuito de sanidad, o el reconocimiento de los derechos de libertad de expresión y participación política naufragaría en la inanidad sin un sistema de educación inclusivo que les dote de sentido y materialidad. Se supera no sólo la predilección constitucional-europea por los derechos asociados al liberalismo, sino también las reticencias que se suelen despertar hacia la inclusión de nuevos derechos y su plena garantía.¹³ Uno de ellos, y quizá el que más atención ha recibido,¹⁴ es el que convierte a la naturaleza (*Pacha Mama* en quichua) en sujeto de derechos, tal y como ha reconocido la Constitución del Ecuador de 2008 en su Capítulo Séptimo del Título II.¹⁵

11 Cfr. B. de Sousa Santos, *Una epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, siglo XXI Editores, México, 2009. C. de Cabo Martín, *Pensamiento crítico: constitucionalismo crítico*, Editorial Trotta, Madrid, 2014.

12 A. Noguera Fernández, “Derechos económicos, sociales y culturales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano: indivisibilidad de las obligaciones y justicia equitativa”, *Revista general de derecho público comparado*, n° 9, 2011, pp. 1-33.

13 A. Noguera Fernández, “El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 83, 2009, pp. 120-123.

14 Para una lectura no tan crítica como la que en la presente contribución realizamos, léase R. Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya-Yala, 2011.

15 Referencia inexcusable en su análisis es la obra J. M. Prieto Méndez, op. cit., pp. 89-164.

En los artículos 71 y 72, el texto de Montecristi incorpora una de sus mayores innovaciones al dotar, como decimos, de personalidad jurídica a la naturaleza y hacer de la misma un sujeto de derechos.¹⁶ “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete íntegramente su existencia...”, comienza diciendo el primero de ambos artículos. “La naturaleza tiene derecho”... es decir, ella misma, como sujeto que ahora se le reconoce personalidad, es la portadora de un haz de facultades e inmunidades constitucionalmente establecidas. Esto es sin duda lo más sorprendente, puesto que hasta el momento la concepción subjetiva de los derechos era antropocentrista y partía de la realidad de que sólo el ser humano, en tanto ser racional y autónomo, podía ejercerlos, ejercitarlos, defenderlos o vulnerarlos. El constitucionalismo liberal se nutrió de esa concepción individualista, que fue perfeccionada, más que superada, por el constitucionalismo social con el reconocimiento de derechos colectivos a agrupaciones de individuos o trabajadores con entidad propia, como las asociaciones o los sindicatos. Ahora bien, éstas no dejaban de ser eso, agrupaciones de individuos capaces de actuar responsablemente a través de los mismos. Igual situación se da con las personas jurídicas o morales de las empresas, puesto que detrás de la abstracción del parapeto jurídico siguen existiendo individuos concretos, físicos y racionales, que operan en el interior de la nueva persona y son responsables, bajo ciertas circunstancias, del actuar conjunto. De ahí que los intentos de justificar la existencia del nuevo sujeto de derechos (la Pacha Mama) trazando un paralelismo con las personas jurídicas no tenga, creemos, la virtualidad que algunos le presuponen y que querrían porque, guste o no, la naturaleza entendida como el entorno natural que envuelve la vida del ser humano está fuera de las características, autónomas y racionales, que definen a éste. Con todo, se ha de reconocer que precisamente es el Derecho el que posee la capacidad de proyección ficticia para convertir en realidad jurídica cosas que no son, per se, reales. En el derecho civil, por ejemplo, la institución de la representación sirve para proteger los intereses subjetivos de un tercero que no puede valerse por sí mismo y que se ven objetivados en el propio ordenamiento. El jurista puede criticar esas ficciones desde el prisma teórico, pero debe dar una respuesta concreta a cómo se tienen que resolver las problemáticas que derivan de las nuevas juridificaciones y del ejercicio, concreto y práctico, de sus instituciones.

Los derechos subjetivos se entienden no sólo como una esfera de inmunidad, de protección o de no-hacer, sino también como un conjunto de facultades que

16 Sobre las innovaciones del texto, R. Martínez Dalmau, “Constitucionalismo democrático e innovación constitucional en Ecuador: la Constitución de 2008”, *Diálogo de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, n° 47, 2017, pp. 81-102.

el sujeto portador de los mismos, si lo desea, puede activar, promover y desarrollar. Esta segunda parte del binomio que caracteriza a los derechos es la que la naturaleza, aun siendo persona jurídica bajo la ficción comentada, no puede ejercer ni protagonizar. La empresa está formada por personas físicas y su personalidad jurídica propia es una ficción que engloba a aquellas, pero la naturaleza está conformada por seres sin autonomía o por objetos inanimados que no pueden, bajo ningún concepto, trasladar responsabilidad o acción alguna a la ficción de su nuevo sujeto de derechos que le pretende dar cobertura. De ahí la necesidad de transponer un “representante”, como en el derecho civil, que vele por los intereses de la naturaleza objetivados en el ordenamiento, especialmente en el precepto constitucional que estamos comentando. “La naturaleza tiene derecho”... ha de entenderse, antes que nada, como esfera de inmunidad frente a la acción de los seres humanos. Recuérdese también que el ordenamiento puede proteger determinadas realidades sin necesidad de convertirlas en sujetos de nada, como ya ocurre con la misma naturaleza mediante el reconocimiento a los ciudadanos, sí, de derechos ambientales, de derechos que inciden en la necesidad de vivir en un medio ambiente sostenible, sano y no contaminado, o mediante el establecimiento de garantías institucionales sólidas y jurídicamente protegidas.

En este sentido, el artículo 74 de la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho a las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades de beneficiarse del “ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir”, configurando un derecho ambiental subjetivo ya común en muchos ordenamientos aunque ampliando su titularidad a una diversidad de sujetos colectivos. El artículo 73, por su parte, introduce una garantía institucional a favor de la naturaleza al obligar al Estado a aplicar medidas de precaución y restricción para aquellas actividades que puedan incidir negativamente, y sobre todo de manera irreversible, en los ciclos naturales o los ecosistemas. A lo largo del texto constitucional se pueden encontrar similares garantías, y quizá más efectivas para el cumplimiento de los objetivos perseguidos, como la que protege a las tierras indígenas y comunales (art. 57.4 en adelante).

Aquellos dos últimos artículos, el 73 y el 74, aun incorporando conceptos tan amplios y novedosos como el “buen vivir” ya visto, o ampliando la titularidad de los derechos ambientales, se mueven en coordenadas conocidas para el constitucionalismo y sólidamente asentadas en la doctrina. Ahora bien, si seguimos analizando el primer binomio, el de los arts. 71-72 que dotan de personalidad jurídica a la naturaleza, enseguida podremos continuar comprobando hasta qué punto, a veces, el afán de innovación puede encontrar asidero en un Derecho que pro-

yecta sus tan necesarias ficciones jurídicas.¹⁷

El 71, tras reconocer que la Pacha Mama tiene derechos, indica que uno de ellos es el que garantiza “el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”. Aquí nos encontramos con un problema serio de determinación jurídica de un mandato constitucional.

Primero, ¿frente a qué o quiénes tiene la naturaleza ese derecho? De una interpretación teleológica se desprendería que frente a la acción de los seres humanos, pero la lectura del precepto, al ser tan autorreferencial para con la misma naturaleza, podría incurrir en la interpretación absurda de que la naturaleza tiene derecho a protegerse de sí misma. No todas las destrucciones y alteraciones en su seno son producto de los seres humanos, como es evidente, y sin embargo el texto constitucional pareciera querer petrificar una foto del momento, de la situación “actual” de la natura, para evitar su cambio. ¿El Estado tendría que intervenir para frenar procesos naturales que pueden ir contra esa petrificación de lo deseado y de lo hoy actual? Parece razonable concluir que no puede haber protección de la naturaleza frente a sí misma y que cabe entender que la protección es frente a las alteraciones de sus ciclos vitales que puedan producir los seres humanos, individual o colectivamente, pensando en su propio interés y no en el mantenimiento de la armonía de su existencia con el resto de la naturaleza.

Segundo, y la cuestión al respecto sin duda más relevante. Si la naturaleza tiene derecho a su preservación y al respeto de sus ciclos vitales, ¿quién puede activar esos derechos? Ya hemos dicho que la naturaleza no puede ser equiparada en su personalidad jurídica a las empresas, asociaciones o corporaciones, por lo que no tiene *personas* que hagan realidad su personalidad. La Constitución del Ecuador lo resuelve legitimando, en el segundo inciso del artículo 71, a “toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad”, que podrá exigir “a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza”. Consciente de que sólo estos sujetos, conformados sí por personas en el sentido pleno del término, son los que pueden hacer valer aquellos derechos, la Constitución acto seguido impele al Estado a que incentive su respeto y aplicación por parte de tales sujetos. El artículo 83, a su vez, establece una obligación constitucional para los ecuatorianos de respeto a la naturaleza, y el artículo 276, al referirse al sistema o modelo económico propugnado, dice que éste se guiará en todo momento por tal respeto y los prin-

17 Como dice el profesor Jaria, “el reconocimiento de los derechos a la naturaleza corre el peligro de deslizarse por la pendiente de la retórica constitucional”. Op. cit., pp. 56-57.

cipios y valores del *Sumak kawsay*, del buen vivir. Son las personas físicas o jurídicas quienes tienen que velar porque se cumplan tales principios y aquellos derechos, son ellas quienes tienen que activar los instrumentos jurídicos adecuados y diseñados a tal fin para que la naturaleza, en tanto conjunto orgánico e inorgánico sin autonomía de voluntad, pueda disfrutar de unos derechos que no puede ejercer. La parte subjetiva del binomio de los derechos, la que se refiere a su ejercicio, es aquí “disfrutada” por otros, tratados como representantes de los intereses de la naturaleza objetivados en la Constitución.

Recordemos que las constituciones de Colombia y Bolivia, sin llegar a dotar a la naturaleza de derechos propiamente o de convertirla en sujeto de los mismos, apuestan por los derechos ambientales radicados en el propio ser humano y en la necesidad de colmar sus expectativas vitales, tanto individuales como colectivas. En Bolivia se establece una serie de derechos a un medio ambiente adecuado (art. 33), en el marco general del principio de *Suma qamaña* (el buen vivir en aymara) aunque luego es una norma infraconstitucional, la ya modificada Ley 71 de 21 de diciembre de 2010, la que ha intentado dotar, siquiera simbólicamente, de derechos a la naturaleza. La Ley Marco de la Madre Tierra, de 15 de octubre de 2012, ha venido precisamente a menoscabar procesalmente cualquier virtualidad semejante a la que pudiera disfrutarse en el Ecuador. De derechos ambientales en un modo similar también nos habla la Constitución de Colombia en sus arts. 8 y 79, que han despertado algunos pronunciamientos interesantes por parte de su Corte Constitucional, como la Sentencia T-622, de 2016, que parece venir a reconocer al río Atrato, sin base constitucional alguna, como sujeto de derechos en una interpretación neoconstitucionalista y, por ende, extensiva y siempre polémica desde el prisma más positivista.

La innovación que nos encontramos en el Ecuador se centra, por el contrario, en el aumento de la carga o dimensión objetiva de unos derechos ambientales que ahora, en su objetivación, se pretenden predicar de un nuevo sujeto de derechos, la naturaleza, que no puede por sí ejercerlos, por lo que desplaza esa objetividad a la dimensión subjetiva de quienes sí están en condiciones de hacerlo. La distancia entre lo dispuesto en el artículo 71 y el 74 se acorta, aunque se mantenga teórica y simbólicamente lo que Gudynas ha denominado como “giro biocéntrico”¹⁸ y que ya fue intuido, dada su radical novedad, por los constituyentes ecuatorianos.¹⁹ Este giro biocéntrico es quizás lo que puede tener una mayor im-

18 E. Gudynas, “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador”, *Revista de Estudios Sociales*, n° 32, 2009, pp. 34-46.

19 J. Jaria, op. cit., p. 48.

portancia con respecto al reconocimiento de derechos a la naturaleza, pues con él se han abierto dos importantes consecuencias jurídico-constitucionales:²⁰

En primer lugar, conceptualmente, en el Estado ecuatoriano la protección de la naturaleza no gira alrededor del hombre, no es el escenario en el que se desarrolla la vida del hombre y que el hombre puede, con ciertos límites, cambiar. El hombre, el ser humano, se integra en la naturaleza y está subordinado a la misma. Lo cual implica que constitucionalmente los cambios en el contexto natural deben ser los menos posibles pues el ser humano no es el dueño y señor de su medio.

En los derechos medioambientales tradicionales, la naturaleza no se contraponía al hombre. Si había una colisión entre derechos medioambientales y otros derechos del ser humano, el derecho medioambiental era uno entre decenas de otros derechos constitucionales y podía ser preterido por una acumulación de otros derechos humanos que se contraponían a él. Con el planteamiento constitucional ecuatoriano, los derechos de la naturaleza son una categoría de igual valor normativo que los derechos asociados al hacer humano. Es decir, los derechos de la naturaleza tienen un mismo valor global que todos los derechos del hombre, exigiendo dicha realidad un nivel igual, también, de ponderación. Los principios de interdependencia e indivisibilidad que ya apuntamos cobran aquí, pues, especial relevancia.

Ambas características permiten al ordenamiento constitucional ecuatoriano profundizar en su innovación jurídica. Así, el artículo 72 establece que uno de los derechos de la naturaleza es el que tiene a la “restauración”, y que será “independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados”. La intención constitucional es loable, sin duda, puesto que una de las problemáticas características de los delitos y daños contra el medio ambiente es la falta ulterior de medidas que lo restauren, que palien el menoscabo causado e intenten devolverle al estado anterior. De nuevo aquí, sin embargo, se abren dos indeterminaciones. La primera es la que se refiere a la imposibilidad, en muchos casos, de cumplir con este derecho, puesto que determinados atentados naturales son irreversibles. Recuérdense los casos más cercanos en el tiempo de las roturas de presas en Brasil o de la contaminación de Chevron en el mismo Ecuador, donde los expertos coinciden en la irreversibilidad práctica del daño causa-

20 Sobre el fundamento biocéntrico del nuevo reconocimiento constitucional en el Ecuador, J. M. Pietro Méndez, *Derechos de la naturaleza: fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 29-74.

do.²¹ Es por ello que la Constitución, acto seguido y en el mismo artículo, indica que para los casos más graves o permanentes, “el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas”. Esta redundancia, no obstante, no soluciona una situación que es irresoluble en sí aunque se la intente reconducir, con optimismo, por la senda de los derechos. Algo que el texto constitucional refuerza con cierta contundencia, y que puede poseer una virtualidad más efectiva, es la determinación de la imprescriptibilidad de la responsabilidad por daños ambientales (art. 396) y la inversión de la carga de la prueba en detrimento del “gestor de la actividad o demandado” (art. 397), lo que reforzará la persecución y sanción de los atentados contra la natura.

En segundo lugar nos encontramos con la misma problemática que con el artículo anterior. “La naturaleza tiene derecho a la restauración”, sí, pero... ¿quién lo ejercita? Aquí la Constitución directamente se calla y no legitima a nadie para hacerlo, lo que nos lleva a acudir, para solucionar tal vacío, a la interpretación sistemática y analógica del capítulo séptimo. Si lo que se busca es que personas físicas o jurídicas sean las encargadas de velar por los intereses de la naturaleza objetivados en la Constitución, lo suyo sería que fueran los mismos sujetos legitimados que se indican en el artículo 71 con la ampliación más concreta, además, de aquellos que se han visto directamente afectados por el atentado medioambiental, por ser esos mismos de los que nos habla el artículo 72 sobre sus derechos a la indemnización. La paradoja aquí nos resulta llamativa: si lo que se pretende al intentar dotar de autonomía a los derechos de la naturaleza, incluido el derecho a la restauración, es que aquella sea verdadero sujeto de derechos y sus intereses se vean así protegidos objetivamente, lo que ahora se consigue es vincular tal realidad a las personas jurídicas o físicas envueltas en los negocios particulares, o en el disfrute de sus libertades individuales, que rodean al medio. Ello puede permitir que se den situaciones de relativa confusión entre la defensa de los derechos de la naturaleza por los sujetos habilitados constitucionalmente y los intereses particulares de dichos sujetos, quienes blandiendo tan altos objetivos constitucionales, no dejarían de velar por los suyos individuales.

Así pues, lo que la Constitución del Ecuador de 2008 lleva verdaderamente a cabo es una objetivación de unas pretensiones legítimas y justas de conservación, que atribuye a la naturaleza, convirtiendo ésta en sujeto de derechos y ca-

21 Cfr. A. Guamán Hernández y G. Moreno González, *Empresas transnacionales y derechos humanos: la necesidad de un instrumento vinculante*, Bomarzo, Albacete, 2018.

nalizando su efectividad subjetiva a través de la determinación de sujetos legitimados y representantes de aquellos intereses. Por este motivo se hace fundamental para analizar el grado de eficacia normativa, siquiera en abstracto, de todo intento en el mismo sentido de los mecanismos e instrumentos procesales comunes o ad hoc que se diseñen o presenten para la defensa, específica, de aquellas pretensiones. De este modo podemos encontrar ordenamientos como el español que, sin necesidad de llegar a los grados de ficción jurídica que alcanza la Constitución ecuatoriana, despliegan instrumentos de defensa y protección más clásicos y quizá apegados a la realidad, como la acción popular penal en materia medioambiental o procedimientos administrativos de información, consulta y reclamación eficaces.

3. La jurisprudencia ecuatoriana en torno a los derechos de la Pacha Mama

La sentencia de la Corte Provincial de Loja, de 30 de marzo de 2011, posiblemente pase a la historia como la primera en que la naturaleza es considerada sujeto de derechos y se actúa en consecuencia.²² Los accionantes, Richard Frederick Wheeler y Eleanor Geer Huddle, propietarios de terrenos anejos al río Vilcabamba, acudieron al juzgado de lo civil de Loja, al sur del Ecuador, para denunciar las obras de construcción de una carretera que pasaba junto al río y que estaban vertiendo, de manera ilegal y presuntamente sin autorización, escombros y materiales contaminantes al mismo. Para ello acudieron al artículo 71 de la Constitución ecuatoriana que, como hemos visto, dota de derechos a la naturaleza en tanto sujeto de los mismos, algo que no apreció la jueza a quo al desestimar la acción. Ante ello interpusieron recurso en la Corte Provincial de Loja, en el que reiteraron la denuncia contra el Gobierno Provincial, responsable de las obras, y exigieron la cesación del daño y la restauración del río Vilcabamba a su estado anterior. Los demandantes, recuerdan en sus escritos, han visto cómo el vertido de escombros ha provocado inundaciones río abajo, en sus propiedades. Pues bien, la Corte Provincial hace caso omiso a la resolución del juzgado y, enmendándola, da la razón a los demandantes sobre la base del artículo 71 de la Constitución y los derechos de la naturaleza, pues entiende que las obras realizadas por el Gobierno Provincial están menoscabando la integridad del ciclo vital y del ecosistema del río y que deben, en consecuencia, tomarse las medidas oportunas para evitarlo. En este sentido ordena la construcción de escombreras,

²² La sentencia puede descargarse en el siguiente enlace: <https://mariomelo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnaturaleza-loja-11.pdf> Última consulta: 19 de mayo de 2019.

la retirada de los materiales vertidos y una serie de acciones que, aun manteniendo el objetivo inicial de la construcción de la carretera, no incidan negativamente en el río Vilcabamba.

Los demandantes pronto, sin embargo, no se dieron por satisfechos, ya que consideraron pasados unos meses que la sentencia no se cumplía y que las autoridades provinciales de Loja no ponían el empeño necesario para la efectividad de las medidas ordenadas. Por eso acudieron, en incumplimiento de sentencia, a la Corte Constitucional, que, no obstante, comprobó que sí se estaba dando cumplimiento a la sentencia por parte del Gobierno Provincial y desestimó el recurso (Sentencia n° 0012-18-SIS-CC, de 28 de marzo de 2018).²³

Lo relevante para nuestra perspectiva es que por primera vez un tribunal de justicia, en Ecuador, ha blandido el capítulo séptimo del Título II y la nueva consideración de la naturaleza como sujeto de derechos. Varios extremos, al respecto, nos llaman la atención. En primer lugar, se produce en efecto la inversión de la carga de la prueba que apuntábamos más arriba, pues los demandantes se limitan a denunciar al Gobierno Provincial que es quien debe en todo momento aportar los informes, los materiales y los documentos pertinentes para intentar demostrar la legalidad de sus acciones.

Segundo, los demandantes no sólo actúan en nombre y beneficio de la naturaleza como sujeto de derechos, sino que tienen intereses particulares y directamente afectados. Con ello, este primer caso demuestra la dificultad anunciada de escindir la objetivación de los derechos de la naturaleza y su ejercicio subjetivo por terceros, lo que de nuevo nos traslada al campo de los derechos ambientales. El giro biocéntrico se daría aquí más desde el punto de vista teórico o simbólico, pero en la praxis los intervinientes lo hacen porque la afectación al cauce fluvial afecta a sus intereses particulares, legítimos por otra parte. Algo diferente sería si utilizaran la nueva subjetividad de la naturaleza para esconder sus pretensiones individuales de lucro o de satisfacción de sus intereses particulares, lo que desvirtuaría los objetivos teleológicos de la innovadora previsión constitucional ecuatoriana. El riesgo está ahí, es evidente, y no podemos dejar de recordarlo.

En tercer y último lugar es curioso cómo los tribunales de justicia, tanto la Corte Provincial como la Constitucional, hacen especial hincapié en las pruebas

23 Disponible en <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload659.pdf> Última consulta: 19 de mayo de 2019.

documentales que se aportan y en la inexistencia de un informe de impacto ambiental. Es más, pareciera que el grueso de su *ratio decidendi* depende de la ausencia de dicho informe, algo que no se deriva específica o unívocamente de la consideración de la naturaleza como sujeto de derechos, sino de garantías institucionales o derechos ambientales en el sentido tradicional que pueden, y de hecho lo hacen, proteger la natura o Pacha Mama sin necesidad de crear nuevas subjetividades. Hemos de apuntar que en muchos ordenamientos, como en el español, no se producen tales niveles de abstracción o artificialidad jurídica y que, sin embargo, las exigencias documentales o justificativas de las acciones que inciden en el medio ambiente son una realidad normativa insoslayable, hasta el punto de ser causa, en su ausencia, de la nulidad de los actos administrativos o particulares adoptados. De nuevo, pues, la protección de la naturaleza puede canalizarse jurídicamente también a través de su objetivación en diversos mecanismos procesales y administrativos que el ordenamiento puede ofrecer sin abrir la puerta a la indeterminación constitucional.

El profesor Carlos de Cabo ha reflexionado precisamente sobre la quizá excesiva importancia que ha recibido en la teoría occidental y eurocéntrica la categoría de sujeto, como si sin el mismo no pudiera armarse ninguna acción o estrategia política emancipatoria o de transformación.²⁴ Curiosamente la Constitución del Ecuador, y en general el NCL, refuerza esa idea de sujeto de derechos, muy liberal en su origen y ajena quizá a las cosmovisiones andinas o indígenas, y la convierte en el eje central de la ampliación del principio de justicia social. No obstante, y como se trata de un constitucionalismo de transición, las prácticas de lo común que puedan iniciarse o desarrollarse en su interior podrán dar lugar, con el paso del tiempo y la superación del positivismo estadocéntrico, a una relativización del “sujeto” y a un impulso de los deberes colectivos y de las responsabilidades comunes. Con ello se podría pasar de una justicia ambiental excesivamente focalizada en la distribución de bienes individuales y en una concepción demoliberal de la justicia social, a una justicia ecológica que tenga a la naturaleza y su preservación sostenible como el verdadero centro de lucha y resistencia.²⁵ El reconocimiento constitucional de la naturaleza en el caso del Ecuador, tal y como hemos analizado en estas páginas, constituye con todo un paso decisivo en dicho sentido emancipador.

24 C. de Cabo Martín, *El común. Las nuevas realidades constituyentes desde la perspectiva del constitucionalismo crítico*, Trotta, Madrid, 2017, pp. 14-15.

25 J. Riechmann, “Tres principios básicos de justicia ambiental”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 21, 2003, pp. 104-105.

Bibliografía

A. Guamán Hernández y G. Moreno González, *Empresas transnacionales y derechos humanos: la necesidad de un instrumento vinculante*, Bomarzo, Albacete, 2018.

A. Noguera Fernández, “**¿Constitución o Ley Fundamental? Acerca de la constitución portuguesa de 1976**”, *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 2, 2014, págs. 615-638.

- “Derechos económicos, sociales y culturales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano: indivisibilidad de las obligaciones y justicia equitativa”, *Revista general de derecho público comparado*, n° 9, 2011.

- “El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 83, 2009.

B. de Sousa Santos, *Una epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, siglo XXI Editores, México, 2009.

C. de Cabo Martín, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid: Editorial Trotta, 2010.

- *El común. Las nuevas realidades constituyentes desde la perspectiva del constitucionalismo crítico*, Trotta, Madrid, 2017.

- *Pensamiento crítico: constitucionalismo crítico*, Editorial Trotta, Madrid, 2014.

E. Gudynas, “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador”, *Revista de Estudios Sociales*, n° 32, 2009.

G. Moreno González, “El cierre de la constitución económica española: de la apertura de posibilidades al monismo de obligaciones”, *Ius Fugit: revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, n° 20, 2017, pp. 117-156.

J. Jaria, “Si fuera sólo una cuestión de fe... una crítica sobre el sentido y la utilidad del reconocimiento de derechos a la naturaleza en la Constitución del Ecuador”, *Revista chilena de derecho y ciencia política*, vol. 4, n° 1, 2013.

J. L. Requejo Pagés, *El sueño constitucional*, KRK, Oviedo, 2016.

J. M. Prieto Méndez, *Derechos de la naturaleza: fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.

J. Riechmann, “Tres principios básicos de justicia ambiental”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 21, 2003.

P. Salazar Ugarte, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2007.

R. Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya-Yala, 2011.

R. Martínez Dalmau, “Constitucionalismo democrático e innovación constitucional en Ecuador: la Constitución de 2008”, *Diálogo de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, nº 47, 2017.

- “El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista general de derecho público comparado*, nº 11, 2012, pp. 1-15.

R. Viciano Pastor y R. Martínez Dalmau, “Crisis del estado social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina”, *Revista general de derecho público comparado*, nº 22, 2017.

- “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, *Revista general de derecho público comparado*, nº 9, 2011, pp. 1-24.

RESUMEN

El presente texto analiza el texto de Montecristi y una de sus mayores incorporaciones, la de dotar, como decimos, de personalidad jurídica a la naturaleza y hacer de la misma un sujeto de derechos. “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete íntegramente su existencia...”, comienza diciendo el primero de ambos artículos. “La naturaleza tiene derecho”... es decir, ella misma, como sujeto al que ahora se le reconoce personalidad, es la portadora de un haz de facultades e inmunidades constitucionalmente establecidas. Esto es sin duda lo más sorprendente, puesto que hasta el momento la concepción subjetiva de los derechos era antropocentrista y partía de la realidad de que solo el ser humano, en tanto ser racional y autónomo, podía ejercerlos, ejercitarlos, defenderlos o vulnerarlos.

PALABRAS CLAVE

Derechos de la naturaleza, nuevo constitucionalismo latino- americano, nuevo paradigma y Constitución del Ecuador de 2008

ABSTRACT

This text analyzes the text of Montecristi and one of its major contributions, that of giving, as we say, legal personality to nature and make it a subject of rights. “nature or Pacha Mama, where life is reproduced and carried out, has the right to have its existence fully respected...”, begins the first of both articles. “nature has a right”... that is to say, itself, as a subject that is now recognized as a personality, the bearer of a bundle of constitutionally established faculties and immunities. This is undoubtedly the most surprising since until now the subjective conception of rights was anthropocentric and based on the reality that only the human being, as a rational and autonomous being, could exercise them, practice them, defend them or violate them.

KEYWORDS

Rights of nature, new Latin American constitutionalism, new paradigm and Constitution of Ecuador 2008

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS SÍMBOLOS DEL ESTADO A REVISIÓN

UNA RELECTURA ACORDE CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CON EL ESPÍRITU DE TOLERANCIA DE UNA SOCIEDAD PLURALISTA

Joan Ridao Martín

*Profesor titular (a) de Derecho Constitucional
Letrado Mayor del Parlamento de Cataluña
jridao@ub.edu*

Recibido: 01-07-2019

Aceptado: 30-09-2019

SUMARIO

I. Introducción: las tensiones a que se ve sometida la libertad de expresión en nuestros días

II. La libertad de expresión en la Constitución y en los pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos: un bosquejo

III. Los límites de la libertad de expresión en la doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

IV. Los símbolos del Estado: la bandera y el himno

1. El alcance y valor actual de los símbolos oficiales

2. La bandera de España y las enseñas autonómicas

2.1. La obligación de utilizar la bandera en los edificios públicos y en actos oficiales

2.2. La prohibición de exhibir banderas partidistas en edificios públicos y de utilizar de forma partidista la bandera de España

2.3. La protección penal y legal de la bandera: los ultrajes

3. El himno

3.1. Origen y regulación del himno

3.2. La respuesta sancionadora en el orden administrativo y jurisdiccional

V. Una breve reflexión conclusiva

VI. Bibliografía

I. Introducción

La libertad de expresión se ha visto sometida últimamente a tensiones insólitas, que han suscitado una viva polémica social, política y doctrinal, por apreciarse, en muchos casos, un ejercicio desviado del fundamento democrático de tal derecho. Esos conflictos, no siempre relativos a los derechos de la personalidad o de la información, tienen que ver en numerosas ocasiones con la exhibición de símbolos del Estado u otros no oficiales.

Como tendremos ocasión de examinar, esas restricciones a la libertad de expresión tienen dos cauces preferentes: el penal y el administrativo, constituido el primero por el Código Penal (CP) y el segundo por la Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana, pero especialmente, como veremos, por algunas leyes sectoriales como la que persigue y sanciona la violencia en el deporte. Así, salvo contadas excepciones, la jurisdicción ha sido notablemente severa en la aplicación del delito de ultrajes a situaciones en las que no era constatable la presencia del ánimo de injuriar (en la quema de banderas, por ejemplo) y que podían muy bien constituir un ejercicio del derecho a la libertad de expresión de ideas, creencias y sentimientos, proclamado en el artículo 20 de la Constitución (CE).

En concreto, por lo que a la protección penal de la bandera se refiere, el artículo 543 CP incrimina los ultrajes a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas efectuados con publicidad. Desde la perspectiva jurídico-penal, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en que el bien protegido implica que el comportamiento ilícito deba ser verdaderamente lesivo o causante de un perjuicio social innegable y esté provisto de un contenido antijurídico material indudable (STS de 7 de febrero de 1981). Siendo así que el ejercicio de la libertad de expresión podría constituir en muchos casos una circunstancia eximente, pese a que el ejercicio de ese derecho no es ilimitado, y que entre sus contornos está precisamente el mantenimiento del orden público determinado por la ley (STS de 7 de febrero de 1990; STS de 28 de abril de 1995). No se trata sin embargo de una cuestión fácil: en unos casos, los tribunales han apreciado la existencia de delito por el sólo hecho de quemar una bandera en presencia de varias personas (STS 26 de junio de 1996, SAP Barcelona, Sección Cuarta, de 5 de octubre de 2009, SAP Valencia, Sección Primera, de 24 de marzo de 1999). En otros, por la dinámica comisiva verbal o incluso implícita u omisiva (Sentencia de la AP de Guipúzcoa, Sección Segunda, de 23 de enero de 2002). Además de que el delito de ultraje constituye un tipo penal perfectamente contingente dentro de la mirada punitiva del Código penal, ya que las manifestaciones ultrajantes contra España, sus comunida-

des autónomas (CA) o sus símbolos podrían reconducirse a los delitos de desórdenes públicos de los artículos 557 y siguientes, también del Código penal, amén de a la ya citada vía administrativa si, como se dirá, se constata la existencia de un riesgo perceptible de violencia (por ejemplo en el ámbito deportivo) o de discriminación.

Precisamente, la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, que desarrolla el artículo 4 CE, vino a contrarrestar la ausencia de la bandera española en edificios públicos señaladamente en el País Vasco y Navarra. De ahí que la bandera de España deba ondear todos los días y en todos los lugares designados por esa norma y que las SSTS 2617/1988, de 14 de abril; 5429/2007, de 24 de julio; 6564/2008, de 2 de diciembre; 7725/2011, de 17 de noviembre y 2403/2016, de 7 de junio, hayan fijado una consolidada doctrina sobre la obligatoriedad de colocar dicha enseña en edificios públicos, lo cual ha sido reiterado, como tendremos ocasión de comprobar, por otras instancias jurisdiccionales inferiores.

Sectorialmente, la Ley 19/2007, sobre violencia en el deporte, define como actos o conductas violentas o que incitan a la violencia la exhibición de símbolos y la entonación de cánticos que, por su contenido o por las circunstancias en que se utilicen, inciten o ayuden a la realización de comportamientos violentos o terroristas, o constituyan un acto de menosprecio a las personas participantes en el espectáculo deportivo. Como veremos, la presencia de algunos de esos elementos podría haber comportado una adecuada ponderación entre la libertad de expresión y el contexto sociopolítico y cultural en que se produjeron, por ejemplo, la celebración de acontecimientos deportivos que contaban con la presencia –no siempre habitual– de autoridades políticas o del propio jefe del Estado; además de que podría haberse valorado debidamente si esas manifestaciones eran constitutivas de una efectiva situación de riesgo o de violencia para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH).

En este contexto, además, debe hacerse mención a un nuevo y espinoso debate sobre el alcance y desarrollo de nuestros derechos y libertades: se trata de un asunto que requiere una adecuada interpretación de la libertad de expresión en el contexto de una sociedad cambiante, en la que aparecen nuevos fenómenos, prácticas o relaciones sociales y políticas, como es la exhibición en el espacio público o en el ámbito de las instituciones de símbolos políticos distintos de los oficiales, como las banderas no oficiales (republicana, «esteladas», etc.) Se trata de una cuestión que ha propiciado un debate acerca del alcance de la libertad de

expresión e incluso ha dado lugar a distintas propuestas de regulación en aras a la preservación de la neutralidad del espacio público.

A este respecto, la jurisprudencia se ha manifestado de forma clara y constante acerca de que las administraciones públicas, como manifestación de que sirven con objetividad a los intereses generales (art. 103 CE), deben actuar con pleno sometimiento a la ley y al derecho. Por lo que solo pueden exhibir en sus edificios la bandera de España y sus homólogas autonómicas, y no otras banderas como la republicana o la «estelada», especialmente en los períodos electorales (STSJM 1335/2003, de 15 de diciembre; STSJ C-L 5043/2015, de 29 de octubre; STSJ del País Vasco 2932/2014, de 29 de septiembre; STS 1841/2016, de 28 de abril; STSJ de Navarra 589/2016, de 21 de abril; STS 933/2016, de 28 de abril; STS 841/2017, de 1 de marzo).

Por otra parte, este debate acerca de la licitud o no de la exhibición de símbolos no oficiales por parte de responsables públicos (en el espacio público o incluso en la sede de instituciones) nos remite a cuestiones como el deber de los poderes públicos de abstenerse y no intervenir en la esfera ideológica, de preservar el carácter objetivo, imparcial y neutral que debe presidir su actuación, o sobre el deber de proteger los intereses generales de todos los ciudadanos, independientemente de su ideología. Ni la Constitución ni la legislación vigente (v. gr. en materia de estatuto de los empleados públicos o de patrimonio de las administraciones públicas) incluyen dentro de las potestades y finalidades asignadas a las administraciones públicas una actuación, siquiera simbólica, de promoción o difusión de reivindicaciones políticas, del signo que sean, y que pueden ser vistas como representativas de una determinada ideología y una intromisión ilegítima en la esfera ideológica de determinados ciudadanos no identificados con la misma.

No obstante, la realidad es bien distinta: con ocasión de protestas contra la participación de España en la guerra de Irak o contra los recortes sociales, la exhibición de determinados símbolos políticos en el espacio público no ha estado en cuestión. La pregunta que debemos formularnos es si en una democracia activa, en la que se debate permanentemente sobre los límites de los derechos y libertades, conviene defender un concepto amplio del uso político del espacio público como lugar de debate de ideas –sin dejar de considerar determinadas conductas conexas como los daños al mobiliario público o la violencia entre partidarios y detractores de determinados símbolos–. Cosa distinta es la utilización de las instituciones o instalaciones públicas para exhibir en ellas símbolos políticos, especialmente en contextos como los electorales, debido al principio constitucional de objetividad de las administraciones públicas (art. 103 CE) y al hecho

de que estas no son sujetos de derechos fundamentales, y tampoco de la libertad de expresión. Con todo, y ello es relevante, en ocasiones el problema excede de la esfera de la policía administrativa o de seguridad, pues, frecuentemente, la exhibición de determinados símbolos responde a acuerdos políticos de los órganos capacitados para ello, lo que ha dotado a dichas acciones como mínimo de una apariencia de legitimidad democrática, pese a colisionar con el ordenamiento jurídico (STS 933/2016).

II. La libertad de expresión en la Constitución y en los pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos: un bosquejo

La libertad de expresión aparece regulada en el artículo 20 CE como valor objetivo y esencial del Estado democrático, y comprende la protección del derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». Es en ese sentido que es ante todo un derecho fundamental de libertad frente al poder, e implica el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental: la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político –valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático–, a tal grado que, en ausencia de ese derecho, no puede haber una participación genuina de los miembros de una sociedad en el proceso decisorial.

Es por ello que la libertad de expresión ocupa un lugar prominente en los textos constitucionales de todos los Estados de nuestro entorno, y también en los pactos y declaraciones internacionales que consagran los derechos humanos. El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece que «[t]odo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión»¹. A su vez, el artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos determina que «[t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección»².

1 Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), 10.12.1948.

2 Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, 30.04.1977).

En congruencia con esto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas –en su observación del cumplimiento del artículo 19 de los Pactos de Nueva York– ha venido declarando, tradicionalmente, su preocupación en relación con leyes sobre cuestiones tales como la *lèse majesté*, el desacato, la falta de respeto a la autoridad o a las banderas y los símbolos, la difamación del jefe de Estado y la protección del honor de los funcionarios públicos. En este contexto, ha advertido que las leyes no deben establecer penas más o menos severas en función de la persona criticada y que los Estados partes del Pacto no deben prohibir la crítica de las instituciones, como el ejército o la Administración. En la misma línea, el relator especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue, entre las recomendaciones de su informe de junio de 2012 incluyó la siguiente:

«La difamación no debe constituir un delito penal en ningún Estado. Las leyes penales sobre difamación son intrínsecamente severas y surten un efecto desproporcionado y paralizante sobre la libertad de expresión»³.

A su vez, el artículo 10.2 CEDH determina que «[el] ejercicio de estas libertades [opinión y expresión], que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». Con todo, la Resolución 1577 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, «Hacia la despenalización de la difamación», contiene la siguiente declaración:

«La Asamblea considera que las penas de prisión por difamación deben abolirse sin más demora. En particular, exhorta a los Estados cuya legislación todavía prevea penas de prisión –aun cuando estas no se impongan en la práctica– a eliminarlas inmediatamente, para no servir de excusa, aun siendo injustificada, a los Estados que siguen imponiéndolas, provocando así la degradación de las libertades fundamentales⁴.»

3 Informe del relator especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión (junio de 2012). Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-30_sp.pdf [última consulta: 22.11.2018].

4 Disponible en: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/eres1577.htm>

Desde una perspectiva interna, no debe olvidarse que, conforme al artículo 10.2 CE, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución han de interpretarse de acuerdo con las normas internacionales ratificadas por el Estado español. Lo que supone que, a la hora de examinar el alcance de la libertad de expresión a la luz de la Carta Magna, ha de tomarse en consideración no solo la letra de los tratados y convenios internacionales, sino también la interpretación que de los mismos han hecho los organismos internacionales competentes y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH). En todo caso, se trata de una cuestión compleja y en que la doctrina constitucional ha exhibido una ejecutoria oscilante. En términos generales, sin embargo, la libertad de expresión alcanza, según el TC la «libre manifestación de creencias, juicios o valoraciones subjetivas» (STC 235/2007, de 7 de noviembre), y comprende «junto a la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige» (STC 6/2000, de 17 de enero, y 108/2008, de 22 de septiembre), pues así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática⁵. Por ello mismo, como había declarado de forma temprana el Alto Tribunal, el derecho consagrado en el artículo 20 CE protege a todos los ciudadanos «frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la ley, e incluso frente a la propia ley en cuanto esta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (artículos 20.4 y 53.1) admite» (STC 6/1981).

Así, la libertad de expresión (al igual que la de información) tiene una magnitud especial en nuestro ordenamiento jurídico, «en razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (STC 104/1986, de 17 de julio, y 78/1995, de 22 de mayo, entre otras muchas)» (STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 3). De modo que las libertades del artículo 20 CE no solo se fundamentan en el legítimo interés de su titular, sino también en el interés general de la sociedad democrática; es decir que, por el hecho de que «las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyen, en consecuencia, a la formación de la opinión pública» (STC

[última consulta: 22.11.2018].

⁵ En referencia a la más reciente doctrina constitucional –en términos ajustados a la doctrina emanada del Tribunal de Estrasburgo–, no podemos desconocer, como tendremos ocasión de analizar en otro momento, que el concepto y la naturaleza jurídica de las libertades de expresión fueron tratados de forma primeriza por el Tribunal Constitucional, entre otras, en las STC 6/1981, 77 y 86/1982, 13/1985, 63/1987 y 64/1989.

107/1988), estas alcanzan su máximo nivel de eficacia justificadora en relación, por ejemplo, con el derecho al honor o a la intimidad personal:

[...] quienes tienen a su cargo la gestión de una Institución del Estado deben soportar las críticas de su actividad, por muy duras, e incluso infundadas, que sean, y, en su caso, pesa sobre ellos la obligación de dar cumplida cuenta de su falta de fundamento» (STC 143/1991, FJ 5; 148/2001; y 232/2002, de 9 de diciembre, FJ 4).

Así lo ha sostenido la propia jurisdicción ordinaria:

«Pero de ningún modo los personajes públicos pueden sustraer al debate público la forma en la que se presta un servicio público, esgrimiendo la amenaza del ius puniendi del Estado contra todo aquel que divulgue irregularidades en su funcionamiento, siempre que estas sean diligentemente comprobadas y sustentadas en hechos objetivos» (STS 2/2001, Sala Segunda, de 15 de enero).

De esta concepción de la libertad de expresión se deduce, pues, su carácter preferente incluso sobre otros derechos fundamentales. Esa prevalencia, no obstante, se ha ido modulando a lo largo de la evolución doctrinal del Tribunal Constitucional para evitar que un cierto automatismo en el entendimiento de la misma se acabase trocando en una suerte de «ordenación jerárquica» de los derechos fundamentales en presencia, con exclusión de la necesaria e insoslayable labor de ponderación judicial entre los derechos en juego en cada caso⁶.

III. Los límites de la libertad de expresión en la doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

La libertad de expresión, como todos los derechos, tiene sus límites. No obstante, dada la posición prevalente y sustancial que ocupa en una sociedad democrática y pluralista, sin cuyo reconocimiento y protección no es posible su buen funcionamiento, dichos límites precisan de una justificación vigorosa. Así, el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el ejercicio de este derecho «entraña deberes y responsabilidades especiales» y

6 *Vid.* Álvaro Rodríguez Bereijo, conferencia pronunciada en la Escuela de Periodismo UAM/*El País*, el 6 de marzo de 1997. Disponible en: https://elpais.com/diario/1997/03/07/sociedad/857689213_850215.html [última consulta: 22.11.2018].

que, «[p]or consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas». Y el artículo 20 determina que toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación o la violencia debe estar prohibida por ley.

Por su parte, el artículo 20.4 CE establece que «[e]stas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Su constitucionalización ha suscitado un debate paralelo, sobre si a partir de esos contornos es posible inferir otros que autoricen a restringir la libertad de expresión, aunque no estén previstos en la Constitución. Se trata de una cuestión muy relevante, puesto que esta posibilidad no plantea un problema meramente teórico, que también, sino sobre todo de orden práctico, en la medida que algunas sentencias del TC han reconocido que la «moral pública» o la «buena fe» pueden actuar como límites⁷.

En todo caso, la doctrina constitucional no ha sido lineal a lo largo de sus casi cuarenta años de trayectoria a la hora de resolver los conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos o límites, como los que prevé el citado artículo 20.4 CE. en motivar las resoluciones judiciales. A partir de los años 1980 el TC abandonó la perspectiva formal de la ponderación para pasar a caracterizar la libertad de expresión de forma amplia⁸, bajo la clara influencia de la doctrina del

7 Puede encontrarse una interesante perspectiva de estos límites y de su evolución en el estudio de Mercè BARCELÓ SERRAMALERA (2004).

8 En relación con el ejercicio de las libertades de expresión y sus límites hay que señalar las STC 6/1981, 104/1986, 159/1987, 107/1988, 214/1991, 85/1992, 15, 178 y 336/1993, 42/1995, 136/1999 y 121/2002. Sobre cuestiones relativas al derecho al honor, STC 107/1988, 214/1991, 183/1995, 6 y 138/1996, 3/1997; en cuanto al derecho a la intimidad, las STC 110/1984, 197/1991, 20 y 40/1992 y 115/2000; y en relación con el derecho a la propia imagen, las STC 99/1994, 81 y 139/2001 y 83/2002. Tratan de la protección de la infancia y de la juventud, las STC 62/1982, 49/1984, 153/1985. Un resumen de la jurisprudencia sobre la titularidad y el contenido de las libertades de expresión y de información se encuentra en las STC 6/1981, 12/1982, 105, 120/1983, 51/1985, 104/1986, 159/1986, 159 y 165/1987, 6, 107/1988, 20, 105, 120, 137, 171, 172/1990, 197 y 214/1991, 20, 40, 85, 190, 219, 223 y 240/1992, 15, 123, 178 y 336/1993, 41, 94, 117, 136, 170, 297/1994, 22, 42, 66, 168, 137, 176/1995, 19, 28, 47, 52/1996, 51/1997. En las relaciones entre titulares y ejercicio de las libertades de expresión destacan: a) libertad de expresión y parlamentarios, las STC 36/1981, 243 y 248/1988, 9/1990, 206/1992, 30/1997; b) libertad de expresión y funcionarios, las STC 81/1983, 97/1985, 6/1988, 69/1989, 371/1993, 270, 273 y 288/1994, 127/1995, 241/1999; y c) libertad de expresión y relaciones laborales, las STC 120/1983,

TEDH, que había configurado la libertad de expresión como la garantía de una institución política fundamental y requisito para el buen funcionamiento del Estado democrático. A partir de ese momento, el sesgo imprimido fue muy relevante (v. gr. STC 6/1988, de 21 de enero), pues se empezó a dar amparo a «aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público»⁹; o que supongan la «emisión de pensamientos, ideas u opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar como datos objetivos»¹⁰. El TC también empezó a asumir, y ello es muy relevante, que la libertad de expresión, junto a la mera manifestación de juicios de valor, puede ser demostrativa de «la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los que no existe una sociedad democrática» (STC 23/2010, FJ 3).

Con todo, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, el TC estableció que, si bien «el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos» dispone de un campo de acción que solo viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición¹¹, no es menos cierto que no se reconoce constitucionalmente en modo alguno, protegido bajo el manto de ese derecho fundamental, un pretendido «derecho al insulto». Por ello, quedan proscritas las expresiones «formalmente injuriosas»¹² o «absolutamente vejatorias»¹³. Por lo tanto, el hecho de que la Constitución no vede el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas en cualquier circunstancia no significa que de la protección constitucional que otorga el artículo 20.1.a CE se excluyan las expresiones vejatorias; es decir, aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar opiniones o informaciones¹⁴. Esta doctrina resulta igualmente aplicable cuando concurre el carácter público en las personas destinatarias de tales expresiones que no quedan

88/1985, 20, 126 y 171/1990, 240/1992, 7, 14, 286 y 292/1993, 6/1995, 106 y 186/1996, 1/1998, 90/1999. Las garantías específicas de las libertades de expresión, en concreto, la prohibición de censura y los secuestros de publicaciones, se tratan en las STC 52/1983, 13/1985, 147/1987, 199/1987, 171 y 172/1990, 31/1994, 52/1995 y 187/1999.

9 STC 107/1988, FJ 4; 171/1990, FJ 10; 204/2001, FJ 4; y 81/2006, FJ 5.

10 STC 139/2007, FJ 6; y 79/2014, FJ 6.

11 STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4; 56/1995, FJ 5; 11a2/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 65/2015, FJ 3.

12 STC 107/1988, FJ 4; 105/1990, FJ 8; 200/1998, FJ 5; 192/1999, FJ 3.

13 STC 2014/2001, FJ 4; 174/2006, FJ 4; 9/2007, FJ 4.

14 STC 1/1998, de 12 de enero; 180/1999, de 11 de octubre; 6/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; 49/2001, de 26 de febrero; y 204/2001, de 15 de octubre.

privadas de ser titulares del derecho al honor que garantiza el artículo 18.1 CE¹⁵. También en este ámbito es preciso respetar la reputación ajena y el honor, porque estos derechos «constituyen un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar»¹⁶. Todo ello, en aplicación de la doctrina del TEDH.

Por otra parte, el TC también ha considerado que la libertad de expresión no constituye un derecho absoluto frente a necesidades sociales imperiosas o la protección de la dignidad humana (STC 112/2016, de 20 de junio)¹⁷, sino que es un presupuesto ineludible para consolidar una sociedad democrática, fortalecer las libertades constitucionales, formar la opinión pública, garantizar el pluralismo deliberativo y, sobre todo, permitir un control responsable y no institucional de las instancias públicas. Sobre el alcance del artículo 20 CE, el TC ha garantizado un interés constitucional, como es «la formación y existencia de una opinión pública libre, [...] condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al fundamento de un sistema democrático, [convertido] a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática»¹⁸.

Por lo que al TEDH se refiere, asumió sin reservas la liberal jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en sentencias sobre la libertad de prensa y en relación con injurias contra personas de público relieve. Esta línea, acogida por nuestro TC, pasa por diferenciar entre asuntos públicos y asuntos privados; personajes públicos y privados; hechos y opiniones, considerando que la libertad de expresión es más amplia cuando incumbe a asuntos o personajes de proyección pública, debido a que el debate o la condición de los mismos es hábil para la defensa de los valores democráticos que ha dicho siempre defender.

Así, cuanto a la libertad de opinión política derivada del artículo 10 del Convenio de Roma, el TEDH ha establecido desde antiguo una prolija jurisprudencia en la que ha fijado una interpretación amplia, dejando a los Estados un espacio muy reducido para su restricción. El Tribunal de Estrasburgo ha considerado que la «libertad del debate político está en el mismo corazón de la sociedad democrática que impregna todo el Convenio», en lo que constituye un criterio particularmente extensivo del pluralismo político (de comportamientos, de ideas e instituciones). Ese pluralismo, del que el Estado ha de ser garante, ampara las opiniones e ideas consideradas inofensivas, y también «aquellas que ofenden, chocan o

15 STC 190/1992, FJ 5, y 105/1990, FJ 8) [STC 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 5.a]

16 STC 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5, y 76/2002, de 8 de abril, FJ 2.

17 *Vid.* los arts. 10 y 17 CEDH y la STEDH del caso *Le Royer* c. Francia, de 2 de octubre de 2008.

18 STC 235/2007, FJ 4, reiterada por la STC 79/2014, FJ 6.

molestan al Estado o a una parte de la población», ya que «tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no hay sociedad. Por ello, el TEDH ha aceptado poquísimas excepciones a la regla general, basadas en la aplicación del artículo 17 del CEDH, referidas al uso de doctrinas totalitarias, a discursos revisionistas del Holocausto o a casos de discriminación racial. Así, la libertad de expresión alcanza una protección especial cuando se ejerce en el debate político. Según el TEDH, «preciosa para cada persona, la libertad de expresión lo es muy especialmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario exigen que el Tribunal lleve a cabo uno de los controles más estrictos».

Fijados el alcance y los límites de la libertad de expresión, claro está que lo complejo del asunto reside en la ponderación en cada caso de los elementos en juego, especialmente en el marco de un derecho de amplio espectro y fundamento del Estado democrático, con el fin de evitar restricciones tan innecesarias como indeseables en un terreno tan lábil como el de la opinión o las ideas. Pero, por lo pronto, se impone un examen y por qué no una revisión de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia ordinaria a la luz de los recientes pronunciamientos del TEDH, además que el legislador reexamine los delitos de injurias a la Corona y de ofensas a símbolos como la bandera o el himno.

IV. Los símbolos del Estado: la bandera y el himno

1. El alcance y valor actual de los símbolos oficiales

Los símbolos oficiales son una de las expresiones de las comunidades políticas, pues las identifican y actúan como elemento de integración (según la conocida STC 94/1985, de 29 de julio, trasciende la materia sensible del elemento representado), además de exaltar los valores y sentimientos que se quieren defender. En otras palabras, un objeto —por ejemplo, la bandera— puede tener significaciones distintas que solo se aclaran mediante la referencia simbólica que determinadas personas vean en él y, a la vez, puede tener significaciones para un sujeto y no tenerlas para otros.¹⁹ En derecho público, la representación de un ente (un Estado, una comunidad autónoma, un municipio o una corporación) se hace a tra-

¹⁹ Manuel GARCÍA-PELAYO (1991), pp. 987 y ss. En el mismo sentido, *vid.* Klaus STERN (1987), pp. 505-521; y Jaime VERNET I LLOBET (2003), pp. 102 y ss.

vés de diferentes medios: puede ser visual (dinámica o estática), auditiva (música y letra) o festiva. Es una práctica común, pues, el hecho de recurrir a banderas, escudos o himnos²⁰.

En muchos casos, estos símbolos se encuentran constitucionalizados. La Constitución francesa regula la bandera junto a la lengua, el himno (*La Marsellesa*), el lema de la República («Libertad, igualdad, fraternidad») y sus principios nacionales («Gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo») –art. 2–. La Constitución de Portugal regula la bandera, junto con el himno y la lengua oficial –art. 11–. La Constitución alemana regula la bandera –art. 22.2– inmediatamente después de la capitalidad. También la Constitución italiana regula la bandera –art. 12–, así como la Constitución de Austria –art. 8.a.I–, por remisión a una ley federal de desarrollo, especialmente sobre protección de los colores, del escudo y del sello de la República. En otros casos, la bandera no se menciona en la Constitución: Suiza, Suecia, Luxemburgo, Dinamarca, Países Bajos, Finlandia, Malta, Bélgica, Grecia y Polonia. Muchas de las constituciones de estos países establecen una reserva de ley o se remiten a una regulación legal postrera.

En España, la discutible eficacia de los instrumentos que habrían de conformar el proceso de nacionalización española del siglo XIX, debido a las insuficiencias modernizadoras del Estado liberal, hizo posible la difusión de símbolos nacionales informales, desde zarzuelas patrióticas hasta símbolos populares, de modo que la presencia de estos símbolos desempeñara un papel importante. Más adelante, la dictadura de Primo de Rivera supuso una renacionalización en clave tradicionalista –y con ingredientes autoritarios–, que comportó un refuerzo de la presencia simbólica ya sea de la bandera bicolor o de la *Marcha Real* en procesiones y conmemoraciones²¹. Durante el franquismo, los símbolos fueron identificados con una sola versión del españolismo militarista, católico y autoritario. Más adelante, el creciente regionalismo contribuyó a crear símbolos, imágenes y discursos de cierto contenido vindicativo, y a dar lugar a un elenco de iconos culturales y de símbolos.

Durante la Transición, el nacionalismo español de vocación democrática se enfrentó al desafío de aceptar la pluralidad cultural, como consecuencia de la puesta en marcha del Estado de las autonomías y la pulsión de los nacionalismos subestatales. También la bandera tricolor resurgió como emblema de la izquierda

20 Dan SPERBER (1988); Rudolf SMEND (1985), pp. 97-98; Ángel GARRORENA MORALES (2005), p. 1016.

21 Faustino MENÉNDEZ PIDAL, Hugo O'DONNELL y Begoña LOLO (2000).

da opuesta a una monarquía heredada del franquismo, aunque su exhibición estuvo prohibida los primeros años en paralelo con la no legalización de los partidos republicanos para las primeras elecciones democráticas del 15 de junio de 1977. Más tarde, coincidiendo con el señoreamiento desacomplejado de distintivos regionales, la izquierda política mayoritaria propició un acuerdo constitucional sobre los símbolos, plasmado en el artículo 4.1 CE.

En efecto, los debates de las Constituyentes en este punto se caracterizaron por su laconismo, con algunos ribetes de querellas históricas²². El resultado final fue que la Constitución de 1978, siguiendo a otras europeas, regula la bandera de España y reconoce las banderas y enseñas propias de las comunidades autónomas, las cuales, apostilla, «se utilizarán junto a la bandera de España en sus edificios públicos y en sus actos oficiales»²³. Los restantes símbolos se regulan por ley, salvo el himno (la *Marcha Granadera* o *Marcha Real*), regulado posteriormente por el Real decreto 1560/1997, de 10 de octubre²⁴. Por su parte, la Ley 39/1981, de 28 de octubre²⁵, adoptada el mismo año en que tuvo lugar el fallido golpe de Estado del 23 de febrero de 1981 (23-F), regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas. Dicha ley establece que «[l]a bandera de España simboliza la nación; es signo de la soberanía, independencia, unidad e integridad de la patria y representa los valores superiores expresados en la Constitución» (art. 1), por lo que, sin excepción alguna, «deberá ondear en el exterior y ocupar el lugar preferente en el interior de todos los edificios y estableci-

22 Algunos portavoces de la izquierda, como el representante comunista Jordi Solé Tura (PCE-PSUC) o el socialista Gregorio Peces-Barba insistieron en la necesidad de que los símbolos españoles dejaran de serlo de «opresión». Y el independiente Justino de Azcárate, exiliado durante casi cuarenta años, pidió que se eliminara el escudo diseñado durante la Guerra Civil por los franquistas. Precisamente el conservador Abel Matutes, de Alianza Popular (AP), situó el origen del problema no en la continuidad de la simbología franquista sino en que «algunos grupos políticos, hasta hace muy pocos meses [...], han propugnado otra bandera como bandera de España», en clara alusión a la tricolor republicana. Finalmente, según Modesto Fraile, diputado de Unión de Centro Democrático (UCD), con el objeto de «no caer en una dialéctica que no parece conveniente», el texto constitucional se abstuvo de adjetivar la bandera de España como «nacional» y de detallar su uso, limitándose a describir sus colores, como otras constituciones europeas y la de la Segunda República, y a asociarla con las enseñas autonómicas.

23 Rafael ENTRENA CUESTA (1982), pp. 72-81.

24 BOE núm. 244, 11.10.1997. Una vez recuperados los derechos sobre la *Marcha Real*, se reguló la preeminencia de ese himno sobre los autonómicos, así como la obligación de ejecutarlo ante el rey y el presidente del gobierno, y se establecieron dos versiones (una corta y otra larga), según el tipo de acto y de autoridad presente. La versión final del decreto suavizaba la primera versión, que incluía la obligación de escucharlo de pie y en «posición respetuosa».

25 BOE núm. 271, 12.11.1981. Como desarrollo a la Ley 39/1981, a través del Real decreto 2964/1981, de 18 de diciembre, se regula el modelo oficial, su uso y tamaño; y mediante el Real decreto 2267/1982, de 3 de septiembre, se especifican técnicamente los colores del escudo de España.

mientos de la Administración central, institucional, autonómica, provincial o insular y municipal del Estado» (art. 3.1). Además, y lógicamente por ser la bandera del Estado, determina que en las comunidades autónomas cuyos estatutos reconozcan una bandera propia, esta se utilizará juntamente con la bandera de España en todos los edificios públicos civiles del ámbito territorial de aquella, y que, cuando los ayuntamientos y diputaciones o cualesquiera otras corporaciones públicas utilicen sus propias banderas, deberán hacerlo junto a la bandera de España. En todos los casos, sin embargo, la bandera de España ocupará siempre lugar destacado, visible y de honor, y, caso de utilizarse otras banderas, ocupará un lugar preeminente y de máximo honor, además de que las restantes no podrán tener mayor tamaño (art. 3 a 6). También se proscribe la utilización en la bandera de España de cualesquiera símbolos o siglas de partidos políticos, sindicatos, asociaciones o entidades privadas (art. 8). Y, prevé –y ello es de destacar– que los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las banderas autonómicas se castigarán conforme a lo dispuesto en las leyes (incluyendo, en su caso, la aplicación del Código penal, *ex artículo 543*, sobre ultrajes a España).

Tras el golpe de Estado del 23-F se produjo un intento de relegitimación simbólica para evitar que la identidad nacional española siguiese siendo patrimonio de la extrema derecha. En los años noventa, la aceptación y normalización de los símbolos del Estado parecía haberse alcanzado al calor de la celebración de varios eventos internacionales como los Juegos Olímpicos de Barcelona o la Exposición Universal de Sevilla en 1992. Sin embargo, las disputas alrededor de la exhibición más o menos ostentosa de los símbolos oficiales no dejaron de ser frecuentes a partir de 2000²⁶, y la bandera tricolor republicana empezó a resurgir a como símbolo de protesta contra los gobiernos del PP a partir de 2011, si bien no había desaparecido completamente y se hallaba muy presente entre la izquierda no gubernamental, como pusieron de relieve las manifestaciones contra el ingreso y permanencia de España en la OTAN (1983 y 1986), y entre otros grupos políticos calificados de *antisistema* en los años 1990, y más adelante en los movimientos contrarios a la guerra de Irak, a los recortes sociales, etc.

26 Nos referimos a la ceremonia solemne de izado de la bandera, acompañada de honores militares, tuvo lugar el 2 de octubre de ese año. En ella, el ministro Federico Trillo (PP), en un discurso de cariz orgánico-historicista con tintes orteguianos, afirmó que la enseña era el «símbolo de la patria, que es un sentimiento noble y común a corazones nobles», que evocaba el pasado y el futuro del «proyecto sugestivo de vida en común [...] del orgullo de tener una lengua, de pertenecer a una tierra, de compartir una sangre, unos sueños y unos recuerdos históricos».

2. La bandera de España y las enseñas autonómicas

La bandera de España, también conocida como *rojigualda*, fue adoptada con todos sus elementos actuales al aprobarse la ley que estableció la última versión del escudo de España (Ley 33/1981, de 5 de octubre, del escudo de España)²⁷. La Constitución ya especificaba, sin embargo que «está formada por tres franjas horizontales, roja, amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas» (art. 4.1).

Se basa en el diseño adoptado como pabellón de España en 1785, en el que, exceptuando el diseño adoptado entre 1931 y 1939, durante la Segunda República, solo ha ido variando la forma del escudo. Como es sabido, fue institucionalizada para uso inicial de la Marina por parte de Carlos III, y experimentó una amplia difusión, si bien en círculos progresistas y republicanos del siglo XIX se ideó una bandera tricolor, al estilo francés o italiano, incorporando el morado como recuerdo del mito liberal de los comuneros castellanos, que se utilizó como estandarte de partido hasta la Segunda República y durante la vigencia de ésta devino oficial (art. 1.4)²⁸. La bicolor fue retomada después del «alzamiento» y durante el franquismo (art. 5 de la Ley orgánica 1/1967, de 10 de enero)²⁹. Ya en democracia, para evitar que su exhibición fuese identificada con la nostalgia del franquismo, el Real decreto 2749/1978, de 24 de noviembre, sobre utilización de la bandera nacional (ya derogado) prohibió a los partidos, sindicatos y asociaciones «la utilización de la bandera de España o de sus colores» como «símbolos distintivos y diferenciadores» (art. 1)³⁰. En el contexto democrático, de los años 1980 surgieron no obstante reiterados conflictos durante la celebración de fiestas patronales en el País Vasco y Navarra al izarse en muchos casos exclusivamente la *ikurriña*. La solución a estos conflictos vino de la mano de la retirada de todo tipo de enseñas, incluida la autonómica y local, o de situar todas las banderas durante unos minutos para arriarlas acto seguido.

Como ya hemos avanzado, el debate constituyente sobre la simbología estatal fue breve y pacífico³¹. Sólo hubo una cierta discusión en el Senado, donde

27 BOE núm. 250, 19.10.1981.

28 El decreto de 27 de abril de 1931 introdujo así el nuevo color: «Hoy se pliega la bandera adoptada como nacional a mediados del siglo XIX. De ella se conservan los dos colores y se le añade un tercero, que la tradición admite por insignia de una región ilustre, nervio de la nacionalidad, con lo que el emblema de la República, así formado, resume más acertadamente la armonía de una gran España».

29 Ley orgánica 1/1967, de 10 de enero [disposición derogada]. BOE núm. 9, 11.01.1967.

30 BOE núm. 282, 25.11.1978 [disposición derogada].

31 DSCD núm. 67, 16.05.1978; DSCD núm. 104, 5.07.1978; DSS núm. 41, 22.08.1978; DSS núm. 59,

se cambió la denominación del color central de la bandera –que pasó de *gualda* a *amarilla*–, gracias a la conocida enmienda del senador real Camilo José Cela³². El texto resultante del artículo 4 de la Constitución era casi idéntico al que figuraba como artículo 7 del anteproyecto (enero de 1978): «La bandera de España está formada por tres franjas horizontales, roja, amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas. Y el artículo 4.2 CE («Los estatutos podrán reconocer banderas y enseñas propias de las comunidades autónomas. Estas se utilizarán junto a la bandera de España en sus edificios públicos y en sus actos oficiales») expresa uno de los aspectos del pluralismo simbólico del Estado en hacer posible el reconocimiento estatutario de «banderas y enseñas propias de las comunidades autónomas». Se trata de una previsión «que no tiene precedente en el constitucionalismo español ni en el derecho comparado europeo» (ver la ya citada STC 94/1985)³³. El producto final es una regulación que quiere reflejar la complejidad del Estado (art. 2 CE y STC 32/1981 y 32/1988), de modo que también son símbolos del Estado las banderas y enseñas reconocidas en los estatutos de autonomía en tanto en cuanto estas constituyen la expresión de la autonomía que la Constitución ampara y de la pluralidad y complejidad del Estado que configura (STC 119/1992, de 18 de septiembre, FJ 1)³⁴.

Por lo que al tratamiento jurídico-penal de los ultrajes a la bandera, antes que a la actual regulación contenida en el artículo 543 CP, al que ya nos hemos referido, debe citarse el artículo 123 del Código penal de 1944 incluido en el capítulo primero (delitos de traición) del título primero (delitos contra la seguridad exterior del Estado) del libro II³⁵, fue modificado en 1967 para añadir «al Estado o su forma política», mediante la modificación operada por la Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código penal y de Ley de enjuiciamiento criminal, se mantuvo hasta el Código penal de 1973, que disponía que «[l]os ultrajes a la nación española o al sentimiento

26.09.1978.

32 «*Gualda*, evidentemente, es castellano, sí, aunque de origen bárbaro y uso no demasiado extendido».

33 Sobre esta temática pueden consultarse diversas obras: Javier MORENO LUZÓN y Xosé M. NÚÑEZ SEIXAS (2017); Óscar ALZAGA VILLAAMIL (1996), pp. 93-94; Rafael ENTRENA CUESTA (1982), pp. 76-87; Pablo LUCAS VERDÚ (1996), pp. 287-294; Ángel GARRORENA MORALES (2005), pp. 1015-1034; Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA (2009), pp. 74-79; José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA (2008), pp. 1-25; Jaume VERNET I LLOBET (2003); y Antonio TRONCOSO REIGADA (2018).

34 Rafael ENTRENA CUESTA (1985): «Artículo 4». En: Fernando GARRIDO FALLA ET AL., *Comentarios a la Constitución*, 2ª ed. Madrid: Ed. Civitas, pp. 72-81.

35 BOE núm. 13, 13.01.1945, p. 439; BOE núm. 86, 11.04.1967, pp. 4776-4789; y BOE núm. 297, 12.12.1973, p. 297.

de su unidad, al Estado o su forma política, así como a sus símbolos y emblemas, se castigarán con la pena de prisión menor, y si tuvieren lugar con publicidad, con la de prisión mayor». Y posteriormente, como también sabemos, la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, y fijar su jerarquía sobre las enseñas autonómicas y locales, dispone en su artículo 10.1 que «los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el artículo cuarto del presente texto, se castigarán conforme a lo dispuesto en las leyes».

2.1. La obligación de utilizar la bandera en los edificios públicos y en actos oficiales

Precisamente la aprobación de la Ley 39/1981, que desarrolla el artículo 4 CE, vino a contrarrestar la ausencia de la bandera española en edificios públicos del País Vasco, Navarra y, en menor medida, en Cataluña. Cabe decir que la citada Ley, que prevé con un alto nivel de detalle su ubicación y precedencia, hace uso de formas gramaticales con sentido imperativo —«será la única que ondee», «se colocará», «se enarbolará»—, de donde se deriva una inequívoca exigencia legal de que la bandera de España ondee todos los días y en los lugares que expresa³⁶.

Precisamente, la STS 2617/1988, de 14 de abril, relativa al incumplimiento por el Ayuntamiento de Bilbao de un requerimiento del Gobierno Civil para que figurase la bandera española junto con la de la comunidad autónoma y la del municipio en el exterior del ayuntamiento puso de relieve que el artículo 4 CE es «efecto y reflejo del contenido del artículo 2 —que proclama «la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles—».

36 La Ley 39/1981 relativos al uso de la bandera: «La bandera de España deberá ondear en el exterior y ocupar el lugar preferente en el interior de todos los edificios y establecimientos de la Administración central, institucional, autonómica, provincial o insular y municipal del Estado» (art. 3.1). «En las comunidades autónomas, cuyos estatutos reconozcan una bandera propia, esta se utilizará juntamente con la bandera de España en todos los edificios públicos civiles del ámbito territorial de aquella, en los términos de lo dispuesto en el artículo sexto de la presente ley.» (art. 4). «Cuando los ayuntamientos y diputaciones o cualesquiera otras corporaciones públicas utilicen sus propias banderas, lo harán junto a la bandera de España en los términos de lo establecido en el artículo siguiente.» (art. 5). «Uno. Cuando se utilice la bandera de España ocupará siempre lugar destacado, visible y de honor. »Dos. Si junto a ella se utilizan otras banderas, la bandera de España ocupará lugar preeminente y de máximo honor y las restantes no podrán tener mayor tamaño. »Se entenderá como lugar preeminente y de máximo honor: »a) Cuando el número de banderas que ondeen juntas sea impar, la posición central. »b) Si el número de banderas que ondeen juntas es par, de las dos posiciones que ocupan el centro, la de la derecha de la presidencia si la hubiere o la izquierda del observador.» (art. 6.1, 6.2).

La sentencia señala, además, que la previsión del artículo 4.2 CE «debería haber bastado para el adecuado uso de la bandera», si bien «las reticencias de unos grupos y la inadecuada utilización de ella como símbolo de la nación por otros, así como las situaciones conflictivas surgidas hizo necesario el desarrollo legislativo de esta materia». Y todo ello en tanto que «los edificios o establecimientos de las administraciones públicas del Estado son lugares en donde se ejerce [...] la soberanía y en ellos se desarrolla la función pública [...], de acuerdo con los valores, principios, derechos y deberes constitucionales que la propia bandera representa, junto con la unidad, independencia, soberanía e integridad territorial del Estado español. Por ello, la utilización de la bandera de España [...] debe serlo diariamente como manifestación, frente a los ciudadanos, de contenido que simboliza y representa» (FJ 2).

Tras esta resolución, la STS 5429/2007, de 24 de julio, con motivo de un recurso de casación promovido por el Gobierno Vasco clarificó si existía o no extemporaneidad en la interposición de la demanda porque «la bandera española llevaba sin ondear en la academia de policía [Arkaute] más de veinte años», lo cual provocaba inseguridad jurídica según el Gobierno Vasco. El TS señaló que la situación de inseguridad jurídica no provenía de la exigencia del cumplimiento de la Ley sino de la situación anterior. Y la STS 6564/2008, de 2 de diciembre, sostuvo que no es necesario un requerimiento previo por incumplimiento de la Ley 39/1981 para acceder a la vía jurisdiccional, debido a que el contenido del recurso era la inactividad permanente en la ejecución de lo prevenido por la Ley (en este caso, por parte de las Juntas Generales de Vizcaya).

Asimismo, la STS 7725/2011, de 17 de noviembre, afirmó la ejecución fraudulenta de una sentencia anterior de la misma Sala, alegando que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la ejecución de los fallos judiciales y, en consecuencia, su presupuesto lógico es la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas declaradas por las mismas, porque en caso contrario «las decisiones judiciales serían meras declaraciones de intenciones». De ahí que la colocación de una placa sustitutiva –con la leyenda «[...] He ahí la bandera, símbolo de esta situación, puesta por quien no desea hacerlo, a la que el viento ondea con ironía»– no solo modificaba la sentencia, sino que pretendía obtener una finalidad contraria a la misma. A raíz de ello, las Juntas Generales de Guipúzcoa dictaron una Resolución (14.01.2011) en la que afirmaban no estar de acuerdo con la obligación de colocar la bandera española por tratarse de una imposición inadmisibles y contraria a los sentimientos de la mayoría de los guipuzcoanos. Tal resolución fue anulada por la STS 2403/2016, de 7 de junio, en que, después de repasar detalladamente la doctrina jurisprudencial en supuestos similares, y de analizar, pa-

ra negarlo, si la misma constituía un acto político, procedió a casar la sentencia recurrida y anular con rotundidad la citada resolución. Dicha doctrina sobre la obligatoriedad de colocar la bandera de España en edificios públicos, concretamente en ayuntamientos, ha sido reiterada, entre otras muchas, por las STSJ del País Vasco 634/2016, de 1 de marzo, y 1931/2015, de 30 de junio³⁷.

2.2. La prohibición de exhibir banderas partidistas en edificios públicos y de utilizar de forma partidista la bandera de España

Ya se ha dicho que las administraciones públicas, como manifestación de que sirven con objetividad los intereses generales deben actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho, servidas por funcionarios públicos, que deben ejercer sus funciones con imparcialidad (art. 103.3 CE). De ahí que en sus edificios solo puedan exhibir la bandera de España y las banderas y enseñas autonómicas, y no otras banderas consideradas no oficiales o incluso partidistas, como la bandera republicana o la «estelada». Ello no obstante, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid 1335/2003, de 15 de diciembre, avaló, como no podía ser de otra manera, la exhibición de la bandera de la Segunda República en un «chiringuito» festivo de Izquierda Unida, anulando un absurdo requerimiento del Ayuntamiento de Torrelozón, en base a que tal uso venía amparado por el derecho a la libertad de expresión e ideológica:

«Por sí misma dicha bandera difícilmente puede incitar a la violencia, el racismo, la xenofobia o cualquier otra forma de discriminación que atente contra la dignidad humana, prohibiciones estas que eran las únicas que se imponían al otorgar la concesión de la instalación de establecimientos destinados a puestos de bebidas en fiestas patronales» (FJ 5).

Cosa distinta es la que se planteó en la STSJ del País Vasco 2932/2014, de 29 de septiembre, sobre la exhibición de la bandera republicana en el Ayuntamiento de San Sebastián, y en la STSJ de Castilla y León 5043/2015, de 29 de octubre, relativa a la exhibición de la bandera republicana en la fachada del Ayuntamiento de Miranda de Ebro. En este último caso, a diferencia de la sentencia de instancia, la Sala interpretó que la normativa permitía considerar la existencia de un número abierto de banderas o un régimen flexible en cuanto a las banderas a ubi-

37 Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA (2016). Puede consultarse en: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/132511/1/Sentencias_del_Tribunal_Supremo_2403_201.pdf [última consulta: 27.12.2018].

car en los ayuntamientos, siguiendo la estela de la referida STSJ del País Vasco 2932/2014, señalando que:

«del artículo 4 de la Constitución y 3.1 de la Ley 39/1981, la bandera republicana no es la bandera oficial del Estado español, por lo que el hecho de que en el exterior del edificio municipal y en una de sus fachadas figure colgada la bandera de la II República, choca con lo dispuesto en dichos preceptos. Y además supone la vulneración del artículo 1.3 de la Constitución, en cuanto a que proclama como forma política del Estado español la monarquía parlamentaria»; que «la Ley de banderas no permite más exhibición que las banderas oficiales citadas, siendo dicha regulación taxativa y consecuencia del principio de neutralidad política que imponen los artículos 103.1 de la CE y 6.1 de la LRBRL».

La sentencia, que condenó al Ayuntamiento de Miranda de Ebro por la pasividad ante el requerimiento de retirar una bandera republicana de un balcón trasero del ayuntamiento, coincidente con el despacho de un concejal, recordó la taxatividad de la norma a la hora de mencionar qué banderas deben ondear en determinados edificios públicos como muestra del principio de neutralidad política. Asimismo, dejaba claro que ello en ningún momento limita el derecho de libertad de expresión, que queda a salvo con el derecho de hacer uso de esa libertad en la sede de su partido o en sus dependencias particulares, pero no en los edificios públicos, pues a estos les es inherente su sentido de organización institucional del Estado, que no puede ser «arbitrada en cada momento y ocasión por quienes ejercen las potestades que les caracterizan, por más que provengan del sufragio o elección popular».

También en relación con la presencia de banderas no constitucionales en edificios e instituciones públicos, la Sentencia del Tribunal Supremo 1841/2016, de 28 de abril, relativa la presencia de banderas «estelades» en espacios y edificios públicos en las distintas zonas electorales catalanas, además de significar, de acuerdo con la conocida jurisprudencia del TC, que las instituciones públicas no gozan del derecho a la libertad de expresión, afirmó que:

«la bandera “estelada” constituye un símbolo de la reivindicación independentista de una parte de los ciudadanos catalanes [...] pero carece de reconocimiento legal válido como símbolo oficial de ninguna Administración territorial» [frente al argumento de los recurrentes de que la colocación de la bandera ilegal había sido aprobada por el Pleno municipal]; [...] el hecho de que los acuerdos en los órganos colegiados se

tomen democráticamente en modo alguno los hace conformes a derecho, sino que precisamente están sujetos al mismo y por ello pueden ser invalidados, sin que la formación democrática de los mismos los sane ni pueda prevalecer sobre el ordenamiento jurídico, que vincula a todos los poderes públicos».

Así, hay que destacar por su relevancia –aunque en otro momento volveremos sobre ello– el deber de neutralidad y objetividad de las administraciones públicas *ex* artículo 103 CE (y artículos 6.2 y 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local), al que también se refieren distintas resoluciones judiciales de órganos inferiores, como la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Pamplona 36/2016, de 1 de marzo, relativa a la presencia de la bandera de la Comunidad Autónoma Vasca en el Ayuntamiento de Pamplona, y la STSJ de Navarra 589/2016, de 21 de abril.

En la primera de estas sentencias, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Pamplona estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto, y declaró en fraude de ley (art. 6.4 del Código civil) la exhibición de la ikurriña en la fachada del Ayuntamiento de Pamplona durante el chupinazo del San Fermín de 2015, y declaró que no cabía acogerse a la excepción prevista legalmente (art. 8.3 de la Ley foral 24/2003, de 4 de abril, de símbolos de Navarra³⁸), esto es, la presencia de las banderas de otras instituciones, concebida para actos de cortesía sobre todo con autoridades de otras comunidades autónomas, teniendo en cuenta que en ese caso los parlamentarios vascos invitados no lo hacían de manera oficial y no representaban a esa comunidad, además de no ostentar la condición de autoridad pública. Dicha resolución trae a colación otras sentencias sobre la aplicación de la legislación estatal (*v. gr.* la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, de 20 de noviembre de 2008, y otra de la misma Sala del 28 de no-

38 «Extraordinariamente, podrá acompañar a las otras citadas banderas, pero nunca colocarse en solitario la representativa de otros países, comunidades autónomas o entidades locales, cuando este sea un acto de cortesía con autoridades de dicho país, comunidad o entidad local invitadas oficialmente por la autoridad competente del territorio anfitrión y durante el período de su visita oficial, o en celebraciones ocasionales de hermanamiento entre entidades locales y por el tiempo de dicha celebración.» El preámbulo de la Ley foral de símbolos recoge que «cuando un pueblo tan consistente históricamente como el navarro se ve, aunque sea en mínima medida, afectado por el rechazo o la descalificación para mantenerse con firmeza como comunidad singular, propia y diferenciada, ve sus símbolos como auténtica representación comunitaria y no puede consentir que se vean menoscabados por la intolerancia de quienes pretenden imponer otros símbolos, de otras identidades contrapuestas, que puedan pretender dar carácter oficial a lo que, en todo caso, solo es una fórmula de alternativa comunitaria posible y no probable.»

viembre de 2013), para afirmar que «[e]l régimen de exhibición de banderas recogido en la norma antes citada es un régimen taxativo: permitido hacer lo expresamente ordenado, está prohibido hacer cosa distinta de ello.»

La STSJ de Navarra 589/2016, de 21 de abril, y en una línea similar a la anterior, hay que tener en cuenta que la sentencia apelada juzgó realizada en fraude de ley una actuación municipal por la colocación de la bandera de la Comunidad Autónoma Vasca en un lugar distinto a la sede del ente local, pues, si bien esta circunstancia no está prohibida expresamente por la norma, contravenía la prohibición implícita en el mandato de esa misma norma:

«[...] El régimen de exhibición de banderas recogido en la norma antes citada [Ley foral 24/2003, de 4 de abril, de símbolos de Navarra] es un régimen taxativo: permitido hacer lo expresamente ordenado está prohibido hacer cosa distinta de ello. Así, colocar una bandera distinta de las mencionadas por la norma en el exterior de la casa consistorial es como mover una ficha “sacada de la manga” en un tablero de juego en el que no se juega la partida, esto es “hacer trampa”, o sea, burlar la ley, incumplir sus mandatos [...] [y] no impide la aplicación de la anterior doctrina el hecho de que la bandera cuestionada haya sido colocada por la asociación code mandada fuera de las dependencias municipales, puesto que las mismas se han colocado en dominio público [...] conociéndose además por el ayuntamiento recurrido, que concedió la licencia para la instalación de los mástiles, el destino de los mismos [...], lo que nos lleva a concluir que dicha actuación no es sino un fraude de ley para evitar la aplicación de la antedicha Ley foral de símbolos [...]».

También el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con la colocación de símbolos independentistas en las fachadas de los ayuntamientos en período electoral (STS 933/2016, de 28 de abril, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima), y confirmó en su totalidad los motivos de un acuerdo anterior de la Junta Electoral Central (JEC). El TS determinó que la neutralidad propia de las administraciones públicas impide el uso partidista de símbolos que solo identifiquen a una parte de la población. En sentido idéntico cabe citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) de 5 de julio de 2018, en la que se prohibía el izado de una bandera «estelada» en un mástil de una plaza pública realizado por el Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès (Sentencia 579/2018, de 5 de julio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta). Para el ayuntamiento recurrente, la valoración jurídica de la JEC no era conforme a derecho, puesto que la bandera estelada no es una bandera partidista porque no co-

responde a ningún partido político y, además, su colocación en el caso enjuiciado no obedecía a una actividad propiamente partidista sino al obligado cumplimiento por parte de cualquier alcalde de los acuerdos adoptados por los plenos de los ayuntamientos que presiden, formados por concejales elegidos democráticamente, en cuyas decisiones se plasma, por consiguiente, la voluntad popular.

Esta sentencia planteaba, por tanto, un elemento novedoso: el posible «plus» de legitimidad democrática de determinadas decisiones adoptadas por los órganos de las instituciones representativas, al que ya nos hemos referido en la parte introductoria de este trabajo. De entrada, tenemos que, según el Tribunal Supremo, como ya antes había puesto de manifiesto la propia JEC en su contestación a la demanda, la afirmación de objetividad y neutralidad de la Administración ha de vincularse necesariamente a los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y a lo previsto en el artículo 103.1 CE, y en el caso de las entidades locales, a lo dispuesto en el análogo artículo 6 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. Para el Tribunal, tal exigencia de neutralidad se agudiza en los períodos electorales, puesto que, como sostuvo el mismo Tribunal en la sentencia de 19 de noviembre de 2014, «el sufragio igualitario para la elección de representantes parlamentarios es [...] uno de los instrumentos legalmente establecidos para hacer efectiva esa igualdad que ha de ser observada en el sufragio». En este contexto, la resolución judicial, en contra de la argumentación de la parte demandante, declara que el adjetivo partidista no puede interpretarse dentro del contexto constitucional y legal aplicable

«[...] como perteneciente a un partido político, sino simplemente como incompatible con el deber de objetividad y neutralidad de los poderes públicos y las administraciones, en la medida en que estos toman partido por una posición parcial, es decir, no ajustada a ese deber de neutralidad o equidistancia, sino alineada con las pretensiones de un grupo de ciudadanos con inevitable exclusión del resto [...] lo relevante no es que la bandera cuestionada pertenezca a un partido, o se identifique con una concreta formación política, sino que no pertenece a —es decir, no se identifica con— la comunidad de ciudadanos que, en su conjunto, y con independencia de mayorías o minorías, constituye jurídicamente el referente territorial de cualquiera de las administraciones o poderes públicos [...]».

Y concluye el Tribunal Supremo:

«siendo notorio que la bandera estelada constituye un símbolo de la reivindicación independentista de una parte de los ciudadanos catalanes

representados por una parte de los partidos políticos, y sistemáticamente empleado por aquellas fuerzas políticas que defienden esa opción independentista, pero carece de reconocimiento legal válido como símbolo oficial de ninguna Administración territorial, resulta obvio que su uso y exhibición por un poder público —en este caso de nivel municipal— solo puede ser calificado de partidista [...]».

Por otra parte, el Alto Tribunal rechaza que la colocación de banderas partidistas en edificios y lugares públicos constituya un acto de «obligado» cumplimiento que se impone a los alcaldes por obedecer a la decisión de un pleno municipal, adoptada con el voto de concejales democráticamente elegidos. Para el TS, el hecho de que los acuerdos en los órganos colegiados se adopten democráticamente en modo alguno los hace conformes a derecho, sino que precisamente están sujetos a él y, por ello, pueden ser invalidados sin que la formación democrática de los mismos los sane ni pueda prevalecer sobre el ordenamiento jurídico, que vincula a todos los poderes públicos.

Finalmente, el TS aduce que el artículo 20.4 CE tiene sus límites en el respeto a los derechos fundamentales, entre ellos el de participación política *ex* artículo 23.1 CE, y desarrollado en la legislación electoral (LOREG), en el sentido del mantenimiento del deber de neutralidad que concierne a los poderes públicos en ese contexto de la participación política mediante elecciones. Además de que, citando al TC, declara que «las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el artículo 20 CE» (por todas, STC 244/2007, de 10 de diciembre; 14/2003, de 28 de enero; 254/1993, de 20 de julio).

2.3. La protección penal y legal de la bandera: los ultrajes

El actual artículo 543 del Código penal (en el capítulo VI, «Los ultrajes a España», del título XXI, «Los delitos contra la Constitución») incrimina los ultrajes a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas efectuados con publicidad³⁹. Según la doctrina, la noción de «ultrajes a la nación, su unidad

39 BOE núm. 281, 24.11.1995. La regulación normativa del delito de ultrajes a la nación, sus emblemas o símbolos tiene su origen en el artículo 2 de la Ley para la represión de los delitos contra la patria y el ejército, de 23 de marzo de 1906. De ella, se pasó a la Ley de seguridad del Estado de 1941 y, posteriormente, al artículo 123 del Código penal de 1944, que lo encuadraba entre los delitos contra la seguridad exterior del Estado y, dentro de estos, los de traición.

o sus símbolos» describe una conducta punible consistente en ajar, injuriar o despreciar a través de palabras⁴⁰, escritos o hechos, mediante publicidad, a la nación española, sus comunidades autónomas o los símbolos o emblemas de una u otras, tales como banderas, himnos o escudos, entre otros⁴¹, lo que incluye, por supuesto las ofensas o ultrajes a las banderas que tienen carácter oficial o representativo del Estado, no cualquier tipo de bandera impresa en papel o plástico o utilizada como mero elemento ornamental o decorativo, o utilizado en manifestaciones⁴². El delito tiene por objeto, al igual que el resto de las figuras delictivas que integran los seis capítulos del citado título XXI, la protección del interés general del Estado en la sumisión a la Constitución, a las leyes, a las autoridades legítimas y el mantenimiento de la paz pública y, en definitiva, a preservación de la organización democrática del Estado⁴³.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha exigido de forma constante la presencia de un dolo específico de ofender o de ultrajar a la nación española. Por ello, esta conducta solo quedaría impune cuando el propósito del autor fuera el ejercicio de la crítica u otro motivo distinto al de ofender. Ahora bien, al tratarse de un delito intencional, se considera que determinadas expresiones o actos pueden ser de tal modo insultantes o agraviantes que el ánimo de injuriar se halle implícito, por lo que no sería necesario acreditar ese ánimo y sí, en cambio, demostrar la posible existencia de ánimos distintos (Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, de 23 de enero de 2002). Ahora bien, no es menos verdad que otras resoluciones no consideraron la presencia de ese *animus inurindi*, por ejemplo, en un caso en el que el Pleno de un ayuntamiento acordó devolver al Ministerio del Interior una bandera española (STS de 28 de abril de 1999); o cuando, tras la quema de la bandera, una persona que lo presenciaba exclamó: «¡Qué mal huele la bandera española!», por no haber intención de que fuera escuchada públicamente (auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, de 9 de febrero de 2006). Sin embargo, la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Pri-

40 La acción típica consiste en «ofender o ultrajar», equiparándose estos verbos, según la doctrina mayoritaria, a injuriar, ajar o despreciar, ya sea mediante la palabra (por ejemplo, mediante gritos proferidos en el curso de una manifestación pública), por escrito (por ejemplo, mediante artículos periodísticos) o mediante hechos (por ejemplo, pisando, quemando una bandera española o de una comunidad autónoma, ante un concurso de personas), siendo indispensable, como ya se ha analizado, que se ejecuten con publicidad, pues en caso contrario la ofensa o ultraje privado está exento de castigo.

41 *Vid.* Abel TÉLLEZ AGUILERA (1994), Miguel JAVALOYES RUÍZ (2016), y Rafael REBOLLO VARGAS (2014).

42 Nerea Esther HERNANZ MONTALVILLO (2016)

43 María Teresa CASTIÑEIRA PALOU (1992).

mera, dictó la Sentencia 77/2018, de 8 de febrero, por la que confirmó la condena de un acusado por delito de ultraje a la bandera que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales, «con intención de menospreciarla, valiéndose de un megáfono y ante la concurrencia allí presente gritó: “¡Aquí tedes o silencio da puta bandeira!” y “Hai que prenderlle lume á puta bandeira”»:

«[...] proferir con un megáfono expresiones tales como [...] son de tal modo ofensivas, que el ánimo de injuriar se encuentra ínsito en ellas (STS de 26 de diciembre de 1996). Además, el hecho se produjo con publicidad, en un acto solemne militar, extramuros del recinto del Arsenal, [...] suma la nota de capacidad de alteración de la normal convivencia ciudadana [...], [de modo que] [c]ualquier intento de exculpar la ofensa a nuestros símbolos nacionales, so pretexto del ejercicio de derechos fundamentales o de ausencia del dolo específico, está abocada al fracaso. Tómese buena nota de que la autoridad y el personal militar, que rendían honores al izado de la bandera nacional, eran por completo ajenos al conflicto laboral [...] y que sufrieron un intenso sentimiento de humillación, proporcional a la gravedad del ultraje.»

Por otra parte, una interpretación del precepto desde la perspectiva del bien jurídico protegido implica que el comportamiento enjuiciado, además, sea verdaderamente lesivo o causante de una dañosidad social innegable y posea un contenido de antijuridicidad material indudable. A estos efectos, cabe recordar que la STS de 7 de febrero de 1981 llegó a dilucidar el encendido de unos cohetes en la fiesta mayor de un pueblo, donde se prendieron fuego a catorce banderas españolas y valencianas que estaban colocadas en palcos y balcones, en los siguientes términos: «el consciente propósito del inculpado de ultrajar y menospreciar a la nación española mediante la destrucción por el fuego del símbolo de tan alto significado».

Ciertamente, hay algunas resoluciones judiciales que han considerado acertadamente que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión es una circunstancia eximente con encaje en el artículo 8.11 del Código penal anterior o en el artículo 20.7 del Código penal vigente («el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo»). De forma que las manifestaciones realizadas de palabra o por escrito estarían amparadas por el derecho a la libertad de expresión, incluso aunque estas fueran vulgares, despectivas o críticas, hallándonos ante una causa de atipicidad de la conducta por falta del componente valorativo del tipo consistente en la lesión del bien jurídico.

Ello, no obstante, como sea que el derecho a la libertad de expresión no es ilimitado, y entre sus límites está el mantenimiento del orden público determinado por la ley, uno de los bienes jurídicos protegidos en los delitos de ultraje, la STS de 7 de febrero de 1990 apreció de forma discutible la existencia de delito en un caso en que los procesados, concejales de un ayuntamiento, habían retirado la bandera española que ondeaba en el ayuntamiento de su ciudad, conjuntamente con las banderas autonómica y local, rompiendo previamente el candado de la puerta:

«[...] los procesados, concejales del ayuntamiento, prevaleciendo de esa condición consiguieron llegar hasta el lugar en que se encontraban [las banderas] [...] todo lo cual revela la existencia de un específico animus iniuriandi, un menosprecio a la bandera, símbolo del Estado español, en los mismos términos que el delito de injuria con el que guarda una relación de afinidad indudable, como expresan las sentencias de esta Sala de 6 de diciembre y 3 de noviembre de 1989 [...] sin que, por otro lado, el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 20 de la Constitución española, precepto invocado por los recurrentes, sea un derecho absoluto capaz de dejar sin efecto el animus iniuriandi, [...] [cuando se traspasan los límites reconocidos a los derechos fundamentales y libertades públicas para ejecutar acciones de descrédito y menosprecio como los realizados a la bandera de España].»

Y en términos similares se expresó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección Tercera, de 29 de julio de 2005:

«[...] cosa distinta sería que sin realizar acciones de las características de la enjuiciada (la quema de una bandera española), se manifesten ideas u opiniones contrarias a la unidad de España, de signo claramente independentista, que tienen amplio amparo legal, siempre que no vayan acompañadas de actos violentos que infrinjan el ordenamiento penal, criterios que tienen acogida en Sentencias AP Valencia, 24-3-99; AP Baleares 15-6-99 y STS 23-12-96 [...]».

Y, cuando menos, como sorprendente puede juzgarse otro criterio jurisprudencial habitual como el de apreciar la existencia del delito cuando se quema la bandera y este hecho es presenciado por varias personas (en público, que no con publicidad, y por ello mismo sin la más mínima trascendencia o relevancia social). En efecto, el TS ha llegado a declarar que «[...] siendo un delito [el de ultraje] de simple actividad [...], se consuma cuando los actos ofensivos

son captados o presenciados por alguna persona ajena» (STS de 26 de junio de 1996). También cuando se ha arriado la bandera para ser arrojada al exterior y ello es observado por dos personas y un agente de policía (SAP Barcelona, Sección Cuarta, de 5 de octubre de 2009); o cuando es presenciado por varias personas por mero azar, o incluso cuando se trata de un «número [de personas] no determinado» (SAP Valencia, Sección Primera, de 24 de marzo de 1999).

En otros casos, no menos llamativos, los tribunales han apreciado que la dinámica comisiva del delito de injurias puede ser «verbal, escrita, real e incluso implícita u omisiva» (Sentencia de la AP de Guipúzcoa, Sección Segunda, de 23 de enero de 2002, siguiendo la ya citada STS de 26 de junio de 1996). Ciertamente, el ultraje puede ser de palabra, por escrito o de hecho, pero no implícito, ni omisivo o de hecho, puesto que, como ya se ha dicho, el *animus iniuriandi* no puede estar implícito. Es decir, si en un acto oficial o en un desfile militar alguno de los asistentes no se levanta al paso de la bandera, no la saluda o no se descubre, ello no puede ser constitutivo de un delito de ultraje: no solamente porque tal gesto carece de la más mínima entidad, sino porque ese comportamiento constituye una forma de ejercer el derecho a la libertad ideológica.

En este contexto, no es de extrañar que el Pleno del Congreso tomara en consideración (aunque luego decayó por el finimiento de la legislatura) una proposición de ley orgánica de reforma de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, para la protección de la libertad de expresión⁴⁴ que planteaba eliminar o rebajar las penas relativas a los delitos contra los sentimientos religiosos, contra la Corona, los ultrajes a los símbolos, las injurias al Gobierno o a los jueces, y el enaltecimiento del terrorismo y los de odio. La proposición de ley parte de constatar que la tipificación de las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas, recogido en el artículo 543 CP «se está aplicando para atacar la libertad de expresión, reprimiendo la crítica contra los símbolos de nuestro país, materializados en la bandera y el himno nacional [...]. Ponerse de acuerdo cientos de personas en un estadio, previo reparto de silbatos a la entrada de un partido de la Copa del Rey de fútbol y en el marco de una protesta ciudadana, no es delito. Silenciar el himno nacional no entraña ataque contra la patria, sino una legítima expresión de la libertad de expresión».

44 BOCG - Congreso de los Diputados, núm. 239-1, 23.03.2018, p. 3; y DSCD, núm. 158, 23.10.2018, p. 7 y ss.

Como se recordará, el TEDH hace tiempo acogió la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano según la cual la quema de la bandera en manifestaciones pacíficas no constituye delito, por tratarse de un acto protegido por la primera enmienda de la Constitución (caso Johnson, 1989), o la que anuló la Flag Protection Act norteamericana (Estados Unidos c. Eichman, 1990), por considerar que la persecución de tales hechos debilitaba la libertad que la bandera representa. El caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España, después de la condena por la Audiencia Nacional a unos jóvenes por quemar unas fotos de los reyes, llevó al Tribunal de Estrasburgo a declarar que el acto reprochado se encuadraba en el ámbito de la crítica política, en este caso «[...] [el] rey como símbolo de la nación española», en concreto una crítica que podía juzgarse de “orden político”, sin rasgo de violencia ni trazos de “discurso de odio”».

Por lo que a la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de las banderas en España y de otras banderas y enseñas se refiere, el artículo 10.1 de la Ley promulgada se limitaba a disponer que los ultrajes a la bandera de España y a las de las comunidades autónomas se castigan conforme a lo dispuesto en las leyes. Con todo, y eso era lo problemático, el artículo 10.2 elevaba a la categoría de delito cualquier infracción de las prescripciones de la Ley, remitiéndose al primitivo artículo 123 CP (que describía el comportamiento típico de una forma muy amplia y diferenciaba entre el tipo agravado y el básico, además de establecer unas significativas penas privativas de libertad por los ultrajes), y al Código de justicia militar.

Además, el artículo 10.3 consideraba que todos los ultrajes y ofensas a la bandera de España se realizan siempre con publicidad, de modo que se establecía una presunción *iuris et de iure* contraria al principio de culpabilidad. Tales disposiciones (núm. 2 y 3 del art. 10) fueron objeto de severas críticas por vulnerar los principios de taxatividad y determinación del ámbito de lo punible⁴⁵ y declaradas inconstitucionales por las STC 118 y 119/1992, de 16 de septiembre⁴⁶. La STC 119/1992 declaró nulo el apartado 2 por entender que implicaba una extensión del artículo 123 CP al incluir conductas que hasta el momento no eran punibles mediante una ley que carecía de rango orgánico (FJ 1)⁴⁷ y la STC 118/1992

45 Dulce María SANTANA VEGA (2009), p. 37; Eduardo CALDERÓN SUSÍN (1982), p. 362; Fernando VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2002), p. 221; y Rafael REBOLLO VARGAS (2014).

46 En la Cuestión 363/1988 se declara la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo tercero del artículo 10, por Sentencia 118/1992, de 16 de septiembre.

47 En la Cuestión 175/1991 se declara la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo segundo del artículo 10, por Sentencia 119/1992, de 18 de septiembre.

(FJ 3), consideró que el hecho de considerar que los ultrajes y ofensas a las banderas fueran cometidos siempre con publicidad, imponía la aplicación automática del tipo agravado de publicidad *ex* artículo 123 *in fine* CP, al descartar que se tratara de una manifestación de las llamadas «leyes penales abiertas o imperfectas», que habría justificado la ausencia de rango de ley orgánica en el marco de una norma considerada instrumental.

Con todo, la sentencia incurría en el error de considerar las banderas como símbolo del Estado cuando, en realidad, lo son de la nación (art. 2 CE). Esta interpretación es la que permite que un español (es decir, una persona perteneciente a la nación y no al aparato organizativo llamado «Estado») se pueda sentir injuriado al ver quemar su bandera. Partiendo de esta consideración, y a la luz de lo dispuesto en el citado artículo 2 CE, que configura la nación española como integrada por nacionalidades y regiones, el ámbito del artículo 123 CP debería haberse extendido a los ultrajes cometidos contra todos los elementos y partes integrantes de la nación, a través de los símbolos que los representan.

3. El himno

3.1. Origen y regulación del himno

La *Marcha Real*—*Marcha Granadera o de Granaderos*—, denominación que recibe el himno nacional de España, declarada marcha de honor en 1770 por Carlos III, y que tuvo una aceptación social lenta e irregular, a lo que contribuyó el hecho de que, «al no tener letra oficial, poseía una escasa capacidad de generar empatía y emoción colectiva»⁴⁸. Ha sido desde entonces el himno de España, con la excepción del Trienio Liberal (1820-1823), la Primera República (1873-1874), en que fue cooficial, y la Segunda República (1931-1939), períodos en los que se adoptó el *Himno de Riego*. El advenimiento de la democracia en 1977 no supuso una modificación del himno nacional ni de su estatus legal. La regulación más precisa, quizás, fue la operada mediante el Real decreto 1560/1997, de 10 de octubre, por el que se regula el himno nacional⁴⁹, coincidiendo con el año de la adquisición plena de los derechos de autor de la armonización realizada por Bartolomé Pérez Casas. Como sea que la Constitución no lo mencionaba y sólo aparecía genéricamente en las ordenanzas militares, siguió vigente la normativa franquista.

48 *Vid.* Xosé M. NÚÑEZ SEIXAS (2018), p. 32.

49 BOE núm. 244, 11.10.1997. Su partitura oficial figura en el anexo del presente Real decreto: Anexo publicado en el BOE núm. 244, 11.10.1997.

A los efectos que aquí interesan, diremos que en el contexto de la denominada «guerra simbólica» de los años ochenta, a la que nos hemos referido al hablar de la bandera, empezaron a producirse también las primeras expresiones públicas de rechazo al himno. Quizás la más notoria tuvo lugar en 1989, cuando varias organizaciones independentistas catalanas protagonizaron un boicot al rey Juan Carlos I y a la *Macha Real* en la inauguración del estadio de Montjuïc en los prolegómenos de los Juegos Olímpicos de Barcelona. También en los últimos años, con motivo de la celebración de algunos acontecimientos deportivos masivos y televisados, el himno ha sido silbado de forma más o menos ostensible cuando concurría la presencia del jefe del Estado, por ejemplo en la final de la Copa del Rey de fútbol de 2009 (Valencia), lo que se reprodujo en mayor o menor medida en 2012 y en 2015. En todos los casos, la interpretación del himno se ejecutó, en su versión completa, al inicio de los encuentros, siguiendo lo establecido en el Real decreto 1560/1997, de 10 de octubre, para «los actos oficiales a los que asista Su Majestad el Rey o Su Majestad la Reina.» (art. 10.3 b).

Más allá de consideraciones que tienen que ver con la cortesía o el decoro, lo cierto es que, desde el punto de vista normativo, el artículo 4 del citado Real decreto, en cuanto a la actitud de respeto de los asistentes a los actos en que sea interpretado el himno, solo refiere a qué el «personal uniformado de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas de seguridad» deberá efectuar el saludo reglamentario. Además, como veremos, ni la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, ni la Ley 19/2017, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, recogen precepto alguno que permita ya no suspender partidos siquiera sancionar silbidos o abucheos al himno, porque, más allá de la exhibición de símbolos o pancartas, solo se prohíbe expresamente «la entonación de cánticos que inciten a la violencia, al terrorismo o a la agresión».

Por su parte, el artículo 237.b del Reglamento general de la Federación Española de Fútbol (RFEF)⁵⁰ determina que el árbitro, antes de comenzar un partido, puede ordenar su suspensión en caso de mal estado del terreno de juego, y en los demás supuestos que se establecen en las disposiciones vigentes. El mismo Reglamento (art. 240.2), recoge cinco causas tasadas por las que un árbitro puede acordar la suspensión de un partido, entre ellos los incidentes de público,⁵¹ de modo que si silbar o

50 Aprobado por la Comisión Delegada de la RFEF, y ratificado por la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes en su sesión de 30 de junio de 2014. Puede consultarse en: <http://www.lnfs.es/Data/Adjuntos/1.3%20RFEF%20%20Reglamento%20General%202014-2015.pdf> [última consulta: 11.12.2018].

51 Tampoco la circular número 7 de la RFEF, de 24 de julio de 2014, reguladora de la organización y desarrollo de la Copa del Rey de 2015, no preveía en ningún caso la suspensión por silbar la *Marcha Real*.

abuchear el himno llegase a calificarse como un incidente de ese tipo, el árbitro podría ponderar la naturaleza y alcance de esos incidentes, procurando siempre agotar los medios para que el encuentro se celebre. Si bien, finalizado el incidente –después de la interpretación del himno–, no parece que pueda haber ninguna razón que aconseje al árbitro suspender el partido, pues nada impide su celebración.

3.2. La respuesta sancionadora en el orden administrativo y jurisdiccional

A raíz de la pitada con que fueron recibidos los reyes de España en el escenario de la final de la Copa de España de Fútbol de 2009, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional, en fecha de 15 de julio de 2009, decidió el archivo de la causa (decisión confirmada por otro auto de 21 de septiembre de 2009, de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta), en la que se afirmaba que los incidentes no fueron «un ejemplo de educación, ni de civismo, pero no por ello encajaban en los preceptos penales denunciados». Sin obviar –razonó el Tribunal– que el comportamiento que hubieron de soportar los monarcas fuera «más que desagradable», añadiendo que nada hay que oponer a que se esté en desacuerdo con determinados símbolos o instituciones del estado y su forma, así como con el régimen fijado en el marco constitucional vigente.

No obstante, hay que añadir que antes había recaído una resolución de signo contrario: la Sentencia 35/2017, de 21 de diciembre, del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, condenó al acusado por los delitos de injurias a la Corona y de ultrajes a España a consecuencia de la publicación en Facebook de un manifiesto en que proponía la pitada al himno de España y al rey en la final de la Copa del Rey de fútbol⁵². En dicha resolución, se considera que dicha conducta no estaba amparada por el derecho a la libertad de expresión y que constituía una vejación a los símbolos de la nación española, como es su himno, y al jefe del Estado, de una manera planificada –no espontánea–, aprovechando la publicidad a través de los medios de comunicación que secundaron el evento deportivo para potenciar el deseo de menospreciar a España, considerando que para reivindicar la independencia de Cataluña es innecesario menospreciar al rey, símbolo de la España constitucional, y procurar su humillación pública. Y no solo eso: la resolución consideró, además, que la acción del acusado pudo suscitar violencia, creando una situación de riesgo para bienes y personas.

⁵² La Sección Tercera ordenó que continuara el presente procedimiento revocando la decisión del Juzgado Central de Instrucción que acordó la inadmisión a trámite de la querrela y que fue confirmada por la Sección Cuarta.

El núcleo del debate aquí estribaba en determinar, una vez más, si el manifiesto venía amparado o no por el derecho a la libertad de expresión y difusión de pensamiento, ideas u opiniones (art. 20 CE). Dejando de lado las injurias al rey, por lo que aquí interesa, la sentencia (FJ 3) entró a enjuiciar el delito de ultraje a España, asumiendo que el acusado había admitido que «la monumental pitada iba dirigida no solo al rey, sino al himno español», y que ni tan siquiera había descartado que tales los hechos «tuvieran un carácter despectivo y despreciativo», amparándose en la libertad ideológica. Para el magistrado, se trataba de «expresiones o actos de tal modo insultantes o agraviantes que el ánimo de injuriar se encuentra ínsito en ellos» (STS 16/3/1989), tenidos «en el concepto general como oprobiosos», añadía que «[e]l ultraje, de palabra o de hecho, a España o a sus símbolos, efectuados con publicidad supone (por todas, STS 7/2/1990) lo mismo que injuria». Para el juez, siendo el bien jurídico protegido la preservación del orden constitucional, la protección a España y sus símbolos es también, como en el caso de la Corona, instrumental, para preservar la convivencia y la paz social pues su ataque, en este caso, tenía un componente subjetivamente pluriofensivo al afectar a todos los españoles que respetan y hacen suyos y propios los símbolos de España.

Con todo, la Sala de lo Penal, Sección Cuarta, de la misma Audiencia Nacional, dictó la Sentencia 14/2018, de 4 de mayo, por la que, estimando un recurso de apelación absolvió al acusado, argumentando, con buen criterio, que alentar a través de las redes sociales a pitar el himno nacional, es un hecho reprochable éticamente o de muy dudoso gusto, pero enmarcado en la libertad de crítica [política], además de no apreciar mensaje ofensivo alguno que implicase menosprecio al rey, sino un intento de que, «de forma impropia y desafortunada, los organizadores evidenciaran su desacuerdo ante la imposibilidad de seguir adelante con los planes independentistas». Resumen de antecedentes y Sentido del fallo.

Así, para la Sala, «se enmarca en la libertad de crítica, «más cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quienes se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (STC 174/2006, de 5 de junio, y 77/2009, de 23 de marzo). Finalmente, invocando la STC 235/2007, de 7 de noviembre, aduce que «la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas y opiniones acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellos que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte de la población».

Por lo que se refiere a los hechos acaecidos en 2015, diremos que la Comisión

Nacional Contra la Violencia en los Espectáculos Deportivos⁵³ incoó por su parte un expediente informativo con el propósito de examinar posibles sanciones a los promotores de silbidos y remitió los hechos a la Fiscalía General del Estado por si fueran constitutivos de delito. A este respecto hay que tener presente que el artículo 2.1.c de la Ley 19/2007 define como «actos o conductas violentas o que incitan a la violencia en el deporte»: «c) La entonación de cánticos que inciten a la violencia, al terrorismo o a la agresión en los recintos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte organizados para acudir a los mismos [...]».

A nuestro parecer, es claro que los espectadores, y por supuesto el rey o las autoridades asistentes quedan fuera del ámbito objetivo de la Ley, delimitado en la persona de los contendientes o rivales deportivos, si bien el artículo 2.2.d, en la definición de «actos racistas, xenófobos o intolerantes en el deporte», extiende el ámbito de protección «a cualquier persona», pero solo en los casos en que «[...] [los] cánticos, sonidos o consignas [...] contengan mensajes vejatorios o intimidatorios, para cualquier persona por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, por la religión, las convicciones, su discapacidad, edad, sexo u orientación sexual, así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución.» De donde se deriva, en buena lógica, que el precepto ha sido concebido pensando en otorgar protección a las probables víctimas del discurso del odio, pues los silbidos al himno se orientan por definición al ejercicio de la crítica política en los términos que han sido definidos por el TEDH y el TC.

Por otra parte, tampoco parece que haya de haber dudas sobre el hecho de que una pitada, por sonora que sea, no desencadena *per se* actos violentos (algo distinto a que algunas personas puedan verse violentadas legítimamente en sus sentimientos), y todavía menos actos de signo terrorista. En nuestra opinión, el problema podría plantearse exclusivamente si en el interior de un recinto deportivo, donde coinciden aficiones distintas, los silbidos fueran percibidos como un gesto masivo de desprecio hacia una entidad deportiva rival o hacia sus seguidores. Pero, en todo caso, el examen de esos hechos debería comportar una ponderación entre los derechos y bienes jurídicos en juego para apreciar o no una intención vejatoria u hostil, entre ellos la libertad de expresión (y otros derechos, valores y principios constitucionales) y el contexto sociopolítico y cultural en que se producen.

53 Real decreto 75/1992, de 31 de enero, sobre la Comisión Nacional contra la Violencia en los Espectáculos Deportivos (BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1992).

En ese sentido, debemos insistir en que el Tribunal de Estrasburgo –y, más recientemente, el Tribunal Constitucional– se ha mostrado reacio a perseguir las actividades enmarcadas en el ejercicio de la crítica política, pese al rechazo social que ello pueda generar, si, con abstracción del reproche ético que merezcan, no presentan un riesgo real de generar actos violentos, es decir, si no hay intención de traducir estas expresiones en violencia física –algo difícil de conseguir, como hemos dicho, mediante un silbido–. Además, la misma jurisprudencia europea ha declarado que los ordenamientos no deben otorgar una protección especial y calificada a sus instituciones más relevantes, sino más bien permitir un mayor grado de crítica hacia estos por tratarse de entes o figuras públicas que deben estar sujetas al cuestionamiento ciudadano en el marco de un Estado democrático. El TEDH ha llegado a afirmar que la legislación penal española sitúa al rey «al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales» (caso Otegui Mondragón c. España, 2011). Esa relevante sentencia puso bien de relieve que los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un cargo político, al que se alude en condición de tal, que para un particular, pues a diferencia del segundo, el primero se expone inevitablemente a un control minucioso de sus hechos y actitudes, por lo que deberá mostrar mayor tolerancia. Además, es precisamente cuando se presentan ideas que hieren, ofenden y se oponen al orden establecido, cuando más preciosa es la libertad de expresión.

V. Una breve reflexión conclusiva

Existe un cierto consenso social, político y doctrinal acerca de que determinados conflictos relacionados con la libertad de expresión no reciben en nuestro ordenamiento jurídico y por parte de la jurisdicción una respuesta satisfactoria, por ejemplo, y significativamente, los examinados en el presente estudio y que están en relación con el denominado ultraje de los símbolos o con la exhibición de símbolos no oficiales, aunque esto último se halla razonablemente disciplinado en la legislación. Ciertamente es que el complejo contexto sociopolítico vivido en España en los últimos tiempos –con la crisis económica, de la representación y del modelo de organización territorial además de los efectos disruptivos de la emergencia de las redes sociales– ha exacerbado determinadas conductas personales y colectivas que plantean poderosas dudas en el marco de un terreno siempre tan labil como el de la libertad ideológica y de expresión, especialmente si no es fácilmente constatable el perjuicio social o cuando entran en juego factores subjetivos –a veces no explícitos– como el ánimo de injuriar.

No obstante, la opción liberal del mundo anglosajón y del propio Tribunal de los Derechos Humanos ha tenido una recepción tardía en nuestra jurisdicción tanto ordinaria como constitucional. La evolución del propio Tribunal Constitucional es paradigmática en este sentido pues se ha demostrado oscilante hasta no hace tanto, contribuyendo a que jueces y tribunales ordinarios hayan resuelto de forma rígida –y peor, contradictoria– supuestos de un contenido materialmente idéntico. En efecto, el Alto Tribunal, siguiendo la mejor jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene estableciendo la necesidad de amparar las opiniones y expresiones que puedan parecer hirientes, aunque se trate de ideas que cuestionan el propio sistema, pues en nuestro sistema democrático no se exige una democracia militante por parte de la ciudadanía. Es decir, todas las opiniones, aun las que aparentemente se orienten a socavar los cimientos del sistema establecido, están amparadas por la libertad de expresión.

Consiguientemente, a nuestro parecer, determinados actos de vejación de las banderas o los intentos de silenciar con silbidos el himno de España, especialmente si se producen en presencia de autoridades públicas, aunque revistan un sesgo impropio, ofensivo e incluso oprobioso, no deberían ser, por lo pronto, merecedoras de reproche penal en muchos casos como los expuestos en este trabajo, pues no dejan de ser reflexiones o manifestaciones de carácter político, y por ello mismo vinculadas a la libertad de expresión e ideológica, que debería interpretarse con un espíritu de tolerancia, especialmente, como se ha dicho, cuando se trata del ejercicio de la crítica en la esfera política, salvo que, en buena lógica, se incite de manera eficiente y directa a la violencia o supongan la difusión de un discurso de odio, es decir, lo que se ha caracterizado doctrinalmente como el riesgo claro e inminente de causar un comportamiento materialmente violento y dañino. Así, salvo estas excepciones, el artículo 543 CP –y sus remedos en vía administrativa, por ejemplo, en el ámbito deportivo– presenta un contenido que puede juzgarse como excesivo, impreciso y altamente complejo en su aplicación, lo que aconsejaría explorar otras posibilidades como las que brinda el derecho deportivo –siempre en supuestos de violencia explícita o al menos de situaciones de riesgo de la misma y no como en la praxis actual– o el llamado *derecho administrativo antidiscriminatorio*. Con lo que no solo parece oportuno operar los cambios legislativos oportunos (para suprimir, por anacrónicos, junto a delitos en cuestión como el de injurias a la Corona y a otras instituciones como el Gobierno, los tribunales, los ejércitos o las fuerzas de seguridad, los denominados delitos de ultraje contra la nación y sus símbolos, entre ellos la bandera o el himno, en base a una afirmación vigorosa de la libertad de expresión y de respeto al pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, elementos sin los cuales, como ha dicho el TEDH, no existe una sociedad democrática genuina. Además de que el

pluralismo democrático y la tolerancia no consienten al Estado censurar, controlar o sancionar de forma desproporcionada e irrazonable la expresión y la defensa de ideas o doctrinas que, incluso planteadas al margen del marco constitucional o contrarias a los deseos de la mayoría, solamente constituyen pensamientos, críticas u opiniones públicas discrepantes.

VI. Bibliografía

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (1996): *Comentario a la Constitución española de 1978*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2ª ed, 2016.

BARCELÓ SERRAMALERA, Mercè (2004): «Les llibertats d'expressió i d'informació: 25 anys de jurisprudència constitucional». *Revista Fundació Rafael Campalans*, núm. 8, 12 pp.

CALDERÓN SUSÍN, Eduardo (1982): «El artículo 10º de la Ley 19/1981». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 17, pp. 361-366.

CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa (1992): «La protección penal de las banderas de las comunidades autónomas. Ultrajes a la bandera y libertad de expresión» [comentario a la STC de 18 de septiembre de 1992]. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 45, pp. 1127-1138.

ENTRENA CUESTA, Rafael (1985): «Artículo 4». En: Fernando GARRIDO FALLA *et al.*, *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed. Madrid: Ed. Civitas.

GARCÍA-PELAYO, Manuel (1991): «Ensayo de una teoría de los símbolos políticos». En *Mitos y símbolos políticos, Obras Completas*. Madrid: T. I.

GARRORENA MORALES, Ángel (2005): «Los símbolos de las comunidades autónomas y la función del Derecho». En Luis AGUIAR DE LUQUE *et al.*, *Constitución, Estado de las autonomías y justicia constitucional. Libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

HERNANZ MONTALVILLO, Nerea Esther (2016): «Los emblemas del Estado y su protección jurídica». Valladolid, Universidad de Valladolid.

HOBBSAWM, Eric y RANGER, Terence (2012): *La invención de la tradición*. Madrid: Crítica.

JAVALOYES RUÍZ, Miguel (2016): «El delito de ultraje a España», Javaloyes Legal.

LUCAS VERDÚ, Pablo (1996): «Artículo 4. Símbolos políticos». En Óscar ALZAGA VILLAAMIL (coord.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. I, pp. 286-294. Madrid: Edersa.

MENÉNDEZ PIDAL DE NAVASCUÉS, Faustino; O'DONNELL, Hugo; y LOLO, Begoña (2000): *Símbolos de España*. Madrid: CEPC, 2.ª ed.

MORENO LUZÓN, Javier y NÚÑEZ SEIXAS, Xosé M. (2017): *Los colores de la patria: símbolos nacionales en la España contemporánea*. Madrid: Tecnos.

NÚÑEZ SEIXAS, Xosé M. (2018): *Suspiros de España. El nacionalismo español 1808-2018*. Madrid: Crítica.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2017): «Espacios públicos y ejercicio de derechos fundamentales en la Ley orgánica para la protección de la seguridad ciudadana». En: Benito ALÁEZ CORRAL (coord.), *Conflictos de derechos fundamentales en el espacio público*, pp. 15-36. Madrid: Marcial Pons.

- (2019): «Libertad de expresión y crítica política en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En el blog *El derecho y el revés*, 21.01.2019. Puede consultarse en: https://presnolinera.wordpress.com/2019/01/21/libertad-de-expresion-y-critica-politica-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos/amp/?__twitter_impression=true [última consulta: 22.01.2019].

REBOLLO VARGAS, Rafael (2014): «Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España». *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, pp. 81-126.

RIDAO MARTÍN, Joan (2016): «Las actuales limitaciones sobre la participación política en el espacio público. Una lectura constitucional de la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana». *Revista Española de Derecho Constitucional* (CEPC), núm. 107, pp. 187-217.

- (2018): «Malos tiempos para la libertad de expresión. Una revisión de la praxis judicial en los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la Corona e incitación al odio». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 75, pp. 10-15.

RUÍZ-RICO RUÍZ, Catalina y RIDAÓ MARTÍN, Joan (2014): «La participación en el espacio público y su problemática constitucional. Breves consideraciones en torno a los “escraches” y a las sentencias sobre el denominado “Asedio al Parlamento de Cataluña”». *Revista de las Cortes Generales*, núm. 91, pp. 45-84.

SANTANA VEGA, Dulce María (2009): «El delito de ultrajes a España y a sus comunidades autónomas: ¿protege algún bien jurídico-penal?». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 99, pp. 35-66.

SMEND, Rudolf (1985): *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: CEC.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José (2008): «Nación y banderas». *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 6, p. 2.

- (2009): «Comentario al artículo 4». En Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y María Emilia CASAS, *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer.

SPERBER, Dan (1988): *El simbolismo en general*. Barcelona: Anthropos Editorial.

STERN, Klaus (1987): «Símbolos y autopresentación del Estado». En *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: CEC.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel (1994): «Los ultrajes a España: visión crítica de un delito». *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1719, pp. 88-89.

TRONCOSO REIGADA, Antonio (2018): «La bandera y la capitalidad». *Revista de Derecho Político*, núm. 103, pp. 29-76.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando (2002): «Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código penal)». *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 23, p. 216-252.

VERNET I LLOBET, Jaume (2003): «Símbolos y fiestas nacionales en España». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, pp. 99-122.

RESUMEN

En los últimos tiempos se han puesto de relieve distintos conflictos en el marco del ejercicio de las libertades del artículo 20 CE, que han determinado una praxis judicial y de policía administrativa y de seguridad entre rigurosa y oscilante, por ejemplo, con motivo de la exhibición o rechazo de símbolos políticos. Esta situación ha propiciado un insólito debate acerca de si determinadas actitudes, incluso ofensivas u oprobiosas, deben ser merecedoras de tan severo reproche como prevé nuestro ordenamiento, tratándose de manifestaciones de carácter político, y por ello mismo vinculadas a la libertad de expresión, que permitirían una mirada más flexible desde el espíritu de tolerancia propio de las sociedades pluralistas excepto en aquellos supuestos en que puedan suponer una incitación directa o inminente a la violencia.

PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión, símbolos políticos, ultrajes, bandera de España, himno nacional.

ABSTRACT

In recent times, different conflicts have been highlighted in the exercise of the freedoms of Article 20 EC, which have determined a judicial and security and administrative police practice between rigorous and oscillating, for example, on the occasion of the exhibition or rejection of political symbols. This situation has led to an unusual debate about whether certain attitudes, even offensive or disgraceful, should be deserving of such a severe reproach as provided for in our legislation, in the case of demonstrations of a political nature, and therefore linked to freedom of expression, which would allow a more flexible view from the spirit of tolerance proper to pluralistic societies except in those cases in which they may suppose a direct or imminent incitement to violence.

KEYWORDS

Freedom of expression, political symbols, outrages, flag of Spain, national anthem.

LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA LOS CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN ECUADOR

Evelin Cedeño Buste

SUMARIO

Introducción

I. Consideraciones básicas en torno a la diversidad de la estructura familiar en el Estado plurinacional e intercultural

1.1. Distintos tipos de familia establecidos por la Constitución Ecuatoriana

1.2. Desigualdad, género y estructuras de poder parentales dentro del ámbito doméstico y en la familia ampliada

II. Dominación y violencia en el sistema de relaciones de género e intrafamiliares

III. El enfoque de género en las normas acerca de la violencia familiar

3.1. La perspectiva de género:

3.2. Disposiciones Normativas: Las prescripciones constitucionales del Art. 81 de la Norma Suprema sobre el juzgamiento por medio de procedimientos especiales y expeditos para los distintos tipos de infracciones contra la seguridad e integridad de grupos vulnerables

3.3. El tratamiento de las lagunas por omisión:

3.4. Las medidas de protección para las víctimas de la violencia intrafamiliar

IV. La ponderación en el otorgamiento de las medidas de protección

- 4.1. La legitimidad de la presunción de lesividad, la determinación pericial sobre el grado de afectación de la integridad física de la víctima y la previsibilidad de los posibles riesgos que la amenazan*
- 4.2. La determinación de la necesidad ineludible de aplicar restricciones y/o cargas que afecten a derechos y libertades del imputado, cuya situación jurídica aún está por resolverse en sentencia*
- 4.3. La regla de proporcionalidad para la ponderación: la equivalencia entre el grado de realización. A mayor grado de protección necesaria para la integridad de la víctima, mayor grado de intervención para la restricción de derechos del imputado*

V. Las soluciones posibles ante los casos difíciles

A manera de conclusión

Referencias bibliográficas

Bibliografía de consulta

Introducción

El fundamento en que se sustenta la convivencia social bajo un régimen constitucional que persigue el “buen vivir o *sumak kawsay*” (su denominación en quichua)¹, tal como lo declara en su Preámbulo la Constitución de la República del Ecuador promulgada el 20 de octubre del 2008 (en adelante será mencionada como CRE), no es otro que el respeto a la dignidad de las personas y las colectividades en todas sus dimensiones. Para entender a cabalidad el significado y alcance que tiene para los derechos y para la justicia tal declaración, empezamos por la comprensión de lo que trae implícito el término de dignidad para las relaciones sociales, cuya fuente la podemos encontrar en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, tras el tormentoso proceso de negociaciones que condujese a su aprobación, el mismo que ilustra precisamente ese carácter crucial que alcanzase la definición de aquella como punto neurálgico.

El filósofo marxista alemán Ernst Bloch, desde las mejores tradiciones de las corrientes de pensamiento humanista en que se sustentan las grandes transformaciones progresistas, apunta que tal concepto de dignidad implica, como punto de partida, la diferencia específicamente humana que nos caracteriza como seres que perseguimos fines individuales y colectivos de manera autónoma, en uso de nuestra libertad para la elección de tales metas así como de los medios a emplear para alcanzarlos². Sin embargo, como lo demuestra la experiencia históri-

1 El artículo 275 CRE al referirse al régimen de desarrollo como conjunto organizado inter sistémicamente, resalta lo siguiente: “...El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza”. Por su parte, según el texto del artículo 340, Título VII de la Constitución de la República del Ecuador: Régimen del Buen Vivir, “...El sistema nacional de inclusión y equidad social es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo”...”El sistema se articulará al Plan Nacional de Desarrollo y al sistema nacional descentralizado de planificación participativa; se guiará por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación; y funcionará bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación”.

2 La concepción marxiana de Bloch se fundamenta en el carácter constitutivamente utopista del ser, de donde colige que <pensar significa traspasar>: “...Sólo con el abandono del concepto concluso-estático del ser aparece en el horizonte la verdadera dimensión de la esperanza. El mundo está, más bien, en una disposición hacia algo, en una latencia de algo, y este algo que se persigue se llama la plenitud del que lo persigue: un mundo que nos sea más adecuado, sin sufrimientos indignos, sin temor, sin alienación de sí, sin la nada. Esta tendencia se halla fluyendo, como lo que tiene precisamente el *novum* ante sí”...”La esencia no es la preteridad; por el contrario, la esencia del mundo está en el frente”. BLOCH Ernst: *El principio esperanza*. Prólogo. Editorial Trotta S.A. Madrid 2004, páginas 42 y 43.

ca, nos vemos constantemente enfrentados a situaciones e inmersos en circunstancias que impiden u obstaculizan poderosamente tal realización, amenazándonos de esa manera con la desaparición de cualquier posibilidad de obtenerla, e incluso con el exterminio mismo de nosotros como sujetos del disfrute de ella, por lo que se hace indispensable protegerla y garantizar su cumplimiento recurriendo a medidas y disposiciones con fuerza obligatoria.

Justamente una de esas dimensiones que conforman normativamente a la dignidad (las otras serían la autonomía ya referida y las condiciones materiales que menciona en su numeral 2 el artículo 66 CRE³) es el de la integridad personal, la cual precisa de una multiplicidad de medidas por parte del Estado para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia, sobretodo la que se ejerce “contra las mujeres, niñas, niños, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad” (artículo 66 numeral 3, literal b de la Constitución). La frágil y delicada cobertura que existe, a todas luces insatisfactoria, torna más dramática aun la situación de estos sectores, alcanzando así la característica de un problema estructural que afecta al modo de convivencia ciudadano, penetrando incluso el entorno íntimo en que se desenvuelve la familia.

En este ámbito, considerado hasta hace muy poco como el tradicional espacio privado tras cuyo velo únicamente se toleraba que el Estado limitase su injerencia a la regulación del patrimonio común y al correspondiente para el ejercicio de la patria potestad, es donde ahora se focaliza la atención sobre aquellas relaciones derivadas de las desigualdades de género que no solo consagran jerarquías de sumisión, sino que incluso pueden llegar a afianzarse mediante el ejercicio sistemático u ocasional de la violencia contra las parejas o los restantes integrantes del núcleo familiar, a través de las distintas manifestaciones de agresión que suelen darse: físicas, psicológicas, emocionales o morales. El derecho a la igualdad para sus integrantes que establece como principio fundamental la disposición contenida en el artículo 67 de la Norma Suprema, se desequilibra y altera con esas prácticas lesivas y dañosas, que conducen a convertir la familia en una especie de servidumbre cuyo sustento es el amedrentamiento mediante el terror, y, a las relaciones que la fundamentan en un ejercicio ilegítimo de la fuerza como instrumento para el sometimiento y la dominación.

3Artículo 66 CRE: “Se reconoce y garantizará a las personas:”... “2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”.

La disposición constitucional del artículo 81⁴, dirigida al legislador para que formule procedimientos especiales y expeditos destinados a juzgar y sancionar los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades requieran mayor protección, se ha visto parcialmente cumplida: El texto del Código Orgánico Integral Penal, vigente a partir del año 2014, incluyó en su articulado un procedimiento contravencional aplicable únicamente para aquellos casos de agresiones físicas perpetradas contra alguno o algunos de los integrantes del núcleo familiar, producto de las cuales se provoquen lesiones que afecten a la(s) víctima(s) con hasta tres días de incapacidad; sancionando a sus autores con una pena privativa de libertad de entre siete y treinta días, y con una multa equivalente al veinticinco por ciento de la remuneración básica.

Dentro de ese procedimiento contravencional bajo el cual el legislador ha confinado el derecho de protección a la integridad personal, y el procedimiento judicial adecuado para tutelar su eficacia, se contemplan un conjunto de medidas de protección destinadas a garantizar un adecuado amparo para las víctimas de agresión desde el momento mismo de admitir a trámite la denuncia, o al instante de conocer el informe sobre la flagrancia. Ante esta circunstancia, mi atención derivó precisamente a determinar la oportunidad y la legitimidad de tales medidas, así como la eficacia de su accionar, tomando en consideración simultáneamente al principio constitucional de proporcionalidad entre los fines perseguidos y las disposiciones referentes a las mismas, por un lado, y al tratamiento como inocente que corresponde al imputado, por el otro, para garantizar cabalmente la no afectación al debido proceso, lo cual implica que las restricciones impuestas como medida de protección no alcancen el carácter de una sanción anticipándose al juicio que corresponde emitir al momento de la sentencia.

Ante la omisión legislativa de garantizar la adecuación de las normas a los derechos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que le impone a la Asamblea Nacional el artículo 84 CRE, y la vinculación que impone el artículo 426 a los jueces para su aplicación de oficio

4 Artículo 81 CRE: “La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas de acuerdo con la ley”.

mediante el principio *iura novit curia*⁵, resulta indispensable tomar en consideración el uso de la técnica de la ponderación para los casos difíciles, reconocida mediante línea jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional.

La ponderación es una técnica a la que se debe recurrir para encontrar soluciones en los llamados casos difíciles, cuando las reglas contenidas en la norma no son precisas; cuando existen lagunas en su formulación; o, cuando se produjeran antinomias que pudiesen afectar a los principios en que se sustenta la norma, desembocando en afectaciones injustificadas del contenido de los derechos por su excesiva lesividad.

El análisis temático cuyo abordaje debía hacer, conducía necesariamente al estudio del fundamento doctrinario de la ponderación contenido en la teoría y en los casos de aplicación jurisprudencial, los cuales han permitido consagrar como sus principios de aplicación a los de idoneidad, de necesidad, y al de proporcionalidad en sentido estricto para obtener, a partir de este último, una fórmula óptima en la asignación del peso adecuado a cada uno de los preceptos opuestos en la adopción de las medidas de protección.

En dependencia de lo establecido acerca del planteamiento referente al objetivo general planteado -el empleo de la ponderación para obtener un tratamiento proporcionado entre el aseguramiento de la protección adecuada para la víctima y la preservación del contenido que implica el tratamiento como inocente para el imputado-, esta investigación me condujo hacia los siguientes resultados específicos:

1. El diseño de un conjunto de casos tipo que toman en consideración tanto el principio de mayor precautelación de la integridad física, psicológica, moral y emocional de las víctimas, cuanto el principio de favorabilidad para los imputados que pertenezcan a categorías de personas en situación de atención prioritaria, para concluir en el planteamiento de dar una menor intensidad a las medidas dispuestas con la finalidad de atenuar la afectación de los derechos especiales que estos tienen asignados.

2. La formulación de algunas posibles soluciones aplicables para las medidas

⁵ Artículo 426 CRE: "...Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las contenidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente".

de protección y de aseguramiento que considero mayormente pertinentes con los objetivos planteados por la Constitución y que han sido omitidas por el legislador.

Para abordar el presente estudio he recurrido a un enfoque garantista integral propio del Nuevo Constitucionalismo, el mismo que se basa en la concepción de una justicia intercultural equitativa, lo cual me facilitó enfrentar de una manera innovadora y diferente el tratamiento con el que se debería abordar la problemática de la desigualdad de género y a sus consecuencias, en particular al tratamiento de la violencia intrafamiliar, para lo que debí recurrir al análisis doctrinal comparativo de intervenciones jurisdiccionales sustentadas en principios procesales que, a mi manera de ver, contribuyen pro-activamente con el objetivo social de construir una forma de convivencia ciudadana en diversidad y armonía con la naturaleza.

I. Consideraciones básicas en torno a la diversidad de la estructura familiar en el Estado plurinacional e intercultural

1.1. Distintos tipos de familia establecidos por la Constitución Ecuatoriana

La Constitución ecuatoriana vigente, aprobada mediante el novedoso procedimiento de Referéndum acerca de su texto que se celebrase el 28 de septiembre del 2008, se fundamenta en la construcción de “*una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak Kawsay*” (Preámbulo). Cabe resaltar en esta formulación el elemento de la **diversidad**, el cual implica un reconocimiento pleno a la existencia de variadas formas económicas, culturales, de género, etcétera, que adoptan en su vida social los seres humanos, tanto para relacionarse en el ámbito societal y comunitario, como en el de los vínculos familiares.

Como señalan Ignasi de Bofarull y Montserrat Gas en su estudio sobre el entorno familiar y la violencia “...la familia es un grupo social primario que define las formas estables y básicas en las que una sociedad perfila las relaciones básicas entre los sexos, entre padres e hijos (prohibición del incesto y reconocimiento de los hijos) y entre generaciones, es decir, en las relaciones de procreación e inculturación, de transmisión de formas de vida y de valores entre las distintas generaciones”⁶. De nuestra parte cabría tan solo hacer una precisión a esta defi-

6 Ignasi de Bofarull y Montserrat Gas: “El núcleo familiar como entorno de fenómenos violentos”. En:

nición –bastante certera por lo demás– en lo que atañe a la función social de la familia. Dicho añadido hace referencia al carácter históricamente variable de esta forma primaria de agrupamiento y a su diversidad sociocultural desde el punto de vista etnográfico.

A partir de esta observación, nos es posible hacer extensivo a la familia el principio de la diversidad constitutiva de nuestra realidad a la cual hace referencia en su texto el citado Preámbulo de la norma suprema, del mismo que podemos extraer las respectivas consecuencias jurídicas, como ser por ejemplo: el respeto a las tradiciones preservadas que establecen los vínculos matrimoniales en las comunidades indígenas, con lo cual se refuerzan también las identidades primarias y las respectivas formas colectivas de su organización social.

Otro aspecto a considerar es que en nuestro medio la familia suele ser también una forma bastante común de organización de la producción, encontrándose reconocida como tal de manera expresa, junto a otras, en el texto del artículo 319 CRE; circunstancia ante la cual cabría que tomemos en consideración junto a las relaciones básicas con que ella se estructura, a otras adicionales que pueden encontrarse presentes en su funcionamiento, como ser las de índole económica que se dan en los negocios familiares, e incluso para el caso de auxiliares domésticos, relaciones de carácter laboral, reguladas por la ley. Tal circunstancia amplía considerablemente el ámbito de los derechos involucrados dentro de la relación familiar, demandando asimismo una tutela particular sobre ellos motivada en las situaciones de dependencia adicional que acarrear frente a la autoridad paterna, así como ante el riesgo de abuso y arbitrariedad que pudiese conllevar el ejercicio sin freno de aquella.

Para el caso que nos ocupa, la referencia mencionada de nuestra Carta Fundamental nos lleva a considerar la existencia de distintos tipos de familia, entendiéndolos como tales en primer lugar, a los que son característicos para la plurinacionalidad con que se configura el Estado ecuatoriano. Efectivamente, las formas de vincularse en torno a esta relación básica varían entre las diversas nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador, reconociéndose entre las fundamentales o más típicas a la familia ampliada comunitaria que predomina en la región interandina y al matrimonio poligámico en los pueblos amazónicos, particularmente dentro de la nacionalidad shuar. El principio a considerar para estos casos es

el de la igualdad no discriminatoria previsto en el numeral 2 del artículo 11 de la CRE y el de equidad con miras a salvaguardar este elemento considerado como básico para la preservación de la identidad de los pueblos indígenas, conforme lo establece el Art. 57 CRE en sus numerales 1 y 9, ya que las formas que adopta el mismo responden a sus tradiciones ancestrales con las que se refuerzan los vínculos comunitarios que dan forma a su organización social específica.

De otra parte, entre los derechos de libertad que consagra el capítulo sexto título Segundo de la Norma Suprema se establece el reconocimiento por el Art. 67 de la familia en sus diversos tipos, sujeta a protección como núcleo fundamental de la sociedad y a garantías para favorecer la consecución de sus fines. De acuerdo a esta prescripción es necesario considerar las variadas situaciones que configuran las tipologías respectivas que podemos enunciar de las siguientes maneras:

1. Familia nuclear básica tradicional (matrimonio hombre-mujer y descendientes).
2. Familia nuclear en unión libre heterosexual (hombre-mujer y descendientes).
3. Familia monoparental (madre o padre y descendientes).
4. Familia reconstituida por ausencia de uno o de ambos padres (nueva pareja, ascendientes o colaterales a cargo de descendientes)
5. Familias homoparentales en unión libre privadas del derecho a la adopción de acuerdo a la disposición del inciso segundo Art. 68 CRE.
6. Familias homoparentales en unión libre con descendencia biológica, asistida o no⁷.
7. Familia ampliada con relaciones económicas basadas en actividades productivas compartidas, yuxtapuestas con las parentales.

Cabe señalar de paso que, conforme al invocado principio constitucional de la igualdad no discriminatoria resulta insostenible la exclusión de la institución

⁷ La sentencia No. 184-18-SEP de la Corte Constitucional, luego de destacar el derecho de las personas a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva así como a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener conforme a las disposiciones del artículo 66 CRE numerales 9 y 10, dedujo en consecuencia que de las mismas "...se desprende la facultad que tienen las personas y familias de emplear técnicas de reproducción asistida a fin de tener hijos biológicos, hecho que refleja un fin constitucionalmente legítimo". Siguiendo esa misma línea argumental la Corte dejó establecido que "...el derecho a la igualdad y no discriminación es un elemento constitutivo del reconocimiento de las familias en sus diversos tipos, principio que permite entender que tanto núcleos homoparentales como nucleares-tradicionales poseen la misma capacidad y facultad de formar hogares con hijos y en tanto procuren su interés superior, les asiste toda la protección constitucional consagrada por el constituyente ecuatoriano en nuestra norma superior".

matrimonial para las parejas homoparentales (matrimonio libre sin consideración a la orientación sexual del contrayente), así como la privación del derecho de adopción por cuanto vulneran flagrantemente el mandato contenido en el mencionado artículo que concreta el valor fundante de la diversidad consagrada a través de la disposición que consta en el Preámbulo.

Otro de los elementos que configura una laguna axiológica en las disposiciones es el hecho de que al referirse a las uniones libres se condicione a que tengan carácter estable y monogámico para poder acceder a similares derechos y obligaciones que los previstos para el matrimonio, lo cual puede acaecer una vez transcurrido el lapso que señala la ley para considerarse como cumplida la condición, por lo que tan solo entonces se pueda considerarlas cabalmente como tales. El tiempo comprobado de duración exigible como vínculo de legitimación para la relación, las condiciones de individuación y apareamiento que debe cumplir el nexo sexual sobre la que se fundamenta y las circunstancias homogeneizadas que ello conlleva como presupuesto implícito, conforman auténticos requisitos adicionales de contenido distintivo para la unión libre en comparación con el matrimonio, al ser considerados como exigibles previamente a permitirle un acceso igualitario a la pareja sobre el conjunto de derechos comunes y universales que configuran la relación marital.

El resultado producido consiste en un considerable menoscabo, e incluso anulación, para el reconocimiento, goce o ejercicio de alguno de los derechos-garantía de libertad relacionados con la vida familiar –entre los que se cuenta el de una vida libre de violencia–. Contrariase de tal manera lo expresado para la aplicación de los mismos conforme a los principios fundamentales enunciados en el capítulo primero del mismo Título que se refieren precisamente a la igualdad no discriminatoria, sin aceptar ningún tipo de distingos. Además, como ya dejamos señalado, la monogamia no es la única práctica de relación sexual consentida existente en el Ecuador plurinacional, por lo que tal disposición podría ser interpretada como la imposición obligatoria de una única forma aceptada para las relaciones matrimoniales y para el ejercicio de los derechos familiares y comunitarios correlacionados en el ámbito que les corresponde a los pueblos y nacionalidades indígenas, cuyo estatuto identitario y organizacional trasciende los límites normativos del Estado.

En cuanto a la protección de los derechos de las personas integrantes de la familia, el Art. 69 CRE establece un conjunto de disposiciones entre las que destacan la responsabilidad compartida en la crianza y desarrollo integral de los hijos, la formación del patrimonio familiar inembargable de conformidad con la ley, la

igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración del mismo, la protección estatal para el ejercicio de las obligaciones de los padres de familia y la atención especial a las familias disgregadas, la igualdad de derechos de los hijos y el acceso a la inscripción del nacimiento. Elemento básico para el desarrollo de este trabajo es el que contiene el texto del Art. 70 *ibíd.* por el cual se compromete al Estado a formular y ejecutar políticas para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres incorporando el enfoque de género en planes y programas a desarrollarse.

1.2. Desigualdad, género y estructuras de poder parentales dentro del ámbito doméstico y en la familia ampliada

Conforme a lo manifestado y acorde con una tradición consagrada a través de las disposiciones legales modernas (códigos civiles y leyes relacionadas), la familia se configura como una institución socio-jurídica sujeta a reglas contractuales conmutativas por las que se expresan obligaciones mutuas y derechos a cargo de sus titulares. Queda para lo que se considera como dominio íntimo de las personas el vínculo sentimental mediante el cual se relacionan, sujeto exclusivamente a reglas psicológicas y a un control ejercido por la moral privada, cuyas disposiciones –pese a que se las estima voluntarias–, se considera que son de obligatorio cumplimiento cuando menos hasta que concluya por causa natural o decisión judicial el vínculo formal. Basados en un código social implícito que consagra medidas desiguales para la vida y la actividad de hombres y mujeres –claramente favorable para la consolidación de una estructura patriarcal sustentada en comportamientos machistas y discriminatorios– dichos estándares pueden sin embargo, ser alterados en su formulación por medio de disposiciones legales y acciones administrativas, lo cual no implica necesariamente que se afecten los patrones por los que se rige el mencionado código de la desigualdad.

Es a partir de la consagración social de este código como se explica la conversión de los aspectos biológicos derivados de la diferencia sexual (dismorfismo sexual) en roles que asignan comportamientos distintos para hombres y mujeres⁸. Al omitir el carácter histórico de este proceso suele presentárselo cual si se

8 “...Cada sexo es diferente –como cuerpo sexuado y en su funcionamiento– pero la mayoría de las <calidades sexuales> atribuidas desde la masculinidad o feminidad son construcciones sociales y no calidades naturales y/o universales de cada sexo”. Alberta Durán Gondar; “Concepciones que legitiman y ocultan la violencia familiar”. En: DIAZ TENORIO Mareelen *et al.* *Violencia familiar en Cuba. Estudios, realidades y desafíos sociales*. Editorial CENESEX, Centro Félix Varela. Publicaciones Acuario. La Habana 2011, página 127.

tratase de una situación natural, es decir, inmutable y dada para siempre, con las respectivas consecuencias que ello trae: su sacralización y sanción como hábito incuestionable al que debe sujetarse la vida social. La subordinación de la mujer deriva así en una cuestión cultural que remite a una clasificación social entre dos géneros, masculino y femenino: "...El sistema de género se caracteriza por su polaridad, es un potente mecanismo que nos hace concebir infinidad de aspectos en términos de masculino y/o femenino siempre en base a la oposición, de manera que mujeres y hombres están sujetos no solo a definiciones diferentes, sino generalmente opuestas"⁹. Destaquemos por otro lado que esa relación no es estática como ya lo hemos señalado, sino que por el contrario, está sujeta a constantes cambios en dependencia del medio social y de las condiciones históricas en que se produce, y, por supuesto, responde a las circunstancias particulares que adopte dicha relación entre las parejas.

Sin entrar a mayores consideraciones sobre el tema -que nos conducirían únicamente a la descalificación de una posición absolutizando la otra, recurriendo artificiosamente para ello a todo tipo de disquisiciones metafísicas acerca de la naturaleza de los seres humanos-, ocupémonos mejor de los aspectos jurídicos atinentes al mismo. Recurramos para ello a la distinción con claras consecuencias jurídicas entre estos dos conceptos que la Corte Constitucional colombiana dejase establecido en sentencia C-371 del 2000: "*...La corte entiende que los términos sexo y género no son sinónimos. Cuando se habla del sexo, se hace énfasis en la condición biológica que distingue a los hombres de las mujeres, mientras que el género hace referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles*". Así planteados los términos, a partir de estas definiciones básicas se pueden enfocar todos aquellos aspectos que permiten diferenciar entre los derechos que pueden ser entendidos de conformidad con la condición específica del respectivo sujeto como medidas afirmativas de equidad (ej. las garantías para las mujeres embarazadas) y, los que conllevarían a un trato distinto de carácter discriminatorio basado en el rol de género asignado socialmente para las mujeres.

Los roles de género constituyen así estereotipos básicos a los cuales deben sujetarse sus portadores en el desempeño de las actividades sociales y en la estructura de la familia. En ambos espacios se ajustan en su interacción a una jerarquía de poder prefigurada: por un lado, un máximo de atributos sociales reconocidos y asignados al hombre a partir de su sexualidad, frente a un mínimo de es-

9 Eburne Aranguren Vigo: "Cultura y violencia de género. Una visión desde la investigación para la paz". En: *Manual de lucha contra la violencia de género*. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2010, página 99.

tos atribuidos a la mujer a partir de la función natural de la reproducción que le corresponde a la sexualidad femenina, dentro de los cuales se incluyen la responsabilidad primordial que les otorga la sociedad para el cuidado y la crianza de los hijos.

Nos enfrentamos así a una asimetría en los roles que se expresa como una relación de dominación/subordinación dentro de los ámbitos señalados, reforzada por la específica división general del trabajo que opone a saber y dirección con dependencia y ejecución, la cual genera la respectiva estructura socio-clasista de la sociedad capitalista cuyo ordenamiento persigue obtener la más alta tasa de ganancia para el capital, aprovechándose para ello de todo tipo de estructuras diferenciadas presentes en el sistema social que le permitan obtener un excedente adicional, proveniente –en el caso de las diferencias de género– del establecimiento de escalas de remuneración inferiores para el trabajo femenino en el desempeño de similares actividades productivas a las realizadas por los hombres; situación esta que se ve agravada más aun en el caso de las mujeres enfrentadas a lo que se conoce como riesgo múltiple por motivos de pertenencia étnica (indígenas, afro ecuatorianas y montubias), orientación sexual diferente (lesbianas, transexuales, bisexuales), ocupación (prostitutas, nudistas), o por su estatus socio-económico (proletarias, desocupadas y sub-proletarias en rangos de pobreza extrema).

La familia contemporánea lleva inexorablemente en su interior el sello de esta relación imperante, reproduciéndola constantemente de múltiples maneras. Bien a través de la asignación inequitativa de tareas, o bien por medio de la desigual distribución de cargas, así como por la ubicación preferencial de sitaliales y por la preferencia con que se dan las menciones y estímulos para el desempeño de las funciones correspondientes, siguiendo un modelo trasladado desde las relaciones sociales. Ante los avances que el feminismo ha obtenido en cuanto a un cierto reconocimiento público para el innegable aporte que brindan las mujeres al desarrollo se mantiene, gracias al velo de la privacidad, la esfera de un poder circunscrito al estrecho ámbito familiar, donde prima descarnadamente y en numerosas ocasiones de manera violenta, este poder de género¹⁰.

10 “...La intensidad y significación de los vínculos afectivos entre miembros de una familia imprimen una particularidad a este grupo humano. Sus dinámicas relacionales se producen por lo general, a través de la comunicación cara a cara. Con frecuencia se establecen alianzas, coaliciones, roles, jerarquías y límites a través de los cuales se evidencian afectos positivos y consensos, pero también relaciones de poder y desigualdades –reales o simbólicas– que cristalizan en vínculos de dominación-dependencia. De manera que en los grupos familiares coexisten relaciones diversas y contradictorias, que varían por la ocurrencia de determinados eventos y de acuerdo a espacios de poder que recrean mandatos de género, generacionales, económicos y raciales, entre otros. Estas dinámicas conforman normas de funcionamiento

Estamos pues, en presencia de un “comportamiento femenino” asignado socialmente -al cual se considera le corresponden obligaciones adicionales deducidas del mismo- colocado bajo vigilancia masculina y observación de la sociedad; sujeto incluso a prevención mediante restricciones y prohibiciones (cuando no directamente a un “castigo”) impuestas por la tutela de un poder consagrado dentro de la misma estructura familiar, a cuyo cargo se encuentran los padres o los cónyuges y parejas, el cual puede recurrir de manera ocasional a la violencia o desencadenarla sistemáticamente como intimidación o como sanción.

Queda aún pendiente de afrontar un problema cuya resolución es indispensable para definir el ámbito jurisdiccional tutelador correspondiente: se trata de la delimitación en torno a la composición que presenta la familia en su diversidad. Para determinar quiénes pueden ser considerados como sus integrantes, en el Estado constitucional cabe que recurramos a la asignación de obligaciones, deberes y derechos que formula la norma suprema para sus integrantes. Así, el nexo que une actual o anteriormente a dos personas bajo una relación afectivo-sexual constituye el núcleo central de la familia junto con la descendencia que hubiesen tenido, generándose en consecuencia un conjunto de deberes y derechos recíprocos entre padres, madres e hijos.

Pero en torno a ese núcleo pueden además agruparse en el hogar -de manera provisional, temporal o indefinidamente- otras personas obedeciendo a distintas circunstancias, entre las cuales se puede considerar incluso las relaciones productivas compartidas como ya expresamos. Nos referimos en concreto a: ascendientes, colaterales o descendientes de uno de los integrantes de la pareja o de ambos, e incluso a los asistentes domésticos. Es por eso que en términos jurídicos sea posible hablar estrictamente, y con mayor propiedad, de **violencia doméstica** como una práctica que puede presentarse entre los integrantes del hogar común – tradicional o disfuncional– donde se cohabita o comparte actividades, o incluso entre sus ex integrantes y partícipes de las obligaciones derivadas; hecho ante el cual se hace posible e indispensable conocer y resolver sobre estos casos a la juzgadora en ejercicio de su rol tutelador de los derechos de libertad, particularmente si la agresión estuviese dirigida contra alguno de los integrantes actuales o pasados del hogar (*domus*) que forme parte de cualquiera de las categorías expresamente definidas por el artículo 66 CRE numeral 3, en su literal b): mujeres, ni-

to familiar que se modifican y reproducen, complejizando el escenario para identificar conductas violentas”. Yohanka Valdés Jiménez; “Socialización de la violencia en las familias: apuntes teóricos”. En: DIAZ TENORIO Mareelen et al. *Violencia familiar en Cuba. Estudios, realidades y desafíos sociales*. Editorial CENESEX, Centro Félix Varela. Publicaciones Acuario. La Habana 2011, páginas 28-29.

ñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, o, contra toda persona de entre aquellos que se encuentre en situación de desventaja (como sería el caso de la dependencia o subordinación a la que están sometidos los empleados domésticos) o de vulnerabilidad.

II. Dominación y violencia en el sistema de relaciones de género e intrafamiliares

El fenómeno de la violencia en la vida social ha merecido siempre particular atención por distintas disciplinas y su empleo por agrupaciones y estratos especializados y entrenados en su uso -de manera metódica o eventual- para alcanzar determinados fines de amedrentamiento o sometimiento, ha dado pábulo a innumerables justificaciones de carácter teológico o antropológico. En este modelo “bélico” que remonta a los precedentes de la filosofía clásica griega donde los guerreros ocupan un lugar destacado en la organización y el mantenimiento de la *polis*, mantiene su vigencia durante el medioevo europeo y el Renacimiento, mereciendo sesudos estudios acerca de este “*bellum arte*” (arte bélico) por parte de pensadores como Maquiavelo y Hobbes, e incluso de religiosos como Francisco de Vitoria. A partir de las reflexiones del último de los nombrados acerca de la justa causa de los conflictos, Hugo Grocio construirá una serie de preceptos que darán origen al derecho humanitario por el que deberán regirse las confrontaciones. Se da inicio así al trayecto que en el Estado moderno tiende a juridificar el empleo de la violencia con el imperio de normas que regulan su uso por las autoridades y el control sobre las actividades militares en los conflictos bélicos. En el ámbito de lo público entonces, ese fenómeno se convierte en política de un poder sujeto a controles y a responsabilidad por su uso legítimo.

Sin embargo, a la par que se proscribe el uso de la violencia en ese espacio eminentemente estatalizado, el espacio privado de la familia -concebido y tratado como núcleo del dominio privado y sede de la mayor intimidad- permanece al margen de esa proscripción para los métodos de la violencia en las relaciones interhumanas. Consideradas aun hasta mediados del siglo XX como incapaces relativas y sujetas a tutela patriarcal, las mujeres permanecen sometidas a un riguroso sistema de controles y de castigos semejantes a los que se reservaban a los menores y a sectores sociales considerados como inferiores. Los cambios ocurridos en los derechos tras la segunda guerra mundial y la institucionalización del derecho internacional de derechos humanos van a ir penetrando en ese hasta entonces territorio ignoto, donde campeaba a sus anchas un poder arbitrario, dan-

do paso a una protección que abarca no solo a la familia como institución básica, sino también para cada uno sus integrantes, considerados como sujetos iguales en derechos.

Concentremos ahora nuestra atención hacia las distintas teorías que pretenden explicar y atender al fenómeno injustificable de la violencia intrafamiliar bajo cualquiera de las formas que adopta: física, psicológica, sexual y económica o ambiental (cabe dejar sentado aquí que aun cuando la constitución dispone en su artículo 66, numeral 3 literal a) que el derecho de las personas a su integridad incluye los ámbitos físico, psicológico, moral y sexual, la legislación vigente no recoge sino parcialmente y de manera fragmentada o dispersa, la garantía jurisdiccional para la protección de ese derecho en la esfera de la familia). Al efecto agrupemos las principales orientaciones causalísticas acompañadas de las soluciones que proponen para el tratamiento del tema y, lógicamente, sus implicaciones jurídicas.

1. Concepciones deterministas de carácter natural: En cualquiera de sus dos vertientes –la biologicista que pone el acento en la influencia genética y la etológica que lo hace sobre el desenfreno de los instintos agresivos que se consideran propios de la animalidad presente en el ser humano- estas concepciones reducen en realidad la compleja sobredeterminación que gravita sobre los comportamientos humanos a factores propios de su índole natural, los cuales pueden indudablemente hacerse presentes e incidir en los mismos, pero de ninguna manera se los podría considerar aisladamente como el origen del fenómeno de la violencia intrafamiliar. A estas concepciones las acompaña casi siempre una criminalización, bien de una dinastía parental, o bien de grupos considerados como atávicos e incontrolados, con la consecuencia de desarrollar hacia ellos una predisposición a condenarlos sancionándolos con su exclusión, marginamiento o con alguna forma de destierro de la vida social.

Estas soluciones son rayanas con una suerte de higiene social o eugenesia con la que se busca impedir la actividad de esos individuos o grupos apelando a medidas extremas como ser la esterilización forzosa, la reclusión total, o, el internamiento en campos de aislamiento o en nosocomios especiales para los integrantes de aquellos grupos estigmatizados. En nuestro medio ese riesgo de aplicación de tales soluciones se lo corre con la criminalización pública de todo lo relacionado con el tráfico e incluso el consumo de drogas, factor que al estar presente en algunos casos de violencia intrafamiliar donde se encuentren involucrados menores consumidores, conduce a que se los criminalice por partida doble en consideración a calificarlo como contraventor por esa sola razón.

2. Concepciones subjetivistas: Ubicamos en este grupo a las que tienen una raíz sicoanalítica y sostienen con Freud que la pulsión de agresión como afirmación de lo viril proviene de la libido profunda e invariable en respuesta a la necesidad de preeminencia para garantizar la supervivencia, y, a las llamadas conductistas (*behaviorists*) que consideran el empleo de la agresión masculina como el recurso a una especie de *catharsis* o transferencia de responsabilidad al otro por la actuación propia, considerándola por tanto una especie de respuesta desmesurada con la que el agresor enfrenta la frustración que le produce su relación, la cual sería provocada por la baja auto estima que posee. En ambas visiones la función predominante del machismo se da por sentada, encontrando canalización a su cauce mediante el desencadenamiento de la agresividad masculina ante una situación que percibe como amenazante o altamente riesgosa. Desaparece así del ámbito de nuestra percepción la real oposición social de género masculino-femenino, dando como resultado la culpabilización de la mujer por el hecho mismo de serlo y por constituirse en una amenaza voluntaria o involuntaria para la psique dominial del hombre.

La consecuencia en este caso es que, para enfrentar el fenómeno, se ponga énfasis exclusivamente en la necesidad de la resciliencia familiar y de la rehabilitación con tratamientos psicológicos o terapias de comportamiento, dejando a la víctima en un estado de inseguridad y con un fuerte sentimiento de culpabilidad. En los casos jurisdiccionales de violencia intrafamiliar suele ocurrir que, a consecuencia de orientarse el juzgador por estas concepciones al adoptar soluciones, se preste insuficiente atención a la igualdad como principio para la justicia y al mandato de dar una tutela efectiva, imparcial y expedita sobre los derechos a la integridad personal y a una vida familiar libre de violencia. Los disvalores como la violencia en las relaciones familiares para asegurar la dominación, requieren enfrentarlos no sólo con medidas restaurativas ante los actos lesivos, sino también con sanciones efectivas, sobre todo cuando estos se los perpetra contra los derechos garantizados a los sectores más vulnerables de la sociedad.

3. Concepciones cognitivistas: son aquellas que asumen la existencia de mecanismos bio-sico-sociales multiculturales que se encuentran íntimamente interrelacionados y conectados a través de dispositivos -individuales y colectivos- adecuables por medio de procesos formativos y correctivos. Uno de esos dispositivos es precisamente, el de las relaciones de subordinación en torno al género como construcción social histórica que encuentra su expresión en la consagración de la coerción y la sanción por la autoridad familiar como castigo por infringir un orden simbólico. Trastocar relaciones de poder tan arraigadas como lo están aquellas, requiere procesos políticos, normativos, formativos, culturales y medidas jurisdiccionales adecuadas para el fin perseguido del régimen de inclu-

sión y equidad que es el Buen Vivir (Sumak Kawsay). Esas soluciones no pueden dejar de lado consecuencias o secuelas que pudiesen derivarse de las situaciones de violencia y que tendrían repercusiones sociales, como sucede con el efecto reflejo de los métodos de agresión instaurados en la vida familiar sobre la conducta futura de los hijos criados en ese ambiente.

Pese a todo ello, no se puede simplemente omitir derechos sustantivos o procesales que amparen a los imputados sometidos al enjuiciamiento de su conducta, sobretodo cuando estos deban enfrentar medidas judiciales destinadas a la protección de la víctima que conlleven algún tipo de restricciones a sus derechos en cualquier medida, o, una merma de sus intereses (*mandamus* o *interdicto*), sin establecer la debida motivación en que se sustenta la aplicación de aquellas. Precisamente ese papel prudencial es el que está llamada a jugar la ponderación durante esa fase preparatoria del enjuiciamiento.

Pasemos ahora a considerar en qué consisten las distintas modalidades de violencia a los que se refiere la Constitución. Previamente tomemos como punto de partida a la definición que sobre el particular nos trae la Convención de Belém do Pará que entrase en vigor el 5 de marzo de 1995, la cual en su artículo 1 establece que: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer 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.” Cabe destacar del texto en mención la tipificación imputable, la cual abarca tanto a la plasmación objetiva del acto como a las actitudes y comportamientos masculinos, asumidos desde una posición social de poder existente en las relaciones de pareja, y considerados en su estrecha relación con las consecuencias lesivas producidas a la mujer.

Mientras tanto la Organización Mundial de la Salud la ha definido de la siguiente manera: “... El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”. Pasemos a continuación a enumerar las diversas modalidades que adopta:

1. Violencia física: Es aquella proveniente de malos tratos que afectan a la integridad corporal de la persona produciéndole toda clase de heridas o fracturas y trastornos en su organismo. A consecuencia de los mismos se produce una afectación en la salud de la víctima que conduce a la inhabilitación temporal de ella y a la necesidad de su rehabilitación.

2. **Violencia psicológica:** Consiste en un conjunto de conductas amenazantes y vejatorias que apuntan a desestabilizar la situación emocional de la víctima y a debilitar su auto estima con la finalidad de obtener su total sometimiento a la voluntad y exigencias del agresor. Aunque de más difícil detección, el daño producido es más duradero y precisa de terapias y tratamientos complejos.

3. **Violencia moral:** El empleo de distintos medios que distorsionen la imagen social que proyecta la víctima para lesionar su dignidad afectándola en su derecho al honor y al buen nombre, es lo que configura a esta acción dañina. Sus consecuencias son de difícil reparación por el carácter difuso de la opinión pública requiriéndose para ello presentar públicamente excusas, disculpas por el agravio y asumir compromisos efectivos sometidos a vigilancia para su cumplimiento, de respetar la integridad de los llamados derechos morales del ser humano. De igual forma deberá considerarse como tal al trato humillante dado a la mujer en la vida familiar de manera constante y sistemática lesionándola en su auto estima.

4. **Violencia sexual:** Incluye toda una gama de actuaciones de orden sexual cometidos contra la voluntad, deseos y planes de la mujer, desde comentarios e insinuaciones hasta la violación. La violencia sexual suele ir acompañada de violencia física o de violencia psicológica. Las amenazas, los celos, las acusaciones de infidelidad e intimidaciones concurren igualmente a la perpetración de esta agresión. Las secuelas pueden ser emocionales y alterar los valores por los que normalmente nos guiamos.

Aunque el texto de la Constitución no la menciona, y tomando en cuenta que en algunas disposiciones de los instrumentos internacionales de los derechos humanos sí se lo hace, debemos señalar otra modalidad de violencia que es la económica o patrimonial. Se configura esta al impedir el control sobre bienes y recursos materiales de la pareja, como suele suceder cuando la mujer es expulsada abruptamente del domicilio compartido y se le impide su ingreso, condenándola de esta suerte a privaciones injustificadas. La consecuencia es el desamparo al que se enfrenta la víctima y el ilegítimo despojo de sus derechos a los bienes comunes.

Apuntemos que la finalidad última que persigue el empleo de cualquiera de las formas reseñadas de violencia en la familia (como en cualquier otra estructura de poder), es la de colocar y mantener bajo control a comportamientos ajenos mediante la intimidación o recurriendo a castigos y a tratos degradantes.

Por ese motivo se va incrementando la tipificación de las figuras que adopta la violencia de género: Muchos países han seguido ya el ejemplo de los Esta-

dos Unidos, donde se creasen leyes sancionando el acoso masculino sistemático (*stalking*) llevado a cabo de manera tan insistente y reiterada que conduzca a una grave alteración en la vida cotidiana de la mujer (conforme contempla la jurisprudencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de Justicia de España), con la intención de mantenerla bajo control constante y someterla de manera humillante. Este objetivo de ejercer control sobre la mujer de muy variadas maneras que persigue este tipo de poder, se encuentra graficado en la llamada “rueda de Duluth (desarrollada por el *Domestic Abuse Intervention Project* en Duluth, Minnesota).



Fuente: LARRAURI, Elena: *Criminología Crítica y Violencia de Género*.- Editorial Trotta S.A. Madrid 2007, pág. 42.

Resta tan solo dejar establecido en qué consiste el nexo que permite relacionar la violencia contra la mujer en el ámbito familiar y en el doméstico con la que puede considerarse como violencia de género. Apelemos para ello nuevamente a la consideración de esta última como una especie de código para los comportamientos sociales basados en la inequidad lo cual conlleva como resultado la consagración de relaciones asimétricas de dominación-subordinación en la sociedad. Consecuentemente, el Derecho Internacional de Derechos Humanos considera que para definirla hay que recurrir al criterio medular que las sustenta, el cual radica precisamente en la desigualdad del estatus de género y en el discrimin que lo acompaña.

Partiendo de tal criterio el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Opuz contra Turquía (9 de junio del 2009) dejó sentado el criterio de que la pasividad judicial exhibida por el Estado para investigar la agresión contra la denunciante, era una clara demostración de discrimin en la protección debida contra la violencia por lo que debía ser considerada como violencia de género. Para nuestro ámbito -tomando en cuenta las obligaciones que de manera específica establece para los Estados miembros la Convención Americana en sus artículos 8 y 25, así como para los suscriptores de la Convención de Belém do Pará el artículo 7.b- la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fernández Ortega contra México asumió similar consideración, aplicable al caso de que no se demostrase la debida diligencia por parte del Estado en la investigación judicial de la violencia dirigida contra las mujeres por lo que la misma debe pasar a ser considerada como violencia de género imperante en el medio social, ameritando un conjunto de medidas y de políticas para desterrarla:

Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010: **193**. *En casos de violencia contra la mujer las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección.*

208. *La Corte reitera que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación [de la mujer] en el acceso a la justicia. Por ello, cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género.*

Para poder expresar con mayor precisión y de una manera más adecuada el significado trascendental y la relevancia que va adquiriendo la lucha por un nuevo modo de convivencia basado en la igualdad, la dignidad, la solidaridad y la interculturalidad, quizá sea mejor recurrir a una hermosa metáfora proveniente de la sabiduría milenaria manifestada como refrán por Mahatma Gandhi, el profeta de una resistencia activa recurriendo a métodos no violentos para enfrentar la fuerza del poder: “el fin está en los medios como el árbol está en la semilla”.

III. El enfoque de género en las normas acerca de la violencia familiar

El enfoque al que hemos recurrido en el transcurso de la presente investigación es el cualitativo-cuantitativo que se caracteriza por valorar un conjunto de prescripciones normativas y de principios considerados en su aplicación. Recurrimos para ello a una investigación sistemática de doctrinas jurídicas que han sido consagradas en la práctica jurisprudencial y a la valoración de doctrinas histórico-sociales, con métodos lógico-históricos acerca de su vigencia y eficacia. Adicionalmente, nos servimos de una visión analítica y crítica acerca de las instituciones y del empleo que dan a la normativa de conformidad con el enfoque metodológico elegido.

Por su carácter prescriptivo que se expresa en la finalidad que persigue, cual es intervenir en una realidad social dada para adecuarla a fines trascendentes como el buen vivir, garantizando simultáneamente la vigencia de valores y la sujeción a principios, el objeto cognitivo del derecho tiene un componente normativo y doctrinario de carácter lógico analítico por una parte, y otro axiológico principístico que examina los aspectos éticos que versan sobre aquellos contenidos so-

ciales que realicen los parámetros de inclusión y de equidad indispensables para el pluralismo y para la diversidad. Sobre la base de la diversidad constituyente y la plurinacionalidad organizacional que caracterizan al Ecuador, tanto los mencionados valores y principios rectores que configuran a las normas cuanto su formulación lógica responden a paradigmas variados y a múltiples epistemes, lo cual plantea el empleo de una metodología intercultural en primer lugar.

La interculturalidad introduce una visión dialógica para el enfoque integral de los derechos en su diversidad atendiendo a la propiedad sistémica que los articula. De allí como primera consecuencia la necesidad de sujetarlos al principio de igualdad no discriminatoria complementado con el de equidad por medio de medidas afirmativas. Luigi Ferrajoli denomina a esta perspectiva la ley del más débil: "...<Igualdad> es término normativo: quiere decir que los <diferentes> deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. <Diferencia(s)> es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad"...”entonces no tiene sentido contraponer <igualdad> a <diferencia>”¹¹. Pero no se agota allí la potencialidad y alcance de esa visión dialógica. Para los fines que perseguimos, es necesario dejar sentado que la conformación de patrones de comportamiento y los estereotipos de género socialmente consagrados al afectar a las mujeres, buscan imponer una mentalidad de sumisión y una actitud de complacencia en ellas fundada en el atemorizamiento físico, moral y económico que dificulte el ejercicio de sus derechos. De allí la importancia de medidas especiales por parte del Estado que contemplen lo que se denomina como el enfoque de género.

La otra dimensión metodológica a considerar es la interdisciplinariedad y transdisciplinariedad paradigmática aplicada al discurso jurídico, con la que se busca superar el encerramiento de los distintos saberes que versan sobre lo jurídico y lo social dentro de estrechos marcos considerados tradicionalmente como infranqueables e inmensurables entre sí. Un enfoque multifacético de la complejidad característica de la variada problemática que se anuda en torno al género como categoría social, requiere de una cooperación entre aquellos distintos aspectos de la preceptividad agrupados por áreas del derecho, los cuales conforman el conjunto de objetivos que persigue la justicia, aun cuando estos se relacionen

11 FERRAJOLI Luigi: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta S.A. Madrid 2004, página 79

con distintos ámbitos del saber y la existencia humanas, Así, para abordar adecuadamente y de manera integral el tema de la emancipación de la mujer en los diversos espacios y circunstancias donde la encontramos presente, debemos recurrir a diversas disposiciones regulatorias referidas a los derechos y deberes de la familia; a disposiciones laborales o de seguridad social que las conciernen de manera general o específica; y, a la normativa sobre actividades económicas que pudiesen involucrarla.

La interdisciplinariedad para el enfoque transversal de género se expresa también en la conformación de unidades judiciales o administrativas integradas por profesionales especializados en los conocimientos por los que se rigen otras tantas disciplinas de las ciencias. Se hace indispensable por otra parte, tomar en consideración a la **transdisciplinariedad** para alcanzar un enfoque relacionante que permita vincular campos integrados del saber ante situaciones que requieren su tratamiento desde categorías etnográficas y culturalistas, desde las cuales podamos abordar multifacéticamente la situación de las mujeres que forman parte de las nacionalidades y pueblos indígenas, negros y montubios. El reduccionismo a una esencialidad monocultural eurocéntrica de lo jurídico no solo nos velaría el acceso a una comprensión cabal de la situación en que se desenvuelven las integrantes de dichos sectores, sino que, sobretodo, nos alejaría de una justicia que tenga en cuenta el principio de la diversidad constitutiva del Ecuador.

3.1. La perspectiva de género:

Todos estos aspectos se sintetizan en el carácter transversal que debe aplicarse desde una perspectiva de género destinada a enmendar aquellas visiones que se distorsionan al situarse en la óptica característica para las posiciones de poder, y asumir en consecuencia, como si fuese obligatoria la exigencia de sometimiento ante las relaciones asimétricas que se manifiestan en la vida social. Dicha perspectiva de género en el ámbito judicial de la violencia doméstica se pone a prueba principalmente al producirse el juzgamiento de las denominadas circunstancias que rodean a la agresión (atenuantes o agravantes). Lejos de ser apreciadas como excusas válidas para esta, merecerían un análisis con enfoque de género para evitar el convertirlas fácilmente en atenuantes y hasta eximentes desde el sentido común consagrado por el que se guía una justicia cómplice de la colonialidad de género e insensibilizada ante sus manifestaciones despóticas -como acontece casi siempre con la consideración que se da a la celotipia masculina como una supuesta “alteración” conductual, apelando a la cual se vería mermada la responsabilidad del agresor-.

Ese tipo de conductas expresadas en acecho y vigilancia sobre las actuaciones de la mujer producen un menoscabo en su autonomía personal. Las mismas pueden ser apreciadas en toda su dimensión de discrimen al adquirir la forma de acoso sistemático, el cual lesiona considerablemente la integridad psicológica de la mujer por lo que merece ser concebido como una forma de daño agravado en razón a la vulnerabilidad de la víctima y al riesgo adicional que implica para ella, por lo que a este caso se le debería aplicar más bien una calificación como circunstancia agravante de la agresión. Incluso en los casos de feminicidio este tipo de comportamiento, dañoso por sí mismo, puede considerarse como antecedente que sirva para dar paso a configurar la agravación de dicha infracción por **alevosía**; mientras que si se estableciese la conexión entre ambas actuaciones, el acoso fundado en los celos, merecería la calificación de sancionable como infracción concurrente, ante lo cual correspondería una acumulación de penas.

3.2. Disposiciones Normativas: Las prescripciones constitucionales del Art. 81 de la Norma Suprema sobre el juzgamiento por medio de procedimientos especiales y expeditos para los distintos tipos de infracciones contra la seguridad e integridad de grupos vulnerables

Siguiendo esta línea tuteladora para la eficaz protección de los derechos que toma en consideración la igualdad normativa y la protección para la diferencia, nuestra constitución apelando a los principios de favorabilidad para su aplicación (artículo 11 numeral 5 CRE) y al de la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de estos y de los intereses de las personas, para garantizar más adecuadamente ese ejercicio tutelar consagra en su artículo 81 el establecimiento de procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y aquellos que se perpetren contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y toda persona merecedora de una protección mayor. Por su formulación imperativa, este precepto constituye una fórmula mandatoria cuyo destinatario es el legislador para que, en uso de la atribución que le confiere a la Asamblea Nacional el artículo 120 numeral 5 CRE, proceda de conformidad con el artículo 84 CRE para adecuar las normas respectivas, formal y materialmente, a los derechos de rango constitucional. Sin embargo, lejos de dar cumplimiento con dicho mandato, la Asamblea Nacional derogó la ley contra la violencia de género e intrafamiliar hasta entonces vigente, e introdujo un procedimiento contravencional especial en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, estableciendo medidas a las que denomina como de protección, agrupadas junto con otras que por su carácter más bien pueden catalogarse como medidas de aseguramiento de índole penal.

La razón de ser de tal disposición constitucional radica en que los sectores y categorías sociales enumerados se encuentran en situación de riesgo adicional por su situación en la estructura social, por lo que el juzgamiento de sus victimarios y agresores debe regirse por reglas que tomen en cuenta esas especificidades, siguiendo la ley del más débil de Ferrajoli. Esa especificidad tiene que ir acompañada del carácter especial de los procedimientos a los que se recurra para mejor garantizar los principios de eficacia, celeridad, simplificación y economía procesal (artículo 169 CRE). Todo ello en el marco de inclusión y de equidad social que caracterizan a un régimen para el Buen Vivir.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP), norma por la que se rigen las distintas infracciones catalogadas como contravenciones y delitos, contiene en líneas generales dos tipos de procedimiento: el contravencional y el acusatorio con etapas iniciales, preprocesal e indagatoria, respectivamente. Sin embargo, ninguno de los dos cumple a cabalidad con las caracterizaciones que impone el mencionado artículo 81 CRE. Las medidas de aseguramiento deben sujetarse al principio de estricta legalidad que rige en el Derecho Penal ¹² (Ferrajoli) según el cual el tipo de infracción y la pena respectiva deben estar previstas por la norma. De igual manera procede para el caso de aquellas medidas de aseguramiento que se consideren aplicables al proceso, las cuales por ser consideradas como subsidiarias dentro del mismo y extraordinarias en su uso, no afectan al trato como inocente del imputado, ya que persiguen prevenir y evitar conductas dañosas, o la perpetración de acciones que obstruyan e impidan la dinámica procesal (riesgo de fuga).

En cuanto a las medidas de protección, estas difieren radicalmente de las anteriores al tratarse más bien de un tipo de medidas cautelares (*writ of injunction* o interdicto) propias del Derecho Internacional de Derechos Humanos –principales por su papel decisivo en el proceso tutelador por lo que deben considerarse de empleo común en el mismo- al estar destinadas, como ya se ha dicho, a salvaguardar el derecho a una vida libre de violencia¹³. En tales condiciones podemos

12 “...el principio de estricta legalidad, en el sentido que se le ha asociado hasta el momento de metanorma que condiciona la validez de las leyes vigentes a la taxatividad de sus contenidos y a la decidibilidad de la verdad jurídica de sus aplicaciones, es una garantía que se refiere sólo al derecho penal. En efecto, sólo la ley penal, en la medida en que incide en la libertad personal de los ciudadanos, está obligada a vincular a sí misma no sólo las formas, sino también, a través de la verdad jurídica exigida a las motivaciones judiciales, la sustancia o los contenidos de los actos que la aplican”. FERRAJOLI Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta S.A. Madrid 2004, página 379.

13 “...las únicas limitaciones admisibles a los derechos fundamentales son aquellas que tienen su fuente en la Constitución y en ella se fundamentan, es decir, aquellas limitaciones orientadas a la protección de otros derechos o bienes constitucionales”. BRAGE CAMAZANO Joaquín: *Los límites a los derechos*

sostener que, salvo las disposiciones acerca de las medidas de protección destinadas a proteger a las víctimas previstas en los numerales 2,3,4,5,6,7,9 y 12 por el artículo 558 COIP, y el juzgamiento oral en audiencia para los casos de violencia intrafamiliar conocidos por las judicaturas especializadas, podría aseverarse sin temor a equivocación que existe una situación de incumplimiento del mandato equivalente a omisión legislativa, lo cual genera una laguna que debe ser considerada -pese al vacío así producido en el ordenamiento constitucional-, más de orden material que formal por la afectación generada sobre uno de los derechos de libertad, por lo cual requiere ser cubierta provisionalmente por la juzgadora mientras esta perdure, y hasta que la Asamblea Nacional cumpla con lo dispuesto en la norma suprema.

3.3. El tratamiento de las lagunas por omisión:

El tratamiento previsto para resolver las lagunas materiales en el ordenamiento jurídico producidas por omisión es, en nuestro sistema concentrado, el control abstracto por la Corte Constitucional que está facultada para dictar una norma remediadora de carácter general sobre la base de su capacidad interpretativa y modulacional, y de la vinculatoriedad *erga omnes* que puede darle a sus sentencias. El problema radica en que a su vez, dicha capacidad solo puede ejercerla *in iudicando*, es decir dentro de un proceso de conocimiento, al estar basada su actividad en el principio jurisdiccional de disponibilidad que no le permite llevar a cabo un examen de oficio sobre la validez de las normas vigentes. De esta manera, ante la persistencia de esa laguna material, el juzgador que conoce los casos de violencia intrafamiliar o doméstica, y de género, afronta la dificultad adicional de no poder inaplicar las disposiciones normativas (como se preveía en la anterior constitución), quedándole tan solo el recurso de utilizar la consulta en caso de duda, acerca de alguna cuestión de inconstitucionalidad para ante la Corte Constitucional, el cual presenta la dificultad del retardo que conlleva para el despacho eficaz del proceso.

Ante esta situación, los principios de aplicación de los derechos contemplados en el artículo 11 CRE brindan la oportunidad para que el juzgador recurra a ellos en sus decisiones, particularmente a los que expresan enunciados válidos para el enfoque de género, como son el derecho a la igualdad no discriminatoria y empleo de medidas afirmativas que promuevan una igualdad real; el principio de favorabilidad para la aplicación de los derechos eligiendo entre las disposiciones de la cons-

titución y las de los instrumentos internacionales de derechos humanos; el principio de cláusula abierta para todo derecho derivado de la dignidad de las personas y las comunidades, y, el derecho a merecer la restauración y reparación de sus derechos garantizado por el Estado. Los instrumentos válidos para esa práctica provienen de los cánones consagrados hermenéuticamente por medio de las decisiones jurisprudenciales que dejan sentadas líneas de desarrollo progresivo.

3.4. Las medidas de protección para las víctimas de la violencia intrafamiliar

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) en su artículo 588 estipula lo siguiente:

Artículo 558.- Modalidades.- Las medidas de protección son:

- 1. Prohibición a la persona procesada de concurrir a determinados lugares o reuniones.*
- 2. Prohibición a la persona procesada de acercarse a la víctima, testigos y a determinadas personas, en cualquier lugar donde se encuentren.*
- 3. Prohibición a la persona procesada de realizar actos de persecución o de intimidación a la víctima o a miembros del núcleo familiar por sí mismo o a través de terceros.*
- 4. Extensión de una boleta de auxilio a favor de la víctima o de miembros del núcleo familiar en el caso de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.*
- 5. Orden de salida de la persona procesada de la vivienda o morada, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física, psíquica o sexual de la víctima o testigo.*
- 6. Reintegro al domicilio a la víctima o testigo y salida simultánea de la persona procesada, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal de estos.*
- 7. Privación a la persona procesada de la custodia de la víctima niña, niño o adolescente o persona con Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos 210 discapacidad y en caso de ser necesario nombramiento a una persona idónea como su tutora, tutor o curadora o curador, de acuerdo con las normas especializadas en niñez y adolescencia o el derecho civil, según corresponda.*
- 8. Suspensión del permiso de tenencia o porte de armas de la persona procesada si lo tiene o retención de las mismas.*

9. *Ordenar el tratamiento respectivo al que deben someterse la persona procesada o la víctima y sus hijos menores de dieciocho años, si es el caso.*
10. *Suspensión inmediata de la actividad contaminante o que se encuentra afectando al ambiente cuando existe riesgo de daño para las personas, ecosistemas, animales o a la naturaleza, sin perjuicio de lo que puede ordenar la autoridad competente en materia ambiental.*
11. *Orden de desalojo, para impedir invasiones o asentamientos ilegales, para lo cual se deberá contar con el auxilio de la fuerza pública. La medida de desalojo también podrá ser ordenada y practicada por el Intendente de Policía, cuando llegue a su conocimiento que se está perpetrando una invasión o asentamiento ilegal, e informará de inmediato a la o el fiscal para que inicie la investigación correspondiente.*
12. *Cuando se trate infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, además de las medidas cautelares y de protección prevista en este Código, la o el juzgador fijará simultáneamente una pensión que permita la subsistencia de las personas perjudicadas por la agresión de conformidad con la normativa sobre la materia, salvo que ya tenga una pensión.*
En caso de delitos relativos a violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; delitos de integridad sexual y reproductiva e integridad y libertad personal, trata de personas, la o el fiscal de existir méritos, solicitará urgentemente a la o al juzgador, la adopción de una o varias medidas de protección a favor de las víctimas, quien de manera inmediata deberá disponerlas.
Cuando se trate de contravenciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; la o el juzgador de existir méritos, dispondrá de forma inmediata una o varias medidas señaladas en los numerales anteriores.
Los miembros de la Policía Nacional deberán dispensar auxilio, proteger y transportar a las víctimas de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y elaborar el parte del caso que será remitido dentro de las veinticuatro horas siguientes a la autoridad competente.

IV. La ponderación en el otorgamiento de las medidas de protección

4.1. La legitimidad de la presunción de lesividad, la determinación pericial sobre el grado de afectación de la integridad física de la víctima y la previsibilidad de los posibles riesgos que la amenazan

En el ordenamiento constitucional ecuatoriano se establece como fundamento para los derechos, un conjunto de garantías normativas, administrativas y jurisdiccionales para dar cumplimiento a su cometido establecido como el principal

deber del Estado conforme al artículo 3 numeral 1 de la norma suprema. De otro lado, conforme a los principios prescritos para su aplicación, el contenido fundamental de los mismos debe desarrollarse de manera progresiva. Estas disposiciones son válidas para el caso del derecho a una vida libre de violencia en lo tocante a la tutela debida para las víctimas de aquella en el ámbito familiar.

La adopción de medidas de protección para la víctima en la fase pre procesal se fundamenta en el principio de prevención para evitar un riesgo de futuras agresiones físicas, psicológicas, sexuales, morales o patrimoniales a través de disposiciones que afecten en mayor o en menor medida los derechos del imputado. En vista de que aún no se encuentran establecidos procesalmente los hechos que permitan el enjuiciamiento y la sanción respectiva, las susodichas medidas deben fundamentarse en indicios que deben ser considerados por la juzgadora en su dimensión objetiva. Tomando en cuenta de que las medidas conllevan restricciones de derechos como a la libertad ambulatoria o a la inviolabilidad del domicilio tipificados por el artículo 66 CRE, los requisitos indispensables para la adopción de la decisión respectiva acerca de las medidas deben ser: los indicios fundados de la existencia de alguna de las infracciones lesivas de la integridad en cualquiera de los aspectos anteriormente enumerados, y, el riesgo evidente para la víctima.

En cuanto a los primeros, vale la pena tener en cuenta al tipo de violencia a que nos referimos y a sus características, ya examinadas anteriormente. Debido a que ella se produce en el marco cerrado de la familia y bajo la protección de la intimidad, se puede considerar como suficiente indicio la mera denuncia de la víctima, a condición de que sea cuando menos consistente y sin fisuras, aun cuando en determinadas circunstancias específicas del caso se pueda exigir algún indicio adicional como por ejemplo si la denuncia no proviene directamente de la víctima, sobretodo, si esta es un menor. Al testimonio contenido en la denuncia, deberán acompañarse la pericia médica estableciendo la secuela de la agresión y la valoración del psicólogo de la Unidad.

En lo atinente a la valoración del riesgo no existe una regla definida para ella, por lo que cabe remitirse a la prudencia, para lo cual cabe tomar en consideración factores como los antecedentes sobre los participantes existentes en las unidades de violencia, el perfil de la personalidad del agresor, la reiteratividad en la conducta agresiva, la cercanía y el control que ejerce sobre la víctima y el estado de ánimo de esta tras la agresión. Esos factores de riesgo no pueden de ninguna manera ser ignorados, ya que de no hacerlo podría producirse un desenlace trágico e irreparable.

Sin embargo, el problema surge cuando esas medidas –que no pueden constituirse en un juzgamiento previo– deban aplicarse a imputados que formen parte de alguno de los grupos de atención prioritaria, titulares de medidas afirmativas de equiparación, o que sean personas que se encuentren en riesgo doblemente agravado, como serían: adultos mayores, personas con enfermedades catastróficas, discapacitados, e incluso las propias mujeres madres de familia o embarazadas. Aunque es verdad que la titularidad de esas medidas apunta a promover la igualdad real, no es menos cierto que algunas de las medidas de protección en contra de estas personas podría lesionar más aun su situación de desventaja y afectar además a su capacidad de ejercer adecuadamente su defensa procesal. Ante esta situación es que cabría recurrir al método de la ponderación.

4.2. La determinación de la necesidad ineludible de aplicar restricciones y/o cargas que afecten a derechos y libertades del imputado, cuya situación jurídica aún está por resolverse en sentencia

La actividad juzgadora –a diferencia de la investigativa obligada siempre a explicar o validar sus conclusiones– debido a su carácter eminentemente práctico, destinado dar una solución a una controversia o a un diferendo, se fundamenta en una justificación motivada para la decisión que contiene. La forma más sencilla de motivación es la llamada justificación interna que consiste en obtener una conclusión a partir de las premisas establecidas y aceptadas como valederas por su certeza. En esto consiste la llamada lógica deductiva, aplicable para los casos fáciles, en los cuales por ejemplo el modelo al que ha recurrido el legislador contiene variantes diversas con soluciones previstas anticipativamente acerca de los sujetos y del acto inculpativo y las medidas de protección correspondientes al mismo.

El problema se torna complejo al afrontar los llamados casos difíciles que requieren soluciones argumentativas complementarias a favor de las premisas opuestas, lo cual nos conduce hacia una justificación externa de la motivación a emplear. Siguiendo la disposición contenida en el literal l) del numeral 7, artículo 76 CRE podemos sostener que para dar cumplimiento con esta, no basta con enunciar la norma o principio jurídico en que se basa la decisión, sino se explica además la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Prestemos atención entonces a las variantes que pueden presentar tales antecedentes para considerar las normas a aplicar.

En lo referente a los sujetos de la violencia puede presentarse la situación que anotamos anteriormente, en el sentido de que el agresor fuere alguien que se

encontrase categorizado dentro de las personas o grupos considerados como de atención prioritaria. Ante esta circunstancia es preciso, en primer lugar, establecer la **idoneidad** en cuanto a la eficacia o la aptitud de la medida para alcanzar el fin propuesto, esto es, garantizar la integridad de la víctima, tomando en consideración como ya se dijo, a los indicios con que se cuenta para suponer la perpetración de la infracción, y la probabilidad del riesgo que corre de volver a soportar otra agresión. Se trata para este propósito de considerar la relación causal entre la medida dispuesta y el efecto real que puede producir su aplicación. Para el efecto, la idoneidad de lo dispuesto por el legislador debe considerarse como una regla, mientras que para establecer lo contrario se requiere llevar a cabo un control de evidencia por parte de la juzgadora acerca de la posible falta de idoneidad de la disposición respectiva, en el sentido anteriormente señalado. Ese control implica tomar en consideración si la medida dispuesta es suficiente en intensidad como para proteger la integridad de la víctima, y si no se requiere otra restricción adicional sobre los derechos del imputado habida cuenta de su condición de desigualdad para cumplir con la prevención de nuevos actos de violencia.

Superado el control de evidencia acerca de la idoneidad de la medida, correspondería a continuación establecer la **necesidad** de la misma en el sentido de que sea ineludible recurrir a la misma y que no exista ninguna alternativa distinta, cuyos efectos fueren menos gravosos sobre los derechos-garantías especiales que les corresponden a las personas y grupos de atención prioritaria conforme al capítulo tercero Título II CRE. El control sobre la necesidad de aplicar una medida de protección versaría entonces sobre el grado de importancia para la afectación que se pudiese ocasionar sobre los derechos de aquellos, el mismo que tan sólo admite alcanzar un nivel soportable para el contenido mismo del derecho que no implique desdibujarlo ni anularlo, o, que pudiese llegar a convertirse en una actuación que redunde en un menoscabo para su ejercicio conforme prescribe el artículo 11 CRE en sus numerales 4 y 8. Consiste, además de lo expuesto, en un juicio comparativo entre distintas medidas y disposiciones –idóneas todas ellas– para arribar a una escala mediante la cual se fijen los distintos grados de afectación que las mismas pudiesen provocar. Dicha escala clasificatoria –como la esquematiza Robert Alexy– puede tener los grados de: **leve** (menor o débil), **moderada** y **seria** (alta y fuerte); pero en cualquier caso implica siempre llevar a cabo una operación delimitadora sobre los principios; la cual sin embargo, al producirse, los precisa y aclara en su operatividad. Sobre todo en casos como los que hemos planteado, hay que prevenir el impacto mayor o menor que de la aplicación de medidas de protección restrictivas pudiesen derivarse hacia aquellas medidas afirmativas de igualdad reconocidas constitucionalmente para esta categoría de personas y de grupos, las mismas que no pueden ser afectadas por su carácter de

principios constitutivos genéricos para garantizar la inclusión y equidad propias del régimen para el Buen Vivir.

A esta altura de la exposición y previamente a desembocar en el juicio de proporcionalidad propiamente dicho -con el que se lleva a cabo la ponderación entre los principios opuestos que concurren en la decisión pre-procesal de medidas de protección a favor de la víctima- dejemos validado el recurso legítimo a esta técnica con la opinión del máximo intérprete de los derechos en nuestro ordenamiento: la Corte Constitucional. En su sentencia No. 012-17-SIN-CC del 10 de mayo del 2017, ese organismo considera que una disposición normativa cuyos supuestos fácticos conduzcan a que sus consecuencias adopten una forma restrictiva “...no permite al juzgador dictar medidas idóneas, necesarias y proporcionales, considerando además, que en los casos relatados, la o el obligado principal (de pensiones alimenticias) pertenece a uno de los grupos de atención prioritaria previstos en el Capítulo III del Título II de nuestra Constitución de la República, **cuyo tratamiento jurídico debe ser especial.**”

Queda claro entonces que el recurrir a la ponderación es un imperativo proveniente tanto de la forma prescriptiva cerrada que acusa la norma, cuanto de la obligatoria aplicación del principio de afirmación equitativa para dichos grupos y sectores, a semejanza de lo que corresponde tomar en consideración para resolver medidas de protección dentro de los casos especiales de violencia doméstica que hemos estado examinando.

4.3. La regla de proporcionalidad para la ponderación: la equivalencia entre el grado de realización. A mayor grado de protección necesaria para la integridad de la víctima, mayor grado de intervención para la restricción de derechos del imputado

Una vez que se ha llevado a cabo la determinación de la intensidad para la realización del principio constitucional que fundamenta la ley mediante el control de idoneidad de las medidas protectoras para garantizar la integridad de la víctima, así como el grado de intervención necesario en el derecho fundamental de un imputado al que le amparan –o deben conferírsele– medidas afirmativas de igualdad real, procede ahora sí efectuar el proceso de ponderación.

El principio de prevención, que se expresa en la disposición legal que prevé el otorgamiento de medidas para garantizar la integridad de la víctima como expresión de su derecho a una vida libre de violencia, requiere como hemos señala-

do, ser tratado como un auténtico mandato de optimización conforme al precepto contenido en el numeral 6 del artículo 11 CRE. Para ello sin embargo, en este tipo de casos caracterizados como difíciles por involucrar al principio de afirmación positiva para la igualdad real, es indispensable confrontarlo con este último recurriendo para el efecto, a la ponderación. Como lo señala Robert Alexy, esta puede resumirse de la siguiente manera: "...Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de detrimento a un derecho o principio, mayor será la importancia en la satisfacción del otro principio"¹⁴. Se establece así una proporción inversa por la que se vincula un principio con el otro, cediendo el segundo de ellos una parte de su cobertura ante el peso superior que se le asigna al primero. Determinar el *quantum* correspondiente a esa transferencia constituye el problema concreto a resolver mediante un razonamiento que se rige por una lógica que no se ciñe, exclusivamente, a los argumentos deductivos silogísticos propios de la subsunción.

La ponderación como señala Carlos Bernal Pulido¹⁵ "...consiste en una comparación entre el grado de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y el grado de la realización del principio constitucional que fundamenta la norma legal que se controla, para establecer una relación de precedencia condicionada entre aquel derecho y ese principio". Dicha prioridad así establecida no tiene carácter general sino que al provenir de las específicas circunstancias del caso respectivo, se sujeta al mismo. Identifiquemos la disyuntiva que se plantea en torno a la precedencia que se debe dar entre ambos: por un lado el "*in dubio pro victima*" previsto por la disposición legal al disponer determinadas medidas de protección a favor de ella, fundamentado en la exigencia constitucional y convencional de dar cumplimiento a un estándar riguroso para cumplir con la perspectiva de género, encontrándose por ello mismo debidamente justificado para alcanzar la finalidad de garantizarle a esta una vida libre de violencia; y por el otro, el principio "*pro libertate*" del artículo 11 CRE numeral 5, particularmente reforzado de manera afirmativa para producir un estatus de igualdad real (ibíd. numeral 2).

Aunque a priori podamos considerar la preeminencia del primer principio sobre el segundo por la razón obvia de que el Estado es el garante de la seguridad y la integridad de todos los habitantes de su territorio, y en consideración a que

14 Robert Alexy: "De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural". En: MONTEALEGRE LYNETT Eduardo, BAUTISTA PIZARRO Nathalia y VERGARA Luis Felipe: *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2014, página 45.

15 BERNAL PULIDO Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, página 787.

su intervención para estos casos se encuentra justificada de manera argumentativa en la doctrina acerca de la prevención de la violencia de género ya invocada –afianzada por lo demás en la presunción de legitimidad que se le reconoce a la norma no cuestionada en su constitucionalidad–, no es menos cierto que el problema se traslada en todo caso al grado que se le puede dar a la intervención restrictiva de derechos para el imputado en el caso concreto. Al ceder este último ante el *in dubio* que prevé expresamente la norma legal, se vuelca la fuerza del precepto en el sentido *pro victima*. El principio contrario, *pro libertate*, mantiene a su favor, sin embargo, aquel carácter reforzado que proviene de los principios correspondientes a los derechos de protección (artículo 76 CRE), colocándolo junto al anterior bajo la cobertura de los principios constitutivos sistémicos del ordenamiento constitucional ecuatoriano, los de inclusión y equidad social que acompañan a la diversidad propia de la sociedad ecuatoriana, para asegurar el ejercicio, la garantía y exigibilidad de los derechos (Título VII Régimen del Buen Vivir, artículo 340 CRE)

V. Las soluciones posibles ante los casos difíciles¹⁶

Podría decirse que la violencia dentro del hogar ha tenido un desarrollo impresionante en los últimos años y que ha crecido a un ritmo más rápido incluso que los accidentes de tránsito y los robos, convirtiendo a la familia en el foco de violencia más destacado de la sociedad, realidad que se contrapone al fin preconcebido al ámbito familiar: terreno de cultivo de las relaciones más generosas, seguras y duraderas.

Sin embargo, tal afirmación obedece tanto a la exposición pública de las cifras de casos de violencia, cada vez más alarmantes, como a la sensibilización social frente a una realidad que ahora se difunde sin tabúes a través de los medios de comunicación, a la concienciación por parte de las autoridades, a la opi-

16 “...Un caso es fácil cuando la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la ampliación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (*juris-dictio*, decir el Derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (*juris-prudencia*, ponderar el Derecho para el caso)”. Josep Aguiló Regla:

“Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. En: LIFANTE VIDAL, Isabel. *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Palestra editores, Lima 2010, página 29.

nión publica cada vez más accesible a través de las redes sociales y a una actitud de rechazo de la sociedad a cualquier forma de violencia.

Se está fomentando una conciencia social respecto a no ocultar los casos de violencia que se viven en los espacios más íntimos de cada ciudadano, antes disimulados por una malentendida razón de familia.

La realidad que se conoce a través de las decenas de denuncias que día a día llegan a las Unidades de Violencia Intrafamiliar de nuestro país, nos describen a familias de diversos estratos sociales, ampliamente demostrados en los niveles pobres, como escenarios donde más vivamente se manifiestan hostilidades, rivalidades y los más amargos conflictos entre hombres y mujeres, entre adultos mayores, jóvenes y niños.

Si bien el mecanismo de la violencia en cualquiera de sus formas obedece a una relación de poder desigualmente histórica en el seno de la familia, al abuso de la fuerza y autoridad de uno sobre la debilidad y sometimiento del otro, pero no siempre es así. El preconcebido estado de superioridad en el agresor frente al estado de inferioridad de la víctima, en algunos casos se ve desvirtuado ante un eventual estado de vulnerabilidad del agresor, reconocido constitucional y legalmente, lo cual debe ser tomado en consideración al momento del juzgamiento.

Al igual que los niños y las mujeres, los adultos mayores conforman un colectivo con un factor común: la vulnerabilidad. En el adulto mayor este estado de vulnerabilidad se acentúa por el declinar físico y psíquico de cada individuo en particular. De manera general tanto la fuerza física como la capacidad psíquica se ven disminuidas, lo cual constituye el escenario perfecto para cualquier agresor.

El colectivo de adultos mayores constituye uno de los grupos de atención prioritaria, conforme lo prevé el artículo 35 de la Constitución. Las diversas formas de violencia intrafamiliar sobre este grupo vulnerable van desde la violencia psicológica y la negligencia en el cuidado que requieren, hasta la agresión física e incluso sexual. La falta de atención y cuidado diligente a los adultos mayores es una forma de violencia sutil, generalmente invisibilizada.

Estas son precisamente la razón de ser de las judicaturas de violencia doméstica e intrafamiliar (considerando a la primera de dichas manifestaciones como más concentrada en un ámbito definido como es el espacio hogareño frente al carácter descentrado de la segunda, y ambas como espacios donde potencialmente se desenvuelve una violencia de género que expresa las jerarquías sociales con

dominancia machista). Sin embargo, estas jurisdicciones no pueden confundir su papel con el que correspondería a una policía administrativa radicada en los órganos de la administración pública, sino que les toca desplegar su actividad tutelar como auténticos organismos jurisdiccionales a los que se le ha encomendado por mandato constitucional y legal una materialidad definida: la de proteger y juzgar las situaciones de agresiones físicas, psicológicas, sexuales, emocionales y patrimoniales que se dieran en los ámbitos señalados.

Les compete entonces a quienes integran estas judicaturas el complejo ejercicio de una justicia que –como señala Manuel Atienza¹⁷– es una idea regulatoria destinada a orientar la producción y aplicación del Derecho, en el caso que nos ocupa, dentro del ámbito específico en el que se desenvuelve el derecho a una vida libre de violencia, con lo cual a su vez-añadiríamos de nuestra parte- al desarrollarse en ese sentido, orienta a que la convivencia social dentro del Estado se enrumbe hacia la conformación de un régimen de inclusión y de equidad social para el “buen vivir”.

Como estableciese la resolución adoptada por el Tribunal Constitucional, conformado de acuerdo a las disposiciones de la Constitución Política de la República del Ecuador anteriormente vigente, al asumir durante el periodo de transición que mediaba hacia la designación de la Corte Constitucional las atribuciones previstas en la Constitución del 2008 para aquella, debía de tomarse especialmente en consideración al proceder a desempeñar las atribuciones del control constitucional previstas en la nueva Carta del 2008 una de las consideraciones novedosas que trae dicho ordenamiento supremo en torno a “...*La aplicación y eficacia directa de la Constitución (lo cual)... implica que los jueces y los demás operadores jurídicos, incluyendo los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una regla de decisión, con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales, para determinar de forma legítima si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos habrá de aplicarse directamente la carta fundamental; y, c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución*”... “*En el plano teórico, el reconocimiento de la eficacia directa de la Constitución, significa desde un punto de vista estricto, que los jueces podrán y deberán servirse de la Constitución para interpretar la ley o para completarla, lo cual significa que la norma superior se aplica, en lugar de, frente a, o por lo menos, junto al resto del ordenamiento*”.

17 ATIENZA Manuel: *Tras la justicia*. Editorial Planeta S.A. Barcelona 2012.

El reto así planteado lleva implícita la obligación de ir construyendo nuevas prácticas jurisdiccionales a la luz de los cánones constitucionales y buscando la concordancia práctica de sus principios con las disposiciones por las que se regula el ordenamiento. Una de las más fructíferas innovaciones en ese sentido lo constituye el método de la ponderación aplicable para los casos difíciles que no se someten a la regla del racionamiento por subsunción.

Es aquí precisamente que entra en juego la regla de proporcionalidad en sentido estricto. Particularmente para aquellas medidas que implican una intervención intensa para los derechos fundamentales: en este caso procede por ende un examen intensivo sobre la materialidad de la intervención que incluye una estricta precisión sobre la forma de su aplicación para delimitarla en su alcance real para los comportamientos permitidos y restringidos.

Al tratarse de derechos específicos de personas colocadas como de atención prioritaria cuyos derechos pueden ser objeto de la intervención a través de las medidas, considero que cabe también este tipo de examen intensivo sobre la materialidad de la misma incluso cuando la intensidad de aquella fuera intermedia, para velar porque la afectación se produzca de manera adecuada sobre sus derechos específicos. Siendo así, no bastaría entonces con atenerse a la clasificación *prima facie* que deviene de la propia prescripción normativa –aunque se deba considerar la misma- sino que debe prestarse atención a su materialidad concreta ajustada a las características del caso.

Empecemos pues, por la clasificación de la intensidad *prima facie* que presentan las distintas medidas de protección:

INTENSIDAD LEVE: las medidas de los numerales 2, 3 y 4 del art. 558 COIP: Prohibición de acercarse a la víctima o testigos; prohibición de realizar actos de persecución o de intimidación a la víctima; extensión de una boleta de auxilio a favor de la víctima.

INTENSIDAD MEDIA: las de los numerales 7, 9 y 12 *ibíd.*: Privación de la custodia de la víctima, niña, niño o adolescente; orden de tratamiento para el procesado; fijación simultáneamente a las medidas de una pensión de subsistencia a favor de los perjudicados.

INTENSIDAD ALTA: las de los numerales 1, 5 y 6 *ibíd.*: Orden de salida de la vivienda o morada; reintegro de la víctima al domicilio y salida simultánea del imputado.

Intentemos finalmente formular algunos enunciados que se pudiesen considerar como válidos para el enjuiciamiento ponderado de las medidas de protección aplicables judicialmente para estos casos difíciles, de la siguiente manera:

1. *“A mayor riesgo presumible por los antecedentes de que se produzca una repetición de agresión contra la vida y la integridad personal, procede la aplicación de medidas de protección correspondientes a la más alta intensidad (numerales 1, 5 y 6), de una manera condicionada y adecuada para provocar la menor restricción posible de los derechos constitucionales de afirmación positiva correspondientes al imputado como integrante del grupo de personas de atención prioritaria, como sucedería en ciertos casos con la afectación de su derecho a la vivienda”.*

2. *“A una presunción alta de riesgo frente a la probabilidad de agresión contra la integridad física, psicológica y económica de la víctima, procede la aplicación detallada de medidas de protección con intensidad media (numerales 7, 9 y 12), preservando aquellos derechos constitucionales del imputado considerados como específicos para su calidad de persona de atención prioritaria, evitando que se produzca por ejemplo, una afectación a su ingreso básico pensional con una carga que lesione considerablemente su derecho a la subsistencia”.*

3. *“A una presunción simple de un posible riesgo de agresión contra la integridad psicológica o emocional, procede la aplicación de medidas de protección con intensidad baja (numerales 2, 3 y 4), sin afectar sustancialmente al conjunto de los derechos constitucionales del imputado por su calidad de persona considerada como de atención prioritaria”.*

Es necesario que dejemos constancia de que en el caso 1 para el cual se aplican las medidas de protección de intensidad seria o alta, el acondicionamiento que corresponde hacer a estas –al cual hemos hecho referencia–, implica su arreglo y acomodo modulado para preservar en su contenido fundamental y en su dimensión social a los derechos de afirmación positiva de los imputados, particularmente en cuanto a lo que se relaciona con la garantía de igualdad de ejercicio para los mismos y no discrimen. En cuanto al caso 2 para la aplicación de medidas con intensidad media, se trata de preservar en su integridad aquellos derechos constitucionales específicos que les corresponden como integrantes de cada una de esas categorías, tanto para su acceso, como para el ejercicio y goce de ellos. Y por último, en el caso 3, se debería tomar en consideración que, al aplicar alguna de las medidas de intervención sobre los derechos de protección de este tipo de imputado correspondientes a las de menor intensidad, se procure no

afectar con ellas significativamente alguno cualquiera del conjunto de los derechos constitucionales de libertad establecidos a favor de las personas por el artículo 66 CRE.

A manera de conclusión

El empleo que hemos propuesto de la ponderación para adoptar decisiones en torno a medidas pre procesales de protección -estando pendiente aún de establecer en sentencia el estado de culpabilidad del imputado- en aquellos casos cuando se tratare de alguna persona catalogable entre los grupos de atención prioritaria, favorece la aplicación de un procedimiento racional y argumentativo que desemboca en la motivación debida y pertinente de la decisión gracias a la modulación de la medida, permitiendo por tanto graduar la intensidad que se le da a la intervención sobre los derechos específicos de estos, limitándose así la posibilidad de que se pudiese producir un acto arbitrario de autoridad cuyas consecuencias resultaren graves e incluso irreparables.

En atención a lo expuesto, se torna necesario apelar a su uso de manera sistemática y ordenada para lograr que se vaya creando una fuerte base de sentencias referenciales, cuyas líneas argumentales le den una sólida base a la ponderación. Para ello resulta indispensable promover académicamente entre los jueces de violencia intrafamiliar, la fiscalía, la defensoría pública y los diversos operadores jurídicos, una cultura de análisis concienzudo, estudio detenido y aplicación sistemática de la *ratio decidendi* a las que apela para fundamentar motivadamente y de manera sistemática sus sentencias, la Corte Constitucional, así como las razones en que se sustentan aquellas sentencias referidas a la violencia de género provenientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; elementos ambos que proveen de elementos doctrinarios con fuerza vinculante o indicativa, acerca de la necesidad de la intervención eficaz sobre los derechos para lograr un fin legítimo por un lado, y de recurrir a la modulación en el fallo para producir una solución mesurada en cuanto a la restricción de derechos en un grado tal, que pueda considerarse como absolutamente indispensable para robustecer aquella, por el otro lado. Un abordaje desde estos ángulos opuestos y una concurrencia de las perspectivas diversas que le darían los distintos participantes en el proceso, aseguraría una efectiva reflexión dialógica¹⁸ y, sobretodo, una aplicación prácti-

18 "...La interpretación iusfundamental y convencional deben ser objeto de reflexión y discusiones amplias con la comunidad para mejorar la toma de decisiones por los operadores de justicia. De igual manera, las sinergias institucionales y los dispositivos procedimentales de la jurisdicción ordinaria deben ser

ca mejor fundamentada de la justicia constitucionalizada en el camino a transitar hacia el “buen vivir”.

Nuestra propuesta no puede omitir la demanda de que se dé cabal cumplimiento con el mandato prescrito por la Constitución ecuatoriana en el sentido de que se requiere una ley específica de rango orgánico sub constitucional contra la violencia de género en todos los ámbitos de la vida social, y particularmente en la esfera familiar. Ella haría posible enfrentar decididamente esta manifestación de la desigualdad social y el abuso del poder en cualquiera de sus manifestaciones: física, psicológica, sexual, emocional, patrimonial, posibilitando una vigilancia social y jurisdiccional eficaz en diversos espacios como ser: el laboral, formativo, ocupacional y por supuesto, en el familiar. Como lo consagra la Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia de República Plurinacional de Bolivia, en su artículo 32 “...Las medidas de protección son de aplicación inmediata, que impone la autoridad competente para salvaguardar la vida, la integridad física, psicológica, sexual, derechos patrimoniales, económicos y laborales de las mujeres en situación de violencia y los de sus dependientes”. Una disposición con un contenido tal permite una amplia gama de medidas tuteladoras que se podrían dictar, incluyendo entre sus disposiciones las indispensables restricciones sobre los derechos patrimoniales del imputado y las limitaciones impuestas para cualquier ejercicio de autoridad indebida por parte de los acosadores en el lugar de trabajo.

Nuevamente volvamos nuestra atención hacia Manuel Atienza para culminar estas líneas y poder, recurriendo a su indiscutida autoridad, relativizar todo lo que hasta aquí hemos sustentado sobre la ponderación y el papel racional que estaría llamada a jugar, considerándola como si estuviese facultada para encontrar por sí sola y con ese exclusivo medio una solución en el tipo de casos difíciles que planteásemos. Atemperemos esa arrogante pretensión recurriendo a lo que afirma tan acucioso investigador: “...Los jueces, o quienes deban tomar decisiones en casos difíciles..., no tendrían que estar adornados únicamente de lo que podemos llamar virtudes de la racionalidad práctica, sino que deberían po-

complementados con procesos dialógicos y deliberativos para el intercambio de argumentos razonados y plurales sobre la concreción de la justicia en los litigios ordinarios. El desafío consiste en recuperar o construir el lugar del pueblo en los debates y decisiones constitucionales, por una parte, y por otra, desarrollar debates incluyentes y deliberativos entre las ramas del poder y la ciudadanía para concertar las políticas jurisdiccionales y constitucionales que permitan renovar la justicia”. CORDOVA VINUEZA Paúl: *Justicia dialógica para la última palabra. Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2017. Preludio a cuatro manos con Claudia Storini, página LXIV.

seer también otras cualidades... como buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de la justicia, humanidad, compasión o valentía. En definitiva, una teoría de la razón práctica tendría que ser completada con una teoría de las pasiones¹⁹. Pero esta indicación nos remite ya a otro asunto, sobrepasando nuestro alcance y los límites que nos impusimos. Correspondería entonces enfocarlo de otra manera totalmente distinta a la que hemos usado para abordar el tema. Dejamos por tanto abierta esa opción.

Referencias bibliográficas

AGUSTINA, José Ramón (director): *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*. Euros Editores S.R.L. Buenos Aires 2010.

ATIENZA, Manuel: *Tras la justicia*. Editorial Planeta S.A. Barcelona 2012.

BLOCH, Ernst: *El principio esperanza*. Editorial Trotta S.A. Madrid 2004.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín: *Los límites a los derechos fundamentales*. Editorial DYKINSON S.L. Madrid 2004.

CORDOVA VINUEZA, Paúl: *Justicia dialógica para la última palabra. Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2017.

DIAZ TENORIO, Mareelen y otras: *Violencia familiar en Cuba. Estudios, realidades y desafíos sociales*. Editorial CENESEX. Centro Félix Varela. Publicaciones Acuario, La Habana 2011.

FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta S.A. Madrid 2004.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta S.A. Madrid 2004.

LARRAURI, Elena: *Criminología crítica y violencia de género*. Editorial Trotta S.A. Madrid 2007.

19 ATIENZA Manuel: *Ibid.* página 139.

LIFANTE VIDAL, Isabel (editora), Josep Aguiló, Manuel Atienza, Paolo Comanducci, Ricardo Guastini, Francisco J. Laporta: *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Palestra editores S.A.C. Lima 2010.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (compilador): *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2014.

MARCHAL ESCALONA A. Nicolás (director): *Manual de lucha contra la violencia de género*. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2010.

Bibliografía de consulta

ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2008.

ATIENZA, Manuel: *El derecho como argumentación*. Editorial Ariel S.A. Barcelona 2006.

AVILA, Humberto: *Teoría de los principios*. Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid 2011.

CARBONELL, Miguel y Pedro P. GRANDEZ CASTRO (coordinadores): *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Palestra editores S.A.C. Lima 2010.

DIAZ REVORIO, Francisco Javier: *Valores superiores e interpretación constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997.

FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (coordinador): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Editorial Dilex S.L. Madrid 2007.

GARAICOA ORTIZ, Xavier: *Hacia un poder ciudadano autónomo y multicultural. Un caso testigo: la constitución ecuatoriana de 2008*. Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina 2015.

GHERSI, Carlos Alberto: *Metodología de la investigación en ciencias jurídicas*. GOWA Ediciones Profesionales, Buenos Aires 2001.

GIL RUIZ, Ana María: *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Dykinson S.L. Madrid 2007.

GOZAINI, Oswaldo Alfredo: *Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso*. Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires 2004.

HERNANDEZ MARIN, Rafael: *Las obligaciones básicas de los jueces*. Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis: *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*. Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires 2014.

LONDOÑO AYALA, César Augusto: *Principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá 2009.

LONDOÑO AYALA, César Augusto: *Medidas de aseguramiento. Análisis constitucional*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2009.

MEDINA QUIROGA, Cecilia: *La Convención Americana. Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Santiago 2003.

PIRES ROSA, André Vicente: *Las omisiones legislativas y su control constitucional*. Livraria e editora Renovar Ltda. Rio de Janeiro 2006.

VALLE FERRER, Diana: *Espacios de libertad: mujeres, violencia doméstica y resistencia*. Espacio editorial, Buenos Aires 2013.

ZAVALA EGAS, Jorge: *Código Orgánico Integral Penal. Teoría del delito y sistema acusatorio*. Murillo editores, Guayaquil 2014.

RESUMEN

El derecho constitucional a una vida libre de violencia para las mujeres dentro del ámbito familiar y para todos los demás integrantes del núcleo ampliado que la constituye, implica garantizar mediante tutela jurisdiccional la integridad física, psicológica, moral y material de las víctimas, recurriendo incluso, de manera previa al enjuiciamiento, a medidas de protección destinadas a impedir nuevas agresiones. Persiguiendo con ellas una finalidad legítima, cabe sin embargo establecer la debida proporcionalidad entre el otorgamiento que se haya hecho de las mismas y el correspondiente grado de restricción que se fuere a disponer sobre los derechos del imputado; sobre todo cuando este forma parte de alguna de las categorías de personas a las que se les reconoce por la constitución una atención prioritaria. ¿Cómo debería de obrar el juzgador en estos casos? Este es el motivo de la presente investigación que persigue promover el uso del método argumentativo hermenéutico de la ponderación como solución ante estos casos difíciles.

PALABRAS CLAVE

Género, dominación, violencia, acoso, tutela, ponderación, idoneidad, necesidad, proporcionalidad.

ABSTRACT

Women's Constitutional Right to a life free of violence within their family setting and for all remaining members of the extended family circle, entails to ensure through judicial protection the victim's physical, psychological, moral and material integrity, including even the use, previous to the prosecution phase, of protective measures to prevent new assaults. Pursuing with them a legitimate purpose, however, it's worth mentioning that it's necessary to set the proportionality between the enforcement of said measures and the level of restriction that will be exerted over the defendant's rights; especially when the defendant belongs to a group of people to whom the constitution grants priority attention. In these cases, how the judge should take action? This is the subject of this investigation that looks to promote the use of the argumentative method through the interpretation of the weight of the matter as the way to solve these difficult cases.

KEY WORDS

Gender, domination, violence, harassment, guardianship, weighing, suitability, necessity, proportionality

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

SUMARIO

- **David Delgado Ramos**, *El control parlamentario del Gobierno en funciones: comentario a la STC 124/2018, de 14 de noviembre.*
- **Víctor Orozco Solano**, *La tutela del derecho a la vida en el ámbito judicial interamericano y costarricense.*
- **J. Angelo Berbotto Kalwat**, *La evaluación ex ante en Westminster, ¿un modelo útil para las Cortes Generales?*
- **Daniel Martínez Cristóbal**, *La Constitución de 1869 en Puerto Rico en el 150 aniversario de su promulgación*

EL CONTROL PARLAMENTARIO DEL GOBIERNO EN FUNCIONES:
COMENTARIO A LA STC 124/2018, DE 14 DE NOVIEMBRE

David Delgado Ramos¹

Recibido: 01-07-2019

Aceptado: 30-07-2019

SUMARIO

1. Introducción

2. La STC 124/2018, de 14 de noviembre

2.1. Antecedentes jurídico-políticos: causas y contexto

2.2. La argumentación de los recurrentes y del Gobierno

2.3. Análisis de la sentencia

3. Conclusiones

¹ Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos. Dirección: Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos. Paseo de los Artilleros s/n, 28032 Vicálvaro (Madrid). Correo electrónico: david.delgado@urjc.es.

1. Introducción

El 14 de noviembre de 2018, mediante la sentencia 124/2018, el Tribunal Constitucional resolvía el conflicto entre órganos constitucionales², –el tercero que se planteaba en nuestra historia constitucional–, interpuesto en junio de 2016 por el Congreso de los Diputados contra el Gobierno en relación con el ejercicio de la función parlamentaria de control al entonces Gobierno en funciones.

Con ella, el Tribunal Constitucional ponía fin a una de las más enconadas polémicas jurídico-políticas de los últimos años, que había enfrentado en un conflicto entre órganos constitucionales³ al Ejecutivo y al Legislativo durante los casi once meses, -316 días-, en los que el Gobierno se mantuvo en *prorrogatio* ante la imposibilidad parlamentaria de investidura gubernamental.

Para el Gobierno, el vínculo fiduciario con el Congreso de los Diputados se había roto con el fin de la legislatura, por lo que su situación como Gobierno en funciones le impedía someterse al control de una nueva Cámara que no le había otorgado su confianza. Por lo tanto, en su criterio, su vínculo, ya disuelto, era con la Cámara extinta, no con la surgida del proceso electoral. En síntesis, sin la confianza parlamentaria de la Cámara otorgada mediante la investidura del Presidente del Gobierno no cabía el control al Ejecutivo.

Por otro lado, las Cortes Generales, en plenitud de sus funciones tras su oportuna constitución después de las elecciones, entendían que la *interinidad gubernamental* no debía trasladarse al poder legislativo, por lo que debían comenzar a

2 Los dos conflictos precedentes se ventilaron mediante la STC 45/1986, de 17 de abril, –que resolvía, desestimándolos, tres conflictos entre órganos constitucionales promovidos por el Consejo General del Poder Judicial contra determinados artículos incluidos en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial–; y la STC 234/2000, de 3 de octubre, –que estimaba el conflicto promovido por el Gobierno contra el Senado en relación con el Acuerdo de la Mesa de 29 de noviembre de 1995, por el que no se admitía a trámite la declaración de urgencia del Gobierno relativa a la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo–. La trascendencia del conflicto que nos ocupa radica en que es el primero que interponía el Congreso de los Diputados.

3 Este fue el primero de los tres conflictos entre órganos constitucionales que se plantearon ante el Tribunal Constitucional en menos de un año, resultado de la tensión inherente a un Congreso de los Diputados incapaz de producir Gobierno y a un Gobierno incapaz de gobernar. Los otros dos conflictos, que se plantearon con posterioridad a éste, en enero de 2017, fueron paradójicamente resueltos previamente, mediante las SSTC 34/2018, de 12 de abril, y 44/2018, de 26 de abril, y versaron sobre la extralimitación del Gobierno en el ejercicio de la potestad de veto presupuestario del artículo 134.6 CE, siendo interpuestos por el propio Gobierno contra el Congreso de los Diputados a causa de la negativa de la Mesa de la Cámara a estimar la disconformidad manifestada por el Gobierno a la tramitación de dos proposiciones de ley.

ejercer sus atribuciones constitucionales, entre las que se encontraba, *ex artículo 66.2 CE*, el control al Gobierno. Para las Cortes, en suma, siempre que hay Gobierno, se encuentre o no en *plenitudo potestatis*, debe haber control parlamentario al mismo.

En este trabajo pretendemos analizar la sentencia, partiendo del contexto jurídico-político en el que se produjo el conflicto entre órganos constitucionales y la controversia suscitada entre las partes, al objeto de clarificar un escenario inédito en la historia parlamentaria española.

2. La STC 124/2018, de 14 de noviembre

2.1. Antecedes jurídico-políticos: causas y contexto

Las Elecciones Generales de 20 de diciembre de 2015 pusieron fin al hasta entonces *parlamentariamente cómodo* proceso de investidura gubernamental, estructurado en torno al *acompañamiento funcional* de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, que tras cada convocatoria electoral comenzaban su andadura a ritmos parejos bajo el impulso de la acción de Gobierno.

Esas elecciones rompieron ese esquema funcional⁴, resquebrajando la tónica imperante hasta el momento y, con ello, las costuras jurídico-constitucionales de un escenario, -o mejor, escenarios-, imprevistos por el Constituyente, en la segura convicción de que una investidura gubernamental iría precedida, *necesariamente*, por una mayoría parlamentaria en el Congreso de los Diputados.

Sin embargo, la hiperfragmentación parlamentaria⁵ surgida en el Congreso de los Diputados contrastaba con la cómoda mayoría absoluta en el Senado del partido en el Gobierno, propiciando otro desacompañamiento, esta vez en el seno del Poder Legislativo, por el que la debilidad del Congreso reforzó a la Cámara *tradicionalmente débil*, el Senado, otorgándole una relevancia parlamentaria supe-

4 El Gobierno se encontraba en funciones desde el día 21 de diciembre de 2015, -el día después de las Elecciones Generales-, mientras que las Cortes se habían constituido el 13 de enero de 2016.

5 El Congreso de los Diputados, en la brevísima XI Legislatura (13 de enero-3 de mayo de 2016) estuvo compuesto por ocho grupos parlamentarios: Grupo Popular (120 diputados), Grupo Socialista (89 diputados), Grupo Podemos-En Comú Podem-En Marea (65 diputados), Grupo Ciudadanos (40 diputados), Grupo de Esquerra Republicana (9 diputados), Grupo Catalán (8 diputados), Grupo Vasco (6 diputados) y Grupo Mixto (14 diputados, 4 diputados de Compromís, 2 de IU, 2 de EH-Bildu, 2 de UPN, 1 de Foro Asurturías, 1 de Coalición Canaria, 1 de Nueva Canarias y el exdiputado popular Pedro Gómez de la Serna).

rior que se manifestaba, –y se sigue manifestando, aún más, tras el triunfo de la moción de censura–, en el ejercicio de las funciones legislativa y de control.

Por otro lado, las sucesivas rondas de consultas regias⁶, con un escenario también inédito, dilataron y tensionaron todavía más el esquema de funcionamiento institucional cooperativo-colaborativo entre el Gobierno y las Cortes Generales, prolongando el *impasse* gubernamental y, consecuentemente, su parálisis operativa, aunque el Congreso de los Diputados, desde el inicio de la legislatura, *pretendió* funcionar con normalidad institucional⁷.

La tensión subyacente a este contexto, sin embargo, no se produjo desde el inicio de la legislatura, aunque venía larvándose desde entonces, sino que comenzó prácticamente dos meses después, el 10 de marzo de 2016, cuando el Gobierno, mediante un oficio de la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes, rechazó la comparecencia del Ministro de Defensa, Pedro Morenés, en la Comisión de Defensa del Congreso, como había solicitado el Grupo Parlamentario Socialista⁸, aduciendo que *“la Cámara no puede someter al Gobierno en funciones a iniciativas de control –entre las que se encuentra la comparecencia incluida en el orden del día de la Comisión de Defensa–, en la medida en la que no existe relación de confianza entre un Gobierno en funciones y el Congreso de los*

6 *Ex* artículo 99.1 CE, el Rey inició el 18 de enero de 2016, apenas unos días después de la constitución de las Cámaras de la XI Legislatura, la ronda de consultas con los grupos políticos con representación parlamentaria previa a la proposición del candidato a la investidura. La ronda, que finalizó el día 22, desembocó en la lógica propuesta, -por cuanto era el candidato del grupo parlamentario con mayor número de escaños-, del entonces Presidente del Gobierno en funciones, Mariano Rajoy. Sin embargo, éste, por primera vez en democracia, optó por *declinar* la propuesta regia, obligando al comienzo, el 27 de enero, de una nueva ronda de consultas que se saldaría, el 2 de febrero, con la propuesta del candidato del grupo parlamentario que había obtenido el segundo mayor número de escaños, Pedro Sánchez, quien aceptó la propuesta.

7 El Congreso de los Diputados manifestó, tras el fracaso de la primera ronda de consultas, que *“aunque haya un Gobierno en funciones, esta Cámara no está en funciones, y va a empezar a trabajar en el plazo más breve”*. Previamente, anticipándose a un escenario de mayor demora en el normal proceso de investidura, la Secretaría General del Congreso en relación con el ejercicio de las iniciativas de control parlamentario en el que manifestaba que *“en la medida en que el Gobierno en funciones conserva ciertas competencias, excepcionalmente y de forma singularizada en cada caso, la Mesa podría admitir y ordenar la tramitación de las iniciativas de control e información (preguntas, interpelaciones, comparecencias y solicitudes de informe) que pudieran plantearse, siempre referidas al ejercicio de las funciones que el artículo 21 de la Ley del Gobierno confiere a éste cuando está en funciones”*.

8 La solicitud de comparecencia pretendía que el entonces Ministro de Defensa informase sobre *“los asuntos tratados y los acuerdos adoptados en la reunión de ministros de defensa de la OTAN celebrada los días 10 y 11 de febrero de 2016 en Bruselas y, en particular, sobre la nueva operación naval en el Egeo contra las mafias que trafican con refugiados”*. El Ministro optó por no comparecer, caso inédito en el Congreso de los Diputados en nuestra historia constitucional.

Diputados". Una relación que, para el Gobierno, se había quebrado tras el proceso electoral y la constitución de las nuevas Cortes Generales, de tal suerte que, en su consideración, la ausencia de investidura parlamentaria impedía el ejercicio de la función de control.

Este planteamiento fue objetado días después por la Presidencia del Congreso, remitiendo una carta a la Vicepresidenta del Gobierno en la que, basándose en lo dispuesto en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, recordaba que "*todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales*", sin excepción de ningún caso, por lo que la renuencia gubernamental a someterse al control parlamentario carecía de fundamento jurídico.

El Gobierno, por su parte, adujo que un Gobierno en situación de *prorrogatio* es, por su propia naturaleza, un gobierno limitado políticamente, carente de la función de *indirizzo* político y sometido exclusivamente al trámite administrativo del "*despacho ordinario de los asuntos públicos*" y que, precisamente por ello, no es posible someterlo al control parlamentario.

Para el Ejecutivo, se estaba produciendo un exceso de celo por parte del Congreso de los Diputados, tanto, que incluso en las semanas previas al inicio del conflicto en torno al ejercicio de la facultad de control la propia Mesa de la Cámara había calificado iniciativas parlamentarias anteriores al cese del Gobierno y su entrada en el ámbito de la *prorrogatio*. En tal sentido, el Gobierno consideraba, en respuesta de la Vicepresidenta, que "*lo que se plantea es un control más intenso, incluso, que el que le correspondería a un Gobierno que dispusiera de la confianza de la Cámara*".

No obstante, el Gobierno sostuvo que, pese a que consideraba que no había lugar al ejercicio de la función parlamentaria de control por parte del Congreso, sí había comparecido en algunas ocasiones, bien fuese a iniciativa de algún grupo parlamentario⁹, o bien como consecuencia del requerimiento de la Mesa de alguna Comisión¹⁰, por lo que, efectivamente, aunque no con carácter *general*, sino *particular*, sí se había sometido al control del Congreso de los Diputados.

Este clima de indudable tensión política entre un Gobierno en situación de in-

9 Comparecencia del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, el 17 de febrero de 2016.

10 Comparecencia del Secretario de Estado para la Unión Europea, el 16 de marzo de 2016, ante la Comisión Mixta para la Unión Europea.

terinidad y un Congreso de los Diputados fuerte en su debilidad parlamentaria¹¹ se tradujo, a finales de marzo, en la solicitud, por parte de la mayoría de grupos parlamentarios¹², de la interposición de un conflicto entre órganos constitucionales del Estado. Para los grupos solicitantes, la situación de *prorrogatio* gubernamental, carente de legitimidad democrática y, por ende, de la confianza de la Cámara¹³, no era óbice para excluir el control parlamentario al Gobierno, dado que *“Las Cámaras surgidas de la voluntad popular no pueden estar ‘en funciones’ hasta que se genere el nuevo Gobierno. Es el Gobierno cesante y en funciones quien está limitado”*.

Pese a ello, el Gobierno se reafirmó en su criterio, al sostener que estaba *“actuando en el ejercicio constitucional de sus atribuciones y se ratifica en su criterio de que la Cámara no puede someter al Gobierno en funciones a iniciativas de control en la medida en que no existe una relación de confianza entre éste y el Congreso de los Diputados”*.

Finalmente, tras la disolución de las Cámaras *ex* artículo 99.5 CE¹⁴, la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados decidió interponer¹⁵ el 10 de mayo de 2016, –finalmente registrado el 2 de junio–, un conflicto entre órganos constitucionales ante el Tribunal Constitucional aunque, previamente, se formularon por parte de varios grupos parlamentarios, –Grupo Vasco¹⁶ y Grupo Socia-

11 Una de las paradojas de ese escenario de hiperfragmentación parlamentaria en este conflicto entre el Ejecutivo y el Legislativo ha tenido como consecuencia el fortalecimiento del Congreso de los Diputados, que en su atomización de grupos parlamentarios ha ampliado sus facultades de control a un Gobierno que ya no es sostenido por una mayoría única, homogénea y estable, lo que le mantiene en un estado de tensión política dada su permanente debilidad parlamentaria.

12 A excepción del grupo parlamentario que sostenía al Gobierno, el Grupo Parlamentario Popular.

13 Para los firmantes, el Gobierno *“no está respondiendo de su gestión política ante la Cámara que le otorgó su confianza; sobre todo está respondiendo ante una de las Cámaras que representan al pueblo español, al titular de la soberanía, del que emanan todos los poderes del Estado”*.

14 Artículo 99.5 CE: *“Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso”*.

15 El 6 de abril de 2016 fue objeto de debate en el Pleno la propuesta de interposición del conflicto de atribuciones, siendo aprobada por 218 votos a favor, 113 en contra y 4 abstenciones.

16 La iniciativa del Grupo Vasco, presentada el 18 de marzo de 2016, tenía como objeto, además de la Ley 50/97, del Gobierno, la modificación de la ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado:

“Artículo primero. El apartado 2, del artículo 26, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, queda redactado como sigue:

2. Todos los actos y omisiones del Gobierno, incluso del que esté en funciones, están sometidos al control político de las Cortes Generales.

lista¹⁷-, iniciativas de modificación de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, al objeto de delimitar y concretar el ámbito de actuación del Gobierno en funciones y someter su actuación al control político de las Cámaras.

En ambos casos, estas iniciativas, que caducaron con la disolución de las Cortes, no fueron registradas de nuevo en la XII Legislatura, por lo que el marco jurídico se mantiene vigente, sin que se hayan propuesto ulteriores modificaciones normativas.

2.2. La argumentación de los recurrentes y del Gobierno

La sentencia 124/2018, de 14 de noviembre, planteaba *ab initio* una pregunta sencilla: ¿puede un gobierno en funciones ser controlado por unas Cortes Generales que no le han otorgado su confianza?

Esta aparente sencillez, sin embargo, escondía el que quizá se ha convertido en el más intenso conflicto entre órganos constitucionales del Estado en nuestra historia democrática, exponente de un choque de legitimidades constitucionales entre Poderes del Estado que ha quebrado el tradicional esquema cooperativo-colaborativo que vertebraba el eje parlamentario, transformándolo, con el devenir político imperante de las nuevas *mayorías minoritarias* en el Parlamento, en un modelo de confrontación y tensión política constante.

Para los recurrentes, el Gobierno había vulnerado los artículos 1, 9, 23, 66.2, 108, 109, 110 y 111 de la Constitución con la negativa a someterse al ejercicio de la función parlamentaria de control.

Artículo segundo. Modificación de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

1. Se añade una nueva letra f), al apartado 1, del artículo 3, con el siguiente contenido:

f) Sometimiento al control político de las Cortes Generales a que se refiere el apartado 2, del artículo 26, de Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

2. Se añade una nueva letra e), al apartado 1, del artículo 25, con el siguiente contenido:

e) El incumplimiento por el alto cargo de la obligación de sometimiento al control político de las Cortes Generales a que se refiere la letra f), del apartado 1, del artículo 3, de la presente Ley”.

17 El texto de la proposición, registrada el 8 de agosto, tras las Elecciones Generales del 20 de junio de 2016, pretendía, en la modificación de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno:

“1. Delimitar y precisar el alcance de las facultades del Gobierno en funciones referidas al despacho ordinario de asuntos públicos.

2. Desarrollar los supuestos en que puede estimarse urgente o de interés general la intervención del Gobierno en funciones distinta al despacho ordinario de asuntos públicos y determinar el procedimiento de acreditación de la urgencia para tales casos”.

En relación con el artículo 1, entendían que la naturaleza de los apartados 1 y 2, en directa conexión con el artículo 66.1 CE, resultan incompatibles con la existencia de un Gobierno carente de responsabilidad política y no sometido al control político del Parlamento, vulnerando, en definitiva, la cláusula del Estado democrático de Derecho y la forma de gobierno parlamentaria recogida en el artículo 1.3 CE.

Por otro lado, el artículo 9 CE se pretende conculcado tanto en su apartado primero, –por el debido acatamiento de la Constitución por parte de los ciudadanos y los poderes públicos, lo que engloba, en todas y cada una de sus circunstancias, al Gobierno–, como en su apartado tercero, –interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que entienden se ha producido–.

La vulneración del artículo 23 se aprecia en sus dos apartados, toda vez que, para los recurrentes, la negativa gubernamental al sometimiento de la función parlamentaria de control imposibilitaba, directamente, el ejercicio del *ius in officium* propio de los representantes electos, como, indirectamente, el derecho de participación política de los ciudadanos.

Mención especial merece la pretendida vulneración del artículo 66.2 CE aducida por los recurrentes, al contener este artículo la atribución funcional a las Cortes Generales del control al Gobierno. Función que, en la propia Constitución se encuentra incondicionada y carente de limitación, sin establecer diferenciación entre el ejercicio del control parlamentario en *plenitudo potestatis* o en caso de gobierno en *prorrogatio*.

Se aduce también la presunta vulneración de los artículos 108 y 109 CE, relativo a la responsabilidad política del Gobierno y a los requerimientos de información, respectivamente, ya que la responsabilidad gubernamental puede exigirse de modo *difuso*, a través de las diversas iniciativas parlamentarias. Facultad, ésta, que se ve segada con la negativa del Gobierno a su respuesta efectiva.

En neta conexión, el artículo 110 CE, que versa sobre las solicitudes de comparecencia de los miembros del Gobierno, el tenor constitucional tampoco limita o condiciona la presencia debida, bien sea ante el Pleno, bien sea ante cualquier Comisión, de cualquier miembro del Gobierno cuando así sea reclamado por las Cámaras, no siendo el Ejecutivo el responsable de decidir el *tempus* concreto en el que ventilar la solicitud de comparecencia, sino de la Mesa, cuya atribución constitucional compete la calificación de la iniciativa.

Por último, en relación con la pretendida vulneración del artículo 111 CE, relativa a las sesiones de control al Gobierno vía preguntas orales, interpelaciones y mociones, se aprecia por los recurrentes una tácita negativa gubernamental a su respuesta, ya que no se han tramitado las más de dos mil preguntas con respuesta escrita registradas.

Concluyen los recurrentes, desde una perspectiva estrictamente procesal, con tres alegaciones contra los tres argumentos fundamentales esgrimidos por el Gobierno para justificar su oposición al ejercicio del control parlamentario: el del “fraude de Constitución”, el de la identificación entre relación de confianza y ejercicio de la función parlamentaria de control y, por último, el relativo al control de la limitada competencia funcional del Gobierno en *prorrogatio*.

En relación con el primero de ellos, el pretendido “fraude de Constitución”, sostienen los recurrentes que el Congreso de los Diputados ha tratado, desde el primer momento y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 CE, de posibilitar la investidura. Sin embargo, y con independencia de la investidura, la intrínseca naturaleza de las competencias funcionales que le confiere la Constitución en virtud del artículo 66 le son conferidas desde el momento en el que la Cámara se constituye, no desde que se constituye el Gobierno. Además, del tenor constitucional no se perciben espacios vacíos ajenos del control parlamentario. Por ello, en contextos similares, como con ocasión de la dimisión del expresidente Adolfo Suárez, el entonces Gobierno en funciones fue objeto de efectivo control parlamentario a través de algunas iniciativas, como preguntas o interpelaciones.

La ausencia de confianza, por su parte, es resuelta por los recurrentes desde el principio democrático, cuya legitimidad y representatividad incardinada en las Cortes Generales sirven de fundamento a la función de control, no derivando, como sostiene el Gobierno, de la existencia de una relación de confianza entre el Ejecutivo y el Legislativo.

Por último, en lo relativo al control de la limitada competencia funcional del Gobierno en *prorrogatio*, y la alusión gubernamental de que, si bien no cabe control político, siempre cabe el control jurisdiccional, los recurrentes sostienen que, siendo como es Gobierno, aunque limitado, su limitación no modifica lo dispuesto en el artículo 66 CE, que no contiene previsiones al Gobierno en funciones, por lo que cabe control parlamentario a las competencias que la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, confiere al Ejecutivo. Y ello porque es el Gobierno quien se encuentra limitado en el ejercicio de sus funciones, no las Cortes Generales. La Mesa del Congreso, en consonancia con ello, ha tramitado diversas

iniciativas porque según el Reglamento del Congreso posee dicha competencia, mientras que el Gobierno ha negado, con carácter general y sin analizar de modo particular cada iniciativa de forma razonada, la competencia a la Cámara.

El Gobierno, por su parte, se reafirmó en su planteamiento, sosteniendo que no ha existido menoscabo en las atribuciones constitucionales del Congreso de los Diputados, puesto que la función parlamentaria de control sólo es predicable respecto de un Gobierno que cuenta con la confianza de la Cámara, toda vez que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.3 CE en conexión con el artículo 97 CE, el Presidente del Gobierno y, por ende, el Gobierno en su conjunto, necesita de la efectiva relación fiduciaria con el Congreso para poder ejercer sus funciones constitucionales.

Por otro lado, para el Gobierno, las previsiones constitucionales contenidas en los artículos 66, 108 y 110 CE no habilitan al Congreso de los Diputados para ejercer la función de control a un Gobierno en *prorrogatio*, siendo así que, para su debido ejercicio, resulte imprescindible contar con la investidura parlamentaria del Presidente del Gobierno. De ahí que, para el Gobierno, bajo el concepto de “fraude de Constitución” se esconda el uso de unos preceptos constitucionales cuya utilización se prevé, de conformidad con la forma de gobierno parlamentaria, una vez conferida la confianza. Lo contrario, para el Gobierno, constituye una “anomalía constitucional”.

Concluye el Gobierno exponiendo la praxis seguida desde una perspectiva histórico-parlamentaria, en la que, desde la aprobación de la Constitución, se han consolidado unos usos parlamentarios contrarios al ejercicio de la función de control al Gobierno en funciones, por lo que la dilación de la *prorrogatio* en la XI Legislatura no puede cuestionar dichos usos por una mayor extensión temporal del Gobierno en funciones.

2.3. Análisis de la sentencia

El Tribunal Constitucional comienza, antes de entrar en el fondo del conflicto, resolviendo la controversia en torno a los pretendidos *usos parlamentarios consolidados* en el Congreso de los Diputados desde la aprobación de la Constitución que, a tenor del Gobierno, justifica la ausencia de control parlamentario a un Gobierno en *prorrogatio*.

Para el Tribunal, sin embargo, los pretendidos usos parlamentarios aducidos por el Gobierno no son sino, desde una perspectiva interna de la Cámara, una

práctica organizativa realizada al comienzo de cada legislatura, si bien los contextos señalados no son equiparables a lo acaecido en la XI Legislatura.

Los precedentes señalados, en ese sentido, se fundamentaban en una *esperada* investidura gubernamental que se entendía más o menos próxima y, debido a ello, las propias Cortes *optaban* por posponer sus actuaciones. En este caso, por el contrario, “*era la primera vez en la que no había previsión de una investidura del Presidente del Gobierno próxima en el tiempo*”, por lo que, en definitiva, la analogía decae, ya que, “*ninguna razón hay para entender que dicho acuerdo se adoptaba por otras circunstancias diferentes*” (FJ 2).

Entrando en el núcleo del conflicto, vehiculado a través de la lesión o menoscabo de atribuciones recogidas en el artículo 66.2 CE, -en posible conexión con los artículos 110 CE y, eventualmente, los artículos 1, 9 y 23 CE-, el Tribunal Constitucional parte de la profunda imbricación de la teoría del control y la teoría de la Constitución, ya que “*La decisión del pueblo organizado en poder constituyente se sitúa en el origen histórico de la Constitución y la legitimación democrática, con la atribución al mismo de la titularidad de la soberanía, se constituye en prius lógico para poder pensar en el Estado como Estado constitucional*” (FJ 4).

Esta reflexión no es baladí, permitiendo al Alto Tribunal conectarla con el sistema de *checks and balances* propio de la Constitución como garantía de legitimidad y efectividad del principio democrático, permitiéndole afirmar, así, que “*El carácter democrático de la Constitución requiere no sólo una organización constituida a partir del principio democrático como legitimador originario en la emanación de la Norma Fundamental, sino también la propia ordenación del Estado constitucional desde el principio democrático, de tal suerte que quede garantizada la libertad del soberano y sea efectivo el control del poder*” (FJ 4).

El Tribunal Constitucional recuerda, conforme a su asentada jurisprudencia¹⁸, la centralidad del Parlamento como actor sobre el que pivota la democracia representativa que define el Estado Social y Democrático de Derecho, lo que sitúa a las Cortes Generales en “*una posición preeminente sobre el poder ejecutivo, del que suelen requerir actuaciones e iniciativas en el ámbito de sus competencias, mediante el ejercicio de las facultades parlamentarias de iniciativa y de control*” (FJ 6)¹⁹.

¹⁸ SSTC 3/2003, de 16 de enero (FJ 3) y 1367/2011, de 13 de septiembre (FJ 11).

¹⁹ Esta cuestión no es nueva, sino que ya la había puesto de manifiesto el propio Tribunal en su STC 48/2003, de 12 de marzo (FJ 17).

Una cuestión que no empee el modelo de separación de poderes para evitar la concentración y, consecuentemente, el desequilibrio del sistema, ya que *“La Constitución establece un sistema de relaciones entre órganos constitucionales dotados de competencias propias (SSTC 45/1986, FJ 4, y 234/2000, FJ 4), un sistema de distribución de poderes que evita su concentración y hace posible la aplicación de las técnicas de relación y control entre quienes lo ejercen legítimamente (ATC 60/1981, de 17 de junio, FJ 4)”* (FJ 6).

Con ello, el Tribunal Constitucional introduce la cuestión relativa a las relaciones, propias de nuestro modelo de parlamentarismo racionalizado, entre el Ejecutivo y el Legislativo y, como consecuencia de ello, la relación de confianza que debe existir entre ambos Poderes, toda vez que *“Las formas de gobierno parlamentario se basan en la existencia de una relación de confianza entre el Gobierno y las Cámaras (SSTC 81/2012, de 18 de abril, FJ 3, y 151/2017, de 21 de diciembre, FJ 4) y, concretamente, en nuestra Constitución, en la relación fiduciaria que ha de existir entre el Gobierno y el Congreso de los Diputados (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 8)”* (FJ 6).

Una relación de confianza que tiene como catalizador la investidura parlamentaria que, tras la celebración de las elecciones, se produce en el Congreso de los Diputados. Por ello, para el Tribunal, *“resulta indubitado (...), que la primera responsabilidad de dicha Cámara, tras cada renovación (art. 99 CE), es otorgar dicha confianza al Presidente del Gobierno”* (FJ 6).

Sin embargo, a renglón seguido sostiene una cuestión nuclear en neta conexión con la relación de confianza, y en la que contraviene la afirmación aducida por el Ejecutivo, y es que la inexistencia de confianza, derivada de la situación del Gobierno en funciones, no soslaya la función de control, ya que *“la identificación plena de la función de control y relación de confianza entre Gobierno y Congreso de los Diputados, que sostiene el Gobierno, no se infiere de nuestra Constitución”* (FJ 6).

Esta variable disociativa entre la función parlamentaria de control e investidura parlamentaria le sirve al Tribunal Constitucional para introducir el criterio interpretativo del artículo 66.2 CE en lo relativo al control al Gobierno. Un criterio que, anticipa el Tribunal, no se contiene en la Constitución, que *“no define en qué consiste la función de control de la acción del Gobierno que atribuye a las Cortes Generales su artículo 66.2 CE, sino que se limita a establecer diferentes instrumentos de control en su título V, instrumentos de control que regulan, de manera singular, los Reglamentos de ambas Cámaras”* (FJ 7).

En cualquier caso el Tribunal no agota su análisis en la definición expresa del control contenida en la Constitución, sino que la interpreta de forma extensiva al resto de funciones atribuidas a las Cortes ex artículo 66.2 CE, al concebirla como cualquier acción que *“se desempeña, en la actualidad y en último término, a través de toda actividad parlamentaria en tanto en cuanto la misma permite el debate público y el conocimiento por los ciudadanos de la actuación del Gobierno. Por lo tanto, se ejercerá no solo a través de los instrumentos que forman parte de la función de control, sino también a través de la función legislativa y de la función presupuestaria”* (FJ 7).

No obstante, *strictu sensu*, es decir, circunscrito al limitado ámbito en el que tradicionalmente ha sido concebida la función parlamentaria de control al Gobierno, la imbricación entre confianza y control es profunda, fundamentalmente debido a que el *normal*, -entendido como *ordinario*-, desarrollo del control al Ejecutivo se ejerce desde el Parlamento mediando una previa relación fiduciaria entre el Gobierno investido y el Congreso de los Diputados que inviste.

Una situación de normalidad que, apunta el Tribunal Constitucional, *“no significa que, excepcionalmente, como lo son también los periodos en los que no hay relación de confianza entre el Congreso de los Diputados y el Gobierno, no pueda ejercerse la mencionada función de control”* (FJ 7).

Esta excepcionalidad que no excluye el control parlamentario es explicada por el Alto Tribunal a partir de tres argumentos: la función de control como consustancial a la forma de gobierno parlamentaria; la ruptura del nexo que vehicula la confianza y control; y, por último, que no todos los instrumentos de control tienen como finalidad la quiebra de la relación de confianza.

En primer lugar, desde la perspectiva de la función control y su nexo con la forma de gobierno parlamentaria, el Tribunal Constitucional asume una interpretación restrictiva, al entender que *“se fundamenta en el carácter representativo de las Cortes Generales. Función que no puede verse limitada más que allí donde la Constitución así lo ha entendido preciso (...), no conteniendo nuestro texto constitucional, en principio, ninguna excepción al ejercicio de la misma”* (FJ 7).

En segundo lugar, desde la ruptura de la neta identificación entre confianza y función de control, el Tribunal integra el papel que desempeña el Senado en nuestra forma de gobierno parlamentaria, evidenciando que, si bien la relación de confianza vía investidura la otorga el Congreso de los Diputados, la función de

control es prerrogativa de ambas Cámaras, por lo que el Senado, pese a no poseer vínculo de confianza con el Gobierno, sí ejerce la función de control.

Y, en tercer lugar, la asunción de que no todos los instrumentos de control tienen como objetivo la ruptura de la relación de confianza, dado que pueden ejercerse, -y, de hecho, se ejercen-, aunque no exista dicha relación, bien sea porque sirven para recabar información, bien porque son instrumentales a un fin de crítica política al Gobierno, agotando su alcance en tales fines. Para el Tribunal, recordando su doctrina, *“no se puede mantener la identidad plena entre función de control y relación de confianza, por más que se encuentren relacionadas”* (FJ 7).

En suma, la pluralidad de los instrumentos de control sirven a objetivos distintos, sean el suministro de información, el impulso político o la exigencia de responsabilidad política. Ello le permite al Tribunal Constitucional definir la función de control como *“poliédrica”*, dirigida *“solo en último término a la ruptura de la relación de confianza entre el Congreso de los Diputados y el Gobierno”*, por lo que *“no cabe descartar la utilización de algunos de los instrumentos a los que nos hemos referido para el ejercicio de la función de control de la acción del Gobierno que corresponde a las Cortes Generales (art. 66.2 CE), aunque el Gobierno esté en funciones (art. 101.2 CE), si bien con matices o limitadamente”*. (FJ 7).

Con este planteamiento, el Alto Tribunal desmonta también uno de los argumentos aducidos por el Gobierno en funciones para justificar la ausencia del control parlamentario: la existencia de control judicial.

Este aspecto, para el Tribunal, y desde el prisma de la regulación contenida en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que determina el control político por las Cortes Generales de todos y cada uno de los actos y omisiones del Gobierno, sin excluir contexto y circunstancia, es cuestionado al asumir que ambos controles no poseen carácter de mutua exclusión, al responder tanto a distintos fundamentos constitucionales como finalidades.

En definitiva, del análisis de todos y cada uno de los aspectos que determinan la actuación del Gobierno en *prorrogatio*, el Tribunal Constitucional concluye que *“no se puede negar a las Cortes Generales el ejercicio de la función de control que les atribuye el artículo 66.2 CE, basándose en que el Gobierno en funciones no desarrolla actividad, en la medida en que, como hemos constatado, sigue desarrollándola. La actividad del Gobierno en funciones no impide la función de control ex artículo 66.2 CE”* (FJ 8).

Por todo ello, el Tribunal considera que, por parte del entonces Gobierno en funciones se produjo un efectivo menoscabo de la atribución constitucional de la función parlamentaria de control que, *ex artículo 66.2 CE*, tiene conferido el Congreso de los Diputados.

3. Conclusiones

La STC 124/2018, de 14 de noviembre, ha puesto punto y final a una de las más aceradas polémicas constitucionales de los últimos años, la relativa al control parlamentario del Gobierno en funciones, que alcanzó su punto álgido en junio de 2016 con la interposición por el Congreso de los Diputados de un conflicto entre órganos constitucionales contra el Gobierno por menoscabo de la función parlamentaria de control del artículo 66.2 CE.

La sentencia se suma a las SSTC 34/2018, de 12 de abril, y 44/2018, de 26 de abril, que resolvieron otra de las grandes controversias jurídico-constitucionales que se ventilaron también en sendos conflictos de atribuciones interpuestos, esta vez, por el Gobierno contra el Congreso de los Diputados a causa del veto presupuestario recogido en el artículo 134.6 CE.

La resolución de ambos conflictos, cuyo núcleo común era el Parlamento en sus relaciones con el Gobierno, ha reforzado el esquema de separación de poderes establecido en la Constitución desde la *limitación operativa*, -que no funcional-, del Ejecutivo, evitando tanto su *vis expansiva* en el ejercicio de sus propias competencias como la invasión de competencias ajenas.

En ese sentido, la STC 124/2018, ha contribuido a perfilar y delimitar un *espacio vacío constitucional* que, fruto de la praxis seguida por el parlamentarismo español y su esquema bipartidista, no había sido aún objeto de controversia jurídico-constitucional, en gran parte debido a que la situación jurídica del Gobierno en *prorrogatio* nunca tuvo una extensión superior a los dos meses desde la I Legislatura constitucional.

Sin embargo, el nuevo escenario de hiperfragmentación parlamentaria surgido desde las elecciones de diciembre de 2015 ha quebrado el modelo bipartidista y su tradicional eje de funcionamiento articulado en torno a sólidas mayorías en las Cámaras, reforzando la relevancia de las Cortes Generales, -particularmente, del Congreso de los Diputados-, a costa de la permanente inestabilidad del Gobierno, lo que se ha traducido en una *governabilidad difusa* a través de *mayorías*

minoritarias, sometida al albur de la oscilante conjunción de voluntades de los grupos parlamentarios que, un día sí y otro, no, permiten ejercer sus funciones constitucionales al Ejecutivo.

En este contexto de limitada gobernabilidad, el Ejecutivo ha tratado de hacer prevalecer su posición constitucional que, en la situación del Gobierno en funciones entre diciembre de 2015 y octubre de 2016 se tradujo en una negativa constante a someterse al ejercicio de la función parlamentaria de control contenida en el artículo 66.2 CE, lo que conllevó la interposición de un conflicto entre órganos constitucionales ante el Tribunal Constitucional para dilucidar el contenido y alcance del control parlamentario al Gobierno.

El Tribunal Constitucional, mediante la STC 124/2018, de 14 de noviembre, ha reafirmado la centralidad de nuestro Parlamento dentro del esquema de separación de poderes recordando que el Gobierno, sea en *plenitudo potestatis* o en *prorrogatio*, es siempre Gobierno, por lo que no pueden quedar escenarios ni situaciones en los que el quede sin control efectivo de las Cortes al amparo de lo dispuesto en el artículo 66.2 CE.

Un control que, aunque relacionado en circunstancias ordinarias con la confianza parlamentaria otorgada mediante la investidura, tiene instrumentos de control que se alejan de la exigencia de responsabilidad política para circunscribirse al control *strictu sensu* a través del control escrito de las solicitudes de información o de las iniciativas de impulso político.

El Parlamento, gracias a las SSTC 34/2018, 44/2018 y, finalmente, la 124/2018, se ha visto notablemente reforzado en su actuación y funcionamiento frente a un Poder Ejecutivo que, acostumbrado a un bipartidismo parlamentario, había obviado el esquema de separación de poderes propio del Estado constitucional.

LA TUTELA DEL DERECHO A LA VIDA EN EL ÁMBITO JUDICIAL INTERAMERICANO Y COSTARRICENSE

Víctor Eduardo Orozco Solano

*Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional
de la Universidad de Costa Rica*

Recibido: 01-07-2019

Aceptado: 30-07-2019

SUMARIO

Introducción

1. Sobre el derecho a la vida y la fertilización en vitro

2. Análisis particular del caso Artavia Murillo vs. Costa Rica

*3. Jurisprudencia relevante de la Sala Constitucional en materia de
penalización del aborto*

*4. La eutanasia, o el homicidio por piedad en la jurisprudencia de la Sala
Constitucional de Costa Rica*

Conclusiones

Bibliografía

En términos generales, en este artículo se analizará la tutela del derecho a la vida en el ámbito judicial interamericano, lo que supone, desde todo punto de vista, la obligación de examinar el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, sobre la prohibición decretada por la Sala Constitucional de Costa Rica acerca de la utilización de la técnica de la *fecundación in vitro*, así como, la respuesta de ese mismo Tribunal tras la sentencia de fondo emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la posterior decisión de la Corte IDH sobre los pronunciamientos de la Sala Constitucional de Costa Rica.

Con ese fin, se examinarán los alcances del derecho a la vida y la fertilización *in vitro*, tanto en su concepción anglosajona como continental europea.

También se analizarán las sentencias de la Corte IDH, con respecto a Costa Rica, y lo que supone en el marco de la nueva doctrina del Control de Convencionalidad. En este orden de consideraciones, es preciso mencionar que el catálogo o gama de derechos analizados tanto por la Corte IDH, como por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en aplicación de esos fallos, es mucho más amplia que en el caso del derecho a la vida, como son, por ejemplo, los supuestos de vida privada e intimidad, así como, la prohibición de discriminación entre parejas del mismo sexo, los cuales no serán incluidos en esta oportunidad. En este orden, se ha sostenido que en razón del principio de subsidiariedad, en su concepción normativa, por ser el Estado costarricense uno democrático, con una institucionalidad consolidada de más de 50 años, el Tribunal Constitucional Costarricense se encuentra en una mejor posición que la Corte IDH de precisar los alcances y el contenido de esos derechos humanos o fundamentales. De ahí que la Corte IDH debería emplear el criterio del margen de apreciación, como lo hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo que atañe a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma del 4 de noviembre de 1950, en ausencia de un consenso europeo en cuanto a los alcances de un derecho. Otros, al contrario, abogan por ese intervencionismo de la Corte IDH en procura de la protección uniforme y progresiva de los derechos humanos, cuando se han detectado ciertos fallos estructurales en cuanto al disfrute o goce de esos derechos. Tal intervencionismo se encamina hacia un derecho constitucional común latinoamericano, con semejantes estándares de protección de los derechos en el área. Mucho queda por discutir en ese ámbito. En todo caso, es claro que dicha intervención de la Corte IDH se plasma, plenamente, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Por lo pronto, nos limitaremos a exponer ese diálogo, bajo el enfoque inicial de protección del derecho a la vida.

Además, en el marco del diálogo entre las cortes de San José, expondremos los criterios del Tribunal Constitucional costarricense sobre el derecho a la vida, en estricto orden cronológico, en sus 29 años de funcionamiento, teniendo en cuenta la constitucionalidad de la prohibición del aborto y algún caso emblemático sobre el homicidio por piedad, mejor conocido como la eutanasia.

1. Sobre el derecho a la vida y la fertilización en vitro

Tras analizar la manera en que ha sido regulado el derecho a la vida, así como la protección de los derechos del concebido, de acuerdo con Francesco Zappalá, se pueden conceptualizar dos visiones en el bio-derecho relativa a esa configuración: una es aquella que instruye el sistema norteamericano, en el cual, están incluidos Canadá y el Reino Unido, y otro es el pensamiento europeo que caracteriza el cuadro cultural de Europa continental. Una se decanta por favorecer la libre determinación del individuo, lo que tiene sus implicaciones sobre el aborto, la eutanasia y otros, mientras que en la otra *“no se remiten a la exclusiva voluntad del interesado, sino, que la misma voluntad es acompañada y algunas veces subordinada, a una serie de principios entre los cuales está el de solidaridad, pero, sobre todo, el de dignidad humana que en Europa es el principio cardinal en materia de bioética”*¹.

En este orden, el mismo autor indica que el principio sobre el cual oscilan ambos sistemas es el de la dignidad humana, de tal forma que en el ámbito norteamericano se privilegia la libre disposición, mientras que, en el europeo, la observancia de ese principio supone la obligación de acatar una serie de deberes, razón por la que, según esta vertiente, no se puede disponer de la propia vida². Ahora bien, en lo que atañe al inicio de la vida, el mismo autor afirma que se han desarrollado dos visiones: una la del reporte Wornok, que toma su nombre de la parlamentaria inglesa Wornok, a quien le fue confiada la tarea de encontrar una solución legislativa a la tarea de proteger al embrión.

Lo anterior dio origen a la distinción entre el estado embrional y preembrional, que es actualmente adoptada en Gran Bretaña, en España y en los países escandinavos. De esta forma, *“Según el reporte Wornok la fase embrional empezaría al décimo quinto día contado desde la fecundación del óvulo y en los primeros 14 días existiría una fase denominada preembrional, distinción basada sobre*

1 Zappalá F, Estatuto Jurídico del Concebido, en *Revista Javeriana*, Santiago de Cali, pág. 264-265

2 Zappalá F, Estatuto Jurídico del Concebido, en *Revista Javeriana*, op. cit., págs. 265-266.

el hecho científico de que sólo desde el décimo quinto día se forma la denominada “estria” o núcleo neurológico del embrión. Vale decir, lo que se podría considerar un principio de cerebro o de sistema neurálgico. Antes de esta fase prenatal, el embrión es un conjunto de células que no disponen aún del sistema neurológico característico e inconfundible del ser humano³”.

De este modo, antes del día 15 de gestación del embrión, éste no se consideraría ser humano, razón por la cual en esta etapa serían permitidas: la experimentación científica, la fecundación médicamente asistida, el aborto, entre otros. Por su parte, la otra visión proteger al embrión desde el momento de la concepción y es seguida de manera mayoritaria en la mayor parte de Europa, así como en el continente americano: centro y sur, y encuentra su primer antecedente en la regulación del Código Civil argentino de 1871.

De esta manera, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 4° se establece que: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*. De esta manera, en Costa Rica la Constitución Política dispone, en su artículo 21, que: *“La vida humana es inviolable”* y tradicionalmente se ha entendido que se protege, justamente, a partir de la concepción. En este marco, es claro que en la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, ese Tribunal se aparta de una interpretación literal o gramatical del artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, para sostener, en la actualidad, que la protección del concebido inicia con la implantación del óvulo fecundado en el vientre materno.

2 .Análisis particular del caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica

Ahora bien, en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, la Corte IDH conoció acerca de alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación *in vitro* (en adelante “FIV”) que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país.

3 Zappalá F, Estatuto Jurídico del Concebido, en *Revista Javeriana*, op. cit., pág 268.

En este orden, en el año 1995, el Ministerio de Salud de Costa Rica emitió el Decreto Ejecutivo No. 24029-SI, denominado “Fertilización in vitro y transferencia de embriones”. En este instrumento normativo se aprobaba la reproducción asistida entre cónyuges, aunque incluía varios requisitos, entre ellos: “*que se tratara del último medio técnico para conseguir el embarazo y que, habiendo sido informados acerca de la adopción, hayan renunciado a ella. Además, permitiría la reproducción asistida heteróloga con otros requisitos*”⁴.

De acuerdo con Cianciardo, Juan, la Fecundación in vitro fue practicada de manera efectiva en Costa Rica durante los años 1995 y 2000 por el Instituto Costarricense de Infertilidad, periodo durante el cual nacieron 15 costarricenses⁵. Con posterioridad la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en una sentencia emitida el 15 de marzo de 2002, con el voto disidente de dos de sus Magistrados, declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo *supra* aludido. Según Campos Vargas, “*entre de los argumentos principales expuestos se menciona que a partir de la fecundación ya existe persona, además de que no hay que pasar por alto que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto; respecto de dicha postura, el artículo 4.1 del Pacto de San José dispone el respecto a la vida desde la concepción, de allí que las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) representan un atentado contra la vida humana, debido a la pérdida elevada de embriones, considerados seres humanos*”⁶.

De este modo, en la mencionada decisión la Sala Constitucional expuso, con respecto a la protección constitucional del derecho a la vida y la dignidad del ser humano que

“Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por

4 Campos Vargas G., Implicaciones Éticas, legales, religiosas y socioeconómicas de la fecundación in vitro en la Salud Reproductiva de Costa Rica, *Revista Electrónica Enfermería Actual en Costa Rica*, Edición Semestral No. 22, Abril 2012, Septiembre de 2012,

5 Cianciardo J., La especificación del derecho a la vida del no nacido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una aproximación desde el caso “Artavia Murillo”, *Revista Dikaion, Universidad de La Sabana*, Año 30, Vol. 25, núm 2., Chia, Colombia –diciembre de 2016, pág. 166.

6 Campos Vargas G., Implicaciones Éticas, legales, religiosas y socioeconómicas de la fecundación in vitro en la Salud Reproductiva de Costa Rica, *Revista Electrónica...*, op. cit.

estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto -célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal- se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva —primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término preembrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la “criatura única” desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue aproxima-

damente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estado de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica”.

De esta forma, en la mencionada sentencia la Sala Constitucional adopta la construcción doctrinal según la cual la vida inicia desde la concepción y, con ese fin, se apoya en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, de la siguiente manera:

VI.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución Política. *Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, -adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” -, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona “tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1:*

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N°7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona “el nacimiento”. Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga “debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que “la vida humana es inviolable”.

Así, en la sentencia referida la Sala Constitucional concluye que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de ese Tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Así, ha quedado claro a ese Tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal, pues no se implantan, o bien se implantan pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo. No es casual que se intente fecundar más de un óvulo por ciclo, pues la transferencia de múltiples embriones al útero de la madre —generalmente no más de cuatro— aumenta las posibilidades de lograr un embarazo. La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias

naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la FIVET implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana.

Advierte la Sala Constitucional que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta- viola su derecho a la vida, por lo que la Técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas

En razón de dicha sentencia se plantearon diversas gestiones contra el estado costarricense ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien, a su vez, elevó el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, al plantear el caso contencioso ante la Corte IDH, entre otros aspectos, las víctimas alegaron que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

Tras analizar los argumentos formuladas por las partes, en esa ocasión la Corte IDH dispuso que el Estado costarricense es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carba-

llo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza, en los términos de los párrafos 136 a 317 de esa decisión. En dicha sentencia se esboza la manera en que debe ser interpretado el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo que atañe a la protección del derecho a la vida del no nacido, de la siguiente manera:

“La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1. tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental, según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”

De esta forma, en esa sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso, por cinco votos a favor y uno en contra, que:

1. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.
2. El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente Sentencia.
3. El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios

establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia.

4. El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia.
5. El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 326 de la presente Sentencia.
6. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.
7. El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo 341 de la presente Sentencia.
8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 373 del Fallo.
9. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.
10. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Al respecto, se discute si a partir de esa decisión, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tenía o no la obligación de anular, de oficio, la sentencia del año 2000 que supuso la prohibición de la técnica de la fecundación de *in vitro*, teniendo en consideración que la Corte IDH ha establecido la obligación del Estado de adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en esa sentencia.

En este orden, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias No. 2013-10712 de 8 de agosto, y No. 2014-3715 de 14 de marzo, se ha negado a exigir a las autoridades costarricenses la obligación de aplicar la técnica de la fecundación *in vitro* a las amparadas, pese a los alcances del fallo de la Corte IDH. En esta línea, en la última sentencia la Sala ha sostenido que:

“en la citada sentencia se le impone al Estado de Costa Rica el deber de regular el desarrollo de la FIV, precisamente, para hacer posible la aplicación de esta técnica en nuestro país, NO QUE SE DICTE UNA SENTENCIA DE ESTA SALA NORMANDO ESTA TÉCNICA. Esa regulación, al estar de por medio derechos fundamentales, necesariamente tiene que ser mediante ley, toda vez que así lo impone el principio de reserva de ley (artículo 28 constitucional). Así las cosas, mientras la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo no emitan y sancionen una ley que regule la materia, no es posible exigir la aplicación de la técnica de la FIV, salvo que se vulnere, ni más ni menos, el numeral 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 28 constitucional y se contradiga la misma sentencia de la Corte; amén de que un acto de esa naturaleza se constituiría en una indebida interferencia de esa Sala en el proceso de ejecución de sentencia que está fiscalizando el Tribunal internacional de derechos humanos y en el proceso de cumplimiento de sentencia que han elegido el Poder Legislativo y Ejecutivo. Si bien este Tribunal no desconoce que la puesta en práctica de la técnica denominada FIV es considerada por la Corte como un derecho, su ejecución tiene una serie de consecuencias que exige la regulación de esta materia mediante Ley formal, tal y como se indicó supra. Por tal razón, el recurso de amparo debe ser declarado sin lugar”

En este orden, preferimos el criterio expuesto en los votos particulares de la Magistrada Hernández López y el Magistrado Salazar Murillo a la decisión No. 2014-3715 de 14 de marzo. Así, en el primero de ellos:

“a) se priva de efectos y de su valor vinculante a la sentencia de esta Sala número 2000-2306 de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo del dos mil; b) se ordena a las todas autoridades públicas involucradas, abstenerse de cualquier acción que tenga como efecto directo o indirecto impedir o prohibir la práctica de la técnica de la fertilización in Vitro, entendida ésta en la forma y con el alcance descritos en la citada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la FIV, lo anterior sin perjuicio del obligado ejercicio de las potestades de vigilancia y regulación atribuidas a las autoridades públicas con competencias específicas sobre la materia; c) se ordena dar acceso a la amparada a los servicios especializados de la Caja Costarricense de Seguro Social, para ser valorada sobre si ella y su pareja presentan un problema de infertilidad que les permita clínicamente calificar para el acceso a la técnica de Fertilización In Vitro. De resultar positiva la valoración, darle acceso a ese tratamiento bajo las regulaciones de su médico tratante”

Lo anterior justamente al considerarse que el principio de reserva legal debe aplicarse a las limitaciones a los derechos fundamentales, no a su aplicación directa de la Constitución, ya que estos son “*self executing*”, es decir no necesitan de leyes que los implementen para su garantía.

Con posterioridad, el Poder Ejecutivo emitió un decreto en que se regulaba la técnica de la Fecundación in vitro, que fue impugnado ante la Sala Constitucional. En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional costarricense, por medio de la sentencia No. 2016-1692, de 3 de febrero, declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S, denominado “Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria”, del 10 de setiembre de 2015, por vulnerar el principio de reserva de ley.

Con posterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de 26 de febrero de 2016, dispuso, entre otras cosas, que “*debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público*” y, además, “*disponer que, en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo tercero de la sentencia y conforme a lo in-*

dicado en el Considerando 36 de esta resolución, se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia”. Con lo cual, a partir de ese momento, ha sido aplicada la técnica supra aludida. Lo anterior, al considerarse que: 29. “Tal como ha sido señalado, Costa Rica informó que estaban en trámite en el Poder Legislativo tres proyectos de ley en relación con la técnica FIV, que no han sido aprobados (supra Considerando 15). Los representantes de las víctimas y la Defensora de los Habitantes de Costa Rica se refirieron a la falta de avances y obstáculos que se presentan en el ámbito legislativo para la aprobación de una ley que regule la FIV. Aquellos también expusieron críticas en cuanto al contenido de estos proyectos, particularmente respecto del proyecto de ley No. 18.824 “Ley Marco de Fecundación In Vitro”, ya que consideran que no se adecuarían a lo dispuesto en la Sentencia. En su escrito de 11 de febrero de 2016 el Estado comunicó que el referido proyecto de ley No. 18.824 es el que “se encuentra en etapa avanzada” del trámite legislativo, “concretamente, en agenda del pleno de la Asamblea Legislativa para su conocimiento” y, al igual que los representantes de las víctimas, manifestó “serias preocupaciones” debido a que considera que este proyecto “contiene severas inconsistencias jurídicas contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como al [...] pronunciamiento de [esta] Corte” y a “los estándares internacionales que las Ciencias de la Salud establecen para esta técnica de reproducción asistida, con lo cual se obstruye el derecho a gozar de los beneficios y posibilidades que ofrece el progreso científico”. Agregó que “de aprobarse el contenido actual de [este] proyecto de ley [...] se corre el riesgo de hacer ineficaz la FIV en Costa Rica, así como de incurrir en estado de incumplimiento respecto de la sentencia de la [...] Corte”.

De este modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que por los obstáculos en el trámite legislativo de los referidos proyectos, el Estado anunció durante la audiencia pública de supervisión de cumplimiento de septiembre de 2015 que el Poder Ejecutivo optó por elaborar un proyecto de decreto ejecutivo que autorizara la FIV y regulara su implementación. Como fue indicado, el Decreto No. 39210-MP-S estuvo vigente únicamente del 11 de septiembre al 7 de octubre de 2015, ya que la Sala Constitucional suspendió su vigencia y, posteriormente, lo anuló por considerar que era inconstitucional al vulnerar el principio de reserva de ley. Ante dicha declaratoria de inconstitucionalidad ocurrida el 3 de febrero de 2016, el Estado explicó, en su escrito de 11 de ese mes, las razones por las que considera que para cumplir con la orden dada por esta Corte la “regulación no requiere ser de rango legal”, y que debido a que el Estado fue declarado responsable en la Sentencia, “todas las autoridades públicas están llamadas a desplegar

las acciones propias de su competencia para reestablecer los derechos vulnerados con la prohibición de la FIV". Sostuvo que lo que "resulta esencial" es que la norma que regule dicho tratamiento médico "cumpla con los estándares convencionales" y con lo indicado en la Sentencia y "asegur[e] la viabilidad práctica de la FIV, en términos de seguridad y calidad del método". En ese sentido, indicó que al emitir el referido Decreto "se procuró regular el ejercicio de esta técnica con absoluto apego a los estándares científicos internacionales, para adecuarla a los avances tecnológicos más recientes, de modo que se propiciara su efectividad y conjuntamente, se garantizaran los derechos de las personas", y que "[s]u creación normativa se dio con pleno apego a los artículos 29.b y 30 del Pacto de San José de Costa Rica, ya que el Poder Ejecutivo no cercenó ni limitó ningún derecho [...] por lo que no se transgredieron los principios de división de poderes y reserva de ley". Tal como fue indicado, tanto los representantes de las víctimas como el Estado coincidieron en solicitar a la Corte que ordene mantener la vigencia del referido Decreto Ejecutivo mientras no exista una norma de rango superior que sea conforme a lo dispuesto en la Sentencia. Además, Costa Rica resaltó que "con la anulación del mencionado Decreto, se genera nuevamente una situación de incerteza jurídica que demanda la reformulación de acciones a fin de lograr la implementación de la FIV", y comunicó que "no se vislumbra que, en un futuro cercano, la Asamblea Legislativa promulgue una ley con [las referidas] características, puesto que se ha dificultado el consenso en esta materia y existen sectores políticos que se resisten a normar dicha técnica de una forma acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

También señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la mencionada sentencia que: "33 Sin entrar a efectuar un análisis del contenido del referido Decreto Ejecutivo, el Tribunal constata que estaba dirigido a dar cumplimiento al punto dispositivo tercero de la Sentencia (*supra* Considerando 28), al regular aspectos relacionados con la implementación de la técnica de la FIV, y prever disposiciones sobre las responsabilidades y funciones de diversas autoridades en la realización, inspección y control de la técnica en el país. Al respecto, el Decreto tiene cuatro "capítulos" relativos, respectivamente, a: (i) "disposiciones generales" en relación con la técnica FIV; (ii) las "autoridades competentes" determinando las responsabilidades y funciones del Ministerio de Salud, la Caja Costarricense del Seguro Social y el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica en la práctica de la FIV; (iii) los "derechos de las personas destinatarias del tratamiento", y (iv) sobre "el tratamiento de gametos". 34 Asimismo, el Estado sostuvo que en la elaboración de dicho Decreto se contempló lo dispuesto en la Sentencia y "[s]e tomó en cuenta el estado actual de la ciencia en temas de reproducción asistida, así como el criterio técnico de los jefes de las instituciones especializadas en la aten-

ción en salud de la población costarricense”, ya que les fue sometido a consulta el texto del proyecto de Decreto. En ese sentido, afirmó que se consideraron las observaciones de la Caja Costarricense del Seguro Social y del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, con las cuales “se efectuaron las mejores necesarias [con] los criterios técnicos recibidos”. En lo que respecta al contenido del Decreto, el Tribunal destaca que ninguna de las partes ni la Comisión han alegado que algún aspecto de la regulación incluida en el mismo impida la eficacia de la técnica o su seguridad, deniegue el acceso al progreso científico en esta materia o que no garantice el principio de igualdad y no discriminación. Por el contrario, consideran que el Decreto cumple con lo ordenado por la Corte (supra nota al pie de página 60). 35Al ordenar la reparación relativa a que se regulen “los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV”, la Corte no indicó específicamente qué tipo de norma debía ser emitida para tales efectos. En ese sentido, este Tribunal valora positivamente que, ante la falta de actuación del Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo haya buscado dar cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia a través la emisión de la referida norma, tomando en cuenta que los Estados no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional establecida por este tribunal internacional (supra Considerando 7). 36De acuerdo a la información allegada a esta Corte y a lo solicitado por los representantes de las víctimas y el Estado (supra Considerandos 21 y 32), es posible que aun cuando se haya dispuesto en la presente resolución que la prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos (supra Considerando 26), podría continuar una situación de hecho en que no se empiece a brindar esta técnica debido a la inseguridad jurídica con respecto a la regulación que se aplicaría. Al respecto, el Tribunal reitera que la medida relativa a regular no debía representar un impedimento para el ejercicio de los derechos humanos a la vida privada y familiar a través del acceso a la técnica en Costa Rica (supra Considerandos 9 y 26), derechos cuya protección debe tener una eficacia jurídica directa. Por ello, ante la falta de una regulación específica en los términos de la Sentencia, la FIV podía realizarse y fiscalizarse con la normativa, regulaciones técnicas, protocolos y estándares de salud, médicos y cualquier otra normativa que resultara aplicable. Adicionalmente, tomando en cuenta que el referido Decreto Ejecutivo ha sido la única medida adoptada por el Estado para cumplir con la reparación ordenada en la Sentencia y que el Estado afirma que su vigencia temporal es una alternativa válida para solventar la referida inseguridad jurídica (supra Considerandos 21 y 32), resulta necesario disponer que el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S se mantenga vigente en aras de evitar que sea ilusorio el ejercicio del derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de la técnica de la FIV. Ello, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia.

Con lo que, a partir de esta decisión ya se aplica la técnica de la FIV en Costa Rica, mediante el ejercicio de un proceso de tutela de los derechos que, en sede interamericana, Comisión IDH y Corte IDH, demoró más de 15 años.

3. Jurisprudencia relevante de la Sala Constitucional en materia de penalización del aborto

Este tema, que, como es conocido, integra, plenamente, los alcances del derecho a la vida, resulta ser muy polémico y de difícil tratamiento, particularmente en el contexto latinoamericano, con sociedades tan conservadoras como las que nos encontramos, en los cuales, las posiciones ideológicas e, incluso, las religiosas, tienen, aún hoy, mucha injerencia. Bien se podría indicar que en el contexto latinoamericano, todavía es difícil encontrar sociedades fuertemente secularizadas, a diferencia de otros ámbitos. En este caso, quien escribe esta líneas aún no tiene un criterio sobre si se debería permitir el aborto, por ejemplo, en casos de violación de la madre, o bien, si se trata de una adolescente, o cuando con ocasión del embarazo se ponga en riesgo la vida de la progenitora, por lo que, no será en esta ocasión donde se emita un juicio de valor sustentado y motivado sobre el particular. Ya veremos las soluciones que el ordenamiento jurídico ofrece en estos casos, previa elaboración de un breve marco teórico que nos permita precisar los alcances de este derecho, frente al del niño por nacer. Finalmente, analizaremos las sentencias más relevantes de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre esta materia.

El artículo 118 del Código Penal costarricense reprime el aborto, con o sin consentimiento de la madre, de la siguiente forma: *“El que causare la muerte de un feto será reprimido: 1) Con prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de quince años. Esa pena será de dos a ocho años, si el feto “no” había alcanzado seis meses de vida intrauterina; 2) Con prisión de uno a tres años, si obrare con consentimiento de la mujer. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina. En los casos anteriores se elevará la respectiva pena, si del hecho resultare la muerte de la mujer”*. Además, en cuanto al aborto procurado, el Código Penal costarricense reprime con *“prisión de uno a tres años, la mujer que consintiere o causare su propio aborto. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina”*. Ahora bien, en cuanto al aborto *“honoris causa”*, dicho Código establece que si *“el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquélla, la pena será de tres*

meses hasta dos años de prisión. Además, en cuanto al aborto impone, o terapéutico, dicha legislación dispone que no “es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios”. Finalmente, en cuanto al aborto culposo, el Código Penal dispone que: “será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto”.

Tales tipos penales se encuentran en la Sección II, del Título I, Delitos contra la vida, del Libro Segundo del Código Penal y en un marco constitucional, en el cual, en el numeral 21 se establece que *“la vida humana es inviolable”*. Además, no debemos soslayar los alcances que la Sala Constitucional costarricense tradicionalmente ha otorgado a la vida, desde la concepción, con lo que, inicialmente, se podría considerar que la protección del feto se confiere, precisamente, desde el momento aludido, es decir, con la unión del espermatozoide y el óvulo materno. Con posterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, como lo vimos supra, retrasó el momento de la protección convencional del feto, a partir, justamente, de su implantación en el vientre de la madre. Es claro, entonces, la existencia de las mencionadas exigencias convencionales y constitucionales, que respaldan la tutela penal del embrión y del feto, a partir de su implantación en el vientre materno, así como la existencia de esos tipos penales, con la salvedad del aborto impune o terapéutico, en el cual, se debe ponderar la vida del feto, por nacer, frente a la vida de la madre. Lo discutible, en todo caso, es si esas exigencias convencionales y constitucionales son, o no, compatibles, con una ley de plazos que reconozca el derecho del aborto a favor de la madre, bajo ciertas circunstancias (como cuando el feto se produce a partir de una violación, o la madre es adolescente), o bien que se autorice el aborto siempre que el feto no haya superado ciertas semanas o meses de desarrollo. En tales casos, el juicio de ponderación entre los valores jurídicos contrapuestos resulta ser muy disputado, sin dejar de lado, desde luego, la cosmovisión y la ideología del aplicador de la técnica o el juzgador. Es, incluso, discutible, en tales supuestos, la existencia de un derecho de objeción de conciencia, en aquellos casos hipotéticos en que el ordenamiento llegase a autorizar el aborto, pero el médico o la enfermera se niegan a hacerlo⁷. Estas situaciones suponen mayores reflexiones, acerca del valor que, en ese juicio de ponderación, tiene más pe-

⁷ Un análisis relevante, sobre el particular, puede ser hallado en Aparisi Miralles, y otro, El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto, de la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal, *Revista Biomedicina*, noviembre de 2009.

so. Como se expuso al inicio de estas líneas, en esta oportunidad nos limitaremos a realizar una muy breve reseña teórica sobre el aborto, sin dejar de lado una exposición sobre las sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional en esta materia, es sus 29 años de funcionamiento, pero evitaremos un pronunciamiento en un sentido u otro.

Pues bien, de acuerdo con Gorjón Barranco, el aborto puede ser definido como la interrupción voluntaria del embarazo. Según la misma autora, una de las formas de pensamiento que más influye en esta polémica es el feminismo, que dentro de sus propósitos o fines se encuentra procurar la despenalización del aborto⁸, relativizándose el valor de la vida del niño por nacer, pero potenciándose el derecho de la madre de planificar su familia. En este orden, en el mundo, en el año 2008 se produjeron cerca de 28 millones de embarazos, de los cuales casi la mitad eran no deseados, en tanto que un 36% terminaron en aborto. Por su parte, en España, para la misma época, en los 24 años de despenalización parcial del aborto se han producido cerca de un millón de interrupciones⁹. Ahora bien, en cuanto al supuesto del aborto cuando el embarazo procede de una violación o incesto, Zúñiga Fajuri pone de manifiesto que la Organización Mundial de la Salud, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, Amnistía Internacional, Human Rights Watch, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas contra la Tortura, entre otros, han declarado unánimemente, en los últimos años, que la penalización del aborto, en tales circunstancias, constituye un acto de tortura que viola los derechos humanos básicos de las mujeres¹⁰. En términos generales, esta autora pone de manifiesto como las tesis feministas que abogan por potenciar los derechos de las mujeres a decidir, voluntariamente, acerca de la interrupción del embarazo y, su consecuente despenalización, parte de la necesidad de relativizar el carácter de persona humana del feto, una vez que ha sido implantado en el vientre materno, así como de su protección constitucional y convencional. Es un tema que requiere, sin duda, mayores reflexiones, que, finalmente, será decidido por los jueces ordinarios y constitucionales a partir de su cosmovisión y su ideología, sobre todo teniendo en consideración, que por el carácter ambiguo y vago de las normas constitucionales y convencionales que tutelan el derecho a la vida, es jurídicamente posible sustentar una tesis conservadora o progresista, en esta materia.

8 Gorjón Barranco, M., Reflexiones sobre la problemática del aborto, *Iustitia*, No. 7, pág. 45.

9 Gorjón Barranco, M., Reflexiones sobre la problemática del aborto, op cit, pág. 46.

10 Zúñiga Fajuri, A., Aborto y derechos humanos, *Revista de Derechos*, Vol. XXIV- No.2 Diciembre de 2011, pag. 164

Ahora bien, en el ámbito de la justicia constitucional costarricense, destaca, sin duda alguna, la sentencia No. 2001-6685, de 17 de julio, en la cual, la recurrente alegó que el 30 de marzo del 2001 ingresó al Hospital Enrique Baltodano Briceño de Liberia teniendo cuatro meses y medio de embarazo, ingresó a dicho hospital con síntomas propios de parto. Después de realizarle los exámenes y revisiones correspondientes se determinó que el feto que cargaba en su vientre se encontraba sin vida, por lo que se procedió a realizarle un aborto natural y un legrado uterino. Acusa que ni a ella ni a su esposo se les dejó ver al feto, no se le enteró de su destino y no se les quiso entregar a efectos de enterrarlo en calidad de hijo, como corresponde dentro de la fe Católica. Tras realizar el juicio de ponderación correspondiente y haber escuchado la versión de la autoridad recurrida, la Sala Constitucional dispuso:

“Es obvio que dada la naturaleza en muchas ocasiones infectocontagiosa de los “productos de la concepción”, éstos deban de ser manipulados o manejados con suma cautela. De allí que coincide esta Sala con las razones de salud pública que motivaron la redacción de la “Norma Institucional para el Manejo de Desechos Anatomopatológicos”. No obstante, no encuentra este Tribunal que la preocupación de todos en procurar que dicho manejo se haga de la manera más segura posible suprima los derechos de la recurrente y su esposo que como padres y practicantes de la fe Católica consideren vital para su religión y su tranquilidad enterrar a su hijo. Si bien ese hijo no culminó su proceso de formación como para poder desarrollarse como un niño normal y subsistir, lo cierto es que desde el momento en que fue concebido fue persona con derechos. Así como personas con derechos son sus padres, quienes tiene toda la potestad de escoger que éste tenga un entierro de acuerdo a las reglas establecidas religiosamente por los católicos. Efectivamente la “Norma Institucional para el Manejo de Desechos Anatomopatológicos” no se refiere a la entrega directa de lo que ella llama “desechos sólidos que drenan líquido” (feto y placenta)” a terceros y dispone reglas muy claras en cuanto a su traslado fuera de los centros hospitalarios y el tipo de transporte y envase en el que se debe hacer. No obstante, considera esta Sala que dichas disposiciones pueden y deben cumplirse en la medida que a los interesados se les informe de manera correcta y directa del procedimiento establecido y del destino de dichos “desechos”. Así, en el caso concreto, pudo perfectamente transportarse el “desecho” de interés conforme a todas las estipulaciones médicas e higiénicas respectivas, pero enterando a la recurrente y a su esposo del procedimiento a seguir, así como coordinando con éstos la fecha, hora y cementerio en el que se dispondría finalmente de éste, respetando el

derecho de los recurrentes a darle sepultura a los restos de su hijo. Debido a que no fue así y se procedió sin comunicación alguna a la recurrente y a su esposo sobre el destino de su hijo –cual si éste fuera un simple objeto-, debe estimarse el recurso ordenando a la Directora del Hospital Enrique Baltodano Briceño, que en el término improrrogable de dos días contados a partir de la comunicación de esta sentencia, entregue a la recurrente, Kathia Cecilia Saborio Obando, el feto producto del aborto natural practicado a su persona de acuerdo a las medidas de salud necesarias”.

Por su parte, en la sentencia No. 2006-10390, la Sala Constitucional rechazó de plano una acción de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 118 del Código Penal, en que se regula el delito de aborto. En esa oportunidad se pidió la inconstitucionalidad de la norma, al considerarse que adolece de una deficiente técnica legislativa. Finalmente, el asunto fue rechazado por falta de legitimación del actor, al incumplir requisitos formales para la debida impugnación de la norma.

Un caso emblemático lo constituye, sin duda alguna, la sentencia No. 2007-7958, de 7 de junio, en el cual, la recurrente alegó violado el artículo 21 de la Constitución Política, pues los médicos del Servicio de Obstetricia del Hospital México se negaron practicarle a su hija, la aquí amparada, un aborto, a pesar de que tiene un embarazo de alto riesgo, pues el producto en gestación padece de una patología denominada Encefalocele Posterior, lo que implica que el cerebro del niño no se encuentra en su cavidad craneana, sino que toda la masa cerebral está fuera de la cabeza, patología que hace imposible la vida extrauterina del niño, el cual moriría al nacer. La Sala Constitucional desestimó el recurso de amparo, al considerarse que: *“la protección del derecho a la vida en los Pactos Internacionales, la Constitución Política y el ordenamiento jurídico interno rige a partir de la concepción, razón por la cual esta Sala no podría, en aras de proteger la integridad mental de la madre, desproteger el derecho a la vida del menor en gestación, aún cuando sus posibilidades de vida post parto sean remotas o nulas, pues no otra cosa implicaría acceder a lo pretendido en el recurso.* De igual modo, en esta sentencia se recuerda los alcances del aborto terapéutico o impone, efectuada en la sentencia No. 2004-02792, de 17 de marzo, con el siguiente orden de consideraciones:

“VII.- Otro punto discutido por el accionante es el relacionado con la figura contenida en el artículo 121 del Código Penal que recoge lo que en doctrina se conoce como el aborto terapéutico y que señala que no será punible el aborto que se practique con el consentimiento de la mujer por

un médico -o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero- si dicha acción se realiza con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y dicho peligro no pudo ser evitado por otros medios. El recurrente solamente se limita a reclamar la inconstitucionalidad de aquella parte que deja sin punir el aborto practicado para evitar un peligro en la salud de la mujer, de manera que solo sobre ella se pronuncia la Sala. Al respecto, tal y como lo señala la Procuraduría en su informe, lo que está en juego aquí es la corrección de la decisión tomada por el legislador en lo referente a la penalización de una conducta y el eje de la tesis del accionante es que se ha preferido un bien jurídico de menor jerarquía como la salud frente a otro de mayor jerarquía como lo es la vida. Sin embargo, y en consonancia con la doctrina y legislación comparada sobre el tema, debe anotarse que cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y seria que aún cuando no pone directamente en riesgo su vida (caso en que sería de aplicación el otro supuesto normativo), representa un peligro de lesión a su dignidad como ser humano de tal magnitud que -por ello mismo- el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización. Es necesario entender entonces que la exclusión de penalidad operará entonces en el caso de darse una confrontación de dos bienes jurídicos y dos valores constitucionales, no de diferente rango, sino de rango equivalente. En tal supuesto- cuyas variables concretas la Sala no puede ni debe enlistar en abstracto sino que corresponde verificar y declarar a las autoridades judiciales competentes- no resulta en absoluto desacertado ni menos aún inconstitucional que el legislador se haya abstenido de sancionar la preferencia que se haga por la salud la mujer, si esta va a resultar gravemente lesionada por el embarazo al grado de verse afectado, también de forma grave, su dignidad como ser humano y eventualmente su vida. Con esta perspectiva, para la Sala resultan conciliados el texto normativo impugnado y las nociones de derecho constitucional aplicables a la función punitiva del Estado, tal y como ésta fueron descritas (sic) más arriba, de tal manera que no existe ninguna colisión irreconciliable que amerite la anulación de la norma discutida.”

Otro caso relevante y similar puede ser encontrado en la sentencia No. 2013-2331 de 22 de febrero, en el cual se alegó vulnerado el derecho a la salud, pues a pesar de los padecimientos que sufre la amparada como consecuencia de un embarazo en el que el feto tiene el síndrome de abdomen pared, las autoridades recurridas se niegan a adelantar su parto. En ese asunto se determinó que la criatura producto del embarazo de la recurrente tenía diagnóstico de patología fetal denominado

Síndrome Abdomen-Pared, sin pared abdominal, de ahí que si bien estaba con vida y no tenía problemas cardiacos se trataba de un producto incompatible con la vida. Dicho recurso fue desestimado, al considerarse que la amparada finalmente atendida por las autoridades sanitarias¹¹. Por su parte, en la sentencia No. 2014-1861 de 14 de febre-

11 Al respecto, sin duda sobresale el voto particular de los Magistrados Calzada Miranda y Jinesta Lobo, en el siguiente sentido: Sin embargo, como también se indica, nuestra normativa en el Código Penal prevé lo que la doctrina denomina aborto terapéutico, señalando que no será punible el aborto que se practique con el consentimiento de la mujer por un médico -o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero- si dicha acción se realiza con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y dicho peligro no pudo ser evitado por otros medios. Según la doctrina y legislación comparada sobre el tema, cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y seria que aún cuando no pone directamente en riesgo su vida, representa un peligro de lesión a su dignidad como ser humano de tal magnitud que -por ello mismo- el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización. Lo anterior implica, necesariamente, que en primer término los médicos deban informar a la mujer con exactitud, cuál es la situación médica que está atravesando, así como la viabilidad del feto y las consecuencias que pueden derivar de continuar con un embarazo irregular, así como también procurar que su salud tanto física como mental no corra peligro. En el caso concreto, la recurrente inició el control del embarazo ante las autoridades recurridas el 4 de setiembre de 2012, pero manifestó que durante varias semanas de gestación no recibió la información detallada de su estado, lo que agravó su inestabilidad emocional, pues indica que desde la semana No. 8 del embarazo, lo único que le dieron fue el diagnóstico de ³síndrome de abdomen pared³, junto con una breve descripción de las múltiples malformaciones del feto, sin embargo se le indicó que debía esperar a la semana No. 12 para tener dicha seguridad. Durante consultas posteriores le confirmaron el mismo diagnóstico y le daban certeza absoluta de la inviabilidad del embarazo, pero no se le informó de los que ello implicaría. Padeció de dolores en el vientre y los médicos reconocieron que era objeto del estrés propio de la amparada de saber que desde la semana 8 llevaba en su vientre un embarazo inviable, y que además conforme avanzara el líquido amniótico se reduciría, provocando una sensación de asfixia, lo que le agravó la depresión que venía sufriendo desde que se le dio el diagnóstico. Por ello, acudió el 1 de noviembre con su abogada para que se le informara con más detalle su situación y es cuando la doctora de turno le indica, que sus dolores no eran producto de una causa orgánica, sino mental y al indagarle sobre las malformaciones del feto, se le indicó que eran: onfalocelo, extracelómico, múltiples quistes funiculares, escoliosis, costillas cortas, síndrome de abdomen pared con presencia de órganos internos tales como hígado e intestinos fuera del cuerpo y presentaba disminución de líquido amniótico. Hasta ese momento es remitida a psiquiatría, donde inicia con medicamentos y terapia. Los médicos en el informe rendido aceptan que la amparada presentó un dictamen médico de un psiquiatra privado en el que se señalaba que era al la depresión por la que atravesaba, que podía incurrir incluso en suicidio, no obstante ante tal afirmación los recurridos manifestaron que debía protegerse la vida del menor en gestación, aunque sus posibilidades de vida eran remotas o nulas. De lo señalado, los suscritos también aceptamos que en efecto debe tutelarse la vida desde el momento de la concepción y que incluso una depresión respecto a un embarazo, no está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico como única razón válida para autorizar un aborto. No obstante, en este caso las autoridades ya habían diagnosticado y confirmado de forma fehaciente en la semana 12 de gestación, que el embarazo era inviable por las malformaciones señaladas y que desde la semana 8 que se le adelantó el diagnóstico a la amparada, aún sin indicarle lo que el diagnóstico implicaba y sus secuelas, empezó a deteriorarse su salud mental a causa del fuerte sufrimiento de llevar en su vientre un feto mal formado que no llegaría a sobrevivir, como en realidad ocurrió el pasado 30 de diciembre de 2012, fecha en la que se le tuvo que practicar la cesárea. Es evidente que este asunto

ro de 2014, la recurrente señaló que presentó un aborto completo espontáneo, con un producto muerto por lo que fue retirado del lado materno, y al preguntar por si se le entregaría, se le dijo que por protocolo de la institución si el bebé cuenta con menos de 500 gramos de peso, no sería entregado a la madre. La Sala Constitucional estimó que la situación impugnada en ese proceso de amparo se sustenta en la Norma para el Manejo de Desechos Anatómo-patológicos del Departamento de Saneamiento Básico y Ambiental Institucional, adscrito a la Dirección Técnica de Servicios de Salud, que a su vez es un órgano asesor de la Gerencia División Médica, la cual, en el capítulo 7 establece su ámbito de aplicación “*se-
rá de **carácter obligatorio** en todos los establecimientos de atención de la salud de la Caja Costarricense del Seguro Social en los que se producen desechos anatómo-patológicas (...) Deben ser depositados en envases rígidos, herméticos, reusables, en espera de transporte a disposición final. Los productos de la concepción de peso menor de 500g, tamaño menor a 25 cm. O edad menor de 20 semanas serán dispuestos como se indicar anteriormente...*” De lo expuesto, en la norma de cita y según informaron las autoridades recurridas bajo juramento, todo producto de un aborto de menos de 500 gramos de peso y una edad gestacional menor de 20 semanas debe ser analizado por patología para determinar las causas de la interrupción del embarazo. Así, se cumplió con la entrega del producto a sus familiares, unido al consentimiento informado firmado y aceptado por la señora Denia Zamora Zumbado, quien dijo ser la abuela del bebe. Por ese motivo, el amparo fue desestimado, en vista que la pretensión de la parte actora fue satisfecha pocos días antes de la notificación del auto inicial del amparo (véase, en un sentido similar, la sentencia No. 2014-8707, de 13 de junio).

Ahora bien, en la sentencia No. 2015-12925, la Sala Constitucional rechazó de plano una acción de inconstitucionalidad planteada contra los artículos 119 y 120 del Código Penal, por incumplir requisitos formales. De otro lado, en la sen-

presenta un tema de difícil tratamiento en el que están en juego la vida de dos seres, la madre y el feto, pero en el que tampoco puede dejarse de considerar la integralidad de la salud, ya que por un lado tenemos la salud mental de una persona y por el otro, la salud física, ambas capaces de poner en riesgo a la persona. Por ello, no basta con que los médicos descarten un criterio únicamente por tratarse de un dictamen privado, o porque así lo contradiga solamente otro médico, sino que estando de por medio el derecho la salud y a la vida, la actuación dirigida a proteger esos derechos debió darse con análisis pertinentes que les permitiera valorar, si la vida de la amparada también sufría un serio riesgo por la situación mental que atravesaba. Sin embargo, de los informes rendidos, lo que se denota es que la relevancia siempre fue dada únicamente a la condición física de la amparada, tan es así que fue después de dos meses de darle dicho diagnóstico que se consideró la ayuda psiquiátrica. Dicha omisión, aunado al hecho de que médicamente ya se había descartado la viabilidad del embarazo y a que la carga impuesta a la amparada convirtió su situación en un trato cruel y degradante que afectó su salud, consideramos que el amparo debe estimarse con sus consecuencias.

tencia No. 2018-5296 de 4 de abril, la Sala Constitucional conoció un recurso de amparo, en el cual la recurrente demandó tutela de su derecho a la salud, pues, según afirma, las autoridades médicas del Servicio de Obstetricia del Hospital de las Mujeres, se niegan a practicarle un aborto terapéutico, a pesar de poner en riesgo su salud y su vida. En una votación dividida se desestimó el amparo, pues si bien se había determinado que el desarrollo del feto era incompatible con la vida, en todo momento se garantizó el derecho a la salud de la afectada, siendo intervenida cuando finalmente se acreditó un riesgo para su integridad. Por su parte, en el voto particular, se advierte que, en términos generales, la afectada mantenía, a causa de su condición, un cuadro depresivo severo con tendencia suicida que a su juicio justificaba la aplicación del aborto terapéutico desde un inicio.

Tales son, pues, algunos criterios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, acerca del aborto, como se puede observar, la mayoría de casos están relacionados con la aplicación del aborto impune o terapéutico. Bien puede considerarse que a la fecha no se ha planteado, ni a nivel legislativo, ni judicial, una discusión extensa y profunda sobre despenalización del aborto, o una reforma para introducir un régimen de plazos en lo que atañe a la protección del “*nasciturus*”. Mucho por discutir queda por esa hacer este ámbito, con las salvedades que se indicaron al inicio de este apartado.

4. La eutanasia, o el homicidio por piedad en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica

Para la doctrina especializada, forma parte del derecho a la vida el derecho a morir, lo que incluye, por un lado, el derecho a una vida digna, con los cuidados paliativos pertinentes y necesarios en caso de una enfermedad incurable que conduzca a la muerte y que genere amplio dolor al paciente y, por otra, la eutanasia o el homicidio por piedad. Esta última figura ha sido regulada por el Código Penal costarricense, en el artículo 116, de la siguiente forma “*Se impondrá prisión de seis meses a tres años al que, movido por un sentimiento de piedad, matare a un enfermo grave o incurable, ante el pedido serio e insistente de éste aún cuando medie vínculo de parentesco*”

Al respecto, el exMinistro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, José Ramón Cossío Díaz, pone de manifiesto como: “*la Asamblea Nacional francesa aprobó la ley que confiere a todas las personas el derecho a finalizar su vida digna y tranquilamente*”; también señaló que “*los legisladores fueron cuidados en no señalar que se trataba de una solución eutanásica ac-*

tiva, en tanto el derecho conferido no implica la entrega de un fármaco para terminar directamente con la vida de quien lo ingiere; tampoco, aclaran, si se está ante una solución de tipo pasivo, al no abrirse la posibilidad de suprimir la totalidad de apoyos que a una persona le permiten mantenerse viva. Lo que se quiso aprobar, dicen, es algo distinto”¹². De este modo, argumenta el anterior Ministro, lo que la legislación francesa autoriza las personas mayores que padezcan una enfermedad incurable en fase terminal que produce dolor a exigir que se les proporcione una sedación profunda y continuada. Además, si así lo desean, deberá retirárseles la alimentación y la hidratación artificiales, hasta que finalmente fallezca¹³.

Al respecto, Sergio García Ramírez comentaba que dicho debate acerca de la eutanasia se plantea, primordialmente, con respecto a quienes sufren enfermedades graves en etapas terminales, con dolores insoportables que no ceden con los recursos terapéuticos disponibles. Sobre el particular, dicho autor agrega que: *“la cuestión no se confina en ese espacio, donde se alojan sus más intensas expresiones, captadas por los ordenamientos penales, que tienen a su cargo la tutela de bienes jurídicos principales –la vida ante todo- frente a las conductas que los atacan o los ponen en más grave peligro¹⁴”*. En este orden de ideas, García Velasco, al comentar una decisión de la Sala Constitucional costarricense, No. 2277-C-94, pone de manifiesto como el Tribunal Constitucional de Costa Rica ha ordenado a las autoridades sanitarias suministrar, de manera oportuna, a los pacientes, en estado terminal, que no se encuentran en un centro hospitalario, sino en su domicilio, a suministrar los medicamentos necesarios para controlar su dolor, lo que está vinculado con el goce del derecho a la salud y a la vida y con el respeto de la dignidad humana. Al respecto, indica la profesora: *“Por tanto, para el tribunal, en aplicación de los principios de razonabilidad, equidad, justicia y dignidad, existen dos excepciones más: a) cuando estando el paciente en su casa y esté siendo atendido por un médico particular, él podría perfectamente proceder a inyectarle aquellas ampollas que calmen su dolor, siempre que exista receta médica y b) cuando el enfermo terminal no tenga médico particular, la Caja Costarricense del Seguro Social debe procurar por cualquier medio que dicha medicina le sea trasla-*

12 Cossío Díaz, J., Decidir nuestra vida, Derecho a morir, en *Garantismo Judicial*, Silvia García F. Coordinador, Porrúa, Ciudad de México, pág. 1.

13 Cossío Díaz, J., Decidir nuestra vida, Derecho a morir, en *Garantismo Judicial*, Silvia García F. Coordinador, Porrúa, Ciudad de México, pág. 1

14 García Ramírez S., Presentación ¿Derecho a Morir?, en *Garantismo Judicial*, Silvia García F. Coordinador, Porrúa, Ciudad de México, pág. XVI.

dada a su hogar y que un funcionario de la lex artis, cumpla con el cometido, siempre y cuando medie receta y control médico”¹⁵.

Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana ha tenido la ocasión de avallar la conformidad con el Derecho de la Constitución del tipo penal que establece el delito de homicidio por piedad, (sentencia No. 239/97), el cual fue cuestionado por relativizar los alcances del derecho a la vida y para deshacerse de personas que constituían un obstáculo para la sociedad y un alto costo. Al respecto, Guillén Elizondo nos comenta la decisión de la Corte Constitucional Colombiana, en el sentido de respaldar la constitucionalidad de esa normativa, de la siguiente manera: *“en el caso, la Corte Constitucional Colombiana realizó el estudio de constitucionalidad del tipo penal en comentario tomando en cuenta, como elemento psicológico, la definición de piedad y abordando ciertos puntos clave que llevaron a determinar que el artículo reclamado es constitucional. El primero de ellos, es en el que determinó los elementos característicos del tipo penal del homicidio por piedad, a saber, que i) el sujeto pasivo siempre debe ser una persona con una enfermedad terminal o con una lesión tan grave, que se tenga por cierto el hecho de que va a morir en poco tiempo sin probabilidades de cura a futuro; ii) que éste exprese una voluntad libre y con conocimiento, de querer poner fin a su propia existencia antes de que ello ocurra naturalmente como efecto de la lesión o enfermedad que padece y; iii) como móvil psicológico, que el sujeto activo sea vea impactado o motivado por ese sentimiento de piedad para ayudar al sujeto pasivo a morir”¹⁶.*

También señaló la Corte Constitucional Colombiana que el tipo penal no desconoce los alcances del derecho a la vida, sino que, al contrario, lo protege. Lo anterior por cuanto, aun cuando la pena es menor comparada con otros delitos contra la vida, sigue existiendo el juicio de reproche, teniendo siempre en consideración la dignidad de la persona humana¹⁷. Por su parte, en el sistema de justicia constitucional argentino es paradigmática una decisión de la Corte Supre-

15 García Velasco, L., Morir sin dolor es morir dignamente: Deber del Estado de garantizar el suministro de medicamentos a enfermos terminales en su domicilio (Amparo 2277-C-94 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en *Garantismo Judicial*, Silvia García F. Coordinador, Porrúa, Ciudad de México, pág. 92.

16 Guillén Elizondo, C., Constitucionalidad del tipo penal de homicidio por piedad o eutanásico: Deber del Estado de protección del derecho fundamental a la vida frente a los conceptos de “vida digna”, muerte digna y libre autodeterminación de la persona (Sentencia C-239/97 de la Corte Constitucional Colombiana), en *Garantismo Judicial*, Silvia García F. Coordinador, Porrúa, Ciudad de México, pág. 101.

17 Guillén Elizondo, C., Constitucionalidad del tipo penal de homicidio por piedad o eutanásico:..., op cit, pág. 101.

ma de Justicia que respaldó la decisión de un particular que había sufrido un accidente grave de negarse a recibir una transfusión sanguínea en razón de su convicción religiosa, pues era testigo de Jehová. Lo que se produjo en la especie fue discusión entre su padre, quien abogaba a favor del procedimiento médico y su esposa quien se negaba amparada en su cosmovisión, sin dejar de lado que, expresamente, el herido había suscrito con anterioridad un consentimiento informado en el sentido que se negaba a la aplicación de la transfusión¹⁸.

Finalmente, en Costa Rica es relevante, sin duda, la sentencia No. 1729-92, de 26 de junio, en la cual alega el recurrente que el día 1º de junio de 1992, acompañó a la señora Margaret Squiers al Hospital San Juan de Dios en busca de alivio a sus ataques de asma y que tres días después la encontró conectada a un respirador mecánico, con una gruesa sonda introducida en su tráquea, una sonda nasogástrica, dos sondas gruesas por ambos costados que conectan a las pleuras, una sonda uretral y una aguja conectada a la vena. Además, indica que está amarrada a la cama de pies y manos con una sábana atravesándole el pecho por lo que está completamente inmovilizada. Explica que la enferma está en pleno uso de sus facultades mentales. Estima que ha sido privada de su libertad y sometida a sufrimiento mental y moral pese a que ella se ha negado al tratamiento suministrado, e indica que ni la señora Squier ni ella fueron consultadas sobre el tratamiento, sus ventajas, desventajas o eficacia, que califica de cruel, degradante, aparte que considera que se le anuló su capacidad de decisión. Explica que las autoridades se han negado a suspender el tratamiento médico porque incurrirían en el delito de eutanasia u homicidio por piedad contemplado en el artículo 116 del Código Penal, pero, según su criterio, no es este el caso pues ella no ha pedido que la maten sino que no se le aplique sin su consentimiento un tratamiento ineficaz y se le deje ir a otro lugar en donde pueda permanecer en forma tranquila. Por ello estima violado el derecho de petición de la señora Squiers al habersele negado su derecho a escoger entre el tratamiento actual o ser alojada en otro sitio que le ofrezca alivio a su pena. Tras examinar el materia probatorio existente, la Sala Constitucional declaró sin lugar el recurso, al constatarse, que la amparada se encontraba consciente y que, más bien, abogó por el hecho que se le siguiera suministrando el procedimiento y la respiración artificial. En este orden de ideas, señaló la Sala que:

“II. También se ha demostrado que la paciente no ha sido inmovilizada arbitrariamente en contra de su voluntad, lo que daría margen a alguna con-

18 Bonifaz, L., Negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos (Caso Albarracini, sentencia 523 XL VIII, de 1 de junio de 2012 de la Corte Suprema Argentina), en *Garantismo Judicial*, Silvia García F. Coordinador, Porrúa, Ciudad de México, págs. 133-147.

sideración sobre el recurso de hábeas corpus; al contrario, de las pruebas se desprende que si temporalmente fue atada a su cama de enferma, ello se hizo con fines eminentemente terapéuticos, para evitar que, mediante movimientos inconscientes; por ejemplo, cuando dormitase, se retirase accidentalmente la cánula endotraqueal, único conducto por el cual ella puede respirar, accidente que, inevitablemente, produciría su muerte inmediata.

III. Por otra parte, a pesar de que la señora Squiers no puede hablar en vista del tratamiento que se le está aplicando y del equipo médico empleado -que interesa a su boca y a su laringe- tanto el informe como el testimonio agregados al expediente permiten concluir que ella, en forma inequívoca, no ha solicitado de ninguna forma que se le suspenda; al contrario, de las pruebas se desprende que ella ha solicitado su continuación. Prueba de ello es que una vez que dejó de estar atada o inmovilizada por las razones dichas, ella no ha suspendido tal tratamiento, como podría hacerlo directamente y sin ayuda de nadie, según lo declarado por el Fiscal del Colegio de Médicos y Cirujanos y de las manifestaciones de la misma recurrente en programas de televisión que la Sala ha estudiado como prueba complementaria. Todo lo cual hace innecesario formular consideraciones en torno a la llamada “saldida exigida” por parte del paciente o en torno a los altos valores de la dignidad humana, piedra angular de los derechos humanos, entendida tal como una forma decorosa de vivir e incluso de morir”.

Conclusiones

Tales son algunas sentencias emblemáticas de Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales latinoamericanos sobre la eutanasia o el homicidio por piedad. También se han analizados los casos del aborto y la fecundación in vitro, en el supuesto de la tutela del derecho a la vida. Un estudio más detallado se espera efectuar en otra oportunidad.

Bibliografía

Aparisi Miralles, y otro, El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto, de la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal, *Revista Biomedicina*, noviembre de 2009.

Bombillar Sáenz, y otro, El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de derecho comparado, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2015:25, pág. 299.

Bonifaz, L., Negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos (Caso Albarracini, sentencia 523 XL VIII, de 1 de junio de 2012 de la Corte Suprema Argentina), en *Garantismo Judicial*, Silvia García F. Coordinador, Porrúa, Ciudad de México, págs. 133-147.

Campos Vargas G., Implicaciones Éticas, legales, religiosas y socioeconómicas de la fecundación in vitro en la Salud Reproductiva de Costa Rica, *Revista Electrónica Enfermería Actual en Costa Rica*, Edición Semestral No. 22, Abril 2012, Septiembre de 2012,

Cianciardo J., La especificación del derecho a la vida del no nacido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una aproximación desde el caso “Artavia Murillo”, *Revista Dikaion*, Universidad de La Sabana, Año 30, Vol. 25, núm 2., Chía, Colombia –diciembre de 2016, pág. 166.

Cossío Díaz, J., Decidir nuestra vida, Derecho a morir, en *Garantismo Judicial*, Silvia García F. Coordinador, Porrúa, Ciudad de México, pág. 1.

Ferrer Mac-Gregor, E., y otros, *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la Jurisprudencia interamericana, el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.

García Ramírez S., Presentación ¿Derecho a Morir?, en *Garantismo Judicial*, Silvia García F. Coordinador, Porrúa, Ciudad de México, pág. XVI.

García Velasco, L., Morir sin dolor es morir dignamente: Deber del Estado de garantizar el suministro de medicamentos a enfermos terminales en su domicilio (Amparo 2277-C-94 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en *Garantismo Judicial*, Silvia García F. Coordinador, Porrúa, Ciudad de México, pág. 92.

Gorjón Barranco, M., Reflexiones sobre la problemática del aborto, *Iustitia*, No. 7, pág. 45.

Guillén Elizondo, C., Constitucionalidad del tipo penal de homicidio por piedad o eutanásico: Deber del Estado de protección del derecho fundamental a la vida frente a los conceptos de “vida digna”, muerte digna y libre autodeterminación de la persona (Sentencia C-239/97 de la Corte Constitucional Colombiana), en *Garantismo Judicial*, Silvia García F. Coordinador, Porrúa, Ciudad de México, pág. 101.

Martínez de Pisón, J., El derecho a la salud: un derecho social esencial, *Revista Derechos y Libertades*, número 14, Época II, enero 2006.

Peman Gavin, J., El derecho a la salud como derecho social, Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado, *Revista de Administración Pública*, núm. 17, Madrid, mayo-agosto (2009).

Zappalá F, Estatuto Jurídico del Concebido, en *Revista Javeriana*, Santiago de Cali, pág. 264-265.

Zúñiga Fajuri, A., Aborto y derechos humanos, *Revista de Derechos*, Vol. XXIV- No.2 Diciembre de 2011, pag. 164.

LA EVALUACIÓN EX ANTE EN WESTMINSTER,
¿UN MODELO ÚTIL PARA LAS CORTES GENERALES?

EX ANTE EVALUATION IN WESTMINSTER –
A USEFUL MODEL FOR THE SPANISH PARLIAMENT?

J. Angelo Berbotto

SUMARIO

Introducción

1. Definición y antecedentes

2. El uso actual del estudio de evaluación pre-legislativo

3. Ilustración de un estudio pre-legislativo

3.1 La consulta del Gobierno (DEFRA)

3.2 Los trabajos de estudio pre-legislativo

3.3 La respuesta del Gobierno

4. Conclusión.

*4.1 El estudio pre-legislativo de la modificación de la Ley sobre los
perros peligrosos*

4.2 Las buenas prácticas del estudio pre-legislativo

Introducción

La evaluación *ex ante* es una práctica bastante reciente. En el informe *Legislar Mejor 2001* la Unión Europea subrayaba la importancia de la calidad normativa¹ y en marzo de 2005 invitaba a los Estados Miembros a desarrollar estrategias para mejorar la calidad de las normas, específicamente mediante la adopción del análisis de impacto normativo.² En respuesta a esta invitación, en España se promulgó el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio sobre la Memoria del análisis de impacto normativo.³ En octubre de 2016 entraron en vigor dos leyes que trataban sobre la calidad normativa: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁴ y la Ley 40/2015, de 1º de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.⁵ Estas leyes introdujeron la consulta pública obligatoria así como la memoria de análisis del impacto normativo. También exigían que las autoridades públicas redactasen un Plan Anual Normativo. Un Real Decreto implementaba los contenidos de sendas leyes (el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa).⁶ Unos meses más tarde, el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo,⁷ derogó el Real Decreto 1083/2009 y actualizó el contenido de las Memorias de análisis normativo.

Todas estas medidas fueron bien acogidas ya que aún si fueran implementadas parcialmente, podrían mejorar la calidad de la legislación.⁸

La evaluación *ex ante* que tratan las normas a las que nos hemos referido afectan al Ejecutivo. Sin embargo, en otras jurisdicciones, también la legislatura

1 European Union *Legislar Mejor 2001* - Informe de la Comisión al Consejo Europeo (de conformidad con el artículo 9 del Protocolo del Tratado CE sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad) 7 de diciembre de 2001 <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2001/ES/1-2001-728-ES-F1-1.Pdf>

2 European Union *Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea*, 28 de febrero de 2007 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114538>

3 Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio <https://boe.es/buscar/pdf/2009/BOE-A-2009-11930-consolidado.pdf>

4 Ley 39/2015, de 1 de octubre <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39/con>

5 Ley 40/2015, de 1 de octubre <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/40/con>

6 Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-3415

7 Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-13065#dd>

8 Piedad GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ “Iniciativa legislativa del Gobierno y técnica normativa en las nuevas leyes administrativas (leyes 39 y 40/2015)” *Teoría y Realidad Constitucional* 2016:38, 433-452, p 452

realiza evaluación *ex ante* de los borradores de los proyectos de ley que el Ejecutivo somete a su consideración **antes de tramitar el proyecto mediante el procedimiento legislativo.**

En este trabajo presentamos el modelo de evaluación *ex ante* actualmente en uso en la Cámara de los Comunes y en la Cámara de los Lores del Parlamento británico como una herramienta de posible utilidad para las Cortes Generales. Comenzamos con las definiciones y los antecedentes, proseguimos con el uso corriente de la evaluación *ex ante* en la legislatura y luego ilustramos su funcionamiento con un ejemplo.

1. Definición y antecedentes

El estudio pre-legislativo (*pre-legislative scrutiny*) es la evaluación legislativa *ex ante* que otorga la posibilidad para que el Parlamento pueda estudiar el borrador del proyecto de ley y proponer recomendaciones al Ejecutivo antes de la introducción formal del proyecto en la Cámara.

Los antecedentes se remontan a los años ochenta. En 1986, en una ponencia realizada ante la Conferencia Legal del Commonwealth (*Commonwealth Law Conference*), un abogado de Trinidad y Tobago se lamentaba de la poca participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las leyes, constatando que solamente un ínfimo porcentaje de los proyectos de ley eran presentados a la población.⁹ Algunos años más tarde, el centro de estudios *Hansard Society* publicó un informe de capital importancia en el Reino Unido.¹⁰ En él se criticaba la falta de transparencia y de consulta pública en el proceso de redacción de la ley. La reacción de la Cámara de los Comunes ante este informe fue nombrar una Comisión parlamentaria para estudiar su modernización a fin de encontrar maneras de mejorar el procedimiento de estudio de las iniciativas legislativas. En su dictamen publicado el 23 de julio de 1997, la Comisión concluía que existían una serie de defectos en la manera en la que el Parlamento estudiaba la legislación, y también en el procedimiento y los tiempos para el estudio del proyecto/proposición durante una sesión parlamentaria típica.¹¹ Recopilamos las críticas principa-

9 Karl HUDSON-PHILLIPS, 'A case for greater public participation' (1987) *Statute Law Review* 76, p 77

10 Hansard Society *Making the Law*, Report on the Legislative Process chaired by Lord Rippon of Hexham, (1993) ISBN 090043224

11 Select Committee on the Modernisation of the House of Commons *First Report* 23 de julio de 1997 párrafo 4 <https://publications.parliament.uk/pa/cm/199798/cmselect/cmmodern/190i/md0102.htm>

les de la Comisión en cuestión de consulta:

- La escasa o nula consulta con los diputados o con la Cámara en general antes de que se introduzcan los proyectos/proposiciones a la Cámara,
- La falta de canales formales para que los diputados reciban propuestas de los interesados de la sociedad y una consulta dispersa e irregular entre el Gobierno y los sectores interesados,
- La resistencia a las enmiendas una vez que el proyecto de ley se introduce formalmente a la Cámara y la conexión que existe entre un proyecto aprobado por la Cámara sin cambios y la reputación del Ministro a cargo del proyecto de ley (y lo contrario si se enmienda el texto) y la consecuente resistencia a las modificaciones por esta causa, no solamente de la sustancia sino también de los detalles,
- La fase de Comisión, la cual debería ser una oportunidad para estudiar en detalle el proyecto, en realidad se ha utilizado para el debate partisano en vez de ser un sitio para realizar un estudio constructivo y sistemático; los miembros de los partidos permanecen en silencio y votan según las indicaciones de la cúpula y la oposición busca extender el debate,
- las Comisiones especiales, nombradas para la discusión informada de los proyectos que no eran controvertidos en materia política, apenas han sido utilizadas - seguramente por la percepción de que demandarían más tiempo y por consiguiente ejercerían más presión sobre la agenda parlamentaria, aunque las pruebas demuestran que tal percepción es infundada.

En el dictamen, la Comisión informó que había consenso casi universal sobre el estudio pre-legislativo de los proyectos ya que sería una oportunidad para toda la Cámara, los diputados que no tienen cartera ministerial (*backbenchers*) y la oposición¹² de realizar aportaciones sustanciales a la legislación que subsecuentemente se aprobará. Ello sin menospreciar el hecho de que los ministros serían mucho más receptivos a las sugerencias sobre las modificaciones si éstas se hicieran antes de la publicación del proyecto. Además, significaría una apertura del Parlamento hacia aquellos a quienes la legislación afectará. Asimismo, representaría una ventaja real para el Gobierno ya que podría conllevar a emplear menos tiempo en las fases finales del procedimiento legislativo, menor uso de los poderes del Presidente de la Cámara (*Speaker*), menor número de debates y mejor legislación con menor necesidad de modificarla en el futuro. La Comisión reco-

12 Serían el Primer Ministro más 21 ministros y el Líder de la oposición más los 21 ministros del gobierno en la sombra.

mendaba cuatro opciones para la evaluación *ex ante* de los borradores de los proyectos de ley:

- a. enviarlos a las comisiones que supervisan la labor de los ministerios,
- b. crear nuevas estructuras permanentes de comisiones legislativas,
- c. nombrar comisiones legislativas *ad hoc* o
- d. nombrar comisiones mixtas de las dos Cámaras para examinar borradores de proyectos de ley individuales.

Entre 1992 y 1997, se publicaron 18 borradores de proyectos de ley para la consulta externa pero ninguno fue sometido a un examen parlamentario sistemático.¹³ En las legislaturas laboristas de 1997-2004 en total se publicaron 48 borradores de proyectos de ley (*draft bills*). Ya en 2002, a menos de diez años del informe de la *Hansard Society* que denunciaba la falta de participación de la ciudadanía en la producción de la legislación y a cinco años del primer informe sobre la modernización de la Cámara, Lord Goldsmith, siendo el Procurador General del Reino Unido, pregonaba los beneficios de la evaluación *ex ante* legislativa y decía que todos los proyectos de ley importantes deberían pasar rutinariamente por la evaluación *ex ante* ya que esta manera de estudiar el proyecto antes de su introducción al procedimiento legislativo propiamente dicho, daba la oportunidad para un examen detallado del mismo.¹⁴ En noviembre de 2003 se estableció la Unidad de Estudios Pre-legislativos de la Oficina de Comisiones (*Committee Office Scrutiny Unit*) con el fin de brindar apoyo a las comisiones legislativas en sus tareas de estudios pre-legislativos.¹⁵ En marzo de 2006, el centro de estudios *Hansard Society*, en declaración escrita proporcionada a la Comisión parlamentaria sobre la modernización de la Cámara de los Comunes alababa el progreso realizado.¹⁶

Entre 1997 y 2010, el Gobierno laborista publicó 75 borradores de proyectos de ley antes de introducirlos a la Cámara, es decir, antes del trámite parlamentario propiamente dicho. Y de éstos, 56 fueron estudiados por una comisión parla-

13 Jennifer SMOOKLER “Making a difference? The effectiveness of pre-legislative scrutiny” *Parliamentary Affairs* Jul 2006 Vol 59(3) pp522-535.

14 Lord GOLDSMITH “Parliament for Lawyers: An Overview of the Legislative Process - Sir William Dale Annual Memorial Lecture” 4 *European Journal of Law Reform* 511 (2002) pp 511-523, p 522.

15 Richard KELLY *Pre-legislative scrutiny* House of Commons Library 9.04.2010 p. 5 <https://research-briefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN02822>.

16 Hansard Society, *Testimonio escrito para la Comisión parlamentaria sobre la modernización de la Cámara de los Comunes*, marzo 2006 <https://publications.parliament.uk/pa/cm200506/cmselect/cmmodern/1097/1097we10.htm>.

mentaria antes de ser introducidos al Parlamento.¹⁷ Entre 2010 y 2015, o sea el período de la coalición Conservadores-Demócratas Liberales, se publicaron 35 borradores de proyecto de ley. De éstos 31 fueron estudiados por comisiones antes de ser presentados al Parlamento para su primera lectura.¹⁸

2. El uso actual del estudio de evaluación pre-legislativo

A 20 años de su introducción, la evaluación pre-legislativa se sigue empleando en Westminster. Esto es en reconocimiento de que puede ser difícil cambiar la política del Gobierno (*policy*) luego de que los Ministros y el Gabinete han realizado una inversión importante en materia de recursos políticos y prácticos en la redacción de un proyecto de ley (*bill*). Por ello, la participación en este proceso en la fase en la que la política consagrada en el Proyecto se está gestando (antes de entrar en la tramitación propiamente dicha) es frecuentemente la manera más eficaz de conseguir que el Proyecto se fundamente en pruebas, sea efectivo y coherente.¹⁹

En 2017, la Oficina del Gabinete del Gobierno conservador de la Primera Ministra Theresa May publicó pautas para el personal ministerial y asesores de política sobre la elaboración de las leyes. En ellas se reitera el compromiso a aumentar el número de borradores de proyectos de ley sujetos a estudios parlamentarios pre-legislativos.²⁰ La posición por defecto es que los proyectos de ley se publiquen como borradores antes de su introducción formal al Parlamento y deberían existir buenas razones para no hacerlo.²¹ El Gobierno decide si publicar el borrador del Proyecto de ley y qué Comisión parlamentaria debería estudiarlo, por lo general ésta es una de las Comisiones legislativas ya existentes que supervisan el trabajo de los ministerios o puede ser que se constituya una Comisión mixta de

17 Confeccionada a partir de la información provista por: Richard KELLY “Pre-legislative scrutiny” House of Commons Library 9.04.2010 <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN02822>

18 Richard KELLY *Pre-legislative scrutiny under the Coalition Government: 2010-2015* House of Commons Library 13.08.2015 p.4 <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN05859>

19 Bingham Centre for the Rule of Law *Written evidence to the House of Lords Constitution Committee’s large-scale inquiry into the legislative process* 16 October 2016 <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/constitution-committee/legislative-process/written/41147.html>

20 Cabinet Office *Guide to Making Legislation* – July 2017 https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/645652/Guide_to_Making_Legislation_Jul_2017.pdf

21Ibid p163

ambas Cámaras para estudiar el borrador. Esto está sujeto a negociación entre el Gobierno y la Oposición y el acuerdo de principio debería obtenerse antes de solicitar la aprobación de la Comisión sobre Asuntos Parlamentarios y Legislación (*Parliamentary Business and Legislation Committee*, PBL) para publicar el borrador del proyecto de ley.

Es posible que el borrador de un proyecto se envíe a más de una Comisión para su consideración. Ello sucedió con el borrador del proyecto de Ley sobre los Poderes de Investigación (*Investigatory Powers Bill*) que fue estudiado por tres Comisiones durante la sesión legislativa de 2015-16. Se pretende que las Comisiones que estudien los borradores de proyectos dispongan de 3 ó 4 meses para realizar su trabajo con suficiente tiempo para proporcionar su dictamen al ministerio correspondiente y que éste pueda realizar cualquier modificación necesaria al proyecto antes de su introducción y presentación formal en la Cámara.²²

El procedimiento que se adopta para el estudio pre-legislativo del borrador de un proyecto de ley es el mismo que utiliza cualquier otra Comisión parlamentaria de investigación (*select committee inquiry*). La Comisión asignada recoge testimonios y luego presenta un dictamen con recomendaciones para el Gobierno. A su vez, el Gobierno es capaz de realizar simultáneamente una consulta popular sobre el tema.

Normalmente el Gobierno considera las respuestas de la consulta popular, revisa sus políticas y envía el borrador del Proyecto de ley a la Comisión parlamentaria. Luego que la Comisión redacta su dictamen, el Gobierno responde en forma de un Estudio Parlamentario (*Command Paper*) y/o una declaración ministerial (*ministerial statement*). Si el Gobierno decide adoptar las recomendaciones, modificará el borrador y publicará el proyecto modificado para introducirlo a la Cámara.

La Unidad de Estudios Pre-legislativos de la Oficina de Comisiones que mencionáramos anteriormente apoya el trabajo de evaluación *ex ante* de las Comisiones. La Unidad está compuesta por 14 profesionales, entre ellos: abogados, contables, economistas, expertos en estadística, ujieres y personal administrativo.²³ En relación con la evaluación *ex ante* de los proyectos de ley la Unidad realiza dos tipos de tarea (1) apoya a las comisiones de supervisión ministerial a reali-

²² Ibid p162

²³ Committee Office Scrutiny Unit <https://www.parliament.uk/mps-lords-and-offices/offices/commons/scrutinyunit>

zar el estudio pre-legislativo de borradores de proyectos de ley y (2) proporciona apoyo administrativo y asesoramiento jurídico y procedural a las comisiones mixtas *ad hoc* que se constituyen para estudiar borradores de proyectos de ley.²⁴

3. Ilustración de un estudio pre-legislativo

A fin de ilustrar cómo funciona el estudio pre-legislativo en Westminster, hemos seleccionado los trabajos realizados con respecto a la modificación de la Ley sobre perros peligrosos de 1991 (*Dangerous Dogs Act 1991*). A modo de introducción diremos que la Ley sobre perros peligrosos de 1991 se aprobó en respuesta a las denuncias (recogidas también por la prensa) sobre los ataques de perros, en su mayoría de la raza American pitbull terrier. Esta ley contemplaba solamente los ataques en áreas públicas y no en propiedades privadas. A veinte años de la promulgación de la Ley sobre perros peligrosos de 1991 surgió la polémica sobre si esta ley debería modificarse para extender su aplicación a propiedades privadas. Esto fue a raíz del aumento de denuncias de ataques de perros que eran utilizados por sus dueños como armas para atacar a otras personas.

Analizaremos las diferentes fases de la evaluación *ex ante* del proyecto de Ley (modificatoria) sobre los perros peligrosos comenzando con (1) la consulta del Gobierno, (2) los trabajos de estudio pre-legislativo, (3) la respuesta del Gobierno y la entrada del proyecto de ley en el Parlamento. Esto nos dará un panorama global del proceso de estudio pre-legislativo que nos permitirá luego pasar al análisis y conclusiones.

3.1 La consulta del Gobierno (DEFRA)

Antes de elaborar el borrador del proyecto de Ley, el Gobierno, por medio de su Ministerio del Medio Ambiente, los Alimentos y los Asuntos Rurales (*Department for Environment, Food and Rural Affairs*, “DEFRA”), realizó una consulta popular con el propósito de constatar si las propuestas del Gobierno para modificar la Ley sobre perros peligrosos de 1991 serían bien recibidas por los sectores sociales más afectados por los posibles cambios a la legislación. Para ese fin, el Gobierno publicó un documento de consulta llamado “Encarar a los

24 *ibidem*

dueños irresponsables de perros.”²⁵ La consulta se realizó desde el 23 de abril hasta el 15 de junio de 2012 bajo el nombre de “Consulta sobre el paquete de medidas para promover dueños más responsables de perros y reducir los ataques de perros” (*Consultation on package of measures to promote more responsible dog ownership and reduce dog attacks*). Esta consulta consistió en distribuir el documento informativo más un cuestionario.²⁶

El documento estaba estructurado de la siguiente manera. Primero, la motivación de la consulta: reducir el número de ataques por parte de perros y promover más responsabilidad por parte de sus dueños. Segundo, la propuesta del gobierno (cuatro en total), por ejemplo “Propuesta número (1): hacer obligatorio el uso del microchip en todos los perros.” Tercero, información objetiva referente a cada propuesta, por ejemplo, en relación a la propuesta (1) la “información objetiva” era:

“Propuesta Número 1

- a) el uso del microchip es una manera rápida, segura y permanente de identificar a un perro;
- b) funciona mediante un escáner que identifica al perro en una base de datos donde se almacenan los datos sobre el perro, dueño, domicilio, etc;
- c) el uso del microchip aumenta las chances de rastrear a un perro y reunir a un perro perdido con su dueño e identificar dueños irresponsables;
- d) en la posibilidad de rastrear a los dueños, el costo de alojar a un perro hasta encontrarle un nuevo hogar no se puede recuperar – al momento los gobiernos locales tienen que albergar a más de 100 000 perros por año y para 50 000 de ellos hay que encontrar un nuevo hogar porque sus dueños no se pueden encontrar. Se deben sacrificar a 6 000 perros sanos por año porque no se ha encontrado un hogar para ellos– todo esto tiene un costo total de £57,5 millones al año;
- e) se estima que solamente el 58% del total de perros en Inglaterra (6,7 millones) tienen un implante de microchip, y el número de perros callejeros au-

25 Department for Environment, Food & Rural Affairs *Tackling irresponsible dog ownership* 23.04.2012 <https://www.gov.uk/government/consultations/tackling-irresponsible-dog-ownership>

26 Department for Environment, Food & Rural Affairs *Tackling irresponsible dog ownership* 23.04.2012 <https://www.gov.uk/government/consultations/tackling-irresponsible-dog-ownership> Cuestionario: “*Promoting more responsible dog ownership Proposals to tackle irresponsible dog ownership*” https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/82469/dangerous-dogs-annexa-condoc-120423.pdf

- mentó en 5% en comparación al año anterior;
- f) una consulta anterior indicó que el 84% de los que respondieron estaban de acuerdo con el uso del microchip en todos los perros y el 38% de las respuestas indicaron preocupación por el costo que representaría hacer que todos los perros lleven microchip;
 - g) la consulta anterior no incluyó preguntas sobre las opciones preferidas para introducir el uso obligatorio del microchip, de esto se ocupa la consulta actual;
 - h) la opción preferida del Gobierno es introducir el requisito de hacer que todos los cachorros lleven microchip a la octava semana de vida. A la larga (10-12 años) esta opción hará que toda la población canina tenga el microchip. No se podrán vender o regalar cachorros si no llevan microchip. Esta opción deja a los dueños de perros más viejos la libertad de elegir si implantar o no el microchip en sus perros. Adoptar esta opción significaría que existirá una población de perros sin microchip y sería difícil decir con exactitud si un perro es de la edad requerida para llevar microchip. En el corto y medio plazo esta opción reduciría el número de perros callejeros y abandonados cuyos dueños no son reparables;
 - i) otra opción sería introducir el requisito de que se implante el microchip a un perro antes de cambiar de dueño. Esto haría que todos los cachorros y perros más viejos que sean destinados a la venta tendrán que llevar microchip. Como la opción anterior, esta también deja la libertad a los dueños de perros mayores (que no se vendan) de ponerles o no el chip;
 - j) aun otra opción sería imponer el requisito de que todos los perros tengan que llevar microchip al año de haber entrado en vigor la legislación, los doce meses de gracia darían tiempo suficiente para que sus dueños les implanten el microchip. Esta opción ayudaría a los gobiernos locales y a los refugios a paliar la situación de perros callejeros y abandonados en el corto y medio plazo y los dueños de los perros extraviados tendrían más posibilidades de encontrarlos. Esta opción no da a los dueños de perros mayores la opción de no implantarles el microchip. También pondría un poco de presión en las bases de datos ya que implicaría registrar 2,9 millones de perros en un plazo breve y para ello se necesitaría más personal para procesar la demanda y aumentarían los costos;
 - k) otra opción podría ser imponer el requisito de microchip obligatorio al transferir la propiedad del animal a partir de la fecha de aprobación de la ley y suspender las penas por un período de dos años a fin de evitar cargas de trabajo extraordinarias a las bases de datos y los costos adicionales pero esto retrasaría la reducción del número de perros callejeros y abandonados cuyos dueños no se pueden rastrear y retrasaría la disminución de la pre-

- sión que sienten los gobiernos locales y los refugios de animales;
- l) la última opción es no hacer nada. Sin embargo, las fundaciones de beneficencia y los refugios para perros han informado que han alcanzado el límite de lo que pueden hacer para motivar el implante voluntario de microchips y consideran que ahora la única salida es la legislación para lidiar con el problema de perros callejeros. Si los consultados tuvieran sugerencias sobre iniciativas no legislativas para aumentar el número de perros con microchips, se agradecería dicha información;
 - m) como el implante de microchip afectaría a los criadores, los cuales son micro empresas, la legislación tendría que entrar en vigor después de que termine la moratoria del gobierno sobre la regulación a las pequeñas empresas (o sea que se podría introducir a partir de 1 abril de 2014);
 - n) se estima que 3,9 millones de perros tienen microchip en Inglaterra de una población estimada en 6,7 millones y aproximadamente 8 000 microchips se implantan cada semana;
 - o) la base de datos de microchips más extensa en el Reino Unido es Petlog, una organización sin fines de lucro. En lo que va del año 2011 hasta el 31 de octubre contaba en sus registros 160 000 refugios y otras organizaciones con escáners de microchips que son capaces de conectar con la base de datos de Petlog para rastrear a sus dueños. Se estima que el 40 al 50% de los perros del Reino Unido están registrados en la base de datos de Petlog;
 - p) si se implantara el uso obligatorio de microchips aquellos que violen la ley serán sujetos a medidas coercitivas. Tal vez existan otras maneras, aparte de abrir un proceso, para tratar estas situaciones. Por ejemplo, dando al infractor la oportunidad de rectificar la situación mediante un aviso de implantar el microchip en un plazo de 30 días. La mayoría de las personas cumpliría la normativa pero podrá haber una pequeña proporción que se rehúse y medidas adicionales se les debería aplicar, incluso abrir un proceso;
 - q) tal vez haya inquietudes sobre si solamente los dueños responsables harán implantar el microchip a sus perros y los dueños irresponsables ignorarán este requisito. Para este último caso ya se contemplan medidas para asegurarse que los dueños pongan el microchip a sus perros;
 - r) La Ley sobre los perros peligrosos de 1991 dispone que el dueño de un perro que figura en el Índice de Perros Exentos (este es un registro donde se deben inscribir todos los perros de las razas Pit Bull Terrier, Tosa japonés, Dogo argentino y Fila brasileiro por ser considerados peligrosos y el dueño que no lo haga podrá ser procesado) debe hacer que su perro tenga el microchip. El Reglamento sobre el raboteo de los perros de trabajo (Inglaterra) de 2007 requiere que todos los perros cuyos rabos hayan sido amputados lleven microchip. Asimismo el Reglamento sobre el bienestar de

los galgos de carrera de 2010 dispone que solamente los galgos que tengan microchip podrán entrar en carreras o en pruebas de competencia. Los juzgados pueden ordenar que se implante un microchip si un perro representa una molestia o está fuera de control y es peligroso y los propietarios de viviendas de alquiler pueden requerir en los contratos de alquiler que las mascotas deban llevar microchip.”

Cuarto, al final de la propuesta, se formulaba una pregunta, por ejemplo, en relación a la propuesta (1) la pregunta era:

“Q1 ¿Cuál de las siguientes opciones prefiere y por qué?:

1. Implante de microchip solamente en los cachorros; o
2. Implante de microchip solamente en los perros que cambian de dueño; o
3. Implante de microchip al cambiar de dueño y después de un período de tiempo (sugiera el período) para que todos los perros tengan microchip; o
4. Implante de microchip en todos los perros dentro del primer aniversario de la entrada en vigor de la ley, o
5. No hacer cambios a la situación actual en la que los dueños pueden elegir si implantar o no un microchip en los cachorros o perros mayores.”

Las respuestas de los consultados a las preguntas en el cuestionario, incluyendo la oportunidad de fundamentarlas, serían cotejadas posteriormente por el Ministerio. Para los fines de la consulta, y a fin de ayudar a los consultados, se adjuntaban cuatro Memorias de análisis de impacto normativo, una para cada propuesta y se suministraba el sitio internet para descargar los documentos y la dirección postal para pedir los impresos. La consulta era abierta, o sea que cualquier individuo u organización podía responder a la consulta, pero se habían extendido invitaciones a las organizaciones que incluimos en el cuadro (1), ya que DEFRA consideraba sus opiniones particularmente útiles.

Cuadro (1) - organizaciones invitadas a participar en la consulta de DEFRA

Allianz, Association of Chief Police Officers (la Asociación de Jefes de la Policía), *Animal Concern Advice Helpline* (la línea de asistencia de preocupación y asesoramiento sobre animales) *Associate Parliamentary Group for Animal Welfare* (el Grupo parlamentario asociado para el bienestar animal), *Association of British Insurers* (la Asociación de aseguradoras británicas), *Association of Pet Behaviour Counsellors* (la Asociación de Consejeros de Comportamientos de Mascotas), *Association of Residential Managing Agents Limited* (la Asociación de Agentes Gestores de Propiedades) *Battersea Dog and Cat Home* (el Refugio de perros y gatos de Battersea (Londres)) *Blue Cross* (la Cruz Azul) *Bradford Metropolitan District Council* (el Gobierno Municipal de Bradford), *British Association for Shooting & Conservation* (la Asociación británica para el tiro y la conservación), *British Horse Society* (la Sociedad británica del caballo), *British Veterinary Association* (la Asociación veterinaria británica), *British Small Animal Veterinary Association* (la Asociación veterinaria británica de animales pequeños), *Camden Community & Police Consultative Group* (el Grupo consultivo de la comunidad y la policía de Camden), *Canine Care & Control UK* (el Cuidado y control canino RU), *Canine 99, Cats Protection* (la Protección de los gatos), *Chester Cat Care* (Cuidado de gatos de Chester), *Communities and Local Government* (Comunidades y Gobierno local), *Communication Workers Union* (el Sindicato de los trabajadores de la comunicación), *Countryside Alliance, Dog's Trust* (la fundación para los perros), *Dangerous Dogs Act Study Group* (el Grupo de estudio de la Ley sobre los perros peligrosos), *Dog Assessment Focus Group* (el Grupo de reflexión sobre la evaluación de los perros), *East Hampshire District Council, Greater London Authority, Guide Dogs for the Blind* (Perros lazarillos para los ciegos), *Haringey Borough Council, Lambeth Borough Council, League Against Cruel Sports* (la Liga contra los deportes crueles), *Leicestershire & Rutland Bridleways Association, Lewisham Borough Council, Local Authorities Association* (la Asociación de los gobiernos locales), *Manchester City Council, Metropolitan Police Service* (la Policía metropolitana), *National Animal Welfare Trust* (la Fundación nacional para el bienestar de los animales), *National Dog Tattoo Register* (el Registro nacional de tatuaje de perros), *National Dog Warden Association*, (la Asociación nacional de directores de perreras), *National Farmers Union* (el Sindicato nacional de granjeros), *National Gamekeepers Organisation* (la Organización nacional de guardas de caza), *National Working Terrier Federation* (la Federación nacional del Terrier de trabajo), *Naturewatch, NHS National Counter Fraud & Security Management Service* (el Servicio nacional anti fraude y de gestión de la seguridad de la Sanidad Pública), *Northamptonshire Animal Welfare Liaison Group* (el Grupo de enlace del bienestar animal the Northamptonshire), *People's Dispensary for Sick Animals* (el dispensario popular para los animales enfermos), *Peabody, Pet Care Trust* (la Fundación para el cuidado de las mascotas) *Pet Detect, Pet Education, Behaviour & Training Council* (el Consejo para la educación, el comportamiento y entrenamiento de las mascotas) *RBS Insurance, Rochford District Council, Royal Borough of Kensington & Chelsea, Royal College of Nursing* (el Colegio Real de Enfermería), *Royal College of Veterinary Surgeon* (el Colegio Real de Cirujanos Veterinarios), *Royal Mail* (el Correo Real), *Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals* (la Sociedad Real para la prevención del maltrato de animales), *Self Help Group* (el Grupo de autoayuda), *South Coast Staffordshire Bull Terrier Rescue, Tenant Farmers Association* (la Asociación de granjeros arrendatarios), *Tendring District Council, Tonbridge & Malling District Council, Universities Federation for Animal Welfare* (la Federación universitaria para el bienestar animal), *University of Bristol Companion Animal Behaviour and Welfare Group* (el Grupo de la Universidad de Bristol sobre el comportamiento y bienestar de los animales de compañía), *Wakefield Council, Wandsworth Borough Council, West Midlands Police, Wokingham Borough Council, Wood Green Animal Shelters* (los Refugios de animales de Wood Green), *World Society for the Protection of Animal* (la Sociedad mundial para la protección de los animales), *Wyre (Lancs) Agility Club*.

La consulta se regía por el Código de Conducta sobre las Consultas.²⁷ También se ofrecía la oportunidad de anonimizar la respuesta en caso de que el consultado no quisiera que su identidad fuese revelada en el documento de resumen de la consulta. Y se anunciaba que el resumen de la consulta se publicaría en línea. El Gobierno publicó el resumen de respuestas a la consulta en febrero de 2013.²⁸ Este documento, de 40 páginas de longitud, recopilaba en forma ordenada y clara las respuestas a las preguntas del cuestionario. No sorprende que se haya publicado a más de seis meses de cerrar la consulta (junio 2012) ya que el número de respuestas fue formidable (27 339). DEFRA constató que, en comparación con una consulta previa realizada, el apoyo general para hacer el microchip obligatorio aumentó del 84% en 2010 al 96% en 2012. También que el 10% de los consultados prefería la propuesta del Gobierno de implantar el microchip solamente a los cachorros, mientras que la preferencia del 76% era que el microchip fuera obligatorio para todos los perros a partir de cierto plazo de la entrada en vigor de la legislación. El 70% de los consultados apoyaban modificar las disposiciones penales en la Ley de 1991 para incluir ataques de perros en propiedades privadas (lo que significa un aumento de 37% dos años antes). En esta consulta, el 48% (del 70% que apoyaba extender las disposiciones penales para incluir la propiedad del dueño del perro) apoyaba extender la disposición para incluir dentro del hogar del dueño y el 22% apoyaba extender la disposición para incluir propiedades privadas donde el perro tuviera el derecho de estar, pero no dentro del hogar del dueño.

Con los resultados de la consulta, el Gobierno revisó sus propias políticas y redactó un borrador de Proyecto de Ley para modificar la Ley sobre perros peligrosos de 1991.

3.2. Los trabajos de estudio pre-legislativo

El 9 de abril de 2013, el Gobierno publicó el borrador del Proyecto de ley modificatoria sobre los perros peligrosos (*Draft Dangerous Dogs (Amendment) Bill*).²⁹ Este borrador extendía las disposiciones penales de la Ley sobre los perros

27 Cabinet Office *Code of Practice on Consultations* www.bis.gov.uk/policies/bre/consultation-guidance

28 Department for Environment Food & Rural Affairs *Summary of responses to consultation and way forward - Promoting more responsible dog ownership* - February 2013 https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/120750/dogs-summary-responses-130206.pdf

29 Department for Environment Food & Rural Affairs *Draft Dangerous Dogs (Amendment) Bill* 9 April

peligrosos de 1991 a:

- a. los ataques que suceden en una propiedad privada donde se le permite estar al perro.
- b. los ataques a los perros guías y a las personas, y
- c. modifica los criterios para determinar la peligrosidad de un perro.

En una carta a la Presidenta de la Comisión de la Cámara de los Comunes sobre el Medio ambiente, los Alimentos y los Asuntos Rurales, el Ministro invitaba a la Comisión a realizar el estudio pre-legislativo del borrador del Proyecto de Ley para modificar la ley de perros peligrosos de 1991.³⁰

Esta Comisión parlamentaria es una Comisión permanente, nombrada por la Cámara de los Comunes para examinar el gasto, la administración y las políticas del Ministerio del Medio ambiente, los alimentos y los asuntos rurales y los organismos asociados.³¹ Conformaron la Comisión 12 miembros de los siguientes partidos (el porcentaje dentro de la Comisión se indica entre paréntesis): cinco conservadores (incluyendo la presidenta de la Comisión) (41.6%), cuatro laboristas (33.3%), uno liberal demócrata (8.3%) y una del partido socialdemócrata y laborista (8.3%). Si comparamos la conformación política de la Cámara de los Comunes con sus porcentajes y los de la Comisión que realizó este estudio pre-legislativo, constatamos que hay cierta equivalencia con el principio de estricta proporcionalidad que rige la composición de las comisiones de las Cortes Generales. Aunque la inexistencia de grupos parlamentarios en el Parlamento británico (por ejemplo no hay un grupo mixto que reúna a los partidos minoritarios) tiende a la sobrerepresentación de las pequeñas minorías en algunas comisiones.

La Comisión contó con la ayuda de dos funcionarios, una especialista ambiental, un especialista en agricultura, dos asistentes, un asistente senior y un ejecutivo de prensa. El dictamen de la Comisión, de 60 páginas de longitud, estaba estructurado de la siguiente manera:

1. Introducción;

2013. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228854/8601.pdf

30 ibidem p 4

31 Environment, Food and Rural Affairs Committee, *Draft Dangerous Dogs (Amendment) Bill* First Report of Session 2013–14, 4 May 2013 <https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmenvfru/95/95.pdf>

2. Análisis del artículo 1 del borrador preparado por el Gobierno de la Ley modificatoria sobre los perros peligrosos de 1991- ataques en una propiedad privada;
3. Análisis del artículo 1 - ataques de perros a los perros guías;
4. Análisis del artículo 2 sobre los criterios para decidir cuándo un perro constituye un peligro para la seguridad pública;
5. Las medidas carentes en el borrador presentado (refundición de la legislación, crianza de perros, avisos de control de perros, perros callejeros y razas de perros prohibidas);
6. Conclusión y recomendaciones;
7. Actas formales;
8. Lista de testigos;
9. Lista de las pruebas escritas;
10. Lista de las pruebas escritas adicionales;
11. Lista de los dictámenes de la Comisión durante la actual legislatura.

En el dictamen, la Comisión comenzó reconociendo la gravedad del problema y la necesidad de hacer algo al respecto ya que se recibían por año 210 000 denuncias de ataques de perros a personas en Inglaterra, incluyendo 6 000 a carteeros. Desde el 2007 ha habido siete muertes causadas por perros, 6 de niños.³² El dictamen se concentró en la claridad, proporcionalidad y la idoneidad de las disposiciones en el borrador del Proyecto de ley.

El formato del dictamen sigue la estructura del borrador del Proyecto de ley, es decir, concentrándose en cada artículo del mismo y, o bien expresa su acuerdo con la propuesta en el borrador del Proyecto de ley modificatoria, o bien expresa con qué medida está en desacuerdo y por qué. Por ejemplo, con respecto a la propuesta del Gobierno sobre delitos en la propiedad privada, la Comisión recomendaba lo siguiente: “apoyamos la propuesta del Gobierno de modificar el artículo 3 de la Ley sobre los perros peligrosos de 1991 para cerrar la laguna de derecho actual y permitir procesar al dueño de un perro que ataque a alguien en una propiedad privada donde el perro tenga el derecho de estar, como ser en una vivienda familiar.”³³

Al contrario, en aquellos puntos en los que la Comisión parlamentaria discrepaba con la política del Gobierno, lo señalaba aportando las pruebas de su inves-

³² Environment, Food and Rural Affairs Committee, *Draft Dangerous Dogs (Amendment) Bill* First Report of Session 2013–14, 14 May 2013 p3.

³³ *ibid* p5.

tigación y citando el testimonio de los comparecientes. Por ejemplo, en relación a los criterios de peligrosidad de un perro, la Comisión se expresó en estos términos: “al contrario de la intención del artículo 2, el Gobierno no ha sabido clarificar cómo es que deberían interpretarse las disposiciones relativas a la destrucción de los perros. El artículo no es claro en varios aspectos y recomendamos que el Gobierno emita una guía clara sobre el criterio jurídico para determinar si una persona es ‘de aptitud y honorabilidad’ para ser titular o cuidar de un perro, y asimismo, cómo ha de evaluarse el temperamento del perro. Quienes sean llamados a dar testimonio ante un juzgado tendrán que tener una formación adecuada en comportamiento canino.”³⁴

3.3. La respuesta del Gobierno

El Gobierno emitió una respuesta formal a la Comisión el 19 de julio de 2013 aunque fue publicada el 4 de setiembre de 2013.³⁵ En ella, el Gobierno explicaba que los artículos para modificar la Ley sobre los perros peligrosos de 1991 se habían incluido en el Proyecto de Ley sobre el comportamiento anti-social, disposiciones penales y de la policía de 2013 (*Anti-social Behaviour, Crime and Policing Bill 2013*) que se presentó a la Cámara de los Comunes el 9 de mayo de 2013 y cuya segunda lectura ocurrió el 10 de junio de 2013. El Gobierno explicó que, aunque el Proyecto de Ley sobre el comportamiento anti-social, disposiciones penales y de la policía de 2013 se había publicado antes del dictamen de la Comisión (a causa de la presión sobre el Gobierno para legislar en las materias contenidas en el Proyecto), el Gobierno prestó mucha atención tanto al dictamen de la Comisión como a los testimonios orales y los escritos recogidos por la Comisión. El Gobierno explicaba en su respuesta que había atendido a las conclusiones de la Comisión y luego, utilizando el mismo formato que en el dictamen de la Comisión, pasaba punto por punto a comentar las recomendaciones del dictamen y presentar la decisión del Gobierno. En el cuadro (2) hemos yuxtapuesto las recomendaciones de la Comisión parlamentaria y la reacción del Gobierno. Se aprecia que de las 17 recomendaciones de la Comisión, el Gobierno incorporó siete a la versión del Proyecto de Ley que introdujo a la Cámara, aceptó parcialmente tres y rechazó siete. Es importante señalar que, en los

34 Environment, Food and Rural Affairs Committee, *Draft Dangerous Dogs (Amendment) Bill* First Report of Session 2013–14, 14 May 2013 p11

35 Department for Environment Food & Rural Affairs *Government Response to the Committee's First Report of Session 2013–14 on the Draft Dangerous Dogs (Amendment) Bill* 4 September 2013: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmenvfru/637/637.pdf>

casos de recomendaciones parcial o totalmente rechazadas, el Gobierno proporcionó las razones para ello.

Cuadro (2) comparación: recomendaciones de la Comisión y la reacción del Gobierno

Artículo	Recomendación de la Comisión	Respuesta del Gobierno
Artículo 1 - delitos a la propiedad privada		
Principio general	1. La Comisión invita al Gobierno a cerrar el vacío jurídico existente y permitir el procesamiento de una persona cuyo perro ataca a alguien en una propiedad privada donde se permite que esté el perro ej en una vivienda familiar	Agradece a la comisión por el apoyo a esta importante modificación a la ley de 1991.
Morador	2. La Comisión exhorta a que no se penalice al dueño de casa por un ataque del perro en el caso de que un intruso entre sin permiso. La Comisión se complace en ver que el Gobierno ha modificado esta disposición.	Agradece a la Comisión por haber llamado la atención sobre el tema de la exención de responsabilidad cuando el dueño no está en casa. La versión final del artículo indica que el dueño de casa no necesita estar presente para beneficiarse de la exención de procesamiento si su perro ataca a un intruso cuando éste esté dentro de la propiedad o esté por entrar en ella.
	3. La Comisión no está de acuerdo en que el ataque de un perro alrededor de la vivienda, por ejemplo en el jardín, debería entrar dentro de la exención de procesamiento del dueño. Pero es necesario distinguir a los dueños responsables de perros que toman las medidas de precaución adecuadas de los que no lo son. El Gobierno debería atender a la necesidad de que los jueces puedan tomar en consideración las circunstancias atenuantes como ser carteles que adviertan no entrar al jardín y el comportamiento del intruso hacia el perro.	La exención no se aplica al terreno alrededor de la propiedad, esto concuerda con la recomendación de la Comisión. El Gobierno está de acuerdo en que se pueda diferenciar entre aquellos dueños que toman medidas y los que son negligentes. El Gobierno acepta con gusto presentar una indicación clara durante la tramitación del Proyecto de ley sobre la necesidad de tener en cuenta todas las circunstancias atenuantes en la decisión de procesar y condenar. Pero antes de procesar, la policía y la fiscalía tendrán que estar satisfechas de los criterios de la prueba y del interés público.
	4. La Comisión opina que la definición de morada en relación con la Ley sobre los perros peligrosos de 1991 debería modificarse para que se cubran también otras estructuras como ser cocheras, galpones y otros edificios deberían definirse en la Nota Orientativa o en la tramitación del Proyecto.	La definición de morada está establecida en el Derecho inglés. Se refiere al lugar habitual de residencia de una persona. No hay necesidad de suministrar otra definición ya que esto podría tener consecuencias imprevistas para la interpretación del significado de morada. El Gobierno no considera apropiado extender la exención para que cubra otros edificios dentro de la propiedad aparte de la morada.

Artículo	Recomendación de la Comisión	Respuesta del Gobierno
	<p>5. La Comisión opina que no sería adecuado eximir del procesamiento a los dueños de perros que están en edificios que no son viviendas ya que la exención de moradores fue creada para permitir que una persona pueda defender su propiedad y familia y no para proteger a las personas que usan a los perros para vigilar instalaciones comerciales o de otra índole.</p>	<p>El Gobierno apoya completamente la conclusión de la Comisión en esta materia.</p>
	<p>6. La Comisión recomienda que el Gobierno clarifique si tiene la intención de eximir del procesamiento al dueño del perro en todas las circunstancias en que el perro ataque a un intruso cuya intrusión ha sido con intenciones honradas.</p>	<p>La exención distingue entre un intruso que ha entrado a una vivienda o está en el proceso de hacerlo y los que estén por ejemplo en el jardín. Esta diferencia refleja la probabilidad de que un intruso ya dentro o que esté por entrar en la vivienda tenga una intención dolosa. El Gobierno pone sumo énfasis en la claridad de la ley en este aspecto. No se comete un delito si un perro se escapa de control peligrosamente en relación a un intruso que ha entrado o está en el proceso de entrar en una vivienda, sin importar la intención del intruso. Este también refleja el hecho de que no se puede esperar que un perro anticipe las intenciones de un intruso antes de reaccionar. Además, intentar proporcionar una distinción sería muy difícil. Es importante subrayar que los carteros y personal sanitario, de obras y otros profesionales que tienen razones legítimas para visitar las viviendas en el curso de sus actividades profesionales están protegidos por estas disposiciones y no entran en la definición de intruso.</p>
<p>Artículo 1 - ataques a perros guía</p>		
	<p>7. La Comisión apoya la extensión del artículo 3 sobre los delitos de la Ley sobre los perros peligrosos de 1991 para incluir los ataques a los perros guías así como a las personas. Sin embargo, debería haber una definición de perros guías en la ley que abarcara a los perros para asistir a una persona con discapacidades que han sido acreditados por una organización autorizada.</p>	<p>El Gobierno se complace en esta recomendación de la Comisión. Es correcto que la ley reconozca los efectos devastadores que un ataque a un perro guía puede tener tanto para el perro como para su dueño. El Gobierno agradece la recomendación sobre la definición. La definición de perro guía es coherente con la definición existente que se encuentra en la Ley de igualdad de 2010. Sin embargo, el Gobierno está de acuerdo que los perros deben ser entrenados por organismos establecidos y autorizados. Esto será clarificado en la nota orientativa acorde con la recomendación de la Comisión.</p>

Artículo	Recomendación de la Comisión	Respuesta del Gobierno
	<p>8. La Comisión recomienda que DEFRA solicite a la Comisión de Reforma Legal (Law Commission) que examine la posibilidad de extender la ley a cualquier ataque de perro que cause lesiones a un animal protegido. DEFRA debería contactar con el Consejo de asuntos relacionados con las Condenas (<i>Sentencing Council</i>) para establecer qué tipo de pena sería adecuado imponer para alguien condenado por tal delito.</p>	<p>El Gobierno opina que los ataques a los perros guía son de una categoría diferente a los ataques a animales protegidos. La ley sobre perros peligrosos pretende proteger la seguridad pública y no el bienestar de los animales. No sería adecuado modificar la ley para incluir a los animales protegidos y sin tener en cuenta la intención de la Ley. El Gobierno considera que existe suficiente legislación para cubrir la situación de ataques a animales protegidos.</p>
<p>Artículo 2 - Cuando un perro representa un peligro para la seguridad pública</p>		
	<p>9. La Comisión opina que, contraria a la intención del artículo 2, el Gobierno no ha clarificado cómo se deberían interpretar las disposiciones en relación a la destrucción de perros. El artículo no es claro en varios aspectos y recomendamos que el Gobierno publique los criterios para determinar si una persona es “de aptitud y honorabilidad” para tener un perro, y cómo se puede evaluar el temperamento de un perro. Las personas llamadas a dar testimonio ante un juzgado tendrán que tener una formación adecuada en comportamiento canino.</p>	<p>El proceso para determinar si un perro constituye un peligro para la seguridad pública ya se encuentra en la Ley sobre los perros peligrosos. El juzgado debe decidir, en base a las pruebas aportadas, si un perro constituye un peligro para la seguridad pública. El temperamento de un perro lo evalúa la policía y el informe final se manda al juzgado. Tanto el fiscal como la defensa tienen la oportunidad de presentar estudios periciales para que el juez decida si exonerar al perro de ser destruido. Modificar la legislación no cambiaría esto. El Tribunal Superior en la causa Sandhu en 2012 dijo que, en el proceso de evaluar si un perro constituye o no un peligro para la seguridad pública, el tribunal no podía tener en cuenta ningún atributo de su dueño. La modificación clarifica que el juez debe considerar los atributos del dueño. La definición de persona “de aptitud y honorabilidad” duplica la única defensa que existe en la Ley sobre los perros peligrosos, de tal modo que el dueño de un perro no comete un delito si en el momento en que sucedió el ataque por su perro el dueño tenía la creencia razonable que el perro estaba bajo el control de una persona “de aptitud y honorabilidad.” Es el juez quien decide si en realidad una persona tiene “aptitud y honorabilidad.” El juez debe tomar en cuenta la reputación y los antecedentes penales que sean pertinentes, tales como maltrato de animales o posesión de un arma de agresión, así como cualquier otro elemento que el juez juzgue adecuado para tomar su decisión.</p>

Artículo	Recomendación de la Comisión	Respuesta del Gobierno
	<p>10. La Comisión opina que el artículo 2 le confiere al juez la facultad de tomar en cuenta todas las circunstancias pertinentes para determinar el grado de amenaza que presenta un perro. No es necesario prescribir que el juez deba hacerlo, ya que tal obligación podría hacer que esta disposición sea inmanejable y exija la definición de todas las circunstancias pertinentes, potencialmente limitando la facultad discrecional del juez.</p>	<p>El Gobierno le agradece a la Comisión por haber entendido la intención y el efecto de la inclusión de la facultad para permitirle al juez considerar cualquier circunstancia pertinente.</p>
	<p>11. Recomendamos que el Gobierno clarifique si el artículo 2 permitiría la transferencia de un perro de categoría prohibida a un nuevo dueño o cuidador.</p>	<p>El artículo no permite la transferencia. Continúa siendo un delito vender, intercambiar o regalar un perro de la categoría del artículo 1 o tenerlo bajo su posesión a menos que el perro haya sido eximido. La transferencia de cuidador se permite en algunas circunstancias. El artículo asegura que el juez considere la reputación del dueño al tiempo de evaluar si el perro representa un peligro para la seguridad pública. Esto incluye la posibilidad de tal evaluación en las limitadas circunstancias en las que la transferencia de cuidador se permite. El Gobierno reglamentará por medio de una Orden las circunstancias en las que se autorice la transferencia.</p>
<p>Medidas ausentes</p>		
	<p>12. La Comisión se muestra decepcionada con la acción del Gobierno el cual no ha reconocido los beneficios para el público y para las fuerzas del orden de la refundición de la variada legislación sobre el control y la crianza de perros. Si bien la Comisión reconoce la inquietud de DEFRA en mantener los recursos legales tanto en la legislación como en el Derecho consuetudinario, el Ministerio no ha convencido a la Comisión de que la refundición traería aparejada la disminución de las opciones legales disponibles. Una sola ley unificada proporcionaría una serie de medidas claras e integrales para quienes tengan que aplicar la legislación sobre los perros.</p>	<p>El Gobierno siente gran presión para legislar lo antes posible y modificar la Ley sobre los perros peligrosos de 1991. El Proyecto de Ley sobre el comportamiento anti-social, disposiciones penales y de la policía de 2013 proporcionan un medio legislativo para realizar los cambios eficiente y eficazmente. La refundición de la legislación no resultaría en legislación modificada y retrasaría las modificaciones en la Ley sobre los perros peligrosos que se necesitan ya. El Gobierno opina que es más importante utilizar el tiempo de las Cámaras para tramitar la legislación modificatoria que aumentará la seguridad pública. El amplio documento orientativo sobre los perros que fundamenta el Proyecto de ley incluirá toda la legislación pertinente a los perros y cómo las autoridades pueden utilizarla para abordar a los dueños irresponsables y alentar comportamientos más responsables.</p>

Artículo	Recomendación de la Comisión	Respuesta del Gobierno
	<p>13. La Comisión opina que la reglamentación sobre la crianza de los perros y las medidas de control de los perros tendrían que reunirse en un solo lugar, reconociendo el hecho de que la crianza irresponsable de perros y las prácticas deficientes en la crianza pueden causar la agresión y la falta de control en algunos perros. Reiteramos la recomendación en nuestro dictamen anterior que toda persona que críe más de dos camadas de cachorros por año debería obtener una licencia del gobierno local.</p>	<p>Todo criador que venda perros necesita tener una licencia para ello. El negocio de venta de perros se entiende como toda persona que comercie con ellos. La referencia a cinco camadas representa el umbral máximo y garantiza que, sin importar si el criador tiene un negocio, una vez que tenga cinco camadas por año necesitará la licencia. Es posible tener una sola camada por año y tener un negocio de venta de perros y así tener que conseguir una licencia.</p>
	<p>14. La Comisión apoya el trabajo del Gobierno con el Grupo de Asesoramiento sobre Asuntos Publicitarios con Mascotas para desarrollar un Código de buenas prácticas para apoyar el bienestar de los animales que se venden en línea.</p>	<p>El Gobierno agradece el apoyo de la Comisión en esta importante labor. Las normas mínimas para las páginas web se publicarán pronto.</p>
	<p>15. La Comisión recomienda que el Gobierno reconsidere su rechazo a la recomendación previa de dar a las fuerzas del orden facultades adaptadas para abordar a los perros agresivos antes de que lastimen a las personas o animales. Además, DEFRA debe calcular el costo actual de gestionar a los perros fuera de control y compararlo con las ventajas de introducir medidas como los Avisos de Control de Perros. El público necesita tener la confianza de que una inversión inicial de este tipo producirá, a largo plazo, al disminuir el número de ataques de perro, ahorros para la policía, los gobiernos locales, la salud pública y las personas y la comunidad.</p>	<p>El Gobierno concuerda con la Comisión acerca de la necesidad de proporcionar a las autoridades medios preventivos para encarar a los dueños irresponsables. El Gobierno tiene confianza en las medidas disponibles: Aviso de Protección a la Comunidad y Mandato judicial de prevención de molestias, ya que estos son lo suficientemente flexibles para hacer lo que los Avisos de Control de Perros pueden lograr y más. DEFRA no ha realizado un análisis de costo-beneficio. El Gobierno está comprometido a alentar a los dueños de perros a ser responsables.</p>
	<p>16. La Comisión estima que es esencial que las perreras y las fuerzas del orden cuenten con los medios adecuados suministrados por los gobiernos locales. Por ello la Comisión recomienda que DEFRA borre de su Documento Orientativo el requisito de que los gobiernos locales tengan que proporcionar servicio de perrera fuera de horario de oficina cuando “sea conveniente.”</p>	<p>La manera de asignar recursos locales es una cuestión para los gobiernos locales y se basa en las prioridades que éstos tienen. Los gobiernos locales deben cumplir sus obligaciones legales. No hay planes para modificar el documento orientativo en este sentido.</p>
	<p>17. La Comisión acepta el hecho de que la prohibición actual de ciertas razas con acuerdo a la Ley sobre los perros peligrosos de 1991 no ha prevenido los ataques de perros. No es beneficioso que la normativa se concentre en un tipo de raza ya que cualquier perro puede volverse agresivo en las manos de un dueño irresponsable. La normativa debería enfocarse en la prevención de ataques mediante el mejor comportamiento de criadores y dueños.</p>	<p>El Gobierno reconoce la posición de la Comisión en este aspecto. No hay planes para derogar el artículo 1 de la Ley sobre los perros peligrosos de 1991. La Policía apoya las disposiciones actuales. Las modificaciones a la Ley sobre los perros peligrosos de 1991 refuerzan el marco jurídico con respecto a los perros peligrosos luego de un ataque, y esto se aplica a un perro de cualquier raza.</p>

4. Conclusión

Hemos dividido las conclusiones en dos partes. Primeramente, nos referiremos el caso concreto en el que hemos trabajado. En segundo lugar, ofreceremos una conclusión global sobre el estudio pre-legislativo.

4.1 El estudio pre-legislativo de la modificación de la Ley sobre los perros peligrosos

Seguir las etapas del ejemplo práctico, o sea el estudio pre-legislativo sobre la modificación de la Ley sobre los perros peligrosos de 1991, nos ha dado la oportunidad de estudiar sus diferentes fases. Empezando con la consulta del Gobierno; recordemos que el Gobierno ya tenía una orientación política sobre cómo proceder en relación a los perros peligrosos. El Gobierno organizó la consulta para verificar si sus propuestas serían bien recibidas por la sociedad o si cabría revisar y modificar algunas propuestas.

Es importante entonces que una consulta despegue y se formule a partir de ciertas propuestas del Gobierno. Para que la consulta sea eficaz, como en este caso, el Gobierno debería conocer la problemática y tener al menos una política orientada a la solución de la misma. Dudamos de la eficacia de una consulta en la que el Gobierno no tiene una idea clara y busque generar una “lluvia de ideas.”

Segundo, en esta consulta, aunque el Gobierno la canalizó hacia ciertos sectores especializados de la población (ver el cuadro (1)) que tenían algo que ver con la temática de los perros (peligrosos), permitió a todos los ciudadanos interesados en el tema que se expresaran al respecto desde organizaciones a individuos, esto es señal de un proceso democrático. La consulta se condujo de acuerdo a la normativa para consultas³⁶ lo cual ofrece ciertas garantías de que el proceso será justo y no será manipulado.

Tercero, la respuesta a la consulta se hizo pública y fue presentada en un documento de una longitud manejable de modo que los ciudadanos interesados en el tema fueran capaces de descargarlo a sus ordenadores y acceder a la informa-

36 Cabinet Office *Code of Practice on Consultations* July 2017 www.bis.gov.uk/policies/bre/consultation-guidance

ción fácilmente (lo mismo hay que decir de todas las fases - la facilidad para encontrar la documentación es en sí una muestra de transparencia).

El Gobierno, armado de toda la información que había recogido en la consulta popular, ajustó su Proyecto de ley el cual luego envió a la Comisión parlamentaria para realizar el estudio pre-legislativo. Es importante notar que la consulta popular fue de suma utilidad para la Comisión ya que gran parte del trabajo de la Comisión que consiste en reunir pruebas y oír testimonios, ya estaba hecho por la consulta. La Comisión, estudió el borrador del Proyecto de Ley y proporcionó su dictamen al Gobierno. El Gobierno consideró estas propuestas y la mitad de ellas las aceptó, modificando a su vez el Proyecto de Ley, tres propuestas aceptó parcialmente y rechazó, motivándolo, siete de ellas. Al llegar el Proyecto de Ley a la primera lectura de la Cámara, la versión ha sido mejorada gracias a este proceso.

4.2 Las buenas prácticas del estudio pre-legislativo

Este ejemplo es una instancia de buena práctica del uso del estudio pre-legislativo en el Parlamento británico. Es muy probable que si no hubiese sido sujeto al estudio pre-legislativo, la versión del Proyecto que se habría presentado a la Cámara para su tramitación habría sido menos consensuada y quizá defectuosa, con solicitudes de enmienda y por ende con una tramitación más prolongada. Además, el estudio pre-legislativo permite una vida útil más larga de la legislación ya que el trabajo realizado permite llegar a un proyecto de ley más perfeccionado. Incluso, a la hora de realizar una evaluación *ex post*, los trabajos de evaluación *ex ante* serán útiles para verificar si los objetivos de la ley fueron alcanzados.

Lord Puttnam, quien fuera presidente de Comisión en dos casos de evaluación pre-legislativa, comentaba que para él una de las ventajas más importantes del estudio pre-legislativo es que los miembros de la Comisión desarrollan una especialización en el tema, esta labor es de naturaleza multipartidista y trabajan juntos para valorar los méritos de un Proyecto confrontándolo a las pruebas que la Comisión recibe y emitiendo una opinión informada acerca de la mejor manera de proseguir con el borrador del Proyecto de ley que tienen enfrente.³⁷

37 Lord PUTTNAM of QUEENSGATE “The role and importance of pre-legislative scrutiny in Parliamentary life” conferencia presentada el 12.12.2018 en la serie de Conferencias abiertas del Parlamento de Westminster. <https://www.parliament.uk/get-involved/education-programmes/universities-programme/university-teaching-resources/the-role-and-importance-of-pre-legislative-scrutiny-in-parliamentary-life/>

Como veíamos al comienzo, la legislación española apunta a la evaluación *ex ante* por el Ejecutivo. Nuestra investigación no logró descubrir ejemplos de evaluación *ex ante* a nivel parlamentario. Tal vez este sea la segunda fase de la incorporación de la evaluación *ex ante* que en España actualmente concierne al Ejecutivo. Hemos visto las ventajas en utilizar esta herramienta y las Cortes Generales están dotadas ya de comisiones permanentes que podrían integrar este tipo de trabajo de estudio pre-legislativo. Emplear el estudio pre-legislativo bien requiere recursos y organización pero, como dice la Comisión para la Reforma Legal inglesa, el tiempo invertido en la fase de consultación y en la fase de desarrollo de la política puede conllevar al ahorro de tiempo y recursos en las fases posteriores del procedimiento legislativo.³⁸ Por ello, si en España la evaluación *ex ante* ha de ser una herramienta no solo a nivel del Ejecutivo sino a nivel de la Legislatura, como en el caso británico, será necesario facilitar los recursos para realizar un trabajo completo. En este sentido, establecer una organización similar a la Unidad de Estudios Pre-legislativos de la Oficina de Comisiones (*Committee Office Scrutiny Unit*) sería un primer paso para apoyar el trabajo de las Comisiones para estudios de borradores pre-legislativos. La pericia técnica de esta Unidad se desarrolla y amplía cada vez que brinda apoyo a una Comisión en un nuevo estudio pre-legislativo, es decir que a la larga lo que puede parecer un gasto en establecer este recurso se transforma en inversión ya que crece en eficacia y experiencia con el correr del tiempo. Como vimos en el ejemplo, el Gobierno tiene que encontrar maneras más ágiles de trabajar. Quizás, la forma en que DEFRA se organizó en el ejemplo tratado pueda inspirar algunas ideas para desarrollar de la evaluación *ex ante* en los Ministerios españoles.

Finalizamos con las palabras de Lord Puttnam, para quien el éxito de la evaluación *ex ante* reside en construir un ambiente en el que la profundidad y extensión de los temas se tratan con la seriedad que les corresponde y en el que el Gobierno es capaz de reconocer con humildad que no siempre tiene la razón y se muestra indulgente para escuchar propuestas diferentes.³⁹

38 Law Commission of England and Wales *Written evidence to the House of Lords Constitution Committee's large-scale inquiry into the legislative process* 14 October 2016. <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/constitution-committee/legislative-process/written/41141.html>

39 Lord PUTTNAM op cit

RESUMEN

Este artículo se enfoca en el uso de la evaluación *ex ante* por la legislatura (estudio pre-legislativo). Comienza presentando un breve resumen de la normativa existente en España en materia de evaluación *ex ante* que concierne al Ejecutivo para luego adentrarse en el uso de la evaluación *ex ante* por Parlamento británico. Señala sus antecedentes, revisa su uso actual e ilustra su funcionamiento con un caso en concreto. Finalmente, plantea si esta herramienta podría ser adaptada para las Cortes Generales.

ABSTRACT

This article focuses on the use of *ex ante* evaluation by the legislature (pre-legislative scrutiny). It opens with a brief summary of the law in Spain on *ex ante* evaluation that deals with the Executive and then examines the use of pre-legislative scrutiny by the British Parliament. It starts with its background, introduces the current use of pre-legislative scrutiny and uses an example to illustrate how it works. Finally, it suggests whether this tool could be adapted and be used by the Spanish legislature.

PALABRAS CLAVE

Legislación – calidad de las normas – parlamento británico – estudio pre-legislativo – procedimiento

KEY WORDS

Legislation – quality of legislation – British Parliament – pre-legislative scrutiny – procedure

LA CONSTITUCIÓN DE 1869 EN PUERTO RICO EN
EL 150 ANIVERSARIO DE SU PROMULGACIÓN

Daniel Martínez Cristóbal

Recibido: 01-07-2019

Aceptado: 30-07-2019

SUMARIO

Introducción

La Constitución de 1869 en Puerto Rico

Amadeo de Saboya y los intentos de reforma en Puerto Rico

La I República y la adaptación de la Constitución a Puerto Rico

Anulación del Título I de la Constitución con la Restauración en Puerto Rico

Resumen

La aplicación de la Constitución de 1869 en Puerto Rico durante el Sexenio Revolucionario y la adaptación del Título I llevada a cabo durante la I República se caracterizó por un cambio radical con el periodo precedente, y que los diferentes gobiernos promovieron la continuidad en el desarrollo de una política asimilista de carácter reformista, con la concesión de un régimen jurídico ajustado a las necesidades, y con un reglamento administrativo descentralizado manteniendo los mismos derechos y garantías políticas que se le otorgaba a los habitantes de la España peninsular adaptando el ordenamiento constitucional existente.

Introducción

La Revolución del Partido Progresista culminada con el pronunciamiento y la Gloriosa en septiembre de 1868 terminó con el reinado de Isabel II. El 14 de diciembre de 1868 el Gobierno provisional de España encabezado por Serrano concedió a Puerto Rico el derecho a tener representación en las Cortes.

Se dió esperanzas a las provincias españolas de Ultramar de que se modificaría y actualizaría la forma de gobierno cuando hubieran tomado asiento los diputados de Cuba y Puerto Rico, para poder ajustar los derechos y modificaciones necesarias a las mismas.

En Puerto Rico José Laureano Sanz y Posse como Gobernador desde el 30 de diciembre de 1868, implantaba una política de represión como idea de mantenimiento del orden y contra los que intentaban un alejamiento de España.

Unos meses más tarde, el 15 de enero de 1869, se convocaron elecciones para nuevos diputados celebradas en mayo de ese año, y en las que el Partido Progresista obtuvo 120 escaños, la Unión Liberal 80, el Partido Demócrata 40, el Partido Democrático Republicano 80 y el Partido Absolutista 20.¹ En Puerto Rico, las elecciones se celebraron el 30 de mayo y con una elección de 11 diputados, los liberales alcanzaron los 4 representantes donde estaban Luis Padial Vízcarro y Juan Hernández Arbizu, y los conservadores obtuvieron siete representantes. Era el comienzo de buscar el camino hacia una nueva Constitución.

¹ <http://www.historiaelectoral.com/e1869.html>

La Constitución resultante fue la más liberal de las constituciones españolas hasta el momento. Las Cortes Constituyentes aprobaron la nueva Constitución por 214 votos a favor y 55 en contra y fue sancionada el 1 de junio de 1869. Contenía una amplia garantía constitucional marcada con una carta de derechos que reconocía por primera vez el derecho de reunión y a asociarse para cualquier fin no contrario a la moral pública², a la vez el derecho a la libertad de expresión y a dirigir peticiones, individual o colectivamente a las Cortes, Rey o Autoridades, y se estableció el sufragio universal dentro de unos límites censitarios.

La Constitución de 1869 era contradictoria en sus principios, ya que surgía de una revolución progresista contra la monarquía, pero la establecía como forma de Estado. A causa de ello, el General Prim como Regente, tuvo que buscar un rey que se ajustara a las demandas del Estado y a la política que la Constitución establecía³.

Por otro lado, la Constitución disponía amplios derechos individuales, como el sufragio universal masculino, la libertad de imprenta, la libertad de culto, y el derecho de reunión y asociación. Además, recalca la soberanía nacional y las Cortes tenían la misión de legislar, controlar al gobierno y limitar el poder de la monarquía, por lo que también con la nueva Constitución aparecieron otras leyes importantes.⁴

Apareció la libertad de culto por primera vez a extranjeros y españoles en su ejercicio privado y público, aunque continuaba la obligación por parte del Estado a mantener la religión católica tanto en el culto como a los ministros de ella.

Se tuvo en cuenta que parte de la carta de derechos podía suspenderse, pero sólo temporalmente y sólo a través de una ley. Además, según Carro Martínez la Constitución se compuso de “*la menor cantidad de Rey posible*”.⁵

En cuanto a la organización y atribuciones de las diputaciones provinciales y ayuntamientos, se preveía que se rigiesen por las propias leyes en cada campo, aunque para las provincias de Ultramar se incluyó una novedosa fórmula me-

2 En 1863 fue suspendido el derecho de reunión para la propaganda electoral.

3 Por votación Amadeo de Saboya fue el elegido, aunque su reinado fue tan corto como ineficaz.

4 La Ley Electoral, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Penal, en 1870; y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 1872.

5 Trias Monge, José, *Historia Constitucional de Puerto Rico*, Ed. UPR, 1980, vol. I, p.53

diante el artículo 108,⁶ que a pesar de los intentos de cumplir dicho artículo, no pudo tomar forma hasta la llegada de la República en 1873.

Dos meses más tarde de la Revolución el Ministro de Ultramar, Manuel Berra, mandó el estudio de un proyecto de modificación de la Constitución para equiparar a todos los españoles mediante una ley y promover el reconocimiento de Puerto Rico como provincia española y parte integrante de la nación española con la vuelta de sus representantes a las Cortes para defender sus intereses tras el fracaso de la Junta Informativa de 1867 clausurada sin llegar a ninguna conclusión para Puerto Rico.

Con el artículo 108 los liberales pretendían unas reformas básicas con ideas conservadoras hacia la política colonial. Se palpó en la postura del Gobierno central respecto a las peticiones y necesidades en la Comisión de Reformas para la isla, que estaba formada por políticos liberales y conservadores de Puerto Rico principalmente, aunque también por personas procedentes de la Península.

En las primeras reuniones se estableció para Puerto Rico el sufragio censitario para todos los habitantes de la isla que tuviesen una contribución mínima de 30 pesetas, aunque los esclavos no serían tomados en cuenta hasta el año siguiente a partir de la Ley Moret⁷. Se determinó el establecimiento de una Diputación Provincial con algunas competencias de asamblea, facultad electiva a los ayuntamientos, el nombramiento de un gobernador civil y otro militar y la derogación de “*las leyes de Indias y cualquiera otra que concedan a los Gobernadores civiles facultades discrecionales sin que puedan usar de otras distintas de las que esta ley les concede*”.⁸

En la Comisión se fueron estableciendo las posturas de cada parte, y desde el Ministerio se presentó un proyecto extendiendo el Título I de la Constitución a Puerto Rico relativo a los españoles y sus derechos, pero con unas modificaciones concernientes a la ampliación del sufragio censitario, limitando la libertad de imprenta en la enseñanza y ampliando las facultades del Gobernador, al que se le concedía más poder para decretar deportaciones y destierros, y para suspender las garantías individuales de la Constitución.⁹ El proyecto no llegó a tomar forma

6 *Las Cortes Constituyentes reformarán el sistema actual de gobierno de las provincias de Ultramar, cuando hayan tomado asiento los diputados de Cuba y Puerto Rico, para hacer extensivas a las mismas, con las modificaciones que se creyeren necesarias, los derechos consignados en la Constitución.*

7 O Ley de vientres libres, promulgada el 4 de julio de 1870.

8 Triás Monge, José, *Historia Constitucional de Puerto Rico*, Ed. UPR, 1980, vol. I, p.55

9 Triás Monge, José, *Historia Constitucional de Puerto Rico*, Ed. UPR, 1980, vol. I, p.55

hasta el establecimiento de la I República, a pesar de los sucesivos intentos también por Segismundo Moret que en 1870 redactó un proyecto de Constitución para la isla que también fracasó.

Este Sexenio con la supervivencia de la Constitución de 1869 no concretó la situación de la isla por el sistema asimilista, autonomista, ni por supuesto por la independencia. Esto promovió el paulatino crecimiento de una opinión pública deseosa de una mayor libertad y caracterizó el pensamiento liberal puertorriqueño de la época, que cada vez creía menos en la unión directa con España y más en una idea revolucionaria cuyo comienzo con el Grito de Lares en 1868 y un año más tarde con Labra y Padial expresarían su preferencia por el sistema autonómico. Prim como miembro del Gobierno y Presidente del Consejo de Ministros no consiguió adaptar la situación política de Puerto Rico, aunque consiguió actualizar la ley provincial y municipal con un modelo político-administrativo más descentralizado.

Es significativo que la postura autonomista puertorriqueña a lo largo de estos años y las demandas al Gobierno central en la Comisión de Reformas tenían un sentido más de autogobierno que lo dispuesto en la Carta Autonómica de 1897.

La Constitución de 1869 en Puerto Rico

La Revolución de Septiembre significó para los puertorriqueños la oportunidad de iniciar un desarrollo de las posibles manifestaciones políticas, aunque no supuso una liberalización del régimen colonial. La vuelta de la representación de las provincias de Ultramar en las Cortes 33 años más tarde se produjo por diversas situaciones que propiciaron esa cesión por parte del Gobierno peninsular como el inicio de la Revolución cubana con el Grito de Yara, el continuo interés de la potencia emergente de Estados Unidos respecto a las posesiones españolas, y la aprobación en 1867 de la British North America Act¹⁰, además de una nueva política colonial para aplacar los intentos de sublevación o mayor autonomismo de las regiones ultramarinas.

El 17 de junio de 1869 desde el Ministerio de Ultramar, por orden de Manuel Becerra se ordenó que fuese jurada la nueva Constitución en todas las provincias de España. La carta llegó en julio a la gobernación civil de Puerto Rico pero

10 Acta del Parlamento del Reino Unido relativa a Canadá en 1867 por la cual creó un gobierno autónomo en esa región alcanzando la completa soberanía legislativa.

hubo dudas sobre el juramento, por lo que el Gobernador José Laureano Sanz y Posse¹¹ creyó necesario solucionar enviando un telegrama a la Península.

Con ello, el 18 de julio se envió comunicación urgente al Gobernador Capitán General de la isla de Cuba, Antonio Caballero y Fernández de Rodas¹² para que transmitiese las dudas que se cernían sobre dicho juramento, y si debía hacerse mediante promulgación ya que no había sido comunicada oficialmente. Además, no quedaba claro si las corporaciones locales y los alcaldes debían prestar el mismo juramento, y si debía hacerlo también el clero. También se ordenaba mediante esta promulgación eliminar las corbatas de las banderas en los actos de jura. Junto a la carta se recibió la insignia conmemorativa del juramento de la Constitución para que fuese colocada en las banderas, aunque fue imposible hacerlo debido a la falta de cintas y flecos para su confección.

Aparte de las dudas acerca del juramento, se expuso la urgencia del nombramiento de un Gobernador Civil o de Intendente además de la felicitación al Regente del Reino, Francisco Serrano.

El Gobernador de Puerto Rico dio orden al buque de guerra Blasco de Garay¹³,

11 Gobernador de Puerto Rico en dos ocasiones. La primera, entre 1868-70 y la segunda en 1875. Gobernador y capitán general de Puerto Rico el 30 de diciembre de 1868. Su primer mandato comenzó con su publicación del decreto de gobierno provisional devolviendo la representación en Cortes al archipiélago. Estableció un Gobierno Civil basado en el modelo de las provincias españolas y debido al temor a que se levantara otra revuelta independentista estableció la Guardia Civil en la isla y reorganizó el de Voluntarios. Debido a la elección del liberal Baldorioty de Castro como candidato oficial, aumentó la represión provocando la desaparición incluso de la Sociedad Económica de Amigos del País, y pidió a los ministros Serrano y a Prim que rechazaran la constitución para la isla que se quería presentar en las Cortes. Su dura conducta sobre la población puertorriqueña hizo que abandonase el cargo el 21 de mayo de 1870. En 1874 fue nombrado nuevamente capitán general por Serrano y volvió a la represión eliminando derechos individuales, la Diputación y los Ayuntamientos, y expulsó a los maestros revolucionarios. Las quejas contra él provocaron que abandonara el gobierno en 15 de diciembre de 1875, siendo sustituido por Portilla Gutiérrez. Obtuvo el título de marqués de San Juan de Puerto Rico.

12 Tomó parte en la Primera Guerra Carlista. De ideología liberal, participó en 1854 en el pronunciamiento militar de la Vicalvarada pese a que anteriormente había permanecido fiel al gobierno. Su participación se debió a las acciones mandadas por el gobierno para reprimir tal movimiento pasándose al bando de los sublevados y como consecuencia de los vaivenes de la política española de ese momento fue desterrado a Canarias. Regresó a la Península en 1868 para preparar la Revolución septembrina, y firmó el Manifiesto de Cádiz. En julio de 1869 fue destinado a Cuba como Capitán General, donde fracasó en su intento de sofocar el movimiento independentista Grito de Yara por lo que dimitió de su cargo y regresó a la Península en 1870.

13 El Blasco de Garay fue un vapor de ruedas con casco de madera de la Armada Española construido en astilleros ingleses en 1845. En 1859 fue enviado a La Guaira como respuesta a las matanzas de españoles en Venezuela e intervino en 1861 en operaciones en Santo Domingo durante el periodo de su anexión

encargado de trasladar la carta a Cuba, aguardar en puerto hasta recibir contestación.

Pero el Gobernador Capitán General de Cuba no transmitió ninguna comunicación a la Península por considerarlas improcedentes para esas regiones de España, motivando con ello el retraso de llevar a efecto lo ordenado desde la Península. En cuanto se supo el incidente con el Gobernador de Cuba, se envió una carta el 19 de agosto de 1869 comunicando los problemas y sucesos encontrados, y además diversos estamentos de la sociedad se negaron a prestar juramento a la Constitución por orden del prelado de la diócesis de la isla.

El 18 de noviembre de 1869 el Ministerio de Ultramar hizo saber que Manuel Becerra había propuesto ante las Cortes un proyecto de ley¹⁴ para la modificación y reforma de varios artículos de la Constitución y que se cumpliese el artículo 108 de aplicación directa en la isla de Puerto Rico y que Francisco Serrano como Regente había trasladado a las Cortes para su votación y deliberación, debido a la lejanía del resto de las provincias con la Metrópoli, por lo que había de aplicarse un régimen diferente para poder asemejarse al resto del territorio.

Al existir tanta distancia entre Puerto Rico y la metrópoli se hacía indispensable que hubiese una modificación exclusiva para las provincias de Ultramar como Puerto Rico y Cuba. Esta modificación particular era necesaria debido a que se haría incomprensible aprobarla para todo el territorio español, quedando la or-

voluntaria a España. Posteriormente, entre 1861 y 1862, participó en la expedición a México como parte de la escuadra que mandaba el general Joaquín Gutiérrez de Rubalcava, comandante general del Apostadero de La Habana.

14 Diario de sesiones de las Cortes constituyentes.

Dictamen de la Comisión sobre el proyecto de ley que modifica varios artículos de la Constitución del Estado para aplicarla a la isla de Puerto Rico.

1º. Cuando proceda tendrá un estado de perturbación (Art. 31) sin perjuicio de enviar a la península a las personas.

2º. Casos en que se perturbe la tranquilidad puede emplear la fuerza con arreglo a la ley.

3º. Sedición o invasión suspensión de todas las garantías, autoridad militar. Sus términos.

Artículo 1º.- Obligaciones del individuo y el estado.

Artículo 2º.- Referencia a los artículos 13, 15 y 16 y al 31 de la Constitución sólo en el 16.

El epígrafe del título 2º del estado de alarma.

Artículo 3º Idem se toma prevención en todos los artículos.

Artículo 3º está comprendido en el artículo 15.

Artículo 10 párrafo 1º inútil si se añade rebelión al artículo 13 del Proyecto de Constitución.

Párrafo 3º inútil por lo mismo.

Rectificación del 11 en consonancia y suprimiendo a los efectos prevenidos.

Artículo 28. Añadido según el 14 y reformado.

Artículo 36 - penas "con arreglo al artículo 30"

ganización política formada por el Gobernador civil, la Diputación Provincial y los ayuntamientos. Además, situaciones en Puerto Rico como la esclavitud o la libertad de expresión, de asociación y de enseñanza no podían ser comparables a la Península por la distancia entre ambas y la situación social. Este proyecto de ley debía ser modificado por las Cortes Generales una vez fuesen estudiados todos los cambios y adaptaciones necesarios para aplicarse en la isla una vez que hubiese pasado por el Consejo de Ministros.

En la adaptación de la Constitución a Puerto Rico, unánimemente se decidió una regularización en la abolición de la esclavitud y adaptar el sufragio censitario a las votaciones municipales y provinciales. Por ello, el artículo 16 de la Constitución debió ser estudiado debido a la situación cultural y al sistema de libertad de la isla en ese momento, ya que al estar alejada de la metrópoli existía una dificultad mayor en el control de los intereses de la nación y el mantenimiento de los derechos y garantías de los ciudadanos que en algún momento pudiesen ser paralizados debido a peligros como la rebelión.

El 24 de enero de 1870 se presentó en las Cortes españolas el dictamen de la Comisión para la modificación de varios artículos de la Constitución de 1869 relativo a la isla de Puerto Rico, siendo firmado y secundado por Manuel Valdés y Linares, Juan A. Hernández Arbizu, Vicente Romero y Girón y Julián Pellón y Rodríguez, Marqués de Sardeal.

Se estudió promover dos sistemas de relación respecto a la metrópoli, dotándola de una mayor autonomía siendo provincias españolas o el principio de asimilación. La elección de una de las dos sería consecuencia de diferentes causas, antecedentes históricos y condiciones a aplicar por parte del gobierno. La comisión encargada de redactar la modificación de la Constitución para adaptarla a Puerto Rico se encomendó a las Cortes, tomando en consideración en dicha modificación las correspondientes leyes orgánicas.

Al día siguiente de que la Comisión presentase ante las Cortes el proyecto de modificación para adaptarlo a la provincia de Puerto Rico, el diputado Francisco Romero Robledo expuso un voto particular a dicho proyecto ya que fue nombrado miembro de la Comisión para emitir un dictamen acerca del proyecto de ley presentado por Manuel Becerra. Su voto fue contrario el resto de los miembros, no por ir contrario a un reconocimiento del territorio español de ultramar y equiparándola al resto de la sociedad española, sino que se produjo porque conllevaría una mayor diferencia y alejamiento respecto al poder central de España.

Teniendo como base el artículo 108 de la Constitución de 1869 y modificando parte de ella para ajustarla y adaptarla a los habitantes de la isla de Puerto Rico alterándose mínimamente los cambios, no fue firmada por todos los políticos necesarios para su aprobación debido a la Revolución de Cuba en 1868¹⁵ que buscaba la independencia, y supuso dividir a la sociedad española-americana en dos grupos considerando a Puerto Rico y Cuba como regiones diferentes.

Romero Robledo propugnaba una ampliación de estas leyes también a la isla de Cuba o en caso contrario no modificarla para la isla de Puerto Rico, debido al agravio comparativo hacia las dos provincias de ultramar americanas y como falso precepto de lo que propugnaba la Constitución de 1869 respecto a la igualdad de todos los españoles.

Por ello, Romero Robledo no firmó la Comisión por creer que infringía la Constitución respecto al tema de igualdad y que la isla de Cuba quedaría sentenciada para una pronta independencia de España, e instó a aplazar la votación sobre proyecto de constitución para Puerto Rico hasta que los diputados cubanos pudiesen volver a las Cortes mediante nuevas elecciones en la isla, y con ello poder debatir cuál es la mejor solución para poder llevar a las dos provincias de ultramar en América sin que ninguna de las dos resultase discriminada.

Esto no pareció importar a los miembros de la Comisión ni al Ministro de Ultramar para considerar únicamente provincia a la isla de Puerto Rico. Es más, el Ministro de Ultramar se negó a ofrecer a las Cortes cualquier informe oficial acerca de la revolución cubana para que se pudiese deliberar acerca de los peligros de una mayor autonomía a la provincia de Cuba y que sólo fue solucionado mediante el envío de españoles de la península y militares hacia la isla.

En el mes de abril y con Segismundo Moret como nuevo Ministro de Ultramar, se intenta aprobar un nuevo proyecto de Constitución para la isla consignando los mismos derechos que para los españoles peninsulares aunque con ligeras variaciones debidas a la distancia con la Península, con trazos asimilistas.

15 El Grito de Yara iniciado por Carlos Manuel de Céspedes el 10 de octubre de 1868 fue el comienzo de la Guerra de los Diez Años tras la jura del Manifiesto de la Junta Revolucionaria de la Isla de Cuba en La Demajagua, y el intento de tomar la ciudad de Manzanillo donde fue rubricado el Manifiesto de la Revolución. Tanto la reunión como los planteamientos realizados pasaron inadvertidos inicialmente hasta que los revolucionarios decidieron marchar hacia Sierra de Naguas, donde al paso por el pueblo de Yara fueron dispersados por una columna española proveniente de Bayamo. Esta derrota de los insurrectos en el asalto al pueblo de Yara y serle comunicada al Capitán General fue lo que recogió la prensa de La Habana y Madrid.

El 5 de mayo de 1870 se firmó en el Palacio de las Cortes el proyecto de ley para la adaptación de la Constitución a la isla de Puerto Rico redactado por la Comisión, por el presidente Manuel Valdés Linares, Juan A. Hernández Arbizu, Vicente Romero Girón¹⁶, y el Marqués de Sardoal¹⁷ como secretario.

Se entendió que Puerto Rico tenía que ser considerada provincia de la monarquía española y que todos los habitantes españoles de la isla tuviesen los mismos derechos que los compatriotas de la Península con las limitaciones que estableciese la ley. El resto de disposiciones contenidas en la Constitución en la que existiese la organización de poderes también sería igual de aplicable en la isla. Las relaciones entre el gobierno de la isla y el gobierno de la metrópoli se establecerían conforme a lo que dictase la Constitución, y sólo se podrían alterar a través del artículo 110.

Toda la organización de la isla se establecería en ayuntamientos situándose la casa consistorial en el centro de la población, ajustándose las bases y cometidos en el Título VIII de la Constitución. Además la isla formaría una Diputación Provincial consignada en el mismo título y que tendría las siguientes bases:

- 1 *Facultad de conocer en apelación de aquellos acuerdos municipales que no sean por sí ejecutivos.*
- 2 *Conocimiento de todo lo relativo a elección y suspensión de los ayuntamientos.*
- 3 *Facultad de disentir y proponer en su caso a la autoridad superior local, y por su conducto al gobierno central, en forma de petición, cuanto creyeran conveniente a los intereses de la isla, y que especialmente no esté determinado entre sus facultades.*
Este derecho no se extenderá nunca a las cuestiones políticas.
- 4 *Proponer en terna a la autoridad superior local los individuos que han de desempeñar los cargos pertenecientes al clero catedral de la isla.*
- 5 *Derecho de ser consultada para el establecimiento de aquellos impuestos generales, para la modificación de los existentes y para cualquier otra*

16 Ministro de Gracia y Justicia durante el reinado de Alfonso XII, Ministro de Ultramar (bajo su ministerio se perdieron las últimas colonias españolas y la cartera que ocupaba dejó de tener fundamento político) y de Fomento (cartera que tras él paso a denominarse “Agricultura, Industria, Comercio y Obras Públicas”) durante la Regencia de María Cristina de Habsburgo-Lorena.

17 Alcalde de Madrid durante el Sexenio Democrático y ministro de Fomento durante el reinado de Alfonso XII. Miembro del Partido Demócrata Radical fundado por Zorrilla.

medida de carácter financiero que la autoridad superior crea oportuno proponer.

6 *Facultad de proponer a la autoridad superior local la modificación de cualquier impuesto.*

7 *Facultad de dictar disposiciones de carácter general y obligatorio para toda la isla.*

Estas medidas no serán válidas hasta que recaiga sobre ellas la aprobación de las Cortes. Si transcurriese el término de un año sin que las Cortes las hayan aprobado, se entenderán válidas desde luego.

8 *Todas las demás atribuciones que para las diputaciones de la península se consignent en la ley orgánica provincial.*

*Además, cada municipio deberá mantener y conservar el culto a la religión católica, y a los ministros de esta.*¹⁸

Continuaba la represión de Sanz y Posse, y con Serrano como Presidente del Consejo de Ministros se tomó la decisión de reemplazarlo el 20 de mayo de 1870 por Gabriel Baldrich Palau, que promulgó la amnistía para los delitos políticos y anuló los destierros motivados por el Grito de Lares y volvió a dividir entre Gobernador militar y civil actualizando la ley de la Diputación Provincial.

Al establecerse la Diputación Provincial Puerto Rico tendría el derecho de estar representado en las Cortes en la misma proporción que se fijaba para la elección de diputados en la Península, al igual que tendría derecho a enviar senadores con arreglo al artículo 61 de la Constitución nombrados en cada provincia. Por ello en cada distrito municipal se elegiría a los compromisarios siendo 1/6 parte de los concejales de los que se compusiese cada ayuntamiento.

Todos los representantes tanto de los ayuntamientos, diputaciones, diputados y compromisarios se elegirían mediante sufragio censitario entre los que supiesen leer y escribir o pagasen ocho pesos de contribución directa.

El presupuesto de la provincia de Puerto Rico sería votado en Cortes en la cantidad de gasto e ingreso que debía contribuir al país definido en el Título IX de la Constitución, teniendo dos meses de margen para que fuesen presentados (de 1 de febrero a 1 de abril).

18 ES.28079.AHN2.2.1.72.1ULTRAMAR,5096,EXP.57 1869-1875.

El gobierno se facultaría por medio de autoridades civiles, las cuales podrían ir destinadas mediante delegados a cualquier parte de la isla. En caso de un peligro inminente para el territorio insular el poder recaería en lo militar después de haber sido cedido mediante la Junta de Autoridades y se suspenderían todas las garantías del artículo 1 de la Constitución, que no se alargaría más del tiempo necesario hasta que se hubiese eliminado el peligro y el poder volvería inmediatamente a la Junta de Autoridades civiles y judiciales. En cualquier otro caso, la Junta de Autoridades podría autorizar el uso de la fuerza con arreglo a lo dispuesto en la ley.

En caso de revueltas y desórdenes públicos dentro de la isla la autoridad superior civil podría deportar a la Península para su proceso a cualquier persona que se considerase un peligro para el bien común, usando para ello el artículo 31 de la Constitución.

Los delegados designados en la isla haciendo cumplir las órdenes del gobierno central tenían las siguientes responsabilidades:

- 1 *Suspender los acuerdos de los ayuntamientos en los casos previstos por la ley, dando cuenta la Diputación Provincial.*
- 2 *Suspender toda asociación que se encuentren el caso señalado en el párrafo tercero del Art. 19 de la constitución, oyendo a la junta de autoridades y dando cuenta al gobierno central, a fin de que se cumpla lo prescrito en dichos artículos, si así lo estime oportuno.*
- 3 *Suspender o cerrar cualquier establecimiento de enseñanza que se encuentre el caso que marca el párrafo tercero del citado Art. 19. En este caso entregará inmediatamente las personas responsables a los tribunales.*
- 4 *Presidir sin voto, salvo el caso de empate, la Diputación Provincial.*
- 5 *Convocarla siempre que lo estime oportuno, sin perjuicio de las facultades que la ley concede a dicha Diputación para reunirse.*
- 6 *Nombrar por sí ayuntamientos, en todo o en parte, y lo mismo la Diputación, en los casos en que por cualquier causa dichas corporaciones no se reunieran o no lo hiciesen en número suficiente para tomar acuerdo. En estos casos sólo podrán ser nombrados concejales o diputados provinciales los que respectivamente tengan el carácter de electores.*
- 7 *Suplir la acción municipal, llenando las funciones que están consignadas a los ayuntamientos cuando éstos se negaran a hacerlo. En este caso se dará siempre cuenta a la Diputación.*
- 8 *Recaudar siempre y en todo caso los impuestos generales que formen el presupuesto de ingresos.*

- 9 *Mandar la fuerza pública.*
- 10 *No podrá establecerse ninguna fuerza local sino con acuerdo del poder central.*
- 11 *Suspender los acuerdos de la Diputación Provincial en los casos marcados por la ley.*
- 12 *Mantener la seguridad e integridad de la isla, velando por el cumplimiento de las leyes y respeto de los derechos.*
- 13 *Todas las demás facultades que concede la constitución del poder ejecutivo.*¹⁹

Todos los temas concernientes a la isla de Puerto Rico corresponderían directamente al Ministerio de Ultramar y el gobierno de la nación dictaría las disposiciones necesarias en base a esta ley para la redacción de la Constitución. Estas disposiciones serían votadas en Cortes y regirían con carácter provisional hasta su aprobación definitiva y una vez aprobada comenzaría el proceso de la organización de ayuntamientos y Diputación Provincial.

En la isla de Puerto Rico el artículo 8 de la Constitución se aplicaría como un pago del doble que en la Península²⁰ y los derechos y libertades serían de uso exclusivamente para los que estuviesen en posesión de la ciudadanía ya que al resto no sería de aplicación hasta seis años después de haber adquirido la libertad.

Dentro de los derechos y libertades quedaba prohibida cualquier manifestación pública por escrito, mediante imprenta o procedimiento semejante, o mediante reunión pacífica en la que el tema principal fuese la separación de Puerto Rico de la metrópoli o la integridad de la unidad española, al igual que ocurría sobre el tema de la esclavitud mientras subsistiese en la isla.

Hubo unas aclaraciones acerca del proyecto de ley municipal para la provincia de Puerto Rico el 22 de julio de 1870 por parte del Secretario de la Comisión

19 ES.28079.AHN2.2.1.72.1ULTRAMAR, 5096, EXP.57 1869-1875.

20 Art. 8º. *Todo auto de prisión, de registro de morada, o de detención de la correspondencia escrita o telegráfica, será motivado. Cuando el auto carezca de este requisito, o cuando los motivos en que se haya fundado se declaren en juicio ilegítimo o notoriamente insuficientes, la persona que hubiere sido presa, o cuya prisión no se hubiere ratificado dentro del plazo señalado en el art. 4º, o cuyo domicilio hubiere sido allanado, o cuya correspondencia hubiere sido detenida, tendrá derecho a reclamar del juez que haya dictado el auto una indemnización proporcionada al daño causado, pero nunca inferior a 500 pesetas. Los agentes de la Autoridad pública estarán asimismo sujetos a la indemnización que regule el juez, cuando reciban en prisión a cualquiera persona sin mandamiento en que se inserte el auto motivado, o cuando la retengan sin que dicho auto haya sido ratificado dentro del término legal.*

en la que abogaba que el artículo 41 iba en contra del artículo 10 del proyecto de Constitución en el que se habían regido hasta ahora debido al sufragio censitario delimitando únicamente a las personas que supiesen leer y escribir o, sin saberlo, pagasen al menos ocho pesos de contribución directa. En cambio el artículo 41 era un alegato al sufragio universal en el que cualquier persona tiene el mismo derecho independientemente del correcto lenguaje o del pago de impuestos, ya que no limitaba la cuota diferencial.

A pesar de haber intentado el cumplimiento del artículo 41 de la ley para el establecimiento los distritos municipales, su adaptación en Puerto Rico se antojaba imposible, con lo que ante la duda y el peligro que pudiese ocasionar el cumplimiento de la orden y su posterior renuncia y restricción se mantendría el actual sistema municipal en ese momento para la organización territorial en los distritos, principalmente en la organización administrativa y en el reparto económico relativo a los ayuntamientos.

El Ministerio de Ultramar siguió adelante con las reformas previstas aunque con miedo de ampliar el sufragio como decía el artículo 41, ya que los asesores desaconsejaban dicha acción previniendo en fechas futuras si en algún momento se tuviese que restringir por algún motivo alguna ampliación de libertades y en este caso de voto. Se envió un telegrama en el que se explicaba la resolución alcanzada sobre la orden relativa a las municipalidades y su correcta aplicación en Puerto Rico que fue recibida con esperanza y alegría ya que era lo deseado para mejorar las leyes municipales y sobre todo el artículo 41 que tanto perjudicaba a la isla.

Se adaptó la Ley Provincial a la isla aumentando las competencias de los organismos por Decreto de 28 de agosto de 1870. El 30 de noviembre de 1870 se celebró la Junta de Autoridades en el Palacio de la Fortaleza, sede del Gobernador, en la que se leyó la orden tramitada por el Ministro de Ultramar de 13 de noviembre por el que se ratificaba el acuerdo acerca de la publicación del Decreto para la administración de la provincia enviada desde la gobernación de Cuba el día 5 del mismo mes, además de la modificación propuesta por Gobernador Civil de la isla de Puerto Rico del artículo 41 del decreto municipal que autorizaba a redactarse de la misma forma que el proyecto de ley de constitución de la isla.

El 12 de diciembre de 1870 el Gobernador de Puerto Rico²¹ informó al Ministro de Ultramar adjuntando una copia de la razón por la que se suspendía y mo-

21 Gabriel Baldrich y Palau

dificaba el sistema de elección de diputados provinciales además de la reforma en las elecciones municipales. Se solicitó también la suspensión de las leyes sobre Diputación Provincial debido a la imposibilidad de cumplimiento y aprobación de unas medidas extraordinarias solicitadas anteriormente por el Gobierno Superior Civil de la isla.

Se pedía desde Puerto Rico que estas modificaciones de la ley electoral fuesen ratificadas y aprobadas por el gobierno de la nación, además de plasmarse en una nueva ley o un decreto electoral asemejándose a lo existente en la Península mediante las reformas necesarias teniendo el respaldo del gobierno, ya que la ley electoral estaba anquilosada en el pasado y debía ser modificada para la elección tanto de diputado a Cortes como en las futuras elecciones municipales.

Amadeo de Saboya y los intentos de reforma en Puerto Rico

Con la Constitución de 1869 se impuso la monarquía constitucional como forma de gobierno y el 16 de noviembre de 1870 se votó en el Congreso para la elección del Regente más afín pero no hubo consenso. El resultado derivó en 191 diputados a favor de Amadeo de Saboya, 60 por la República federal, 27 por el Duque de Montpensier, 8 por Espartero, 2 por la República unitaria, 2 por Alfonso de Borbón, 1 por una República indefinida y 1 por la duquesa de Montpensier (la infanta María Luisa Fernanda, hermana de Isabel II), y hubo 19 papeletas en blanco. Ganó el candidato propuesto por Prim y fue proclamado Rey de España el 2 de enero de 1871 aunque no pudo recibirle a su llegada a Madrid debido a su asesinato el 27 de diciembre de 1870.

En marzo de 1871 se convocaron de nuevo elecciones a Cortes en las que Puerto Rico concurría de nuevo con 11 diputados y que en esta ocasión ganaron los liberales, y los conservadores sólo pudieron obtener al diputado y antiguo Gobernador José Laureano Sanz. Los conservadores intentaron por todos los medios recuperar las manijas políticas provocando desórdenes y revueltas con lo que el Gobernador declaró la capital en estado de sitio y anuló los derechos de los ciudadanos. Esto provocó su cese el 13 de septiembre de 1871 siendo sustituido por Ramón Gómez Pulido de tendencia conservadora.

El 8 de noviembre de 1871 en la sesión del Congreso de los Diputados y a través de la proposición de ley del diputado José Antonio Álvarez Peralta se aprobó en la isla de Puerto Rico la Constitución Española de 1869 firmada por Joaquín

María Sanromá²², Manuel Corchado²³, Julián Blanco²⁴, Juan A. Hernández Arbizu²⁵, Luis Padial²⁶ Román Baldorioty de Castro²⁷.

Tras las elecciones de diputados a Cortes de abril de 1872 los conservadores retomaron el poder y con Adelardo López de Ayala de nuevo como Ministro de Ultramar se produjo el cambio de Gómez Pulido por Simón de la Torre de tendencia liberal el 30 de julio de 1872. En las elecciones de agosto de 1872 los liberales concurren con un candidato impuesto por el nuevo Gobernador que permitió la entrada en la Diputación Provincial de José Severo Quiñones y de nuevo se produjeron altercados callejeros promovidos por los conservadores que obligaron a una respuesta de castigo llegando a oídos del Gobierno central, por lo que fue destituido en noviembre de 1872 entregando el mando a Joaquín Enrile.

Con el deber de cumplir el artículo 108 de la Constitución en la provincia de Puerto Rico²⁸ desde el primer momento, la isla se dividió en ayuntamientos y

22 Diputado a las Cortes Españolas durante el sexenio democrático. Como subsecretario personal del Ministro de Hacienda en 1868 participó en la reforma arancelaria que provocó la repulsa de los industriales catalanes. Favorable a la abolición de la esclavitud, fue vocal de la Junta directiva fundacional de la Sociedad Abolicionista Española de 1865 a 1868, vicepresidente en 1870 y presidente en 1880 y 1881. Diputado del Partido Liberal de Puerto Rico en las elecciones de 1871, abril de 1872, agosto de 1872 y 1873. Su firma encabezó el proyecto de ley de abolición de la esclavitud en Puerto Rico presentada el 19 de noviembre de 1872.

23 Diputado de Puerto Rico en las Cortes de la Primera República Española. De ideología demócrata y republicana, tras ser elegido en 1871 diputado a Cortes en representación del distrito puertorriqueño de Mayagüez abogó por un amplio programa de reformas para la Isla y la concesión de mayores libertades políticas, pero la Restauración Monárquica de 1875 le obligó a abandonar la política.

24 Diputado a Cortes por el municipio de Caguas en 1871. El 11 de febrero de 1898 tomó posesión el primer Gabinete autonómico y fue nombrado subsecretario de la Presidencia. El 21 de julio de ese mismo año fue designado como Secretario de Hacienda.

Fue fundador y consejero del Banco Territorial y Agrícola de Puerto Rico y colaborador de la Asociación de Agricultores.

25 Diputado y Fiscal. Jugó un importante papel en la represión de la Mano Negra anarquista.

26 Diputado en las primeras Cortes democráticas españolas (1869-1873) tuvo un destacado papel en la abolición de la esclavitud en Puerto Rico. Fue uno de los protagonistas del proyecto de ley que el 8 de noviembre de 1871 declaró vigente en Puerto Rico la Constitución española de 1869 y en 1873 formó parte de la Asamblea Nacional de la Primera República Española.

27 Político y líder del autonomismo puertorriqueño. En 1867 viajó a París como representante de Puerto Rico en la Exposición Universal y tras la revolución de 1868 fue elegido diputado por la isla. Inclinado a la autonomía con la frase "*La Autonomía ante todo: ¡Dios, Patria y Libertad!*", se negó a apoyar el Grito de Lares. Su proyecto autonomista conllevaba la descentralización administrativa y la liberalización del comercio, la industria y la enseñanza sin romper los lazos con España. Consiguió junto a otros como Luis Padial o Julio Vizcarrondo aprobar la Ley Moret en junio de 1870 que abolía la esclavitud para los nacidos posteriormente a 1868 y para los mayores de sesenta años.

28 *Las Cortes Constituyentes reformarán el sistema actual de gobierno de las provincias de Ultramar;*

procuradores en corte como el resto de las provincias de España.

Por ello, la proposición de ley en alusión al artículo 108 de la Constitución en relación a la administración de Puerto Rico se pedía que además de declararse vigente en dicha isla, el sufragio censitario alcanzase a aquellas personas mayores de 25 años que supiesen leer y que pagasen impuestos directamente al estado, provincia o municipio²⁹.

El mantenimiento de los ministros católicos en la provincia correría a cargo de la Diputación Provincial y la conservación del culto de cada municipio en cada uno de ellos. Esta modificación de ley formaba parte de la propia Constitución y sería dispuesta respecto a los artículos 110, 111 y 112 de la misma.³⁰

El 18 de mayo de 1872 se suscribió de nuevo una proposición al Congreso para que se cumpliese el artículo 108 de la Constitución en relación a la provincia de Puerto Rico con la misma proposición que se hizo el 8 de noviembre de 1871 respaldado por José Antonio Álvarez Peralta y Joaquín María Sanromá.

Se volvió a presentar el 7 de noviembre de 1872 por José Antonio Álvarez Pe-

cuando hayan tomado asiento los Diputados de Cuba o Puerto Rico, para hacer extensivos a las mismas, con las modificaciones que se creyeren necesarias, los derechos consignados en la Constitución.

29 PROPOSICIÓN DE LEY

Artículo 1º. Se declara vigente en la provincia Puerto Rico la constitución de la monarquía española, promulgada en 1º de junio de 1869, en cumplimiento de lo preceptuado en el Art. 108 de la misma, sin otras modificaciones que las expresamente contenidas en los artículos que siguen.

Art. 2º. En todos los casos en que la constitución se refiere al derecho electoral, se entenderá que sólo pueden disfrutar los españoles que teniendo 25 años sepan leer, como también los que paguen alguna contribución directa al estado, a la provincia o a municipio. Las frases del ejército quedan sujetas a las condiciones de edad y capacidad comprobadas por los mismos medios y ante las mismas autoridades que se prescriban para los demás ciudadanos.

Art. 3º. La obligación de mantener el culto y los ministros de la religión católica, tanto parroquial como catedral, correrán la provincia a cargo de los municipios y de la Diputación Provincial respectivamente.

Art. 4º. La presente ley formará parte de la constitución del reino, y su reforma queda sujeta a las prescripciones contenidas en los artículos 110, 111 y 112 del mismo código fundamental.

30 Art. 110. Las Cortes, por sí o a propuesta del Rey, podrán acordar la reforma de la Constitución, señalando al efecto el artículo o artículos que hayan de alterarse.

Art. 111. Hecha esta declaración, el Rey disolverá el Senado y el Congreso, y convocará nuevas Cortes, que se reunirán dentro de los tres meses siguientes. En la convocatoria se insertará la resolución de las Cortes de que habla el artículo anterior.

Art. 112. Los Cuerpos Colegisladores tendrán el carácter de Constituyentes tan sólo para deliberar acerca de la reforma, continuando después con el de Cortes ordinarias. Mientras las Cortes sean Constituyentes, no podrá ser disuelto ninguno de los Cuerpos Colegisladores.

ralta, Félix Borrell, Arturo Soria³¹, Rafael M. de Labra, Luis Padial, José Facundo Cintron Manuel García Maitin la proposición de ley para que en Puerto Rico se declarase vigente la Constitución de 1869 y la modificación de varios artículos adaptándolos a la lejanía respecto de la metrópoli.

En 1872 todavía no se había adoptado una política respecto a los territorios de ultramar y en febrero de 1872 Nicolás Salmerón y Eduardo Chao durante la celebración de la III Asamblea del Partido Federalista presentaron un borrador de una organización federal de España que constaba de 62 bases distribuidas en cinco títulos y concedía a las regiones de ultramar un estatuto especial. El proyecto Salmerón-Chao desarrollaba una política cercana al modelo del autonomismo aunque se quedó en una declaración de intenciones más que un proyecto de constitución.

Se regulaba un régimen jurídico-político particular para las provincias americanas estableciéndose una tutela temporal desde la Península hasta que consiguiesen un avance político reconociendo el derecho de las provincias de Ultramar a constituir estados independientes, pero en un futuro indeterminado debido a que no se definían bien las condiciones reales para ello con lo que se dejaba al arbitrio del gobierno central la decisión y concedían a los habitantes de los territorios ultramarinos la condición de ciudadanos españoles de pleno derecho extendiendo fuera de la Península los derechos fundamentales establecidos en el Título I del proyecto.

El proyecto daba una autonomía irreal a las provincias ultramarinas ya que se limitaba a los estatutos y leyes orgánicas elaborados por el gobierno central y debían ser aprobados por las Cortes. Se establecía un modelo de organización autonómica sin llegar a concretar las características debido a la legislación orgánica, por lo que no se especificaba realmente la división de competencias entre la federación y los territorios. Se asignaban a los organismos federales el sistema monetario de pesos y medidas, las comunicaciones, y algunas competencias en materia de seguridad interior y defensa nacional y de enseñanza. Dentro de los diferentes territorios, a los municipios y cantones concedían competencias en obras públicas, enseñanza y orden público.

31 Participó en las conspiraciones de la Revolución de Septiembre de 1868 desde sectores cercanos al republicanismo y con el liderazgo de Cristino Martos, Ruiz Zorrilla o Manuel Becerra. Ocupó diversos cargos de secretario en los gobiernos civiles de Lleida, Ourense y A Coruña. En 1870 ingresó en la masonería y participó en las actividades de las sociedades pitagóricas de la misma con el seudónimo de Solón. En 1871 fue destinado al Gobierno Civil de Puerto Rico donde confirmó el decreto de abolición de la esclavitud promovido por Ruiz Zorrilla. Diputado progresista por uno de los distritos participó en la sesión extraordinaria de las Cortes en la que se aceptó la dimisión de Amadeo I de Saboya y fue proclamada la I República.

La idea federal en España comenzó a incubarse desde la muerte de Fernando VII, aunque la aplicación del sistema en las regiones de ultramar no se planteó realmente hasta 1872 y sobre todo con la proclamación de la I República en 1873. El proyecto constitucional de 1873 intentaba regular la existencia de tres niveles federales dentro del estado, el municipal, el Estado Regional y el Estado Federal, mediante la asociación y regulación de las funciones entre ellos.

La organización provincial fue el resultado de la lejanía y diferencia entre las necesidades antillanas y la peninsulares que Eugenio María Hostos en diciembre de 1868 en un discurso en el Ateneo de Madrid advirtió que “*los lazos de libertad que aún pueden unirnos a España son lazos federales*”³². Cinco años más tarde, en marzo de 1873 declaró con unas ideas más radicales que el camino de Puerto Rico y España era distinto, estableciendo que el proyecto federal era caduco en el que promulgaba una unión con otras regiones de las Antillas como Cuba y Santo Domingo, a modo de una Gran Colombia que se había intentado más de sesenta años antes.

Las diferencias entre asimilistas, autonomistas e independentistas condujeron a un planteamiento mediante la total integración de las Antillas como auténticas provincias y dando poder y voz a los organismos provinciales representativos, a las diputaciones provinciales y a los municipios, sin una desigualdad política ni jurídica entre territorios españoles, aunque manteniendo las características de cada territorio, por su historia, geografía, situación económica y comercial, y estructura social.

La I República y la adaptación de la Constitución a Puerto Rico

El 11 de febrero de 1873 Amadeo de Saboya había abdicado, las Cortes proclamaron la I República, y tres días después en medio de un cúmulo de circunstancias llegaba a San Juan el nuevo Gobernador Juan Martínez Plowes. Las pasiones políticas y la exacerbación de los habitantes de la isla produjeron alteraciones de orden público que condujeron a episodios violentos como la Estrellada³³.

32 Sánchez Andrés, Agustín, *Entre asimilistas y autonomistas*. Caribbean Studies. Vol. 30, n°1 January-june 2002 pag. 147

33 El 15 de febrero de 1873 Cayetano Estrella, liberal reformista, había reunido en su hacienda de Camuy a simpatizantes liberales ya que tenían información falsa de que las fuerzas militares en Puerto Rico no querían implantar las nuevas medidas debido a la I República. Las autoridades militares recibieron el chivatazo de la concentración y enviaron a un grupo armado de Voluntarios y Guardias Civiles. Hubo un

Sólo duró un mes en el cargo hasta que fue destituido el 25 de marzo y relevado del cargo el 14 de abril por Rafael Primo de Rivera. Durante el tiempo de su mandato Puerto Rico disfrutó de una amplitud de derechos políticos quedando establecidos por la extensión a la isla del Título I de la Constitución de 1869.

Con Figueras en el gobierno desde la proclamación de la República hubo un intento de sublevación por parte de los Radicales (expulsados de la Asamblea en abril de 1873) para corregir el rumbo y llevar la República hacia una idea unitaria, que precisamente eran los que apoyaban al Gobierno. Debido a esto, el Presidente cambió el rumbo y prefirió apoyarse en Pi y Margall y los Republicanos Federalistas. Después de otros conatos de golpes de Estado se convocaron elecciones para obtener mayoría en las Cortes y elaborar una nueva Constitución republicana en mayo de 1873.

Continuaba la Guerra en Cuba y la Tercera Guerra Carlista, que había comenzado el 21 de abril de 1872 extendiéndose rápidamente por País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Valencia produciéndose los combates más intensos en estos momentos.

Los resultados de estas elecciones dieron al Partido Republicano Federal de Pi y Margall 346 diputados, al Partido Radical independiente de Cristino Martos 20, los Independientes llevados por Sagasta y Serrano 7, los Alfonsinos independientes de Antonio Cánovas del Castillo 3, Republicanos independientes Unitarios 1, y votos no establecidos 6, más 18 diputados elegidos en Cuba y 11 en Puerto Rico³⁴. Con una baja participación³⁵, y un proceso raro y convulso el 8 de junio de 1873 se proclamó la República Federal pero las Cortes no lograron aprobar la nueva Constitución. Ante semejante revolución y con Figueras huido en París se eligió a un nuevo presidente siendo investido Francisco Pi y Margall, proponiendo inmediatamente la elaboración de una nueva constitución adaptándola a las situaciones del momento.

Este proyecto de Constitución Federal fue redactado el 17 de julio de 1873 por una Comisión de la Asamblea Nacional formada por veinticinco miembros

tiroteo donde fueron derrotados los liberales con 3 muertos y 2 heridos y los soldados arrestaron a los 16 restantes con cargos de sedición y traición, en el que fue el comienzo de una serie de registros contra propiedades liberales. El Gobierno en Madrid al enterarse decretó una amnistía para todos los encarcelados aunque no fue completada hasta 1897.

34 <http://www.historiaelectoral.com/e1873.html>

35 Habían pedido la abstención todos los partidos de la oposición, los Radicales, los Constitucionales y Conservadores, los Alfonsinos y el Partido Moderado.

entre los que estaban Emilio Castelar y Eduardo Palanca y constituida por 117 artículos divididos en 17 títulos.

De gran inspiración en los ideales republicanos de Pi y Margall se reconocía a Cuba y Puerto Rico como dos estados pertenecientes a la República Federal Española³⁶, pero el resto de las regiones ultramarinas de Asia y África no se incluyeron y no fueron reconocidas como tal por lo que *“las islas Filipinas, de Fernando Poo, Annobon, Corisco y los establecimientos de África, componen territorios que, a medida de sus progresos, se elevarán a estados por los poderes públicos”*³⁷, debido a que se fundamentaba en una visión de desarrollo económico y cultural a medio plazo³⁸ y serían gobernados por leyes especiales de corte asimilista.

Se concedía a todos los Estados que formaban parte de la Nación española *“una completa autonomía económico-administrativa y toda la autonomía política compatible con la existencia de la nación”*³⁹, además de que a Cuba y Puerto Rico se les concedía la legitimidad para aprobar una constitución propia y una organización política interna aunque no podría ir en contra de la Constitución Federal vigilado por la aprobación de las Cámaras Federales en el que las estructuras político-administrativas de cada estado respetarían la separación de poderes establecida en la Constitución. El Congreso estaría compuesto por diputados elegidos por sufragio universal directo (uno por cada 50.000 habitantes) y un Senado elegido por las Cortes de cada Estado federal (cuatro senadores por cada Estado).

El proyecto de Constitución Federal tuvo gran expectación en las provincias de ultramar y desde la declaración de la República se habían formado varios partidos políticos federales. Pero las nuevas agrupaciones republicanas no estaban legalizadas por no estar vigente el Título I de la Constitución, y además por miedo de los partidos más centralistas, si éstos tomaban fuerza y se consolidaban, podría haber una ruptura total frente a la unidad de la Nación⁴⁰ ya que los diputados de Puerto Rico propugnaban una relación descentralizada y federal.

36 Establecía en el artículo 1 que además de Cuba y Puerto Rico los Estados de Andalucía Alta, Andalucía Baja, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla la Nueva, Castilla la Vieja, Cataluña, Extremadura, Galicia, Murcia, Navarra, Valencia y Regiones Vascongadas.

37 Artículo 3

38 Según el artículo 44 *“en África y Asia posee la República española territorios en que no se han desarrollado todavía suficientemente los organismos políticos, y por tanto, se regirán por leyes especiales destinadas a implantar allí los derechos naturales del hombre y a procurar una educación humana y progresiva”*.

39 Artículo 92.

40 Varios diputados puertorriqueños apoyaron la revuelta cantonal.

El gran conocimiento de Primo de Rivera de la isla de Puerto Rico promovió la constitución de una Junta de Información (aunque al final no tuvo éxito) compuesta por los diputados provinciales y por personas de prestigio e interesadas de cada pueblo de donde fuese el tema a tratar, empleados de la administración pública, profesores o maestros de enseñanza y miembros de la Sociedad Económica de Amigos del País. La presidiría el Gobernador o su delegado y tendría la disposición para establecer las medidas necesarias en educación, la constitución de una beneficencia pública, la fundación de organizaciones de crédito, un sistema tributario redireccionado al municipio y la construcción de infraestructuras viarias en toda la isla.

El Gobernador emprendió una serie de reformas en julio de 1873 ampliando las facultades de los ayuntamientos y adoptó medidas políticas de carácter progresista además de la amnistía para todos los delitos de imprenta y la supresión por ley de la República de las facultades omnímodas adquiridas por el gobernador que habían sido ratificadas en noviembre de 1867, y la derogación del sistema de libretas “*por ser inconveniente, inútil y contrario a los derechos individuales*”.⁴¹

El 7 de agosto de 1873 fue recibida carta en Puerto Rico en la que se exponían las modificaciones existentes para la isla aprobadas por las Cortes constituyentes el día anterior y enviadas por el Ministro de Ultramar Nicolás Salmerón⁴², por la que se declaraba vigente el Título I de la Constitución de 1 de junio de 1869.

Como contestación el Gobernador Superior Civil de la isla, el General Rafael Primo de Rivera, acerca de la implantación e interpretación del Título I de la Constitución de 1869 para su aprobación en Cortes, hizo un estudio pormenorizado de lo que ocurría en la Antilla y dio cuenta de las características de sus habitantes, las necesidades y las diversas formas de gobierno aplicadas ya que estuvo destinado allí de 1867 a 1868 como segundo cabo.

Al poder aplicar e interpretar las amplias facultades concedidas estableció una amplia libertad de imprenta, el derecho de asociación para fines lícitos y más libertades contenidas en dicho Título I, como el fin de la esclavitud para 30.000 personas que pudieron obtener los derechos civiles tan deseados, aunque tuvo que contar con la aprobación del Gobierno de la Península.

41 Cruz Monclova, Lidio. *Historia de Puerto Rico en el siglo XIX*, 3 vols., Rio Piedras, Editorial U.P.R., 1970, Tomo 1, Vol. II, p. 357.

42 Presidente del Poder Ejecutivo de la Primera República Española en 1873, y renunció alegando problemas de conciencia ante la firma de unas condenas a muerte.

Aplicándose la nueva Ley en la isla se realizaron elecciones municipales y partidos políticos contrarios a las reformas como ejemplo la Sábana Grande, de posición antirreformista, fueron acomodándose y evitando la radicalidad.

Cuando la seguridad del estado se viese amenazada en Puerto Rico y siempre por circunstancias extraordinarias el Gobernador civil podría suspender los derechos individuales de los artículos segundo, quinto, sexto, y párrafos primero, segundo y tercero del artículo 17, y sería avisado a la mayor brevedad posible el gobierno central que lo pondría en conocimiento de las Cortes Generales para su posterior votación como ordenaba el artículo 31.

Si por motivo de la imposibilidad o difícil comunicación entre Puerto Rico y la metrópoli no fuese posible la comunicación durante un periodo largo de tiempo, el Gobernador superior civil de la provincia de Puerto Rico estaría capacitado para la suspensión de las garantías expuestas en los artículos anteriormente citados hasta el restablecimiento de la seguridad y la paz en la isla. Esta decisión debía ser contemplada y discutida junto con la Diputación Provincial y la junta de autoridades para su aprobación o rechazo y en caso que los votos estuviesen igualados el Gobernador civil dirimiría el desempate.

Un mes más tarde, el 7 de septiembre de 1873 se produjo en San Juan una manifestación patriótica apoyada por el comité local republicano, dando muestras de su apoyo al gobierno y por haber declarado vigente en la Antilla el Título I de la Constitución de 1869.

Se concentraron unos 5.000 ciudadanos en el teatro del centro de la ciudad como punto de partida, y con música y alegría comenzó la marcha desfilando por las calles de la capital. Los miembros del Comité, impulsores de la marcha, portaban un cuadro con el Título I además de estandartes y pendones nacionales y con pancartas que aludían al hecho. Se unieron también los diferentes gremios y la prensa que cubrió el acto hasta el final de la marcha que terminó en la plaza principal donde se levantó un arco con adornos alusivos al hecho.

Desde allí, el Gobernador Rafael Primo de Rivera⁴³ dio un discurso desde uno de los balcones del Palacio para agradecer y encomiar la labor realizada por amor

43 Gobernador militar de Huelva y comandante militar en Trinidad, Puerto Rico y el Castillo de La Cabaña (Cuba). Entre 1868 y 1869 fue Capitán General de Andalucía y de Valencia donde participó en la represión militar de la revolución federal bombardeando la ciudad. En 1870 fue Consejero de Estado y Director General de artillería. Entre 1873 y 1874 ejerció como gobernador de Puerto Rico.

a la República y a la patria común de todos los españoles y que fue aplaudido por todos los presentes, tanto liberales, comunistas, como conservadores que se encontraban allí y en el Casino contiguo.

Primo de Rivera envió al Ministro de Ultramar el 22 de septiembre un ejemplar de la Gaceta Oficial de la isla de 16 de septiembre, donde deba muestra de la orden dada al ejército de la isla el día 13 acerca de la manera de aplicar el Título I de la Constitución de 6 de junio de 1869 y la ley de orden público de 23 de abril de 1870.

En septiembre de 1873 Emilio Castelar fue nombrado Presidente de la República e intentó restablecer el orden mediante decretos y suspendiendo los derechos fundamentales además de algunos ayuntamientos y diputaciones. Era un gobierno maniatado debido a las limitaciones internas y externas y con fecha de caducidad debido a los problemas generados por la Tercera Guerra Carlista, la Cantonalista y la de Cuba, además de la posibilidad de guerra con los Estados Unidos a causa del incidente del *Virginus*⁴⁴.

El proyecto no llegó a convertirse en Constitución debido a los intransigentes principalmente del partido Republicano Federal en la Asamblea Nacional que dejó vacante sus escaños tras el discurso realizado por José María Orense⁴⁵ y que derivó por tanto en la pérdida de todas las votaciones frente a los conservadores y sólo pudo ser discutido durante la sesión del 8 de agosto. Pi i Margall intentó mediar incluso con una modificación del proyecto de constitución redactado por algunos de los diputados intransigentes como Díaz Quintero y que fue apoyado por 8 de los 25 miembros de la Comisión.

Desgastado por las rebeliones cantonales y por no conseguir materializar la Constitución, Pi i Margall fue sustituido por Nicolás Salmerón el 11 de junio de

44 El incidente del *Virginus* fue una disputa diplomática entre Estados Unidos, el Reino Unido y España durante la Guerra de los Diez Años. El 31 de octubre de 1873 el barco fue capturado cerca de Jamaica y llevado a Santiago de Cuba por la corbeta española *Tornado* debido a que no estaba autorizado a navegar sin la bandera estadounidense y 53 de los pasajeros fueron ejecutados como piratas. A partir de ese momento, las relaciones entre España y Estados Unidos se rompieron y la guerra parecía inminente. El 8 de diciembre el gobierno español acordó devolver el *Virginus* a Estados Unidos y el 16 de diciembre entregaron a los supervivientes a un navío de guerra estadounidense en el puerto de Santiago de Cuba. El 27 de febrero de 1875 se firmó un acuerdo mediante el cual el gobierno español indemnizaba a Estados Unidos con 80.000 USD por la ejecución de ciudadanos estadounidenses y el gobierno británico recibió otra indemnización.

45 Diputado en las Constituyentes de 1869, aunque al aprobarse la monarquía como forma de gobierno abandonó la Cámara y tuvo protagonismo en las revueltas republicanas al mando de la sublevación en Béjar. El mismo año firmó el Pacto Federal Castellano. Con la I República fue proclamado presidente de las Cortes, pero dimitió al encabezar la protesta de los diputados intransigentes con el gobierno de Pi i Margall.

1873. Criticado duramente por tener ideas más centralistas y unitarias que las propugnadas en el nuevo Proyecto de Constitución, dimitió además para no firmar dos penas de muerte y el 8 de septiembre fue sustituido por Emilio Castelar como Presidente del Gobierno Federal.

Después de varios intentos de votación para la aprobación de la Constitución y sin futuro para ponerse de acuerdo las sesiones se suspendieron hasta el 26 de diciembre como última oportunidad, fracasando también debido a la oposición de algunos Ministros por tener planteamientos más unitarios y centristas⁴⁶.

La nueva sesión en las Cortes se aplazó hasta el 2 de enero de 1874. El General Pavía⁴⁷ gobernador de Castilla la Nueva dio un ultimátum al Gobierno para la aprobación de medidas extraordinarias de orden público para remitir el clima de inseguridad que reinaba. Castelar expuso a los diputados la situación en la que se encontraban y pidió un voto de confianza pero el resultado le fue adverso. Al poco tiempo, el ejército entraba en la Asamblea y disolvían el Gobierno por la fuerza tras un duro enfrentamiento siendo las siete de la mañana del día 3.

Tras ello, convocó a todos los partidos políticos excepto cantonalistas y carlistas para formar un gobierno de concentración nacional cuya cabeza visible fue el General Serrano formando un ejecutivo conservador y antirreformista. La República resistiría hasta el 29 de diciembre de 1874 cuando un pronunciamiento militar decidió la restauración monárquica de los Borbones encarnado en Alfonso XII.

Anulación del Título I de la Constitución con la Restauración en Puerto Rico

Ocho días después del golpe de Estado de Pavía se produjo el relevo de Rafael Primo de Rivera. Las ideas federales de los diputados de Puerto Rico hicieron que tras la caída de la República la mayoría tuvieran en mente y defendiesen una solución Federal al conflicto de las regiones de Ultramar.

Con la idea de la vuelta de los Borbones, José Laureano regresó a Puerto Rico como gobernador el 2 de febrero de 1874 y en poco tiempo destruyó casi todas las reformas producidas anteriormente fundamentalmente con Primo de Rivera. La represión supuso la extinción del Partido Republicano Federal y la renuncia a

46 Malsonave, Carvajal, Sánchez Bregua y Pedregal.

47 Se le concedió el toisón de oro por Isabel II tras restaurar la monarquía borbónica.

intentar llegar a una solución respecto a las relaciones establecidas entre España y las regiones ultramarinas.

El 3 de febrero de 1874 se publicaba en la Gaceta de Puerto Rico el decreto aprobado en el que se determinaba por decisión ejecutiva que quedaban suspendidos los artículos 2º, 5º y 6º, y del artículo 17 los párrafos 1º, 2º y 3º de la Constitución. Además, según el artículo 31 del Título I, a partir de esa fecha volvería a funcionar la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870.

Después del reconocimiento de los derechos individuales en la isla por Primo de Rivera con la adaptación del Título I de la Constitución de 1869, apareció una incompatibilidad con la idea de orden y control estricto que anhelaba el nuevo Gobernador y que según él, la suspensión de las garantías constitucionales se produjo por una situación peligrosa para la convivencia, con una guerra civil entre razas y la posible pérdida de la Antilla o quedando arruinada al nivel de las repúblicas de Haití o Santo Domingo.

El Gobernador el 25 de febrero de 1874 envió una carta al Ministro de Ultramar⁴⁸ en el que se explican los motivos por los que era necesaria la anulación del Título I de la Constitución de 1869 debido a que el poder del mismo Gobernador se había ido suprimiendo a favor de la Diputación Provincial y que coartaba la acción política y gubernativa de la única persona que estaba en representación del gobierno de la Nación, y admitía su preocupación por la proclamación del Título I de la Constitución española de 1 de junio de 1869 mediante ley del 6 de agosto de 1873⁴⁹ debido a que en el artículo 2º se instaba al Gobernador en caso de urgente necesidad a la suspensión de los derechos individuales de los puertorriqueños, y que mediante deliberación y votación por parte de las Cortes se aprobase dicho mandato, suponiendo que la Junta de Autoridades y la Diputación Provincial no se opusiesen a tal decisión.

Por ello, para evitar el deterioro del principio de autoridad y un peligro para el orden pidió la supresión del artículo 2 sobre el peligro para el orden público, y el artículo 3 para la ejecución de la suspensión de garantías en caso de urgencia

48 Víctor Balaguer. Viajó como diputado para ofrecer la corona a Amadeo de Saboya.

49 En agosto de 1872 los puertorriqueños eligieron 15 diputados a las Cortes, y en mayo de 1873 elegían 15 diputados ante la Asamblea Nacional de la República. El 6 de agosto de 1873 se promulgó una ley extendiendo Puerto Rico el Título I de la Constitución de 1869 (derechos individuales de los españoles) y más tarde se abolieron las facultades omnímodas de los gobernadores bajo el decreto de mayo de 1825. Caída la República en 1874, se suspendió en Puerto Rico dicho Título I por la proclama del gobernador local.

siempre y cuando no existiese oposición de la Junta de Autoridades ni de la Diputación Provincial en votación ordinaria.

Según Sanz y Posse, el cargo de Gobernador había quedado como un mero puesto económico administrativo y era imposible el gobierno de la isla a pesar de la gran responsabilidad que ejercía para salvaguardar los intereses y el orden de España evitando toda revolución o menoscabo de la seguridad del país debido a la descentralización de poder en una misma persona y existiendo un problema cuando los intereses del Gobernador y la Diputación Provincial eran contrarios. Como Gobernador deseaba que fuese delegado en su persona la suspensión de los derechos individuales siempre con acuerdo de la Junta de Autoridades y poder suspender dichas garantías cuando fuese necesario.

Ya con la restauración borbónica en la figura de Alfonso XII tras el pronunciamiento del Martínez Campos, Sanz y Posse pudo mantenerse en Puerto Rico. Fue relevado el 17 de noviembre de 1875 tras las represiones efectuadas a la población y el clima generado entre partidarios y detractores.

Con Cánovas del Castillo en el Gobierno se abrió el abanico de los derechos de la ciudadanía comenzando el 16 de octubre de 1875 cuando se declaró elector a todo individuo que tuviese 25 años o más, supiese leer y escribir y pagase ocho pesos por concepto de contribución directa y que se aplicó a Puerto Rico desde el 15 de diciembre de 1875 con el Gobernador Segundo de la Portilla.

En las elecciones de 1876 en Puerto Rico se publicó la convocatoria de elecciones el 2 de febrero de 1876 y que los liberales no se presentaron por discrepancias, consiguiendo el Partido Conservador los 15 diputados.

Con la mayoría conseguida por Cánovas en las Cortes comenzó la redacción del proyecto de una nueva Constitución que culminaría ese año con la promulgación el 24 de mayo de la Constitución por 276 votos a favor y 40 en contra y la derogación de la Constitución de 1869.

Conclusiones

A pesar de ser la más liberal y protectora de derechos, la Constitución de 1869 no llegó a consolidarse en España por las grandes diferencias de los partidos sobre los que se mantenía el gobierno, además de diversos motivos como la Guerra de Independencia en Cuba, la Tercera Guerra Carlista o los vaivenes cantonalis-

tas por una interpretación de las ideas federales por parte de los caciques que motivaron que el proyecto federal colapsara contra la República.

La Constitución tuvo un carácter democrático y liberal manteniendo la soberanía nacional y estableciendo la división de poderes, además del sufragio universal masculino y manteniendo la religión católica a pesar de la libertad de culto.

El proyecto de Constitución Federal de 1873 elaborada durante la I República, intentó suspender la vigencia de la Constitución de 1869 convirtiendo a España en una República Federal, pero no surtió efectos deseados debido a la falta de acuerdos. La Constitución española de 1876 marcó el final del régimen constitucional y el Sexenio Democrático instaurando de nuevo la monarquía borbónica en manos de Alfonso XII.

Bibliografía

ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL.

ARCHIVO GENERAL DE INDIAS.

AYALA PÉREZ, José, *Un político de la Restauración, Romero Robledo*, V. 10 de Publicaciones de la Biblioteca Antequerana, Caja de Ahorros y Préstamos de Antequera, 1974.

BALAGUER, Víctor, *En el Ministerio de Ultramar*, Madrid, imprenta y fundición de Manuel Tello, 1888.

BAHAMONDE, Ángel y CAYUELA, José G., *Hacer las Américas, las élites coloniales españolas en el siglo XIX*, Madrid, Ed. Alianza, 1992.

BARRIOS PINTADO, Feliciano, *Derecho y Administración Pública en las Indias Hispánicas*, v. II, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002.

BECERRA, Manuel, *La democracia en el Ministerio de Ultramar, 1869-1870: colección de leyes, decretos, órdenes emanados del Ministerio de Ultramar durante la administración del Excmo. Sr d. Manuel Becerra*, Madrid, tipografía de Gregorio Estrada, 1870.

BELAVAL, B.S., *Los problemas de la cultura puertorriqueña*. Puerto, Ed. Cultural, 1977.

BRAU Y ASENSIO, S., *Puerto Rico y su historia*, San Juan, Ed. IV Centenario, 1972.

CRUZ-MONCLOVA, L., *Historia de Puerto Rico: Siglo XIX*, Río de Piedras, Ed. Universidad de Puerto Rico, 1979.

DÍAZ, L. M., *Puerto Rico desde sus orígenes hasta el cese de la dominación española*, Río Piedras, Editorial de Universidad de Puerto Rico, 1994.

DIEGO GARCÍA, Emilio, *Tesis doctoral Puerto Rico bajo la administración española en la primera mitad del siglo XIX*, Facultad de Geografía e Historia UCM, Madrid, 1983.

FERNANDEZ MÉNDEZ, Eugenio, *Historia Cultural de Puerto Rico 1493-1968*, San Juan, 1970.

GARCÍA OCHOA, María Asunción, *La política española en Puerto Rico durante el siglo XIX*, Ed. UPR 1982.

GONZÁLEZ, A. y MATÉS, J.M., *Historia Económica de España*, Fundación Schola, Ed. Ariel, 2007.

MARBÁN, Edilberto, *Puerto Rico, cuna y forja*, Ed. Universal, 1987.

MOSCOSO, Francisco, *La Revolución Puertorriqueña de 1868: El Grito de Lares*, Instituto de Cultura Puertorriqueña, 2003.

PEÑA GONZÁLEZ, José, *Historia política del constitucionalismo español*, Ed. Dykinson, 2006.

RUIZ RODRÍGUEZ, I., *Constitucionalismo español y Diputación Provincial de las Guadalajaras: de España a América*, Madrid, 2013.

SALINAS CANO DE SANTAYANA, M., *El sentimiento nacionalista puertorriqueño del siglo XIX en la historiografía contemporánea*, Madrid, 1981.

SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia del constitucionalismo español*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.

SÁNCHEZ ANDRÉS, Agustín, *entre asimilistas y autonomistas*, *Caribbean Studies*, V. 30, nº1 January-june, 2002.

TORRES DEL MORAL, Antonio, *Constitucionalismo histórico español*, UNED, 2017.

TRIAS MONJE, José, *Historia constitucional de Puerto Rico*, v. 1, Ed. Universidad de Puerto Rico, 1999.

TUÑÓN DE LARA, Manuel, *Estudios sobre siglo XIX español*, Madrid, Siglo XXI, 1972.

III. RECENSIONES

SUMARIO

- **Amir Al Hasani Maturano**, *recensión de Luis López Guerra: La Constitución de España. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.*

LUIS LÓPEZ GUERRA: LA CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA
(TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2019, 213 PÁGS.)

Amir Al Hasani Maturano
Universidad de las Islas Baleares

1. La presente obra del profesor Luis López Guerra, maestro de mi maestro, se enmarca en la colección “Sistemas constitucionales iberoamericanos” de la editorial valenciana Tirant lo Blanch. Ofrece al lector, en poco más de doscientas páginas, una visión sintética y crítica del régimen constitucional español, que será útil a estudiantes de Derecho, a juristas consolidados y a cualquier persona culta que desee conocer mejor nuestra realidad constitucional. En este valioso trabajo se desarrollan contenidos que van más allá de las disposiciones normativas y las decisiones jurisprudenciales, al incorporar acontecimientos históricos y práctica de la realidad político-constitucional, lo que le abre la puerta a una dimensión crítica y, en algunos momentos, a la formulación de sugerentes propuestas de *lege ferenda*.

2. La excelencia académica del profesor López Guerra queda reflejada en cada página de esta obra, preñada de sabiduría y experiencia. En la misma se entrevé, además de su destacada investigación académica como Catedrático de universidad desde hace más de cuarenta años, su participación activa en prácticamente todos los poderes del Estado: Magistrado y Vicepresidente del Tribunal Constitucional, Consejero y Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial, Secretario de Estado de Justicia, parlamentario y, durante más de diez años, juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El autor, que estructura su obra en nueve capítulos, la inicia con un breve resumen histórico y la exposición de las características básicas del sistema constitucional español (monarquía parlamentaria, Estado social y democrático de Derecho, Estado territorialmente descentralizado, Estado inserto en el proceso de integración europea y Constitución especialmente rígida), para analizar, acto seguido, los derechos y libertades fundamentales, la Jefatura del Estado, las Cortes Generales, el Gobierno, el Poder Judicial, la organización territorial del Estado y, por último, el Tribunal Constitucional.

3. Inicia su breve recorrido por nuestra histórica constitucional, con una referencia a la de Cádiz de 1812, la cual –a juicio del autor– “reviste una especial importancia simbólica” por los principios que proclama, ya que “han representado el eje central del desarrollo del constitucionalismo en España, bien para su mantenimiento, bien para su matización y aún negación”. El profesor López Guerra subraya, sin embargo, como la adopción del primer texto constitucional no supuso, “la apertura de un período de vigencia continuada del régimen constitucional”, al ser objeto de una larga y agria disputa entre absolutistas y liberales. También destaca el dualismo de Constituciones progresistas y moderadas, recalcando la preponderancia moderada en la práctica. Con la aprobación de la Constitución de la Segunda República el 9 de diciembre de 1931 se estableció, por vez primera, un “sistema constitucional democrático con vigencia efectiva”. Recuerda

que su duración fue breve, a causa de la sublevación militar de 1936, la posterior guerra civil y la derrota de la República en 1939. La dictadura de Franco Bahamonde (1939-1975) supuso una larga noche en la historia del constitucionalismo en España, que solo permitirá entrever, entre grandes brumas, un nuevo período democrático tras su fallecimiento en noviembre de 1975. La denominada Transición (1976-1978) dio paso a un nuevo régimen constitucional, aunque –a juicio del profesor López Guerra– difiere mucho del resto de países de nuestro entorno, ya que “no se produjo una eliminación o supresión del aparato dictatorial previa a la creación de un nuevo orden democrático”. No obstante, como acertadamente apunta, el proceso constituyente busco el mayor consenso posible –como una necesidad ineludible– entre los grupos políticos que, en aquellos años, tenían una representación parlamentaria significativa.

4. En el segundo capítulo, el autor señala, de forma necesariamente sintética, las características básicas del sistema constitucional español instaurado por la Constitución de 1978 (en adelante CE):

- a) Una monarquía parlamentaria –atribuyéndose al Rey un papel exclusivamente simbólico–, característica común en todas monarquías democráticas europeas.
- b) Un Estado social y democrático de Derecho, con garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales.
- c) Un Estado territorialmente descentralizado con la creación del llamado Estado de las autonomías, caracterizado por la inicial “asimetría competencial” entre ellas, aunque posibilitando, pasados unos años, una “cierta homogeneidad competencial”.
- d) Un Estado inserto en el proceso de integración europea sobre la base del artículo 93 CE. Y, a partir del acceso de España a la Comunidad Europea en el año 1986, una asunción del Derecho europeo como Derecho propio que deben aplicar los poderes públicos, que “se ven así decisivamente condicionados por las instituciones jurídicas del contexto europeo”.
- e) Una Constitución, particularmente, rígida para evitar la inestabilidad política que podría derivarse de un Texto modificable por cualquier mayoría parlamentaria circunstancial.

5. En el siguiente capítulo, el profesor López Guerra analiza, con mayor amplitud, el significado y el alcance de los derechos y libertades fundamentales. Lo cual es lógico, pues, a su entender, los derechos y libertades no solo se configuran con un aspecto subjetivo (protección de la persona), sino también como un elemento esencial de cualquier sistema democrático. A continuación, pone en va-

lor la labor de protección de los mismos llevada a cabo, principalmente, por los tribunales ordinarios (a través de los procedimientos ordinarios y los preferentes y sumarios), por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En otro epígrafe de este capítulo, explica la importancia de la inclusión en el Texto Constitucional de los derechos sociales o de segunda generación, que “pretenden garantizar unas mínimas condiciones de vida mediante prestaciones públicas”; asimismo, valora los derechos de tercera generación de tipo colectivo. En ambos casos, sopesa su reconocimiento y garantías por la Constitución, que –a su entender– resultan insuficientes.

Otro aspecto relevante en este apartado es la referencia al efecto de universalización de la titularidad de los derechos fundamentales (por encima de la condición de ciudadanos de quienes los demandan), dado el principio de respeto de la dignidad de la persona (exceptuando el derecho a elegir y ser elegido representante público, así como el acceso a cargos y funciones públicos, que no permanece abiertos a los extranjeros, por su carácter eminentemente político).

Por otra parte, al analizar el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, deja constancia de que los derechos de las personas no son absolutos e ilimitados, al estar constreñidos por límites expresos. Junto a estos, se ubican otros reconocidos por el propio artículo 10.1 CE, que señala de forma literal que el derecho de cada uno está limitado por “los derechos de los demás”. Sin olvidar, tampoco, los límites derivados de intereses colectivos, más difícilmente individualizables. Ahora bien, “tal limitación ha de responder, no solo a un mandato legal, sino también a un principio de proporcionalidad o ponderación”, de manera que sacrificando un derecho salvaguardemos otros constitucionalmente reconocidos.

En lo que respecta a la protección reforzada de los derechos fundamentales en sentido estricto (arts. 15 al 29), es decir, los recogidos en la sección primera del capítulo segundo del título primero (bajo el epígrafe “De los derechos fundamentales y libertades públicas”), el profesor López Guerra se refiere a las dos dimensiones a través de la cuáles la Constitución estructura su defensa. La primera, la reserva de ley orgánica para su desarrollo normativo; y, la segunda, la protección preferente y sumaria ante la justicia ordinaria y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, como advierte el autor, este último recurso, tras la reforma de la LOTC, se ha “convertido, más que en una forma de remedio frente a vulneraciones individuales de los derechos que protege (aun cuando en cada caso el Tribunal debe pronunciarse sobre la demanda concreta) en un medio

para establecer líneas generales, dirigidas a todos los poderes públicos, respecto de la interpretación de esos derechos”.

6. En el capítulo cuarto, el profesor López Guerra resume la posición constitucional de la Jefatura del Estado. Recuerda, en primer lugar, que las denominadas Leyes Fundamentales de la dictadura reservaban a Franco Bahamonde la facultad de proponer y revocar a su sucesor. Haciendo uso de dicha prerrogativa, en 1969, propuso a las Cortes orgánicas como sucesor a D. Juan Carlos de Borbón y Borbón; proclamado Rey de España el 22 de noviembre de 1975, tras el fallecimiento del dictador. Como apunta el autor: “La aprobación de la Constitución no supuso, pues, alteración alguna en la titularidad de la Jefatura del Estado, si bien sí introdujo un cambio en la legitimidad jurídica de la condición como Rey”. De este modo, adquirió una cierta legitimidad formal y asumió una posición simbólica o de representación de la unidad del Estado, absolutamente vacía de competencias efectivas. Las notas de la irresponsabilidad y la inviolabilidad definen su peculiar status jurídico.

7. El profesor López Guerra inicia, a continuación, el estudio de los tres poderes clásicos de cualquier Estado. Así, en primer lugar, aborda el análisis de las Cortes Generales o Poder Legislativo, que tiene un papel nuclear en cualquier democracia, pero todavía más si esta se define como parlamentaria. Esta centralidad política, como subraya el autor, tiene dos fundamentos. En primer lugar, el hecho de que las Cortes Generales representan al pueblo español, siendo el “único órgano del Estado que tiene una vinculación directa con el sujeto constitucional de la soberanía”; y, en segundo lugar, la circunstancia de que “la legitimidad y justificación de los poderes ejecutivo y judicial del Estado derivan de su relación con el Parlamento”.

Dentro del análisis de las Cortes, el profesor López Guerra aborda numerosas cuestiones, entre las que ahora queremos destacar: el bicameralismo asimétrico y desigual, con clara preponderancia del Congreso de los Diputados sobre el Senado; el papel principal de los partidos políticos en el funcionamiento de las Cámaras; y la nada inocente sobrerrepresentación de las provincias con menos electores.

En las páginas que tratan del control de las Cortes sobre la actuación del Gobierno, el autor afirma que el “control parlamentario ha de entenderse, pues, no desde la perspectiva de la contraposición entre Gobierno y Parlamento, sino desde la perspectiva de la contraposición entre mayoría gubernamental y minoría en la oposición”. Sin embargo, no es lo que se recoge en la literalidad de los textos legales y reglamentarios.

8. En el capítulo sexto el profesor López Guerra trata el Gobierno o Poder Ejecutivo. Explica su posición preminente en el sistema parlamentario español, que responde a la relación fiduciaria que existe entre el Parlamento y el Gobierno. Además, de modo común, el Presidente del Gobierno es la cabeza del Poder Ejecutivo y, a su vez, líder de la mayoría parlamentaria. En el análisis del procedimiento de su nombramiento, se subrayan algunas singularidades. Entre ellas, la posición del Rey llamado a realizar “una elección política”, es decir, la proposición de un candidato a Presidente de Gobierno a las Cortes Generales, si bien es posible –como así ha sucedido en algunas ocasiones– que el Congreso rechace al candidato propuesto por el Monarca. De este modo, al analizar el autor los supuestos posibles de la responsabilidad del fracaso, entrevé que al ser re-frendante el Presidente del Congreso, la responsabilidad –en apariencia– debería recaer sobre él. Sin embargo, a su juicio, el Presidente del Congreso al no haber sido partícipe en las consultas con el resto de partidos, solo “es responsable de que la propuesta del Rey responda al resultado de esas consultas y no a otras causas”. En suma, el autor en este punto –con visión reformista y crítica– señala como contradictorio que el Presidente del Congreso de los Diputados asuma la responsabilidad de la decisión de proposición del candidato de Presidente de Gobierno, al no tomar parte en las consultas con los representantes políticos. Igualmente, el profesor López Guerra, destaca la prolongada situación de interinidad del Gobierno en funciones en el año 2016, a causa de que la fórmula constitucional, pese a ser prolija, omite el plazo para la negociación y propuesta real, junto la larga duración del proceso electoral.

En otro epígrafe de este capítulo se tratan las funciones del Presidente del Gobierno. El autor pone su atención en su facultad de disolver las Cámaras y convocar nuevas elecciones. Técnica que se puede utilizar “como vía para eventualmente revalidar el apoyo electoral a sus políticas o, al menos, para verificar la relación entre la composición del Parlamento y la opinión del electorado”. Junto a esta facultad del Gobierno, aunque escasamente utilizada, hallamos la facultad de convocatoria de un referéndum consultivo, previsto en el artículo 92 CE.

Otro aspecto relevante, en este apartado, es la referencia al decreto-ley (consagrado en el art. 86 CE) como auténtica potestad legislativa del Gobierno, si bien, limitado a los casos de urgencia y necesidad, y, con exclusión de una serie de materias básicas. Sin embargo –a su entender– los decretos-leyes han sido “laxamente interpretados” por la jurisdicción constitucional.

9. A continuación, en el capítulo octavo, el autor trata el Poder judicial. Lo define: como el conjunto de jueces y tribunales que tienen encomendada la función

jurisdiccional, siendo sus decisiones finales definitivas y de obligado cumplimiento (cosa juzgada). El profesor López Guerra expresa que, en contraposición al resto de poderes, resulta ser un poder desconcentrado en una pluralidad de órganos. Asimismo, el autor recuerda el principio de unidad jurisdiccional como la base del funcionamiento de los tribunales, dado que la función jurisdiccional reside en el Poder Judicial establecido, y es de competencia exclusivamente estatal. Si bien anota ciertas excepciones, entre ellas, las peculiaridades de la jurisdicción militar; o, más importante aún, la atribución de competencias jurisdiccionales en materia constitucional al Tribunal Constitucional (en adelante, TC) –al hallarse situado fuera del poder judicial–; también, la actividad jurisdiccional del Tribunal de Cuentas; y, por último, los tribunales consuetudinarios. En otro apartado, el profesor López Guerra alude la excepción establecida en el art. 56.3 CE, que consagra la inviolabilidad y no responsabilidad del Rey, pese a que “no hay nadie sustraído a la jurisdicción de los tribunales”. Otro aspecto, es la imperiosa sujeción a la ley –también las europeas– que impide la inaplicación de las leyes. Por lo tanto, si los tribunales de justicia consideran que “existe una contradicción entre Constitución y norma con fuerza de ley” pueden plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. Por otra parte, en el caso que un órgano judicial halle cualquier incertidumbre ante la interpretación o aplicación de normativa europea, tiene la opción de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de la Unión Europea.

10. El capítulo octavo versa sobre la organización territorial del Estado. El autor define los Estatutos de Autonomía como norma con rango legal (orgánica), por ende, con posible control constitucional. Como bien se describe, estas normas originan la existencia de las propias Comunidades Autónomas, ya que delimitan su territorio, establecen su organización y disponen sus competencias. A consideración del autor, el Estatuto de Autonomía está “cumpliendo una función constitucional”, es decir, tienen la consideración de norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, pero tienen el carácter formal de ley de Estado, aunque “presenta particularidades que le confieren un cierto carácter de norma pactada”. En concreto, el autor hace referencia a que la iniciativa para la aprobación inicial de los Estatutos la tenían los entes territoriales previstos en la Constitución y, posteriormente, las Cortes Generales decidían sobre los textos presentados, pero, lo mismo sucede –en la actualidad– con su reforma, puesto que una iniciativa aprobada en los Parlamentos Autonómicos deberá ser aprobada por las Cortes Generales.

En otro apartado, analiza la cuestión del reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, el profesor López Guerra subraya que nuestro modelo constitucional suscita problemas interpretativos –en lo que respecta al reparto– tanto por el carácter asistemático de regulación, como por el carácter impreciso de los

términos utilizados, derivando en una abundante jurisprudencia por parte de nuestro intérprete constitucional supremo para solventar el rompecabezas competencial.

Enlazado con lo previo, el autor define los aspectos relevantes que nos permiten diferenciarnos de los sistemas federales, acentuando las diferencias con la función judicial de nuestro sistema, al atribuirse competencialmente de modo exclusivo al Estado. Además, a consideración del autor, tampoco existe una clara separación de funciones o esferas de actuación entre poder central y poder autonómico en nuestro sistema autonómico.

11. El autor comienza el último capítulo presentando dos razones o motivos de la introducción del TC en nuestra Constitución. Así, por una parte, observa “la influencia de la práctica de otros países europeos”, siendo este tribunal independiente un elemento esencial de cualquier sistema democrático; y, por otra parte, el carácter garante del tribunal “como una lógica consecuencia del carácter de esta Constitución como consensuada”. En todo caso, expresa como el TC se ha configurado como una institución trascendental en nuestro sistema social y democrático de derecho, sobre todo por sus funciones tradicionales de justicia constitucional, es decir, el control de constitucionalidad de las leyes. Con todo, el profesor López Guerra afirma que el Tribunal Constitucional va “mucho más allá”, al extenderse su protección en determinados casos: a la garantía de los derechos fundamentales; la verificación de constitucionalidad de tratados; y, la resolución de conflictos territoriales.

En otro apartado, explica la fórmula de nombramientos de Magistrados del TC, explicando que su objetivo era evitar una excesiva influencia de mayorías ideológicas y, al mismo tiempo, lograr una continuidad del funcionamiento del Tribunal. Sin embargo, su antiguo Vicepresidente considera que, en la realidad práctica, sigue siendo un sistema de cuotas con composición partidista de cada Cámara, con criticable alteración del ritmo previsto de renovación de los Magistrados.

12. Como ha afirmado la profesora Ballester Cardell, “con esta nueva obra, que aúna síntesis, claridad expositiva y tono crítico, Luis López Guerra contribuye, una vez más, a estimular el debate sobre el texto constitucional español y a mejorar el conocimiento de la Constitución de España en la cultura jurídica en lengua española”. También queremos afirmar que el constituyente (constituido) y el legislador (ordinario y orgánico) harían bien en tomar en consideración las propuestas de reforma formuladas por quien es, fuera de toda discusión, uno de los constitucionalistas europeos más brillantes del último medio siglo.

RESUMEN

Esta recensión de la monografía *–La Constitución de España–* del profesor Luis López Guerra, se enmarca en la colección “Sistemas constitucionales iberoamericanos” de la editorial Tirant lo Blanch. En poco más de doscientas páginas, el autor lleva a cabo un estudio sintético, riguroso y crítico del régimen constitucional español, con inclusión de valiosas propuestas de reforma.

SUMMARY

This review of the monograph *–La Constitución de España–* by Professor Luis López Guerra, is part of the “Ibero-American constitutional systems” collection of the Tirant lo Blanch publishing house. In just over two hundred pages, the author carries out a synthetic, rigorous and critical study of the spanish constitutional system, including valuable reform proposals.

PALABRAS CLAVES

Constitución española de 1978, sistema constitucional español, Luis López Guerra.

KEY WORDS

Spanish Constitution of 1978, spanish constitutional system, Luis López Guerra.

TÍTULO

La Constitución de España.

TITLE

The Constitution of Spain.

IV. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

SUMARIO

- **María Martín Sánchez**, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2018)*.
- **M^a del Pilar Molero Martín-Salas**, *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2018)*.
- **Joaquina Guerrero Sanz**, *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2018)*.
- **M^a. Elena Rebato Peño**, *Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2018)*.
- **Javier Miranda Erro**, *Crónica sobre discapacidad y Derecho. Crónica del II Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad, celebrado en Paplona del 6 l 8 de febrero de 2019*.
- **Tomás Vidal Marín**, *El ATC 5/2018, de 27 de enero: un auto cuestionable*.

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONALIDAD
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS
(DE 1 DE ENERO DE 2018 A 31 DE DICIEMBRE DE 2018)**

María Martín Sánchez
*Profesora Contratada Doctora (Profesora Titular A.)
Área de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha*

Recibido: 01-06-2019

Aceptado: 30-06-2019

SUMARIO

1. *Introducción*
2. *Referencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y proceso en el que se dictan*
3. *Comentario de las sentencias referentes a Castilla-La Mancha*
 - 3.1 *En Recursos de Inconstitucionalidad*
 - 3.2 *En Conflictos de Competencias*

1. Introducción

En esta reseña, se presenta una recopilación de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el año 2018, 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 (en esta ocasión no encontramos ninguno), e impugnación de disposiciones autonómicas junto a los que hemos señalado –igual que en 2017 y 2016– una cuestión prejudicial de validez sobre normas forales.

En relación a Castilla-La Mancha, durante el ejercicio de 2018 ha participado en cuatro procedimientos de inconstitucionalidad (un recurso y tres cuestiones de inconstitucionalidad) que tendremos oportunidad de comentar.

Como es habitual, se presentan dos partes diferenciadas. Comenzaremos con un repaso sistemático de 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 incluye 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 142/2018, de 20 de diciembre (BOE núm. 22 de 25 de enero de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 141/2018, de 20 de diciembre (BOE núm. 22 de 25 de enero de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 137/2018, de 13 de diciembre (BOE núm. 13 de 15 de enero de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 134/2018, de 13 de diciembre (BOE núm. 13 de 15 de enero de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 119/2018, de 31 de octubre (BOE núm. 294 de 06 de diciembre de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 110/2018, de 17 de octubre (BOE núm. 280 de 20 de noviembre de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 106/2018, de 4 de octubre (BOE núm. 264 de 01 de noviembre de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 105/2018, de 4 de octubre (BOE núm. 264 de 01 de noviembre de 2018). Recurso de inconstitucionalidad

- 2018). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 102/2018, de 4 de octubre (BOE núm. 264 de 01 de noviembre de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 100/2018, de 19 de septiembre (BOE núm. 247 de 12 de octubre de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 99/2018, de 19 de septiembre (BOE núm. 247 de 12 de octubre de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 98/2018, de 19 de septiembre (BOE núm. 247 de 12 de octubre de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 97/2018, de 19 de septiembre (BOE núm. 247 de 12 de octubre de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 87/2018, de 19 de julio (BOE núm. 199 de 17 de agosto de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 85/2018, de 19 de julio (BOE núm. 199 de 17 de agosto de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 80/2018, de 5 de julio (BOE núm. 189 de 06 de agosto de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 78/2018, de 5 de julio (BOE núm. 189 de 06 de agosto de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 75/2018, de 5 de julio (BOE núm. 189 de 06 de agosto de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 70/2018, de 21 de junio (BOE núm. 179 de 25 de julio de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 69/2018, de 21 de junio (BOE núm. 179 de 25 de julio de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 68/2018, de 21 de junio (BOE núm. 179 de 25 de julio de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 67/2018, de 21 de junio (BOE núm. 179 de 25 de julio de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 66/2018, de 21 de junio (BOE núm. 179 de 25 de julio de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 65/2018, de 7 de junio (BOE núm. 164 de 07 de julio de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 63/2018, de 7 de junio (BOE núm. 164 de 07 de julio de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 55/2018, de 24 de mayo (BOE núm. 151 de 22 de junio de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 54/2018, de 24 de mayo (BOE núm. 151 de 22 de junio de 2018). Recurso de inconstitucionalidad
 - Sentencia 53/2018, de 24 de mayo (BOE núm. 151 de 22 de junio de 2018).

- Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 49/2018, de 10 de mayo (BOE núm. 141 de 11 de junio de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 48/2018, de 10 de mayo (BOE núm. 141 de 11 de junio de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 43/2018, de 26 de abril (BOE núm. 130 de 29 de mayo de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 42/2018, de 26 de abril (BOE núm. 130 de 29 de mayo de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 41/2018, de 26 de abril (BOE núm. 130 de 29 de mayo de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 40/2018, de 26 de abril (BOE núm. 130 de 29 de mayo de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 33/2018, de 12 de abril (BOE núm. 124 de 22 de mayo de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 32/2018, de 12 de abril (BOE núm. 124 de 22 de mayo de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 29/2018, de 8 de marzo (BOE núm. 90 de 13 de abril de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 28/2018, de 8 de marzo (BOE núm. 90 de 13 de abril de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 17/2018, de 22 de febrero (BOE núm. 72 de 23 de marzo de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 16/2018, de 22 de febrero (BOE núm. 72 de 23 de marzo de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 14/2018, de 20 de febrero (BOE núm. 72 de 23 de marzo de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 11/2018, de 8 de febrero (BOE núm. 59 de 08 de marzo de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 8/2018, de 25 de enero (BOE núm. 46 de 21 de febrero de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 7/2018, de 25 de enero (BOE núm. 46 de 21 de febrero de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 2/2018, de 11 de enero (BOE núm. 34 de 07 de febrero de 2018).
Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 128/2018, de 29 de noviembre (BOE núm. 309 de 24 de diciembre de 2018).
Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 120/2018, de 31 de octubre (BOE núm. 294 de 06 de diciembre de 2018).
Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 107/2018, de 4 de octubre (BOE núm. 264 de 01 de noviembre de 2018).

- 2018). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 104/2018, de 4 de octubre (BOE núm. 264 de 01 de noviembre de 2018). Cuestión de inconstitucionalidad
 - Sentencia 90/2018, de 6 de septiembre (BOE núm. 247 de 12 de octubre de 2018). Cuestión de inconstitucionalidad
 - Sentencia 82/2018, de 16 de julio (BOE núm. 199 de 17 de agosto de 2018). Cuestión de inconstitucionalidad
 - Sentencia 77/2018, de 5 de julio (BOE núm. 189 de 06 de agosto de 2018). Cuestión de inconstitucionalidad
 - Sentencia 60/2018, de 4 de junio (BOE núm. 164 de 07 de julio de 2018). Cuestión de inconstitucionalidad
 - Sentencia 52/2018, de 10 de mayo (BOE núm. 141 de 11 de junio de 2018). Cuestión de inconstitucionalidad
 - Sentencia 50/2018, de 10 de mayo (BOE núm. 141 de 11 de junio de 2018). Cuestión de inconstitucionalidad
 - Sentencia 96/2018, de 19 de septiembre (BOE núm. 247 de 12 de octubre de 2018). Conflicto positivo de competencias
 - Sentencia 88/2018, de 19 de julio (BOE núm. 199 de 17 de agosto de 2018). Conflicto positivo de competencias
 - Sentencia 86/2018, de 19 de julio (BOE núm. 199 de 17 de agosto de 2018). Conflicto positivo de competencias
 - Sentencia 79/2018, de 5 de julio (BOE núm. 189 de 06 de agosto de 2018). Conflicto positivo de competencias
 - Sentencia 76/2018, de 5 de julio (BOE núm. 189 de 06 de agosto de 2018). Conflicto positivo de competencias
 - Sentencia 71/2018, de 21 de junio (BOE núm. 179 de 25 de julio de 2018). Conflicto positivo de competencias
 - Sentencia 64/2018, de 7 de junio (BOE núm. 164 de 07 de julio de 2018). Conflicto positivo de competencias
 - Sentencia 62/2018, de 7 de junio (BOE núm. 164 de 07 de julio de 2018). Conflicto positivo de competencias
 - Sentencia 30/2018, de 22 de marzo (BOE núm. 90 de 13 de abril de 2018). Conflicto positivo de competencias
 - Sentencia 18/2018, de 22 de febrero (BOE núm. 72 de 23 de marzo de 2018). Conflicto positivo de competencias
 - Sentencia 15/2018, de 22 de febrero (BOE núm. 72 de 23 de marzo de 2018). Conflicto positivo de competencias

También encontramos un procedimiento de impugnación de disposiciones autonómicas (4039-2018), interpuesto por el Gobierno de la Nación en relación con los apartados 1 a 5 de la moción 5/XII del Parlamento de Cataluña, sobre la normativa del Parlamento anulada y suspendida por el Tribunal Constitucional, aprobada en la sesión de 5 de julio de 2018. Se trata de la Sentencia 136/2018, de 13 de diciembre (BOE núm. 13 de 15 de enero de 2019). El Tribunal Constitucional resuelve declarando la nulidad de los citados apartados de la moción parlamentaria en cuestión, por contravenir la STC 259/2015.

Finalmente –y como viene ocurriendo en los últimos ejercicios–, encontramos un procedimiento en el que se resuelve una cuestión prejudicial de validez (*cuestión prejudicial de validez sobre normas forales fiscales 2633-2017*). Se trata de la sentencia 13/2018, de 8 de febrero (BOE núm. 59 de 08 de marzo de 2018), en la que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco plantea dicha cuestión en relación con el artículo 4.2 de la Norma Foral de Gipuzkoa 13/2012, de 27 de diciembre, por la que se aprueban determinadas modificaciones tributarias, en concreto, la supresión de la exención aplicable a bienes y derechos destinados a actividades religiosas o asistenciales en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (refiere la STC 207/2013). El Tribunal Constitucional resuelve declarando la nulidad de la norma foral impugnada.

3. Breve comentario de las sentencias referentes a Castilla-La Mancha

3.1 En recursos de inconstitucionalidad

(Pleno) Sentencia 65/2018, de 7 de junio (BOE núm. 164 de 07 de julio de 2018). Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno, en relación con diversos preceptos de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 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 explotación, investigación o explotación de hidrocarburos utilizando la técnica de la fractura hidráulica. El Tribunal Constitucional declara su constitucionalidad a partir de la interpretación conforme del precepto autonómico impugnado, en relación a la competencia sobre ordenación general de la economía, medio ambiente y minas.

3.2 En cuestiones de inconstitucionalidad

(Pleno) Sentencia 128/2018, de 29 de noviembre (BOE núm. 309 de 24 de diciembre de 2018). Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en relación al artículo 86.3, párrafos segundo y tercero, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del precepto impugnado, sobre el modo de integración del órgano que, en los tribunales superiores de justicia, debe conocer del recurso de casación fundado en infracción de normas autonómicas

(Sala Primera) Sentencia 60/2018, de 4 de junio (BOE núm. 164 de 07 de julio de 2018). Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con el artículo 9.ª de la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Castilla-La Mancha, de medidas en materia de tributos cedidos. En este asunto, se declaró la pérdida sobrevenida de objeto de la cuestión, por tratarse de un precepto legal anulado por la Sentencia 52/2018, de 10 de mayo de 2018.

(Pleno) Sentencia 52/2018, de 10 de mayo (BOE núm. 141 de 11 de junio de 2018). Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en relación con el artículo 9.ª de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 9/2008, de 4 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos. El Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto autonómico impugnado, que supedita el disfrute de una bonificación en el impuesto sobre donaciones al requisito de que el sujeto pasivo tenga su residencia habitual en Castilla-La Mancha (referido en la STC 60/2015).

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, impugnaciones de disposiciones autonómicas y cuestiones prejudiciales de validez de normas forales, durante el año 2018. Además, se realiza un breve comentario de aquellos procesos en los que ha intervenido la Región de Castilla-La Mancha.

SUMMARY

This paper presents a review of the judgments handed down by the Constitutional Court referring to Autonomous Communities, in unconstitutionality proceedings, conflicts of competences, challenges to regional provisions and preliminary rulings on the validity of regional norms, during the year 2018. makes a brief comment on those processes in which the Region of Castilla-La Mancha has intervened.

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 2018 A 31 DE DICIEMBRE DE 2018)

M^a del Pilar Molero Martín-Salas
Profesora Contratada Doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 01-06-2019

Aceptado: 30-06-2019

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 2018*
- 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 2018

Durante dicho periodo se han aprobado en Castilla-La Mancha un total de 6 leyes. Concretamente las leyes aprobadas han sido las siguientes:

- Ley 1/2018, de 11 de enero, de modificación de la Ley 14/2005, de 29 de diciembre de Ordenación del Transporte de Personas por Carretera en Castilla-La Mancha.
- Ley 2/2018, de 15 de marzo, por la que se modifica la Ley 3/2015, de 5 de marzo, de Caza de Castilla-La Mancha y otras normas en Materia Medioambiental y Fiscal.
- Ley 3/2018, de 24 de mayo, de protección y apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla-La Mancha.
- Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha.
- Ley 5/2018, de 21 de diciembre, de acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia.
- Ley 6/2018, de 21 de diciembre, por la que se modifica la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales.

II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas

Ley 1/2018, de 11 de enero, de modificación de la Ley 14/2005, de 29 de diciembre de Ordenación del Transporte de Personas por Carretera en Castilla-La Mancha

DOCM núm. 17(24-01-2018). BOE núm. 108 (04-05-2018)

Se trata de una ley muy breve, y que únicamente modifica el artículo 45 de la Ley 14/2005, de 29 de diciembre, de Ordenación del Transporte de Personas por Carretera en Castilla-La Mancha. Dicha modificación consiste en elevar la capacidad de los vehículos dedicados al servicio de taxi. En el año 2005 se estipula una capacidad máxima de 5 personas, si bien con esta modificación se permite un aumento hasta las 7 plazas.

Ley 2/2018, de 15 de marzo, por la que se modifica la Ley 3/2015, de 5 de marzo, de Caza de Castilla-La Mancha y otras normas en Materia Medioambiental y Fiscal

DOCM núm. 60 (15-03-2018).BOE núm. 108 (04-05-2018)

Se trata de una extensa ley, que además de modificar la de Caza de 2015, también modifica la Ley 9/2012, de 29 de noviembre, de Tasas y Precios públicos de Castilla-La Mancha y otras medidas tributarias, la Ley 9/1999, de 26 de mayo de Conservación de la Naturaleza y la Ley 1/1992, de 7 de mayo, de Pesca Fluvial de Castilla-La Mancha.

Con la modificación de la Ley 3/2015, de 5 de marzo, de Caza de Castilla-La Mancha, se pretende adecuar su contenido a los principios que deben respetarse a la hora de regular esta actividad, esto es, el fomento y desarrollo de la misma, pero a su vez de manera compatible con el respeto por el medio natural. También se pretenden fomentar buenas prácticas cinegéticas, agrícolas y en otros sectores, con el fin de favorecer la actividad cinegética. Se da especial importancia al hecho de que la caza se realice de forma segura, para todas las partes implicadas en la misma. Por todo ello se fomenta la colaboración con el Cuerpo de Agentes Medioambientales en su condición de Agentes de la Autoridad.

Dicha modificación también se realiza ante la necesidad de adecuar la normativa autonómica a la Directiva 2009/147/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la Conservación de las Aves Silvestres, y que establece obligaciones concretas para el ejercicio de la caza de aves.

También se pretende, con esta modificación, fomentar lo que se denomina caza social, que permita una simplificación administrativa para poder desarrollar la actividad, y que la misma se pueda llevar a cabo en igualdad de oportunidades. Para poner en marcha esta caza social, se incorpora una nueva figura, la de los cotos sociales, sin limitación de superficie y cuya titularidad corresponde únicamente a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Además de la ley de caza, como se comentara al inicio, también se modifican otras leyes. La Ley 9/2012, de 29 de noviembre, de Tasas y Precios Públicos de Castilla-La Mancha y otras medidas tributarias se modifica con la intención de eximir del pago de la tasa de la licencia de caza y pesca a los jubilados mayores de 65 años residentes en Castilla-La Mancha con objeto de facilitar la actividad a los castellano-manchegos con menos recursos.

También se modifica la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza de Castilla-La Mancha, con el objetivo de fomentar la lucha contra el uso ilegal del veneno en el medio natural.

Y finalmente, se modifica el apartado 3.15 del artículo 48 de la Ley 1/1992, de 7 de mayo, de Pesca Fluvial de Castilla-La Mancha, para completar el tipo infractor a fin de incluir tanto el transporte como el comercio de huevos de peces o cangrejos sin la autorización expresa de la Consejería competente en materia de pesca fluvial.

Ley 3/2018, de 24 de mayo, de protección y apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla-La Mancha

DOCM núm. 110 (06-06-2018). BOE núm. 163 (06-07-2018)

La presente ley, junto al resto de normativa nacional e internacional que existe al respecto, pretende ser un instrumento jurídico que permita dotar a las personas con discapacidad de aquellos apoyos que le sean necesarios para desarrollar su vida.

Se pone especial atención en la familia, pues se trata del entorno más cercano en el que la persona con discapacidad se desarrolla a todos los niveles. Por ello, la presente ley, no sólo pretende ser un medio para que las familias puedan apoyar a la persona con discapacidad a la hora de tomar una decisión, sino que también permite a las familias poder planificar apoyos futuros, cuando ellas ya no puedan hacerlo. De esta forma, aquellas personas encargadas de prestar y gestionar dichos apoyos en el futuro, podrán conocer los deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Se prevé la elaboración, por parte de la familia, de una hoja de ruta, que sirva como orientación a las personas que deban prestar su apoyo cuando la familia ya no pueda hacerlo. De esta forma, los planes personales de futuro se convierten en declaraciones de voluntad de las personas con discapacidad y de sus familias para garantizar que serán tenidos en cuenta, en la medida de lo posible

Cuando no existe el apoyo familiar, si la persona con discapacidad lo necesita para la toma de decisiones, contará con la atención del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia de Castilla-La Mancha, además, del servicio de atención especializada de tutela de adultos.

Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha

DOCM núm. 201 (15-10-2018). BOE núm. 301 (14-12-2018)

A lo largo de los últimos años, ha sido numerosa la normativa que se ha elaborado en Castilla-La Mancha con la finalidad de conseguir una sociedad en la que las mujeres puedan ejercer libremente sus derechos y libertades, en la que la igualdad entre hombres y mujeres sea real y efectiva, y apostando como objetivo prioritario por la erradicación de la violencia de género. La presente ley trata de aunar la normativa existente, completándola con los amplios referentes que existen en la materia a nivel internacional, y actualizándola a las posibles necesidades de la sociedad actual.

Con la nueva ley se pretende seguir apostando por dichos objetivos, y fomentar la consecución de otros muchos, principalmente en el ámbito de la educación y la socialización. Para ello, la presente ley, amplía su ámbito de aplicación a cualesquiera manifestaciones de la violencia de género, tratando de dar visibilidad a conductas que habitualmente no se conciben como violencia de género: por ejemplo la violencia a través de las nuevas tecnologías, o la violencia económica, tratando de dar un enfoque integral y transversal.

Ley 5/2018, de 21 de diciembre, de acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia

DOCM núm. 251 (27-12-2018). BOE núm. 34 (08-02-2019)

En el año 1994 se elabora la primera ley autonómica en la materia, si bien esta normativa sólo se refería a aquellas personas con dificultades visuales y al acceso de las mismas junto a sus perros guía. Dicha normativa permitía el acceso a dichos perros en lugares públicos, así como a centros sanitarios, tanto públicos como privados. En 2014 se amplía el ámbito de protección, a aquellas personas con discapacidad que accedan acompañadas de animales que les sirvan de apoyo.

Dicha normativa necesariamente debe ser actualizada, pues junto a los perros guía, que habitualmente sirven de apoyo a personas con problemas visuales, actualmente también se usan otros perros con otras finalidades, y para otras dolencias distintas. No existe, a día de hoy, una regulación para estos otros tipos de asistencia, pudiendo provocar que en estos supuestos se impidiera el ac-

ceso de dichos animales; por todo ello se hacía necesaria una nueva regulación al respecto.

Con la presente ley se pretende fomentar la igualdad real y efectiva de todas las personas, de tal forma que puedan gozar de dicho acceso, con independencia de su dolencia, siempre que lo hagan con un perro que le sirva de asistencia. También se amplía el número de lugares a los que se tiene derecho de acceso, como el entorno laboral o los espacios de titularidad privada de uso colectivo pero que no son propiamente lugares de acceso público.

Con esta ley también se concretan los elementos que configuran y delimitan el ejercicio del derecho de acceso, de tal forma que se superan los conflictos que la experiencia práctica ha puesto de manifiesto en relación con los perros guía.

Ley 6/2018, de 21 de diciembre, por la que se modifica la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales

DOCM núm. 251 (27-12-2018). BOE núm. 34 (08-02-2019)

Se trata de una ley muy breve, por la que se modifica la jornada laboral que establecía la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales. Dicha ley del año 2012, y hasta la publicación de esta ley, estipulaba que la jornada laboral de trabajo en el sector público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sería de treinta y siete horas y media semanales. Tras la entrada en vigor de esta ley, se recupera la jornada laboral anterior a la ley de 2012, esto es, treinta y cinco horas a la semana.

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 2018.

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 2018.

KEY WORDS

Parliament, Autonomous Region and legislative activity.

**ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA
EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA.**

M^a Joaquina Guerrero Sanz
Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Recibido: 01-06-2019

Aceptado: 30-06-2019

En el año 2018, 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 cinco 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 201/2018, de 13 de junio, solicitado por la Vicepresidencia Primera, sobre el anteproyecto de Ley para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha

La memoria justificativa de la norma fue suscrita por la Directora del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha, expresando la necesidad de revisar y actualizar la regulación contenida en la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas, fundada en los *“avances legislativos en la definición conceptual y terminológica de la violencia de género, así como en la promulgación de propuestas y recomendaciones en los distintos ámbitos de actuación para la prevención y erradicación de esta violencia”*.

Se añadía que la norma futura *“pretende ampliar la protección a todos los escenarios y manifestaciones de la violencia de género y cubrir las lagunas detectadas, cumpliendo los mandatos de las normas emanadas en el marco estatal, europeo e internacional”*.

El dictamen realizó la consideración de carácter esencial que se pasa a exponer.

El artículo 34 del anteproyecto establecía en su apartado 1 la prohibición de contratar con la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para las empresas “*sancionadas por resolución administrativa firme o condenadas por sentencia judicial firme por llevar a cabo prácticas laborales discriminatorias*”. Igualmente, se hacía extensiva la prohibición para ser receptor de subvenciones y de ayudas públicas.

El Consejo entendió que se trataba de una prohibición que afectaba a dos ámbitos diferenciados, el de la contratación del sector público y el de las subvenciones públicas, “*sobre los que existe normativa estatal básica a cuya observancia queda sometida la capacidad normativa de la Comunidad Autónoma. Dicha normativa está actualmente constituida, principalmente, por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), y la Ley 38/2003 de 17 de noviembre, General de Subvenciones*”.

En lo que se refiere al ámbito de la contratación del sector público, el dictamen continuaba indicando que “*la referida LCSP dispone en su artículo 71 las prohibiciones de contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la Ley (entre las que se encuentran las administraciones de las Comunidades Autónomas). Entre las prohibiciones figuran las personas en quienes concurra el haber sido condenada mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores (el artículo 314 contempla entre ellos los que produzcan una “grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de [...] su sexo”) y también contra las que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de “integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente [...]”. Y que “tales prohibiciones de contratar tienen el carácter de legislación básica estatal, según dispone la Disposición Final primera de la LCSP, que relaciona los títulos competenciales que justifican la intervención estatal en materia de contratación pública. De esta manera a las Comunidades Autónomas que así lo hayan recogido en sus respectivos Estatutos únicamente les está permitido el desarrollo y ejecución de esa legislación básica estatal*”.

El órgano consultivo puso de manifiesto que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias Sentencias sobre el alcance de la legislación básica materia

de contratación, refiriéndose, por todas ellas, a la Sentencia 331/1993, de 12 de noviembre (RTC 1993/331), donde el Tribunal estableció como doctrina que: “[...] *La normativa básica en materia de contratación tiene principalmente por objeto proporcionar garantías de publicidad, libre concurrencia igualdad y seguridad jurídica que aseguren a todos los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas. Los preceptos que tiendan directamente a dotar de efectividad práctica a estos principios deben de ser considerados como normas básicas. Mientras que no lo serán aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que sin merma de la eficacia de tales principios básicos pudieran ser sustituidas por otras regulaciones complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello. [...]*”.

Así mismo se citaron las sentencias del Tribunal Constitucional 84/2015, de 30 de abril (RTC 2015/84), y 237/2015, de 19 de noviembre (RTC 2015/237), afirmando ésta última que: “[...] *dos elementos, subjetivo –quién contrata– y objetivo –lo que se contrata–, sirven para determinar qué reglas del texto refundido de la Ley de contratos del sector público resultan de aplicación al contrato de gestión de servicio público, es decir, tanto las que regulan los actos de preparación y adjudicación, como las que disciplinan los derechos y deberes de las partes en el mismo. Las primeras garantizan, tal y como señala el art. 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, que la contratación se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y aseguran, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. En definitiva, estas reglas pueden considerarse materialmente básicas, pues constituyen el mínimo común uniforme que permite garantizar, de un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las Administraciones [SSTC 141/1993, de 22 de abril, FFJJ 5 y 6 b); 56/2014, de 10 de abril, FJ 3] y, de otro, la eficiente utilización de los fondos públicos. [FJ 5 a)]*”.

Continúa el Consejo resaltando que “*este carácter de competencia básica del Estado se justifica, además, en el cumplimiento del derecho europeo que, en este asunto de exclusiones, impone una uniformidad de la solución jurídica. La Directiva 2014/24/UE regula esta materia en el artículo 57, recogiendo un listado bajo el término «motivos de exclusión» estando estos incluidos en el artículo 71 de la LCSP cuya aprobación tuvo por objeto, entre otros, la trasposición de di-*

cha Directiva. [] Por tanto, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha carece de competencia para ampliar la lista de prohibiciones de contratar enumeradas en el artículo 71 de la LCSP, estando sus competencias circunscritas en este ámbito a regular el procedimiento de declaración de prohibición de contratar para adecuarlo a su normativa propia”.

Respecto al ámbito de las subvenciones públicas, al ser su regulación distinta, no se produjo objeción alguna a la prohibición que se pretendía introducir. A tal efecto, se señaló que *“si bien la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, ha establecido igualmente, en su artículo 13, unos requisitos de carácter básico para obtener la condición de beneficiario o de entidad colaboradora, contiene, a diferencia de la normativa de contratación un apartado, el h), que prevé la posibilidad de que otras normas con rango de ley establezcan este tipo de prohibiciones, al establecer que no podrán obtener tal condición de beneficiario de subvención (o entidad colaboradora) quienes se encuentren en la siguiente circunstancia: “Haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones conforme a ésta u otras leyes que así lo establezcan”. [] Así, la norma básica admite la posibilidad de que otras leyes establezcan nuevas prohibiciones, posibilidad que, para el ámbito de la igualdad de hombres y mujeres, ya han ejercido otras Comunidades autónomas en sus leyes como por ejemplo las de Canarias (artículo 14.2 de la Ley 1/2010, de 26 de febrero, de Igualdad) o Cataluña (artículo 11 de la Ley 17/2015, de 21 de julio, de Igualdad de Mujeres y Hombres de Cataluña)”.*

Merece también ser destacada y recordada la doctrina sobre técnica legislativa contenida en el dictamen, que, aun cuando no se pronunció respecto a observación que se calificara como esencial, si resulta de interés en la materia de la que aquí se trata.

Así, considera el órgano consultivo que *“la técnica legislativa a la que responde el anteproyecto es el de una norma transversal, al objeto de potenciar un determinado objetivo que, en este caso, es el de la erradicación de la violencia hacia las mujeres y la protección a las mismas. A tal efecto introduce una serie de previsiones que afectan a otros ámbitos competenciales de la Comunidad Autónoma como lo son la educación, los medios de comunicación, el empleo público, los menores, vivienda, etc.*

Como ya ha señalado este Consejo en dictámenes anteriores, (por ejemplo dictamen 240/2011, de 19 de octubre), *“la técnica de leyes “transversales”, cada vez más frecuente, ofrece ventajas para proporcionar mayor coherencia a deter-*

minadas políticas públicas que se quieren potenciar de un modo especial, concentrando medios y recursos establecidos y regulados en distintos ámbitos de la producción normativa”.

Sin embargo tampoco se oculta que este tipo de leyes a veces pueden presentar ciertos inconvenientes que dan lugar a problemas de seguridad jurídica por la dificultad de articular políticas transversales y políticas sectoriales, y llevar a cabo una adecuada inserción de las normas transversales en las especiales afectadas por las primeras.

Esta problemática ya fue puesta de manifiesto por el Consejo de Estado en su dictamen 806/2003, de 22 de junio, emitido con ocasión del anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Hombres y Mujeres, al afirmar que “resulta necesario que el “legislador transversal” (o el órgano que impulse el proyecto normativo correspondiente) tome conciencia de que la priorización de su propio objetivo, natural y lógica en el seno de la propia ley transversal, puede no serlo siempre en la ley sectorial que tal vez debe atender, de forma equilibrada, a distintos objetivos o valores que han de articularse adecuadamente [...] En definitiva, el objetivo perseguido por la ley transversal puede ser potenciado con el mayor vigor en el articulado de la propia ley transversal, pero no debe ignorar la existencia de otros fines igualmente legítimos en las leyes sectoriales, a fin de evitar que la sobrevaloración del ahora perseguido redunde en perjuicio de otros fines, igualmente legítimos, ponderados por el legislador sectorial”.

Este Consejo considera oportuno introducir una reflexión sobre sus ventajas e inconvenientes a fin de tratar de minimizar estos últimos, preservando las ventajas que tiene esta forma de abordar determinadas materias, de modo que las relaciones entre la norma transversal y las normas sectoriales afectadas sean lo más armónicas posibles, y sin merma de la seguridad jurídica y de las posibilidades de conocimiento por parte de sus potenciales destinatarios.

A la consecución de tal objetivo puede a veces convenir que las modificaciones directas de leyes sectoriales se incorporen al texto, a través de disposiciones adicionales modificativas de las Leyes correspondientes, cuando sea posible, y con la incorporación de una referencia a las propias normas sectoriales que, sin ser modificadas directamente, sí resultan afectadas por la nueva normativa. Sobre alguna de estas cuestiones se volverá a hacer una referencia expresa más adelante.

Examinado desde esta perspectiva conviene destacar que el anteproyecto incluye numerosos preceptos que implican mandatos a la Junta, al Gobierno y a la

Administración autonómica o a los poderes públicos en general, que son reproducción de otros ya vigentes derivados tanto de la normativa estatal básica como de la autonómica. Sería conveniente por razones de seguridad jurídica que tales preceptos incluyeran referencia a la norma o normas que ya regulan la materia, tratando asimismo de articular de la manera más armónica posible la regulación sectorial ya existente con la contenida en la futura disposición.

A modo de ejemplo cabe señalar que la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha contiene previsiones en materia de educación, vivienda, salud y medios de comunicación que incluyen medidas para combatir situaciones de violencia de género, como puede apreciarse en los artículos 23, 32, 33, 46 o 54. Estos preceptos no han sido tenidos en cuenta en la elaboración del anteproyecto a los efectos de armonizar ambas normas con la finalidad de evitar reiteraciones o la falta de coordinación entre sus contenidos, aspectos estos que se hubieran debido analizar bajo los principios de buena regulación establecidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en especial el de la coherencia con el resto del ordenamiento a fin de generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión”.

También se realiza una exposición carácter general sobre la problemática frecuentemente planteada por la reproducción de normas básicas estatales o dictadas por el Estado en ejercicio de sus competencias exclusivas. A tal efecto, el Consejo se remite al contenido del dictamen 23/2015, de 28 de enero, en el que se señalaba que: “Esta es una cuestión que ya ha sido abordada en numerosas ocasiones por este Consejo, con motivo del examen de proyectos legales o reglamentarios de disposiciones autonómicas incardinables en dichos ámbitos competenciales compartidos o transversalmente vinculados con competencias exclusivas del Estado. Así, como ejemplo cercano de repaso de la doctrina enunciada por el Tribunal Constitucional sobre la problemática generada por la repetición indiscriminada o aparentemente aleatoria de preceptos legales estatales en normas autonómicas, viene al caso lo expuesto en el reciente dictamen 168/2014, de 21 de mayo, donde este Consejo se inclinó por dotar de esencialidad a algunos reparos asociados a problemas de inseguridad jurídica derivados de este tipo de reproducciones, exponiéndose al efecto: [] “En aras a analizar los citados problemas de seguridad jurídica y, por consiguiente, de constitucionalidad, debe traerse a colación la doctrina del Tribunal Constitucional contenida entre otras en la Sentencia 314/2005, de 21 de diciembre, con cita de la más relevante jurisprudencia anterior mantenida en Sentencias tales como la 162/1996, de 17 de octubre, o 150/1998, de 2 de julio, y de la cual se hacen eco pronunciamientos

más recientes como los de las Sentencias 18/2011, de 3 de marzo, 137/2012, de 19 de junio y 201/2013, de 5 de diciembre. [] En concreto señala el Alto Tribunal en el referido pronunciamiento lo siguiente: « [...] La doctrina constitucional relevante para la resolución de este segundo motivo de impugnación [...] se halla sintetizada en la STC 162/1996, de 17 de octubre (F.3); síntesis que posteriormente se reproduce en la STC 150/1998, de 2 de julio (F.4). De acuerdo con dicha doctrina, “cierto es que este Tribunal no es Juez de la calidad técnica de las Leyes (SSTC 341/1993 y 164/1995), pero no ha dejado de advertir sobre los riesgos de ciertas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por inadecuadas al sistema de fuentes configurado en la Constitución. Así lo hizo respecto de la reproducción por Ley de preceptos constitucionales (STC 76/1983 F.23), en otros casos en los que Leyes autonómicas reproducían normas incluidas en la legislación básica del Estado (SSTC 40/1981 y 26/1982, entre otras muchas) o, incluso, cuando por Ley ordinaria se reiteraban preceptos contenidos en una Ley Orgánica. Prácticas todas ellas que pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía”. [] Este riesgo adquiere una especial intensidad cuando concurre el vicio de incompetencia material de la Comunidad Autónoma, “porque si la reproducción de normas estatales por Leyes autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades, esta operación se convierte en ilegítima cuando las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre una materia (STC 35/1983). En este sentido, cumple recordar lo declarado por este Tribunal en su STC 10/1982 (F.8) y más recientemente recogido en las SSTC 62/1991 [F.4, apartado b)] y 147/1993) (F.4) como antes citamos, la simple reproducción por la legislación autonómica además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a las Comunidades Autónomas” (ibidem). Aunque también hemos precisado que “esta proscripción de la reiteración o reproducción de normas... por el legislador autonómico (leges repetitae) no debemos extenderla a aquellos supuestos en que la reiteración simplemente consiste en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico” (STC 47/2004, de 29 de marzo, F.8)». [] Partiendo de esta doctrina jurisprudencial, el Tribunal a continuación matiza su pronunciamiento al caso distinguiendo dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas de las cuales se derivan distintas consecuencias: “[...] El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que

*reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. El segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal (salvo supuestos excepcionales como el aludido en la STC 47/2004, de 25 de marzo), en el primero, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto”. [] En suma, la inconstitucionalidad se producirá siempre en el caso de repetición de leyes estatales aprobadas en ámbitos de competencia exclusiva del Estado; en cambio, en el caso de las competencias compartidas según el esquema bases-desarrollo, solo podrá hablarse de dicha inconstitucionalidad en los casos en que esta técnica conlleve infracción de la seguridad jurídica. Y esta infracción se produciría, en palabras de López Guerra, “si la norma autonómica indujera a confusión, en el sentido de postular aparentemente que las bases estatales no fueran aplicables” (Luis López Guerra, “La técnica legislativa ante la jurisdicción constitucional”, en *La técnica legislativa a debate*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 303), como podría ser el caso de reproducciones parciales, o con añadidos u omisiones. En general, como alternativa a la reproducción se ha postulado doctrinalmente la remisión (véase López Guerra, *op. cit.*, pág. 303), o la indicación expresa de que un artículo es repetición de otra ley (Piedad García-Escudero Márquez, “Manual de técnica legislativa”, Civitas, Madrid, 2011, p. 235), si bien esta última opción solo resulta aplicable, como más adelante se dirá, al caso de competencias compartidas”.*

La disposición finalmente aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha fue la Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género, que atendió la recomendación de carácter esencial efectuada en el dictamen.

Dictamen número 321/2018, de 27 de septiembre, solicitado por la Consejería de Bienestar Social, sobre el anteproyecto de Ley de Acceso al Entorno de las Personas con Discapacidad Acompañadas de Perros de Asistencia

La memoria de impacto normativo, elaborada por la Secretaria General de la Consejería de Bienestar Social, exponía las razones que justificaban el impulso de la iniciativa legislativa emprendida, asociada a la necesidad de dotar a la Región de una regulación legal más amplia y específica que abordase la casuísti-

ca inherente al derecho de acceso al entorno por parte de personas discapacitadas que precisasen para ello del acompañamiento de un perro de asistencia, ámbito este en el que debían modificarse preceptos legales precedentes y donde se estimaba necesario implantar un régimen sancionador propio que requeriría de la aprobación de una norma con rango de ley.

También hacía una enumeración descriptiva del panorama normativo existente en otras Comunidades Autónomas, en doce de las cuales ya existen normas legales que versan sobre la misma materia objeto de regulación, pasando a analizar los diversos y eventuales impactos sectoriales generados por la iniciativa en sus aspectos económico y presupuestario –ninguno, hasta la aprobación de su normativa de desarrollo reglamentario–, sobre la competencia en el mercado –ninguno–, la unidad de mercado –ninguno–, por razón de género –positivo y no discriminatorio–, sobre la infancia y la adolescencia –ninguno– y la familia–ninguno–. En cuanto a su impacto sobre la simplificación administrativa, su incidencia también quedaría diferida y por concretar hasta verificarse el desarrollo reglamentario de los procedimientos previstos en la ley. Por último, se alude al obvio impacto positivo de la norma en relación con el tratamiento de las situaciones de discapacidad.

El Consejo efectuó varias consideraciones de carácter esencial al texto del Anteproyecto, relativas todas ellas al régimen sancionador contenido en el Capítulo V del mismo (artículos 23 al 30).

En general la problemática puesta de manifiesto en el dictamen venía referida a *“su falta de sintonía con las determinaciones del régimen sancionador configurado en el Título III del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, aprobatorio del citado TRLGDPD, norma legal dictada por el Estado en uso de su “competencia exclusiva [...] para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1.ª de la Constitución”, y cuyas previsiones han de ser atendidas, como tales, en cualquier regulación que aborde, como el anteproyecto de Ley analizado, aspectos incardinables dentro de la normación del principio de accesibilidad universal de las personas discapacitadas y el ejercicio de los derechos consiguientes. [] De hecho, la aplicabilidad de las medidas de índole sancionadora previstas en dicho Título III del TRLGDPD se explica expresamente en la exposición de motivos de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre –una de las tres refundidas por el citado Real Decreto Legislativo–, instauradora del régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibi-*

lidad universal de las personas con discapacidad, donde se razonaba al efecto: “En el ejercicio de esta competencia, la presente Ley articula precisamente ese equilibrio que exige el Texto Constitucional, conciliando el margen de regulación del Estado con los espacios competenciales previstos para las Comunidades Autónomas. Un equilibrio que necesariamente debe estar reforzado en el ámbito administrativo sancionador, materia de esta Ley, pues el propio Tribunal Constitucional ha declarado que «las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del derecho sancionador (artículo 25.1 CE, básicamente), y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (artículo 149.1.1ª)». De esta manera, con la presente Ley se trazan las condiciones básicas que orientan la tarea normativa del legislador autonómico, respetando los ámbitos de decisión propia que constitucionalmente le corresponden, asegurando la existencia de un cuadro normativo mínimo y común para todo el territorio”. [] En sintonía con dicha explicación, el Título III del citado TRLGDPD, incluye un Capítulo I donde se establece el “régimen común de infracciones y sanciones” en materia de “igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”, determinando al efecto su artículo 78: “Ámbito. [] El régimen de infracciones y sanciones que se establece en este título será común en todo el territorio del Estado y será objeto de tipificación por el legislador autonómico, sin perjuicio de aquellas otras infracciones y sanciones que pueda establecer en el ejercicio de sus competencias. [] Las comunidades autónomas establecerán un régimen de infracciones que garantice la plena protección de las personas con discapacidad, ajustándose a lo dispuesto en esta ley”. La necesidad de respetar esas determinaciones, en los términos concretos establecidos en los siguientes artículos del referido Capítulo I –del 79 al 93–, se advierte por vía ejemplificadora al examinar el tratamiento dado a la cuestión en el Título VI –“Régimen Sancionador”– de la ya citada Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con discapacidad en Castilla-La Mancha, cuyo artículo 84.1 hace una primera remisión en bloque a las previsiones de dicho Capítulo I del Título III del citado TRLGDPD”.

En atención a todo lo previamente expuesto, el Consejo estimó que el contenido de los tres artículos que a continuación se describen deberían “modificarse a fin de procurar su plena adecuación a las previsiones conformadoras del régimen sancionador común establecido por medio del tan citado Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre”.

Así, en primer lugar, el artículo 26, referido a sanciones, establecía en su apartado 1, epígrafe a), los límites máximo y mínimo de las sanciones pecuniarias imponibles por razón de la comisión de infracciones leves, fijando como cuantía mínima la cifra de 150 euros. Sin embargo, recuerda el Consejo, *“en el artículo 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, se aborda esa misma cuestión situando en 301 euros el importe mínimo de las sanciones impuestas por infracciones leves. Se aprecia, de tal modo, que la suma mínima contemplada en el anteproyecto de ley no se acomoda a las previsiones del régimen común establecido por la normativa básica estatal de referencia”*.

En segundo término, el artículo 27, sobre graduación de las sanciones, en su apartado 1 enumeraba diversas circunstancias susceptibles de ser tomadas en consideración en orden a la graduación de las sanciones que se impusieran a los sujetos infractores, en términos que resultarían básicamente compatibles con las previsiones del artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público. Sin embargo, en el dictamen se pone de manifiesto que *“también aquí se obvia la incidencia de las imposiciones dimanantes de la operatividad del régimen sancionador común instaurado en el TRLGDPD, cuyo artículo 84.1 incluye un listado de circunstancias a ponderar en dicho proceso de graduación, algunas de las cuales se han eludido en el texto legal analizado. [] En particular, este Consejo echa en falta la mención a los criterios de graduación recogidos en los epígrafes c), e), f), g) y j) de dicho artículo y apartado, alusivos a los factores de “fraude o connivencia”, “cifra de negocios o ingresos de la empresa o entidad”, “número de personas afectadas”, “permanencia o transitoriedad de las repercusiones de la infracción” y “el beneficio económico que se hubiera generado para la persona autora de la infracción”*.

Por último, respecto al artículo 30, sobre prescripción de infracciones y sanciones expresó el Consejo que *“su comparación con los preceptos afines incluidos en los artículos 82 y 87 del referido TRLGDPD pone de manifiesto que los plazos contemplados a ambos efectos en los apartados 1 y 3 del citado artículo 30, fijados en 3 años, dos años y un año, no coinciden con los establecidos por el legislador estatal para el régimen sancionador común configurado en la materia: cinco años, cuatro años y un año. [] Asimismo, el apartado 3 debería ofrecer una redacción de mayor precisión conceptual sobre la cuestión que pretende regularse –la prescripción de las sanciones–, haciendo una alusión más atinada y rigurosa a “la facultad de la Administración autonómica para ejecutar las sanciones impuestas por la comisión de infracciones” muy graves, graves o leves y sus correspondientes plazos de ejercicio; o bien adoptando una redacción similar a la del apartado 1, en la*

que podría señalarse, simplemente, que “las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los [cinco] años, las impuestas por faltas graves a los [cuatro] años y las impuestas por faltas leves al año” –véase, como ejemplo, el artículo 30.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre–”.

El Diario Oficial de Castilla-La Mancha de 27 de diciembre de 2018 publicó la Ley 5/2018, de 21 de diciembre, de acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros, cuyo texto atendía las observaciones esenciales formuladas por el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Dictamen 333/2018, de 3 de octubre, solicitado por la Consejería de Sanidad, por el que se regulan los Derechos de las Personas Consumidoras de Castilla-La Mancha

La memoria sobre el anteproyecto de Ley fue suscrita por el Director General de Salud Pública y Consumo, y como objetivos de la norma se señalaban, entre otros, revisar el texto vigente, esto es, la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha; adaptar la intervención administrativa en materia de consumo a los nuevos retos que plantea la sociedad actual; promover un enfoque socio-ambiental orientado a la protección de los intereses colectivos; facilitar un contexto de mercado en libre competencia basado en la simetría informativa y la transparencia, así como en la confianza y la reputación; articular un procedimiento sancionador propio en materia de consumo; y potenciar la participación ciudadana en el ámbito de la colaboración público-privada. En cuanto a su conveniencia e incidencia se significaba el tiempo transcurrido desde la aprobación de la normativa vigente y la necesidad de aprobar una ley que atendiera a la nueva realidad social y a la ampliación del acervo jurídico en la materia tanto a nivel estatal como comunitario.

El Consejo Consultivo, en su dictamen, efectuó diversas observaciones de carácter esencial al texto del Anteproyecto, agrupadas en dos apartados, y que se pasan a describir.

1. Un primer bloque de observaciones se refiere a aquéllas cuya esencialidad deriva de la incorrecta técnica normativa empleada, al reproducir preceptos de las leyes estatales que configuran el marco normativo en el que se ha de desenvolver el anteproyecto.

Recuerda el órgano consultivo que *“ésta técnica de la reiteración de normas*

estatales ha venido siendo cuestionada por el Consejo –por todos, dictamen número 168/2014, de 21 de mayo– por el margen de inseguridad jurídica y error que introduce, incrementado cuando se transcribe parcialmente la norma.

En aras a analizar la problemática que conlleva la utilización de dicha técnica normativa, y conforme ya se expusiera en el precitado dictamen, debe traerse a colación la doctrina del Tribunal Constitucional contenida entre otras en la Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, con cita de la más relevante jurisprudencia anterior mantenida en Sentencias tales como la 62/1996, de 17 de octubre o 150/1998, de 2 de julio, y de la cual se hacen eco pronunciamientos más recientes como los de las Sentencias 18/2011, de 3 de marzo, 137/2012, de 19 de junio y 201/2013, de 5 de diciembre, o la 54/2018, de 24 de mayo.

En concreto señala el Alto Tribunal en la referida sentencia 341/2005 lo siguiente: “[...] La doctrina constitucional relevante para la resolución de este segundo motivo de impugnación [...] se halla sintetizada en la STC 162/1996, de 17 de octubre (RTC 1996,162) (F.3); síntesis que posteriormente se reproduce en la STC 150/1998, de 2 de julio (RTC 1998,150) (F.4). De acuerdo con dicha doctrina, “cierto es que este Tribunal no es Juez de la calidad técnica de las Leyes (SSTC 341/1993 [RTC 1993,341] y 164/1995 [RTC 1995,164]), pero no ha dejado de advertir sobre los riesgos de ciertas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por inadecuadas al sistema de fuentes configurado en la Constitución. Así lo hizo respecto de la reproducción por Ley de preceptos constitucionales (STC 76/1983 [RTC 1983,76], F.23), en otros casos en los que Leyes autonómicas reproducían normas incluidas en la legislación básica del Estado (SSTC 40/1981 [RTC 1981,40] y 26/1982 [RTC 1982,2], entre otras muchas) o, incluso, cuando por Ley ordinaria se reiteraban preceptos contenidos en una Ley Orgánica. Prácticas todas ellas que pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía”.

Este riesgo adquiere una especial intensidad cuando concurre el vicio de incompetencia material de la Comunidad Autónoma, “porque si la reproducción de normas estatales por Leyes autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades, esta operación se convierte en ilegítima cuando las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre una materia (STC 35/1983 [RTC 1983,35]). En este sentido, cumple recordar lo declarado por este Tribunal en su STC 10/1982 (RTC 1982,10) (F.8) y más recientemente recogido en las SSTC 62/1991 (RTC

1991,62) [F.4, apartado b)] y 147/1993 (RTC 1993,147) (F.4) como antes citamos, la simple reproducción por la legislación autonómica además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a las Comunidades Autónomas” (ibidem). Aunque también hemos precisado que “esta proscripción de la reiteración o reproducción de normas... por el legislador autonómico (leges repetitae) no debemos extenderla a aquellos supuestos en que la reiteración simplemente consiste en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico” (STC 47/2004, de 29 de marzo [RTC 2004,47], F.8)”.

Partiendo de esta doctrina jurisprudencial, el Tribunal a continuación matiza su pronunciamiento al caso distinguiendo dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas de las cuales se derivan distintas consecuencias: “[...] El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. El segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal (salvo supuestos excepcionales como el aludido en la STC 47/2004, de 25 de marzo), en el primero, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto”.

En suma, la inconstitucionalidad se producirá siempre en el caso de repetición de leyes estatales aprobadas en ámbitos de competencia exclusiva del Estado; en cambio, en el caso de las competencias compartidas según el esquema bases-desarrollo, solo podrá hablarse de dicha inconstitucionalidad en los casos en que esta técnica conlleve infracción de la seguridad jurídica.

A la anterior doctrina se refiere también la reciente Sentencia 54/2018, de 24 de mayo –a la que se ha aludido en consideración previa–, y en la que fue objeto de examen la citada técnica legislativa con motivo de la misma materia que ahora ocupa al anteproyecto de Ley objeto de dictamen y su posible colisión con títulos de competencia exclusiva estatal, como son los previstos en el artículo 149.1.6ª

y 8^a de la Constitución. En ella se expresa lo siguiente: “[...] Como señalara la STC 88/1986, de 1 de julio (RTC 1986,88), FJ 5, la estructura autonómica del Estado ha reservado, con alguna salvedad cualificada, el Derecho privado a la potestad central del Estado. De lo que esencialmente se trata, continúa señalando la citada Sentencia, es de verificar que a través de las normas autonómicas (en este caso, de protección de consumidores y usuarios) «no se produzca un novum en el contenido contractual, o en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas». Así lo reiteró la STC 264/1993, de 22 de julio (RTC 1993,264), que añade que, «aun cuando las normas autonómicas persigan, mediante el reforzamiento de las obligaciones del vendedor, la protección del consumidor y usuario, la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se inserta dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida por los artículos 149.1.6 y 8 CE (RCL 1978,2836)» (FJ 5; citada en la STC 157/2004, de 21 de septiembre (RTC 2004,157), FJ 11). [] Si fuera este el caso, bastará con apreciar que la normativa impugnada se ha adentrado a regular ámbitos reservados a la competencia exclusiva del Estado por el artículo 149.1.6 y 8 CE (RCL 1978,2836) para concluir en su inconstitucionalidad. «En el ámbito de una competencia exclusiva del Estado, resulta asimismo relevante la doctrina constitucional sobre la llamada *lex repetita*. Según la STC 5/2015 (RTC 2015,5), FJ 5, ‘las Comunidades Autónomas no pueden establecer disposición alguna al respecto, ni siquiera para reproducir con exactitud las previsiones estatales, operación que quedaría vedada por la doctrina sobre la *lex repetita* sistematizada por la STC 341/2005, de 21 de diciembre (RTC 2005,341), FJ 9, y cuyo origen último está en la STC 10/1982, de 23 de marzo (RTC 1982,10), FJ 8, según la cual la reproducción de normas estatales en normas autonómicas es inconstitucional cuando la Comunidad Autónoma carece de la correspondiente competencia, salvo que –lo que no es el caso– la reiteración de la norma estatal sea imprescindible para el entendimiento del precepto (STC 47/2004, de 25 de marzo (RTC 2004,47), FJ 8)» (STC 8/2016, de 21 de enero (RTC 2016,8), FJ 3). [] Salvo esta última excepción, al legislador autonómico le está vedado reproducir la legislación estatal que responde a sus competencias exclusivas. Y, con mayor razón, le está vedado parafrasear, completar, alterar, desarrollar, o de cualquiera otra manera directa o indirecta incidir en la regulación de materias que no forman parte de su acervo competencial”.

En atención a la citada doctrina del Tribunal Constitucional y a los límites de la potestad legislativa autonómica en la materia, en el dictamen se formularon, con carácter esencial, observaciones a los siguientes preceptos contenidos en el Anteproyecto:

- El artículo 8, sobre irrenunciabilidad de los derechos, reproducía casi literalmente lo dispuesto en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU), dictado por el Estado con carácter de legislación exclusiva en virtud de lo señalado en el artículo 149.1.8ª de la Constitución, conforme indica la disposición final primera del mismo, el cual prevé que *“La renuncia previa a los derechos que esta Norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”*.

El Consejo considera que *“es cierto que el precepto objeto de análisis efectúa una remisión expresa a lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil, lo que deja claro en el texto del anteproyecto que se trata de una reiteración de norma eminentemente de competencia estatal, si bien los genéricos términos en los que se halla redactada con alusión a “los derechos que son reconocidos a las personas consumidoras por la normativa correspondiente”, sin explicitar siquiera los que son objeto de regulación por la ley autonómica, otorgan al precepto un alcance que excede de la competencia autonómica en materia de defensa del consumidor y usuario, lo que hace objetable su regulación”*.

- En cuanto al artículo 10, sobre el deber de información a las personas consumidoras sobre los riesgos de los bienes y servicios, en el dictamen se recuerda que *dicho deber se encuentra regulado en el TRLGDCU en su artículo 12, precepto que ostenta el carácter de norma básica estatal al haber sido dictado todo el Capítulo III del Título I, del Libro I en el que se integra, en virtud de las competencias reconocidas al legislador estatal en el artículo 149.1.1ª, 13ª y 16ª de la Constitución, según señala la disposición final primera, apartado 2 de la citada Ley”*.

Se considera así que *“el artículo del anteproyecto viene a desarrollar la citada norma básica estatal por cuanto en sus diferentes apartados completa y detalla el alcance de ésta con especificación de determinadas condiciones y requisitos en lo que atañe a determinados productos que incluyan sustancias peligrosas o vayan destinadas al cuidado personal –apartados 2 al 5– por lo que nada cabe objetar respecto a su regulación. No es posible, sin embargo, decir lo mismo respecto de su apartado 1 por cuanto al referirse al deber de información general de los riesgos y productos que incumbe a las empresas, omite que hayan de ser tenidas en cuenta las “características” de los bienes y servicios a las que sí se refiere expresamente la norma básica estatal. Ello redundaría, en definitiva, en una merma respecto del objeto de la información a la que tienen derecho*

las personas consumidoras. [] Procede, en consecuencia, que la redacción del apartado 1 del artículo 10 del anteproyecto se adecúe a lo previsto por el legislador básico estatal”.

- Respecto al artículo 16, el Consejo señaló que *“la regulación de la seguridad general de los productos se ha llevado a cabo por el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, norma básica dictada por el Estado al amparo del artículo 149.1.16^a de la Constitución, que le atribuye competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad. En concreto el artículo 3, regulador de la evaluación de la seguridad de un producto, explicita en su apartado 5 tres presupuestos en los cuales un producto ha de presumirse que es inseguro, recogiendo como primero de ellos que “a) El producto o las instalaciones donde se elabore carezcan de las autorizaciones u otros controles administrativos preventivos necesarios establecidos con la finalidad directa de proteger la salud y seguridad de los consumidores y usuarios. En particular, cuando estando obligado a ello, el producto haya sido puesto en el mercado sin la correspondiente «declaración CE de conformidad», el «mercado CE» o cualquier otra marca de seguridad obligatoria”.*

Se fundamenta a continuación que el apartado 2 de dicho artículo 16 *“regula tales presupuestos si bien en el subapartado a) se ha omitido el primer inciso del precepto estatal que se acaba de reproducir –el referido a que los productos o las instalaciones donde éstos se elaboren carezcan de las autorizaciones administrativas necesarias–, omisión que supone una restricción a efectos de poder presumir cuándo un producto es inseguro respecto de lo dispuesto con carácter general por el legislador básico estatal.*

Es cierto que el artículo 18, regulador de las “Actividades carentes de autorización, declaración responsable o comunicación”, se refiere, aunque no en idénticos términos, al requisito exigido por la norma reglamentaria estatal cuando expresa que son productos y bienes inseguros los derivados de toda actividad productiva, de distribución y comercialización “carentes de las autorizaciones generales y específicas preceptivas”, mas en él se sigue omitiendo la referencia a “los controles administrativos preventivos necesarios establecidos con la finalidad directa de proteger la salud y seguridad de los consumidores y usuarios” que contiene la norma reglamentaria estatal, y aun cuando la declaración responsable o comunicación pudieran incardinarse dentro de tales controles administrativos previos, es lo cierto que los términos empleados en aquella pueden resultar comprensivos de otros controles administrativos previos también necesarios.

En definitiva, razones de seguridad jurídica hacen necesario que el precepto objeto de estudio respete en su literalidad de forma íntegra lo previsto en la norma reglamentaria básica estatal a efectos de presumir cuando un producto es inseguro”.

- En el apartado 3 del artículo 19 se preveían las obligaciones que incumben a las empresas productoras, recogiendo en el subapartado c) la de indicar los datos de identificación de la empresa y referencia del productor y del lote de fabricación, explicitando que los datos relacionados con dicho lote “[...] *deberán conservarse por la empresa productora, para cualquier producto, durante tres años. En los productos con fecha de caducidad o consumo preferente este plazo podrá reducirse a seis meses a partir del final de esa fecha”.*

Expuso el Consejo que “*el precepto que se acaba de reproducir es trasunto del artículo 4, apartado 2.c) del citado Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, norma que ostenta el carácter de básica al haber sido dictada por el Estado al amparo del artículo 149.1.16ª de la Constitución, si bien en este último se indica que dichos datos “[...] deberán conservarse por el productor, para cualquier producto, durante tres años. En los productos con fecha de caducidad o consumo preferente, este plazo podrá reducirse al de un año a partir del final de esa fecha”.*

La rebaja de un año a seis meses que recoge el precepto autonómico supone una minoración en el nivel de exigencia a los productores en lo que concierne a la obligación de conservación de datos relacionados con el lote de fabricación que se impone a aquéllos por la norma básica y, en consecuencia, una merma en la garantía de seguridad general de los productos. Debe, en consecuencia, respetarse por el precepto autonómico el plazo que prevé la norma reglamentaria básica”.

- El apartado 4 del artículo 36 regulaba los datos que habrían de incluirse en la información que las empresas debían de poner a disposición de las personas consumidoras a efectos de que éstas pudieran presentar quejas y reclamaciones o solicitar información sobre los bienes o servicios ofertados, apreciándose nuevamente por el Consejo una reproducción parcial de lo dispuesto en la norma básica, en concreto en el artículo 21, apartado 3 del TRLGDCU, al haberse omitido su último inciso conforme al cual “*Los empresarios comunicarán además su dirección legal si esa no coincidiera con la habitual para la correspondencia”.*

En el dictamen se estima que “*por cuanto la omisión detectada en la norma autonómica respecto de la básica estatal pudiera obstaculizar el derecho que asiste a los consumidores de interponer quejas y reclamaciones o solicitar determinada*

información sobre los bienes y servicios ofertados o contratados en el supuesto de que la dirección legal del empresario no coincidiera con la postal habitual para la correspondencia, debe concluirse que su redacción actual vulnera la legislación básica, por lo que debe ser completado en el sentido indicado”.

- El apartado 2 del artículo 41 preveía los requisitos que habría de reunir la información que figurara en los envases, embalajes y etiquetas de los productos, efectuando a continuación una enumeración de los aspectos relacionados con las características de los bienes entre los que se incluye “*a) La naturaleza, finalidad, denominación usual y comercial si la tuvieses, y la identificación del proveedor*”.

El Consejo expresa que “*tales requisitos se encuentran regulados con carácter de norma básica en el artículo 18, apartado 2 del TRLGDCU, si bien en su subapartado a) se alude al “Nombre y dirección completa del productor”.* En consecuencia la norma autonómica, si bien puede añadir como requisito ad extra el de la identificación del proveedor –como así lo ha hecho también respecto de otros como el del origen del bien, su medida o peso–, lo que no puede es prescindir en su regulación del requisito exigido por la legislación básica estatal referido a la identificación del productor y su dirección completa.

Procede, en consecuencia, completar el apartado objeto de estudio en el sentido que se acaba de indicar”.

- El artículo 76 establecía una serie de requisitos que habrían de incluirse en la información que acompañara a toda propuesta de contratación a distancia y fuera del establecimiento mercantil, requisitos que consideraba el Consejo que habrían de considerarse adicionales, “*aun cuando en el artículo no se dice expresamente, a los ya recogidos en el artículo anterior para todas las modalidades especiales de relaciones de consumo*”.

Se expone en el dictamen que “*tales requisitos se encuentran regulados en el artículo 97 del TRLGDCU, precepto dictado por el Estado en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, procesal y civil conforme al artículo 149.1.6^a y 8^a de la Constitución, si bien cotejada la regulación de éste y la de los artículos 75 y 76 del anteproyecto, se observa que hay requisitos establecidos en la norma estatal que no se recogen en el anteproyecto autonómico, en concreto nos estamos refiriendo a los previstos en las letras h) –lengua en las que podrá formalizarse el contrato–, j) –asunción del coste de devolución de los bienes en caso de desistimiento–, o) –la existencia de códigos de conducta y la forma de conseguir ejemplares–, o s) –la funcionalidad*

de los contenidos digitales cuando proceda–. E incluso se regula alguno de ellos que se aparta de lo previsto por el legislador estatal como es el caso de la letra d) del artículo 76 que recoge “El coste del uso de la técnica de comunicación a distancia, si este es superior a las tarifas básicas del servicio”, en tanto que la letra f) del citado artículo 97, se refiere a “El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato, en caso de que dicho coste se calcule sobre una base diferente de la tarifa básica”.

Conviene traer a colación a propósito de la regulación examinada lo expresado en la tan citada Sentencia del Tribunal Constitucional 54/2018, de 24 de mayo, conforme a la cual “[...] La competencia autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios comprende la de establecer y regular los datos informativos que deban contener las ofertas de venta siempre, claro está, que se refieran a derechos que vengan reconocidos en normas aprobadas por el legislador competente, esto es, el estatal. Desde esta perspectiva, solo cabría entender que el precepto resulta constitucional si, desde la perspectiva informativa que hemos considerado constitucionalmente admisible, hiciera una reproducción o reiteración fiel de la norma estatal [...]” (Fundamento jurídico 9.a).

En consecuencia y dado que la regulación que ofrece el artículo objeto de estudio se separa de la dictada por el legislador estatal al amparo de competencias exclusivas ha de proponerse, o bien su supresión, o bien su ajuste de forma íntegra a la redacción que ofrece el citado artículo del TRLGDCU, con remisión expresa a la legislación estatal de referencia”.

- Por lo que se refiere a las infracciones leves, graves y muy graves recogidas en los artículos 125, 126 y 127 del Anteproyecto, el Consejo señala que “*el artículo 49 del TRLGDCU plasma un elenco de infracciones en materia de defensa de consumidores y usuarios que, al presentar carácter básico de acuerdo con lo indicado en la disposición final primera apartado 2, supone un mínimo común para todo el territorio. El epígrafe n) del apartado 1 abre la vía a la tipificación de infracciones por las Comunidades Autónomas al recoger como infracción en términos genéricos “El incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta norma o disposiciones que la desarrollen, en los términos previstos en la legislación autonómica que resulte de aplicación”.* Tal posibilidad regulatoria, no obstante, habrá de respetar en cualquier caso el mínimo común fijado en el precepto básico.

Contrastando la dicción de los artículos 125, 126 y 127 del anteproyecto – referentes, respectivamente, a infracciones leves, graves y muy graves– con el

citado precepto estatal, no resulta tarea fácil apreciar que se haya respetado en los mismos la regulación dictada con carácter básico.

Así, en unos casos se hace alusión a algunos de los tipos recogidos en el precepto estatal pero sin ceñirse en su totalidad al mismo, lo que atenta contra la seguridad jurídica al desconocerse si en tal opción reside la pretensión de no aplicación de todo el precepto. De esta circunstancia son mero ejemplo la infracción calificada como leve en el artículo 125.11 relativa a “El incumplimiento de las disposiciones que regulen el marcado, etiquetado y envasado de productos, así como la publicidad sobre bienes y servicios, que no tengan en carácter de graves o muy graves”, mientras el artículo 49.1.f) básico establece “El incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o tipificación, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios”; la contemplada como grave en el artículo 126.2 concerniente a “El incumplimiento de las disposiciones sobre salud o seguridad en cuanto afecten o puedan suponer un riesgo para las personas consumidoras”, mientras el artículo 49.1.b) básico prevé “Las acciones u omisiones que produzcan riesgos o daños efectivos para la salud o seguridad de los consumidores y usuarios, ya sea de forma consciente o deliberada, ya por abandono de la diligencia y precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate”; o la prevista en el artículo 126.9 sobre “El fraude en la prestación de toda clase de servicios, de forma que se incumplan las condiciones, calidad, cantidad, intensidad o naturaleza de los mismos, conforme a la categoría con que estos se ofrezcan o correspondan a su naturaleza”, cuando el artículo 49.1.d) básico establece “La alteración, adulteración o fraude en bienes o servicios susceptibles de consumo por adición o sustracción de cualquier sustancia o elemento, alteración de su composición o calidad, incumplimiento de las condiciones que correspondan a su naturaleza o la garantía, arreglo o reparación de productos de naturaleza duradera y en general cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del bien o servicio”-.

En otros supuestos no se logra advertir que se haya incluido en el listado de infracciones autonómico que se ha elaborado la recogida con carácter básico en la norma estatal –este es el caso de la infracción tipificada en el artículo 49.1.c) relativa a “El incumplimiento o transgresión de los requisitos previos que concretamente formulen las autoridades competentes para situaciones específicas, al objeto de evitar contaminaciones, circunstancias o conductas nocivas de otro tipo que puedan resultar gravemente perjudiciales para la salud pública”; o la prevista en el epígrafe o) relativa a “La obstrucción o negativa a suministrar las condiciones generales de la contratación que establece el artículo 81.1 de esta Ley”-.

Ante tales disfunciones se hace imprescindible una revisión del listado de infracciones incorporado a los preceptos que se comentan, de modo que se asegure que en los mismos se incluyen las recogidas en la norma básica y que se respeta el ámbito y alcance previsto en la misma”.

- El artículo 128 recogía una serie de circunstancias que llevarían a calificar como “*muy graves*” las infracciones “*graves*” en que concurren. Por su parte, el apartado 7 establecía que “*el incumplimiento del régimen establecido para los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, los de contratación a distancia, contratación telefónica o de contratación con medios de la sociedad de la información, se clasificarán como infracciones muy graves cuando el volumen de negocio o facturación realizada a que se refiere la infracción sea superior a 601.000 €*”.

En el dictamen se puso de manifiesto que “*el artículo 50 del TRLGDCU, precepto de carácter básico de acuerdo con la disposición final primera apartado 2, dispone que las infracciones tipificadas en el apartado 2 del artículo 49 – incumplimiento del régimen establecido en materia de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles e incumplimiento de obligaciones que impone la regulación de contratos celebrados a distancia– se considerarán como infracciones muy graves cuando “exista reincidencia o el volumen de la facturación realizada a que se refiere la infracción sea superior a 601.012,10 euros”.*

La omisión en el precepto autonómico de la “reincidencia” prevista en la norma básica vulnera el principio de seguridad jurídica, en cuanto podría entenderse que limita los supuestos en que dichas infracciones han de ser consideradas muy graves. Se considera, por ello, que debería incluirse la mención a tal circunstancia en el precepto que es objeto de comentario.

Asimismo, la cantidad prevista en el precepto debería adaptarse a la fijada en la norma básica”.

- El apartado 3.a) del artículo 130 recogía otras medidas sancionadoras, separándose del artículo 52.a) del TRLGDCU de carácter básico al excluir algunos de sus términos, lo que, según estima el Consejo, “*restringe las posibilidades sancionatorias de la Administración y, por ende, limita la cobertura del bien jurídico protegido*”. Se continúa indicando que “*en tal sentido se prevé en el anteproyecto, por un lado, la posibilidad de que como sanción accesoria se acuerde “el decomiso de la mercancía adulterada, falsificada, fraudulenta o no identificada, o que pueda suponer un riesgo para la persona consumidora”, omitiendo la que se encuentre*

“deteriorada”. Por otro, dispone que serán de cuenta del infractor los gastos que originen las operaciones de “intervención, depósito, comiso y destrucción de la mercancía”, omitiendo “las derivadas del transporte, [y] distribución” que contempla el precepto básico mencionado. Tales omisiones deberían ser subsanadas incorporando la norma básica en toda su extensión.

En el epígrafe b) alude el artículo 130.3 a la publicidad de las sanciones impuestas, siempre que concurra alguna de las circunstancias de riesgo para la salud, seguridad “o intereses económicos de las personas consumidoras”, reincidencia en infracciones análogas o acreditada intencionalidad. El artículo 52 del TRLGDCU citado prevé en su epígrafe b) los supuestos en que se efectuará la publicidad de las sanciones impuestas “siempre que concurra riesgo para la salud o seguridad de los consumidores y usuarios, reincidencia en infracciones de naturaleza análoga o acreditada intencionalidad en la infracción”. El inciso introducido por la norma autonómica alusivo a los “intereses económicos de las personas consumidoras” constituye un concepto jurídico indeterminado que introduce un gran margen de inseguridad jurídica –resulta del todo incierto quién ha de apreciar su concurrencia y con qué límites–, por lo que debería ser eliminado del anteproyecto”.

- El apartado 1 del artículo 149 ordenaba que si no hubiese recaído resolución en el procedimiento sancionador transcurrido un plazo de nueve meses desde la iniciación del mismo, teniendo en cuenta las posibles interrupciones de su cómputo por causa imputable a la parte interesada o por suspensión, *“se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en la ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”.*

Se estima en el dictamen que *“conforme a lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en los procedimientos iniciados de oficio el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración de la obligación de resolver, añadiendo en su epígrafe b) que “En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de actuaciones con los efectos previstos en el artículo 95”.*

La redacción empleada en el apartado objeto de comentario genera una enorme inseguridad jurídica, pues parece que pretende iniciar el cómputo de un

nuevo plazo para declarar la caducidad, si bien dicha circunstancia concurrirá conforme al precepto básico cuando transcurra el plazo del procedimiento –en este caso fijado en nueve meses– sin que haya recaído ni se haya notificado la resolución expresa del mismo. Procede, por ello, su modificación y adaptación a la citada normativa.

Por su parte, el apartado 2 de este mismo precepto calificaba como casos de suspensión del plazo de caducidad “*La práctica de pruebas, la solicitud de informes o la realización de análisis*”. Entiende el Consejo que “*tales supuestos deben adecuarse a los requisitos establecidos con carácter básico por el artículo 22.1 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, que en el epígrafe d) recoge el supuesto de que “se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En el caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”*; y en el epígrafe e) contempla el supuesto de que “*deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente*”. *Ha de remitirse, por tanto, la regulación pretendida a lo dispuesto en el citado precepto básico*”.

2. El segundo grupo de observaciones esenciales realizadas por el Consejo Consultivo viene referido al incumplimiento, por exceso, del marco competencial asumido por la Comunidad Autónoma. Los preceptos del anteproyecto a los que afectan dichas observaciones son los que a continuación se relacionan.

- El apartado 6 del artículo 114 preveía que “*para que una reclamación pueda interponerse por vía arbitral deberá acreditarse haber intentado una mediación entre las partes con carácter previo a la solicitud de admisión por la Junta Arbitral de Consumo*”. El órgano consultivo entiende que el precepto “*pretende recoger, de este modo, la norma autonómica la exigencia de un requisito específico y previo para poder acceder al arbitraje de consumo*”.

De este modo, el dictamen recoge que “*el Sistema Arbitral de Consumo se regula en el artículo 57 y siguientes del TRLGDCU como sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios, en el que “sin formalidades especiales” y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes se resuelven las reclamaciones que los consumidores hayan presentado. El apartado 2 del mencionado artículo 57 dispone que la organización,*

gestión y administración de dicho sistema y el procedimiento de resolución de conflictos se establecerá reglamentariamente por el Gobierno. La citada regulación ha sido dictada en virtud del artículo 149.1.6^a de la Constitución que otorga al Estado competencias exclusivas en materia de legislación procesal, según expresa la disposición final primera apartado 3 de la norma. Resulta patente, por ende, que la regulación de aspectos procedimentales en la materia excede de la competencia que ostenta la Comunidad Autónoma.

Pero es que, además, no puede obviarse que en base a la competencia citada el Gobierno aprobó el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo. En esta norma se diseña el procedimiento arbitral en los artículos 33 y siguientes, el cual comienza con una solicitud de arbitraje que podrá ser inadmitida si no cuenta con los requisitos que señala, entre los cuales no se halla la acreditación de haber intentado una mediación previa. En consonancia con ello en el artículo 37.3 se expresa que en el supuesto de que no se aprecien causas de inadmisión, “En la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral constará expresamente la admisión de la solicitud de arbitraje, la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa en los supuestos en que proceda y el traslado al reclamado de la solicitud de arbitraje para que, en el plazo de 15 días, formule las alegaciones que estime oportunas para hacer valer su derecho”. Se configura así la mediación como trámite a cumplimentar una vez admitida la solicitud de arbitraje.

Por su parte, el artículo 38 establece que “1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto. [] 2. La mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de ésta. [] 3. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros”.

Se contempla, de este modo, por el Estado en ejercicio de sus competencias exclusivas, la invitación a la mediación como trámite inserto en el procedimiento arbitral ya iniciado, por lo que la pretensión del legislador autonómico de que dicha mediación se configure como requisito de admisión de la solicitud de arbitraje no solo excede del ámbito competencial que le concierne, sino que además contradice la regulación del Estado en este ámbito. A la vista de tales conclusio-

nes se considera que el apartado citado debería ser eliminado del anteproyecto”.

- El artículo 139 determinaba los distintos responsables de las infracciones tipificadas en la ley señalando a los autores de las mismas, a los profesionales que hayan cooperado a la comisión de la infracción, al personal de gestoría o dirección de empresas cuando su conducta haya sido necesaria en la comisión de la infracción o a quienes en beneficio propio hubieran colaborado adquiriendo u ofertando productos ilegales.

Continuaba señalando el precepto, en su apartado 3, los supuestos en que una infracción sea imputada a una persona jurídica, la posibilidad de considerar responsables a las personas físicas que integren los organismos rectores o de dirección o administración, así como el personal técnico responsable de la elaboración y control; en el apartado 5, que en el supuesto de infracciones cometidas por personas jurídicas que se extinguieran o se encontrasen en situación concursal antes de ser sancionadas la responsabilidad administrativa debería exigirse también a las personas físicas que componen sus órganos de dirección o administración en el momento de la comisión de la infracción; y en el apartado 6, que las responsabilidades pecuniarias por las sanciones impuestas antes de la extinción de la personalidad jurídica, si no fueran satisfechas en la liquidación, se transmitían a socios o partícipes en el capital, quienes deberían responder mancomunadamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera adjudicado.

El órgano consultivo entendió que *“la regulación recogida en los aludidos apartados presenta un claro carácter mercantil, el cual excede de la competencia de la Comunidad Autónoma al incurrir en el ámbito de competencia exclusiva del Estado conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.6ª de la Constitución. Se considera, por ende, que deben ser suprimidos del texto del anteproyecto”.*

A la fecha de conclusión del presente trabajo, el Anteproyecto de Ley descrito no había sido objeto de aprobación por las Cortes Regionales.

Finalmente, durante el año 2018, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha emitió en materia de carácter constitucional y estatutario el dictamen 378/2018, de 31 de octubre, solicitado por la Consejería de Economía, Empresas y Empleo, sobre el anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley/1/2001, de 5 de abril por la que se crea y regula el Consejo de Formación Profesional de Castilla-La Mancha; y el dictamen 431/2018, de 28 de noviembre, solicitado por la Consejería de Educación, Cultura de Deportes, sobre Anteproyecto de Ley de Academias de Castilla-La Mancha.

RESUMEN

El presente trabajo se ocupa de describir la labor del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha referida al ejercicio de competencias constitucionales y estatutarias atribuidas por el artículo 54 de 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 2018, en la emisión de cinco dictámenes sobre anteproyectos de ley. En tres de ellos el Consejo realizó consideraciones de carácter esencial que conviene recordar como doctrina más significativa, referida a la materia que nos ocupa.

El esquema que se sigue en cada uno de los apartados del presente trabajo se estructura, a su vez, en tres bien diferenciados, referidos a la finalidad del anteproyecto, consideraciones fundamentales emitidas por el Consejo y, en su caso, nivel de atención que dichas observaciones hayan tenido en el texto normativo aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha.

ABSTRACT

The present work deals with describing the work of the Consultative Council of Castilla-La Mancha referred to the exercise of constitutional and statutory powers attributed by the article Law 11/2003, of September 25, which regulates said body and the Government of Our autonomous community. This work has been concretized, in 2018, in the issuance of five opinions on preliminary bills. In three of them, the Council made considerations of an essential nature that should be remembered as a more significant doctrine, referring to the matter at hand.

The scheme that is followed in each of the sections of the present work is structured, in turn, into three well differentiated, referring to the purpose of the draft, fundamental considerations issued by the Council and, where appropriate, level of attention that said observations have had in the normative text approved by the Courts of Castilla-La Mancha.

PALABRAS CLAVE

Procedimiento sancionador, técnica normativa, reproducción de normativa estatal, normativa básica, ámbito competencial, violencia de género, contratación pública, prohibición de contratar, ley transversal, competencia exclusiva, disca-

pacidad, accesibilidad, infracciones y sanciones, derechos de los consumidores y usuarios, protección al consumidor, procedimiento administrativo, caducidad.

KEYWORDS

Sanctioning procedure, regulatory technique, reproduction of state regulations, basic regulations, jurisdiction, gender violence, public procurement, prohibition of hiring, transversal law, exclusive competence, disability, accessibility, infractions and penalties, rights of consumers and users, protection to the consumer, administrative procedure, expiration.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
AUTONÓMICO Y PARLAMENTARIO.
(I ENERO DE 2017 A I DE ENERO DE 2018)

Dra. M^a Elena Rebato Peño
Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM.

Recibido: 01-06-2019

Aceptado: 30-06-2019

SUMARIO

1. Actividades sobre derechos fundamentales

1.1 XXIII. Jornadas de Derecho Constitucional: “Los derechos fundamentales en el 40º aniversario de la Constitución Española”. Ciudad Real, 22 y 23 de noviembre

2. Actividades relacionadas con el sistema autonómico:

2.1 XX. Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: “Relaciones entre el Gobierno y el Parlamento”. Cuenca, 22 y 23 de febrero

3. Actividades en materia de justicia constitucional

3.1 II. Edición título de especialista en Justicia Constitucional, interpretación y tutela de los derechos fundamentales. Toledo, 2 a 20 de julio

4. Otras actividades

4.1 Jornadas sobre los 40 años de la Constitución Española. Toledo, miércoles 17 y 24 de octubre y 7 y 14 de noviembre

4.2 Seminario. “El método comparado en la investigación jurídica y constitucional”. Toledo, 23 de octubre

4.3 Seminario. “La Constitución Española, ayer, hoy y mañana: un debate sobre los valores constitucionales 40 años después”. Toledo, 13 de diciembre de 2018

1. Actividades sobre Derechos Fundamentales

1.1. XXIII. Jornadas de Derecho Constitucional: “Los derechos fundamentales en el 40º aniversario de la Constitución Española”. Ciudad Real, 22 y 23 de noviembre

Una constante a lo largo de esta reseña va a ser la referencia al cuarenta aniversario de nuestra Carta Magna. De un modo u otro todas las actividades que aquí se contemplan van a hacer una referencia a esta efeméride. Las jornadas que el área de Derecho Constitucional organiza desde hace más de veinte cursos académicos no son una excepción y la tradicional temática de las mismas –los derechos fundamentales– se van a orientar en esta ocasión a la evolución que han tenido los mismos en estos cuarenta años de vigencia de la Constitución española de 1978.

El inicio de las jornadas corrió a cargo del Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de D. Constitucional, D. Eduardo Espín Templado, quien realizó una revisión de los hitos jurisprudenciales más relevantes en relación a la protección judicial de los derechos fuera del ámbito del amparo.

La segunda sesión fue impartida por D^a Ascensión Elvira Perales, Catedrática de D. Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid, quien en su conferencia “¿Lista cerrada de derechos?”, abordaba un punto clave en el ámbito de los derechos fundamentales como el de si la lista contemplada en la Constitución, admitiría o no nuevos derechos que el constituyente del 78 no tuvo en cuenta en ese momento. La Constitución es una norma viva, que debe adaptarse a la realidad social vigente y que por tanto debe amparar nuevas situaciones que tienen que ser protegidas bien desde el seno de los derechos clásicos, bien a partir de nuevas manifestaciones de los mismos o incorporando nuevos derechos al texto escrito.

El catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Fco. Javier Díaz Revorio inició la sesión vespertina con un derecho clásico, –el derecho a la vida–. El inicio de la vida y el fin de la misma siguen, tal y como puso de relieve el ponente planteando nuevos retos que hay que afrontar sin desnaturalizar el contenido esencial del derecho fundamental mencionado.

Una mesa redonda sobre el derecho fundamental a la libertad religiosa puso el cierre al primer día de las jornadas. En la misma los profesores de la UCLM, D. Enrique Belda Pérez-Pedrero, D^a M^a Pilar Molero Martín- Salas y D^a M^a Elena

Rebato Peño, moderados por la Secretaria de las Jornadas, D^a María Martín Sánchez; pusieron de manifiesto los nuevos retos que afectan a este derecho de libertad. La cuestión del velo, ¿manifestación de libertad o de opresión de la mujer?; el ideario educativo religioso en las aulas o las relaciones de cooperación entre la Iglesia y el Estado fueron algunos de los asuntos sobre la mesa.

En el transcurso de cuatro décadas han surgido nuevas amenazas para el Estado Democrático, inexistentes para los constituyentes, y que han retado a las libertades clásicas en sus postulados más tradicionales. Uno de estos retos ha sido garantizar la seguridad de los ciudadanos en un Estado intimidado por nuevas formas de terrorismo y la necesidad de proteger a los ciudadanos incluso a veces vulnerando un derecho fundamental como el de libertad. D. Juan Manuel Goig, Catedrático de Derecho Constitucional de la UNED, fue el encargado de realizar el análisis de este binomio libertad y seguridad que debe aspirar a estar equilibrado.

D^a Ana Carmona Cuenca, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla, clausuró estas jornadas dirigidas por D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM. Se acometió el análisis de un tema de suma actualidad en el ámbito político como es la supresión de los aforamientos y su relación con algunos derechos fundamentales, como el del derecho a la igualdad.

2. Actividades relacionadas con el Sistema Autonómico:

2.1. XX. Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: “relaciones entre el Gobierno y el Parlamento”. Cuenca, 22 y 23 de febrero

En un sistema parlamentario como el español las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo son imprescindibles y por tanto la base del funcionamiento de nuestro Estado. Pese a la separación de poderes existentes, ambos poderes colaboran y de ahí que el Presidente del Gobierno necesite la confianza de la cámara baja para ser investido y que a sensu contrario aquel pueda disolver las mismas o colaborar en la función legislativa a partir de los decretos legislativos y decretos leyes.

Éste fue el tema elegido por el área de Derecho Constitucional del campus de Cuenca en la vigésimo primera edición de las jornadas del Sistema Autonómico, que como en ocasiones anteriores contaron con la financiación de las Cortes de Castilla-La Mancha y la colaboración del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Después de la inauguración a cargo de las autoridades académicas de la Universidad de Castilla-La Mancha y del campus de Cuenca, el magistrado del Tribunal Supremo y catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Luis M^a Díez-Picazo, inició la jornada académica con una intervención sobre el origen histórico del parlamentarismo para que el auditorio pudiera desde el primer minuto ubicar el resto de las sesiones en el significado del parlamentarismo y su diferencia con otros sistema de gobierno como por ejemplo el parlamentarismo.

Dado que parte de los asistentes son estudiantes de Periodismo, se llevó a cabo una mesa redonda con periodistas que debatieron sobre el tratamiento por parte de los medios informativos de los habituales temas de relaciones parlamento-gobierno. Esta mesa redonda fue moderada por la co-directora de las Jornadas, D^a Ana Valero Heredia, Profesora contratada doctora de la UCLM.

La sesión de tarde comenzó con la ponencia de D. Enrique Belda Pérez-Pedrero, Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, quien abogó por la necesidad de reforzar la figura de la Presidencia del Congreso de los Diputados, como una forma de solucionar algunos de los problemas que se han planteado a la hora de configurar los últimos gobiernos en nuestro país.

El transfuguismo y cambio de mayorías fue el objeto de la intervención del Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional, D. Eduardo Espín Templado. El transfuguismo es una realidad que no por poco habitual deja de ser un tema siempre a debate, pues cuando se produce la misma altera en no pocas ocasiones la composición del gobierno o las mayorías existentes en los Parlamentos. Según el ponente esta circunstancia no puede ser penalizada, si bien nunca ha de dejarse de lado que el titular del escaño parlamentario es el propio diputado, senador o concejal y no los partidos políticos a través de los cuales concurrieron a las elecciones.

El co-director de las jornadas, D. Fco. Javier Díaz Revorio, complementó esta ponencia al hacer referencia los problemas que en su opinión acechan al Parlamento actual y en los cuales tienen una alta responsabilidad los propios partidos políticos.

La actual situación parlamentaria, la implantación del multipartidismo, unido a otros factores como la ruptura del nexo entre el parlamentario y el electorado, han dificultado, cuando no impedido la constitución de gobiernos tras unas elecciones. De este modo, la realidad política española ha tenido que cuestionar-

se de forma reciente hasta donde pueden llegar los gobiernos en funciones o cuáles son sus competencias dado que han permanecido gobernando durante periodos de tiempo más prolongados de lo habitual dada la incapacidad para formar gobierno tras las elecciones generales. D. Marc Carrillo, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra fue el encargado de arrojar luz y de realizar algunas propuestas en relación a este problema que se ha planteado de forma reciente.

Por último y como cierre de estas jornadas, se celebró la Mesa Redonda entre parlamentarios de Castilla-La Mancha, con el título “El funcionamiento del sistema parlamentario en Castilla-La Mancha”. En ella intervinieron, D. Francisco Cañizares Jiménez, del Grupo Parlamentario Popular, D^a Blanca Pilar Fernández Morena, del Grupo Parlamentario Socialista y D^a María Díaz García, del Grupo Parlamentario Podemos.

3. Actividades en materia de Justicia Constitucional

3.1. II. Edición título de especialista en Justicia Constitucional, interpretación y tutela de los derechos fundamentales. Toledo, 2 a 20 de julio

El Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, celebró en el mes de julio la II. Edición del Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales. Como respuesta a la demanda de formación de los asistentes a la misma, el área de Derecho Constitucional de Toledo consideró que debían irse alternando los programas de formación de postgrado en materia de Justicia constitucional e Interpretación con los estudios en materia de Justicia Constitucional y Tutela de los derechos.

La II Edición de este título de Especialista mantuvo el nivel de las anteriores enseñanzas de postgrado como demuestra la afluencia de más de 150 estudiantes de gran cualificación profesional y procedente de Argentina, Costa Rica, México, Perú, República Dominicana y España.

Como en ocasiones anteriores, los directores de la especialidad, los catedráticos de Derecho Constitucional, D. Eduardo Espín Templado, Fco. Javier Díaz Revorio y la profesora Titular Magdalena González Jiménez; y los secretarios los profesores de Derecho Constitucional, D. Miguel Angel Pacheco Rodríguez y D^a. Adriana Trave Valls, diseñaron una enseñanza de postgrado con metodología y enfoque com-

parados y en el que se analizaron las nuevas tendencias en interpretación de Derechos, los problemas actuales de los derechos fundamentales, así como los mecanismos de tutela de los mismos y cómo la justicia constitucional afrontan su defensa.

El programa con más de una treintena de temas es impartido por más de cuarenta profesores elegidos entre los más prestigiosos especialistas en esas materias, tanto de Europa como de Iberoamérica. A título únicamente de ejemplo intervinieron en esta edición expertos en Filosofía del Derecho como D. Manuel Atienza, D. Luis Prieto Sanchis, D^a Marina Gascón Abellán y D. Alfonso García Figueroa; y en derecho constitucional como D. Miguel Carbonell, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México; D. Lucio Pegoraro, de la Universidad de Bolonia, D. Roberto Rómboli, de la Universidad de Pisa o D. Roberto Gargarella de la Universidad de Buenos Aires.

Impartieron conferencias en el seno del programa, los magistrados: Hermógenes Bienvenido Acosta, del Tribunal Constitucional de la República Dominicana; D. Eloy Espinosa-Saldaña, del Tribunal Constitucional de Perú; D. Andrés Olle-ro del Tribunal Constitucional de España y D. Luis López Guerra, ex Magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

También fueron ponentes todos los profesores del área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, junto a otros especialistas procedentes de otras Universidades.

En el Título de Especialista también se ofrecieron sesiones de presentaciones bibliográficas con las novedades más importantes en materia de justicia constitucional y derechos, en las que intervinieron en algunas ocasiones los autores de las monografías; y una Jornada Iberoamericana en la que los alumnos del Título fueron los ponentes y presentaron sus reflexiones acerca de temas conexos al programa.

Este completo programa, se vio enriquecido en esta edición con un Seminario práctico de jurisprudencia constitucional sobre tutela de los derechos, en el que a partir de *leading cases* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Suprema Corte de Estados Unidos, o del propio Tribunal Constitucional Español, los alumnos tienen la oportunidad de debatir sobre el caso en cuestión con los ponentes. En este Seminario que se llevó a cabo en la Universidad de Cádiz 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 Magdalena González Jiménez, D. Enrique Belda Pérez Pedrero, y D^a M^a José Majano Caño; y de otras Universidades como D. Nes-

tor P. Sagues de la Universidad del Rosario, Argentina, D. Roberto Rómboli, de la Universidad de Pisa, D. Roberto Viciano Pastor de la Universidad de Valencia y D. Luis López Guerra, de la Universidad Carlos III de Madrid.

4. Otras actividades

4.1. Jornadas sobre los 40 años de la Constitución Española. Toledo, miércoles 17 y 24 de octubre y 7 y 14 de noviembre

El Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, junto a las Cortes de Castilla-La Mancha y el Consejo Consultivo de esta Comunidad Autónoma, organizaron unas jornadas sobre los 40 años de la Constitución española. Los directores de las jornadas, D. Nicolás Conde Flores, Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha, D. Joaquín Sánchez Garrido, Presidente del Consejo Consultivo autonómico y D. Francisco Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y responsable del área de Derecho Constitucional en el campus de Toledo; diseñaron unas jornadas que se llevarían a cabo distribuidas en cuatro sesiones de tarde, concretamente los días 7 y 24 de octubre y 7 y 14 de noviembre.

A lo largo de estas sesiones se abordaron prácticamente la totalidad de las cuestiones que se han sometido a debate durante estos cuarenta años de vigencia del texto constitucional. Desde las circunstancias socio políticas y económicas que estaban en el trasfondo del proceso constituyente a las propuestas actuales de reforma constitucional. Por ello y teniendo en cuenta que el público asistente estaba formado mayoritariamente por jóvenes estudiantes universitarios que no vivieron la época de la transición, el primer día de las jornadas, comenzó con dos ponencias relativas a los pasos previos a la vigencia de la Constitución de 1978.

D. Nicolás Pérez-Serrano Jáuregui, abogado y letrado de las Cortes Generales, dictó una ponencia titulada “1977-1978: El bienio reconciliador, reformador y constitucionalista. La España de la transición y el consenso”. En la misma, tal y como él manifestó únicamente quería interpretar los actos de la transición y concretamente del bienio de 1977-1998, como actos que consistieron en reformar, a través de la Ley para la Reforma Política, reconciliar, a partir de una Ley de Amnistía entre otras y aprobar una Constitución, previo consenso de todas las fuerzas políticas.

La visión de esta España pre-Constitucional adquirió su pleno significado con la conferencia posterior , sobre la transformación de la reforma constitucional en

un proceso constituyente, que fue impartida por D. Santos Juliá Díaz , Catedrático de Historia Social y del Pensamiento Político de la UNED .

El primer día de las jornadas finalizó con una mesa redonda moderada por D. Nicolás Conde Flores, Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha, que llevaba por título “Los principios definidores del régimen constitucional, ¿siguen vigentes?” y en la que participaron: D. Miguel Angel Aguilar Tremoya, periodista en relación a la vigencia de libertad de expresión e información y la función de los medios de comunicación en el periodo constituyente; D. Diego López Garrido, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, sobre los principios constitucionales en general; D. Fernando Torres Villamor, Consejero del Consejo de Castilla-La Mancha, en relación a la reforma constitucional y D^a M^a Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional y Coordinadora de estas jornadas, respecto a la vigencia del Estado de Partidos en la actualidad.

El modelo parlamentario vigente en el Estado español, su funcionamiento, así como la necesidad de su entendimiento por parte de los partidos como una exigencia de negociación permanente entre ambos, fue el tema de la intervención del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y ex Magistrado del Tribunal Constitucional, D. Manuel Aragón Reyes.

En este modelo parlamentario de bicameralismo imperfecto era necesario analizar el diseño constitucional de la Cámara Alta, las funciones y la necesidad de una reforma para superar su déficit actual. Esta tarea correspondió a D. Joan Oliver Araujo, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares.

La segunda sesión de las jornadas concluyó con la ponencia de uno de los directores de estas Jornadas, D. Fco. Javier Díaz Revorio, sobre los Derechos Fundamentales, tal y como fueron proyectados en la Constitución, así como las garantías para la efectividad y desarrollo de los mismos y el surgimiento de nuevos derechos en estas cuatro décadas de Constitución.

El 7 de noviembre se celebró la tercera entrega de estas jornadas y lo hizo abordando uno de los poderes del Estado que aún no habían sido examinados, – el Poder Judicial–. Le correspondió su tratamiento a D. Eduardo Espín Templado, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM. Precisamente un ex magistrado del Tribunal Supremo, D. Eduardo Ledesma Bartret, actualmente Consejero Permanente del Consejo de Estado, será el que realizara el estudio y los perfiles jurídico-constitucionales del supremo órgano consultivo del Estado, –el Consejo de Estado–.

Una de las sesiones que más interés despertó por su dinamismo, fue el de la ponencia y contra-ponencia de los Catedráticos de Derecho Constitucional, D. Roberto Blanco Valdés, de la Universidad de Santiago de Compostela y de D. Javier García Roca, de la Universidad Complutense de Madrid, respecto a uno de los temas más debatidos en los últimos años, –la reforma del modelo territorial previsto en la Constitución de 1978–. El verbo ágil de los ponentes, así como la sencillez a la hora de explicar las líneas argumentales principales de ambos intervinientes, lograron captar la atención del auditorio desde el inicio y su participación en el turno de preguntas.

Durante las cuatro décadas en que lleva rigiendo la Constitución española de 1978, ha habido un actor fundamental que ha permitido interpretar la Constitución, sus líneas infranqueables y al mismo tiempo realizar aportaciones elementales para el desarrollo y progreso de la misma. Este actor es el Tribunal Constitucional y su estudio correspondió a D. Andrés Ollero Tassara, Magistrado del Tribunal Constitucional.

Con esta intervención se iniciaba la última de las sesiones de este ciclo de conferencias, que se cerró con uno de los temas más debatidos en los últimos tiempos en relación a la Constitución española, –la reforma de la misma. El Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Enrique Belda Pérez-Pedrero examinó los mecanismos de reforma y la interpretación a realizar sobre los mismos y sobre las debatidas cláusulas de intangibilidad. Su participación dio paso a una Mesa Redonda sobre propuestas de reforma actuales, moderada por D. Joaquín Sánchez Garrido, Presidente del Consejo consultivo de Castilla-La Mancha y co-director de estas Jornadas y en la que intervinieron: D. Fernando Andújar Hernández, Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; D. José Luis García Guerrero, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCM; D^a M^a José Majano Caño, abogada y Profesora Asociada de Derecho Constitucional de la UCLM y D. Roberto Mayor Gómez, Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha.

4.2. Seminario. “El método comparado en la investigación jurídica y Constitucional”. Toledo, 23 de octubre

El catedrático de Derecho Público Comparado, D. Lucio Pegoraro, impartió un Seminario sobre el método comparado en la investigación jurídica y constitucional el día 23 de octubre en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo.

Durante más de dos horas, uno de los mayores expertos en materia constitu-

cional comparada expuso los lineamientos básicos de la investigación constitucional desde una perspectiva comparada. El estudio del Derecho Comparado según palabras del ponente no se reduce a la mera comparación entre países como venía haciéndose desde hace décadas, sino que implica algo más, como el estudio del derecho interno teniendo en cuenta las influencias extranjeras.

Una ponencia que se reveló imprescindible sobre todo para aquellos que se están iniciando en el campo de la investigación constitucional.

4.3. Seminario. “La Constitución Española, ayer, hoy y mañana: un debate sobre los valores constitucionales 40 años después”. Toledo, 13 de diciembre de 2018

Las actividades académicas del año 2018 finalizaron en el campus de Toledo con un Seminario celebrado en el Paraninfo del Palacio del Cardenal Lorenzana el día 13 de diciembre a las 17.30 horas.

Este acto dirigido a estudiantes y juristas en general, fue organizado por la Cofradía Internacional de Investigadores y el área de Derecho Constitucional del campus de Toledo, con el sugerente título “La Constitución española. Ayer, hoy y mañana: Un debate sobre los valores constitucionales 40 años después”.

En el Seminario se abordaron temas de carácter histórico, como la ponencia de D. José Peña Gonzalez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad San Pablo CEU, quien hizo referencia al tránsito entre la monarquía de Alfonso XIII a la de Juan Carlos I.

El proceso descentralizador y el debate sobre el modelo autonómico establecido en nuestra Constitución, tampoco podía faltar en una jornada de estudio sobre los cuarenta años de vigencia de la Constitución; conferencia esta impartida por D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM.

Por último, en un análisis sobre el texto constitucional en profundidad resultaba imprescindible no sólo esa visión al pasado, sino también propuestas de futuro y en ellas se centró la sesión que corrió a cargo de D^a M^a José Majano Caño, abogada y profesora asociada de Derecho Constitucional de la UCLM.

El seminario finalizó con un debate general moderado por D. Juan Carlos Ballesteros Aparicio, Prioste primero de la Cofradía internacional de Investigadores.

RESUMEN

Esta reseña recoge las principales actividades académicas de Derecho Público desarrolladas en la UCLM durante 2018.

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 2018. 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

CRÓNICA DEL II CONGRESO NACIONAL DE DERECHO
DE LA DISCAPACIDAD

Javier Miranda Erro

*Doctor en Derecho por la Universidad Pública de Navarra, presidente
de la Fundación Caja Navarra y patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad.*

Recibido: 01-06-2019

Aceptado: 30-06-2019

Los días 6, 7 y 8 de febrero tuvo lugar en Pamplona el **II Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad**, organizado por el CERMI Estatal, la Fundación Derecho y Discapacidad y la Fundación Caja Navarra. El objetivo principal de este encuentro, expuesto por los presidentes de las entidades organizadoras en la rueda de prensa de presentación dos semanas antes, se enunciaba así: “analizar de forma concreta los avances normativos y jurisprudenciales que se han producido en los últimos años en el Derecho español de la Discapacidad, así como la agenda legislativa pendiente”.

El punto de arranque, en definitiva, ha sido la necesidad de dar un paso adelante tras la celebración en noviembre de 2017, en la ciudad de Elche, del primer Congreso Nacional sobre esta materia. En aquella ocasión se pudo realizar un diagnóstico general de la situación del Derecho español de la Discapacidad, analizando sus principios básicos, sus propias condiciones de posibilidad como disciplina científica y su incidencia transversal en las diversas ramas jurídicas tradicionales. Podemos decir que tras aquel primer Congreso de certificación efectiva del nacimiento (y de unos pasos iniciales) de este sector del Derecho, tocaba ahora al Congreso de Pamplona constatar que ya cabe hablar de este de la Discapacidad como un ámbito del Derecho en el que hay progresos efectivos (“*Avanzando en la inclusión*” fue el lema del Congreso), porque se están llevando a cabo innovaciones legislativas y jurisprudenciales significativas. Unos avances que lógicamente es necesario valorar y examinar, por eso la celebración de un Congreso que ha convocado a más de 150 personas porque es igualmente cierto –así se recordó en la sesión inaugural– que, diez años después de la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, su aplicación en España camina muy lentamente y a menudo no está libre de fricciones con la legislación estatal o autonómica.

Para afrontar este doble objetivo (constatar avances y reclamar, porque es necesario, un mayor compromiso en la definición e implementación de la agenda legislativa pendiente) el II Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad ha recogido reflexiones de calado que, además de su naturaleza académica o científica, plantean propuestas con vocación de influir positivamente en la labor de los poderes públicos. En las siguientes líneas damos cuenta, a modo de crónica, de estas reflexiones que se sucedieron en el *Palacio de Congresos y Auditorio de Navarra - Baluarte* durante los días 6, 7 y 8 de febrero de 2019.

✓ Las aportaciones comenzaron con la conferencia inaugural –tras el acto de apertura oficial– a cargo de **María Soledad Cisternas Reyes**, enviada especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad.

Esta experta remarcó la trascendencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en diciembre de 2006 y firmada y ratificada por España en mayo de 2008 (es decir, se trata de una normativa que forma parte plenamente del ordenamiento jurídico español). Su importancia, las consecuencias principales que de ella se derivan, son fundamentalmente la visibilidad de las personas con discapacidad dentro del entramado de protección de los derechos humanos, la asunción irreversible de la discapacidad como una cuestión de derechos, y el que se pueda contar con una herramienta jurídica vinculante en esta materia.

Cisternas Reyes señaló, no obstante, que, pese a los avances, todavía existen muchos incumplimientos en materia de discapacidad en los Estados que han suscrito la Convención. Propuso que el cauce de su aplicación efectiva tuviera como principios orientadores estas ideas: “nada para las personas con discapacidad sin contar con las personas con discapacidad” y “no se debe dejar a nadie atrás”.

Iniciadas las reflexiones con la conferencia inaugural, la primera jornada del Congreso recogió, en sus respectivas sesiones de mañana y de tarde, tres dobles aportaciones diferentes bajo el mismo formato de *panel*.

✓ El primero de ellos vino de la mano de **Jesús Martín Blanco**, delegado del CERMI para los Derechos Humanos y la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y del secretario general de la Fundación Derecho y Discapacidad y profesor titular de Trabajo Social en la UNED, **Rafael de Lorenzo**.

Martín Blanco expuso algunos de los avances constatables en materia de derechos de las personas con discapacidad desde que se celebró el I Congreso en Elche (noviembre de 2017). Destacó la reforma de la ley electoral para otorgar el derecho de sufragio a las casi 100.000 personas con discapacidad privadas del mismo, la modificación de la Ley del Jurado Popular para que las personas con esta condición puedan integrar tribunales, y la eliminación de las restricciones al derecho a contraer matrimonio que hasta hace poco afectaban a las personas con discapacidad.

También hizo referencia a una importante cuestión que ya se está abordando: la reforma del Código Civil para acabar con la supresión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad o la “primera reforma social de la Constitución que se ha puesto en marcha en nuestro país”. Martín Blanco remarcó que estos

avances han sido propiciados fundamentalmente por la sociedad civil de la discapacidad, organizada y activa. En este punto destacó el papel determinante del CERMI, su labor como agente, garante y vigilante de la mejora colectiva.

Rafael de Lorenzo, hablando del camino hacia una reforma constitucional en el ámbito de la discapacidad y los derechos sociales, completó ese balance poniendo ya la mirada en lo mucho que queda por hacer. El secretario general de la Fundación Derecho y Discapacidad ve necesario un compromiso firme de todos los partidos políticos por respetar los planteamientos realizados de una reforma en esos términos, y por asumir que estos sean el punto de partida para continuar su curso en la próxima legislatura.

De Lorenzo, que aludió también a la consideración de las personas con discapacidad en los textos constitucionales de otros países del entorno de España, señaló directamente que si se aprobase la reforma del artículo 49 en los términos en los que se está trabajando en la actualidad, se reforzaría ampliamente la protección jurídica de las personas con esta condición, más allá de modificar la terminología con la que se hace referencia al grupo social. “Ya no hablará solamente de que los poderes públicos están obligados a proteger a las personas con discapacidad, sino que reconocerá a esta parte de la ciudadanía como titulares de derechos y deberes en condiciones de libertad e igualdad efectiva”, dijo.

✓ El segundo panel del miércoles 6 de febrero recogía las ponencias de **Antonio Luis Martínez-Pujalte** (profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Miguel Hernández de Elche y patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad) y de **Roldán Jimeno Aranguren** (profesor titular de Historia del Derecho de la Universidad Pública de Navarra, doctor en Historia, en Filosofía y Ciencias de la Educación y en derecho).

Martínez-Pujalte se centró en el derecho a la participación política de las personas con discapacidad: “es poco razonable la escasa presencia de las personas con discapacidad en las instituciones españolas”, dijo, recordando que, al menos a nivel estatal, solo hay dos diputados y dos senadoras con esta condición. Según este experto, la modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General ha sido una conquista del movimiento asociativo (animó a demandar judicialmente toda situación de vulneración de este derecho); puso como ejemplo el caso de una joven gallega con discapacidad intelectual privada de voto, que con su insistencia en recurrir a distintas instancias judiciales (hasta llegar incluso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos) consiguió hacer pública una situación aparentemente olvidada y provocó una notable concienciación social.

Martínez-Pujalte afirmó, no obstante, que el aludido paso delante de la modificación de la LOREG no satisface todas las reivindicaciones que se han de hacer en esta cuestión: se ha de mejorar, por ejemplo, la accesibilidad de los colegios electorales; y no sólo la accesibilidad física, sino también la referida a la comunicación y la accesibilidad cognitiva... incluso sería posible pensar en un sistema de cuotas para asegurar la presencia de personas con discapacidad en las candidaturas electorales, haciendo así que éstas reflejen más fielmente la realidad de nuestra sociedad.

El otro ponente en este panel, Roldán Jimeno, centró el tema en Navarra, comunidad que acogía el Congreso. Esta mirada a lo local, al derecho foral navarro, se repetiría también en el quinto y último panel, expuesto el viernes 8 de febrero, con Isabel Urzainqui.

Jimeno Aranguren no se refirió lógicamente al Régimen Electoral (al ser éste de carácter general y estar ya presentado por su compañero de ponencia), sino que con una misma perspectiva (analizar los avances y dar pistas para seguir caminando en la reivindicación de derechos) abordó la participación social y cultural de las personas con discapacidad, la inclusión, en definitiva, que propician nuevas leyes que se van consiguiendo. Habló en concreto de la Ley Foral de derechos culturales de Navarra, aprobada apenas unas semanas antes de este Congreso. La presentó como un avance significativo, ya que no es sólo una “ley de la cultura”, sino una “ley de los derechos culturales”. La norma, dijo, pretende asegurar y poner en valor los derechos culturales del conjunto de la ciudadanía de la Comunidad Foral de Navarra a través del fomento de unas políticas públicas culturales que defiendan el valor de la cultura como bien común y los derechos de acceso a la cultura y de la participación en la vida cultural como pilares de la construcción de una sociedad más igualitaria y democrática.

✓ La primera jornada del Congreso se cerró con un panel en el que tomaron parte **Inés de Araoz Sánchez-Dopico**, asesora jurídica de Plena Inclusión en España, y **Luis Cayo Pérez Bueno**, presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, CERMI, y de la Fundación Derecho y Discapacidad.

Araoz, que habló sobre educación inclusiva, desveló con detalle las claves que nos permiten comprender un informe de Naciones Unidas de 2018, en el que se denunciaban las carencias sobre esta materia que existen en España. La experta llamó la atención sobre la necesidad de no confundir “integración” con “inclusión”, porque la mera integración no va más allá de hacer presente al alumno o

la alumna con discapacidad en un centro de educación ordinaria sin brindarle los apoyos necesarios. La educación inclusiva sería la plena atención educativa a cada alumno o cada alumna atendiendo a sus necesidades en un entorno general de centro ordinario. Comentó también que este modelo trae igualmente beneficios para quienes comparten centro educativo con estudiantes con discapacidad: es una vía de educación en la diversidad. Elogiando la profesionalidad y el gran valor de la tarea del profesorado de educación especial, reclamó su participación en el necesario proceso de transformación del sistema educativo, e invitó a todas las personas concernidas en dicho proceso a discernir dónde se ha de poner la mirada al encauzarlo: “el centro del sistema ha de ser el alumnado”.

El presidente del CERMI estatal, por su parte, articuló su aportación con una serie de propuestas para la necesaria regulación legal de la accesibilidad cognitiva. Porque más que hablar de “accesibilidad”, lo pertinente es referirse a “accesibilidades”; esa es la esencia de entender la accesibilidad universal como materia de Derecho, sugerente y productiva.

Desde ahí subrayó la importancia de avanzar hacia una regulación de la accesibilidad cognitiva, para lo que se ha elaborado una propuesta a las diferentes formaciones políticas que ya ha llegado al Senado con total consenso. Pérez Bueno explicó que se trata de una aportación del sector de la discapacidad organizado en torno al CERMI, un movimiento “exigente, pero que realiza propuestas fundamentadas y desarrolladas”; un requisito que, en su opinión, es “muy importante” para que las iniciativas maduren y salgan adelante. En concreto, la proposición del CERMI plantea modificaciones, entre otros textos legales, de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

✓ La segunda jornada del Congreso, la del jueves 7 de febrero, se abrió con un nuevo panel de discusión, en esta ocasión llevado por **Javier Miranda Erro**, presidente de la Fundación Caja Navarra y patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad, y por **Josefa Torres Martínez**, directora gerente de la Federación Empresarial de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo.

Miranda Erro guio al auditorio por las claves de comprensión del concepto de accesibilidad universal, materia de su propia tesis doctoral en Derecho. La piedra angular es asumir que la accesibilidad universal y su gestión son elementos imprescindibles para el ejercicio de los derechos fundamentales. Dicho de otra forma, la falta de accesibilidad o su deficiente implementación conllevan muchas dificultades para acceder al ejercicio de los derechos fundamentales a las personas con discapacidad; al mismo tiempo señaló que a menudo la accesibilidad in-

suficiente es fruto de la falta de formación de quienes tienen responsabilidades técnicas. Al respecto recordó que la Convención Internacional de la Discapacidad obliga a que los nuevos productos, entornos y servicios se creen teniendo en cuenta el diseño para todas las personas. Esta obligación no solo vincula a la Administración General del Estado, sino también a las territoriales, como es el caso de las autonomías, diputaciones y ayuntamientos. Finalizó su ponencia dando unas pinceladas sobre cómo se está implantando la gestión de la accesibilidad en la fundación que preside y esbozando el proyecto de creación de un centro de referencia en accesibilidad universal a disposición de toda la ciudadanía e instituciones navarras.

Torres Martínez, que también es la responsable de Inclusión Laboral del CERMI, puso en el panel la materia en la que desarrolla su labor afirmando que es más necesario que nunca aprobar un nuevo marco normativo favorecedor de la empleabilidad de las personas con discapacidad. Se trata, dijo, de superar la mayor desigualdad que ha producido la crisis económica y afrontar la incertidumbre existente sobre el mercado laboral en el futuro. Torres apuntó cuáles serían las cuatro características propias de dicho marco renovado: tendrá un carácter holístico, sistémico y flexible, porque debe abordarse desde una múltiple perspectiva; atenderá al ciclo vital de las personas, que en muchos casos ya no es lineal; recogerá mecanismos para medir su impacto social real, y considerará las diferencias existentes entre comunidades autónomas.

Haciendo un repaso de los progresos ya constatables en este campo –recordemos que el lema del Congreso era “Avanzado en la inclusión”– Torres señaló la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social y evocó la Convención Internacional de la Discapacidad, como un auténtico cambio de paradigma. Y aportó más datos, fuera del ámbito legislativo: si bien ha habido una evolución positiva entre 2014 y 2017, la tasa de actividad de las personas con discapacidad ha crecido solo un 3%; con ello se puede afirmar, dijo, que solo una de cada cuatro personas con discapacidad tiene un empleo.

✓ En la segunda sesión de esta jornada **Antonio Pau Perdón**, presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación y consejero de Estado pronunció la conferencia: “La reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de capacidad jurídica”.

Tras aludir al nuevo marco que supone la redacción y la implementación de normativas que cada vez tienen más en cuenta los derechos y la realidad social de las personas con discapacidad, el consejero de Estado manifestó su apoyo de-

cido a la reforma del Código Civil que se ha empezado a tramitar para pasar del actual modelo basado en la supresión de la capacidad jurídica a otro basado en la provisión de apoyos en la toma de decisiones. “Hay que trasladar la idea de que el centro de gravedad deja de estar en la persona con discapacidad para estar en las personas que tienen que prestar apoyos. Creo que la síntesis máxima de la reforma es de la incapacitación al apoyo. La declaración judicial de que una persona no vale para algo, aparte de grave atentado contra la dignidad, es algo absolutamente inútil”, dijo. Pau defendió que la sentencia tiene que decir todo lo que puede hacer y qué apoyos necesita para hacerlo.

✓ La mañana de la segunda jornada del Congreso se cerró con una *mesa de debate* enunciada así: “La reforma de la capacidad jurídica en curso: ¿en la buena dirección?” Participaron en ella **Cristina Guilarte Martín-Calero**, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid y patrona de la Fundación Derecho y Discapacidad, **Patricia Cuenca Gómez**, profesora de Filosofía del derecho de la Universidad Carlos III. **José Antonio Sánchez**, Fiscal Superior de la Comunidad Foral de Navarra, ejerció de moderador.

Las dos expertas contribuyeron a que las personas asistentes al debate pudieran conocer mejor los elementos fundamentales y las claves del texto en trámite para la modificación del Código Civil. La referencia básica de sus aportaciones fue la atención al concepto de capacidad jurídica. Ambas coincidieron en que, si bien se trata de un documento lógicamente susceptible de mejora, el trabajo que se está realizando supone un paso adelante muy importante para garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

✓ La sesión vespertina de la jornada comenzó con la conferencia “Las personas con discapacidad en el tráfico jurídico y su protección registral” impartida por **Esperanza Alcaín Martínez**, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada y patrona de la Fundación derecho y Discapacidad.

Alcaín se centró en las relaciones de carácter patrimonial, por los efectos que tiene respecto de terceros, así como el riesgo económico y la responsabilidad que pueda tener tanto para la persona con discapacidad como para los terceros que intervengan en los negocios. En su ponencia abordó pues la vertiente dinámica de los derechos.

Expuso que el mismo Código Civil, al amparar que toda persona puede celebrar cualquier acto o contrato jurídico, ya recoge en sí la presunción de capacidad de cualquier ciudadana o ciudadano –cabe hablar únicamente de la excepción contem-

plada en casos de adopción. Esta constatación choca, sin embargo, con la realidad de que históricamente la presunción de capacidad no ha sido respetada ni tomada en cuenta con determinadas personas con discapacidad. Este hecho nos ha conducido a una situación actual en la que todavía se encuentran dificultades para el ejercicio de unos derechos que no pueden dejar de ser reconocidos.

La experta introdujo también un tema muy concreto, el del certificado de discapacidad. Lamentó que éste se haya usado en algunas sentencias por sí solo como un medio de destrucción de la presunción de capacidad. Propuso que, como paso adelante a dar, los certificados de discapacidad sean más completos y contemplen otros elementos que hoy en día no se introducen, como puede ser el grado de autonomía que tiene la persona, o la aptitud para desempeñar un trabajo u otro, o ejercer de una manera el derecho.

✓ La conclusión de esta conferencia dio paso a la lectura de las comunicaciones sometidas previamente a la consideración del Comité Científico del Congreso y admitidas por el mismo. Fueron catorce en total, y su lectura se hizo simultáneamente en dos salas diferentes del auditorio (siete en cada una). Al final de esta crónica referimos los títulos y los autores o autoras de estas comunicaciones que enriquecieron de forma notable el encuentro.

✓ La tercera jornada arrancó también con un panel, el quinto de este Congreso. Las ponentes fueron **Irene Muñoz Escandell**, asesora jurídica de Salud Mental España, e **Isabel Urzainqui Zozaya**, abogada, ex presidenta de la asociación Navarra de Síndrome de Down.

La exposición de Muñoz Escandell tuvo por título “Internamiento involuntario y consentimiento de las personas con discapacidad a los tratamientos médicos”. A lo largo de su ponencia abogó, basándose en la Convención Internacional de la Discapacidad, por acabar definitivamente con prácticas como los internamientos involuntarios, las esterilizaciones forzosas, etc. No dudó en referirse a esas y otras prácticas –la anulación de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad, por ejemplo– como un auténtico fracaso del sistema sociosanitario.

Muñoz mantuvo que los tratados internacionales referidos a la discapacidad que España ha suscrito implican obligaciones legales que nos deben conducir a abolir prácticas y situaciones de ese tipo. Afirmó que la falta de sensibilización sobre la igualdad de derechos de las personas con discapacidad todavía es constatable en muchos ámbitos.

La aportación de Urzainqui Zozaya se centró en el Derecho Civil Foral Navarro (junto con la ponencia de Jimeno Aranguren de la primera jornada, ésta fue la segunda referencia específica a la normativa propia de la Comunidad que acogía el Congreso). Apuntó, lógicamente, a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas como hito definitivo en la revisión de cualquier normativa. Su impacto directo en la legislación navarra ha conseguido, entre otras cosas, que se refuerce la protección de quienes están en situación de incapacitación legal cuando se producen “abusos de confianza” y “excesos”.

Urzainqui aludió también a las medidas aprobadas de apoyo económico a las personas con discapacidad que disponen de bajos ingresos, remarcando que se trata de un instrumento que puede afrontar el peligro de que sufran exclusión social.

✓ La última sesión de trabajo del Congreso fue la mesa de debate titulada “La agenda legislativa pendiente en el ámbito de la discapacidad”, en la que participaron representantes de tres fuerzas políticas presentes en el Congreso de los Diputados (del Partido Popular, del Partido Socialista Obrero Español y de Ciudadanos. La representante de Unidos Podemos-En Comú Podem En Marea finalmente no pudo acudir). Moderó el debate **María Luz Sanz Escudero**, presidenta del CERMI de Navarra.

Los tres diputados presentes –**Ignacio Tremiño** (PP), **Joan Ruiz** (Grupo Socialista) y **Marcial Marín** (Ciudadanos)– constataron que en cuanto al desarrollo y la defensa de los derechos de las personas con discapacidad sí existe un amplio consenso entre los diferentes partidos. Hablaron de evolución positiva y cambio en la sociedad respecto a este tema, sin duda gracias a la labor incansable de las asociaciones de la discapacidad.

Coincidieron también en que en los últimos años ha habido avances reales, aunque, de todas formas, el Parlamento tiene por delante una amplia agenda de trabajo en materia legislativa para adaptar la normativa española a la Convención Internacional suscrita por nuestro país en 2007.

En el debate se habló de que las reformas y las modificaciones han de ser de calado, yendo mucho más allá de las meras cuestiones terminológicas: se trata de asegurar el ejercicio de derechos fundamentales. Del mismo modo, se recordó que estamos ante una tarea que compete a la sociedad entera, no sólo es cuestión de redactar y aprobar leyes. Los diputados subrayaron que en algunas cuestiones –la accesibilidad universal, por ejemplo– no se trata de legislar más, sino de cumplir las leyes y las normativas ya promulgadas.

El cierre de este debate significó también el final de las sesiones de trabajo del Congreso, dando paso al acto de clausura del mismo, con la presencia de autoridades y representantes de las entidades organizadoras.

Anexos.

1. Relación de las catorce comunicaciones leídas en el II Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad (en la segunda sesión de la tarde del jueves 7 de febrero):

Comunicaciones presentadas en la Sala Ciudadela:

- *Discapacidad y conciliación de la vida familiar y laboral.* Elena Goñi Huarte.
- *La integración laboral de personas con discapacidad y la apuesta (aún parcial) por los ajustes razonables.* Noemí Serrano Argüello
- *La importancia del preparador laboral en la promoción del empleo de las personas con discapacidad: necesidad de acotar su régimen jurídico.* Jesús Serrano Aranda.
- *Contenidos pedagógicos esenciales para que las normas educativas garanticen la inclusión de todos los estudiantes.* Marta Medina García.
- *El derecho fundamental a la educación inclusiva. Posibilidades de impugnación ante su vulneración.* Anna Grañana Sancho
- *El rol de los entornos comunitarios en pro del derecho a la vida independiente.* Andrés Labella Iglesias.
- *Barreras legales al acceso del inmigrante con discapacidad al mercado laboral en España. Para cuándo su eliminación.* Lerdys S. Heredia Sánchez.
- *Panorama del desarrollo rural y la discapacidad: análisis de los planes de desarrollo de las comunidades autónomas.* Ana Crespo Garay, Alba Díaz-Tendero Yuste, Mónica del Pilar Otaola Barranquero, Alexander Chaverri Carjaval, Dr. Agustín Huete García.

Comunicaciones presentadas en la Sala Luneta:

- *Una reflexión crítica a la propuesta de reforma en materia de capacidad jurídica desde un enfoque de derechos humanos.* M. Àngels Porxas Roig.
- *El derecho a la vida independiente en el anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.* Leyre Elizari Urtasun.
- *Las personas con discapacidad en la ley general de la Seguridad Social.* Francisco Javier Fernández Orrico.

- *Análisis del R.D. 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público.* María Asunción Arrufat Pérez de Zafra.
- *La accesibilidad universal de los procesos electorales en las universidades como garantía de derecho de sufragio de las personas con discapacidad.* Beatriz Morón Cívico.
- *Sobre las modificaciones legislativas en materia de discapacidad y seguros.* María del Val Bolvivar Oñoro.
- *Los medios de apoyo en el ejercicio del derecho al voto y en la accesibilidad del proceso electoral para las personas con discapacidad.* Antonio Galiano Barajas.

2. Datos del II Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad:

Fechas: 6, 7 y 8 de febrero de 2019.

Lugar: Palacio de Congresos y Auditorio de Navarra – Baluarte. Pamplona.

Entidades organizadoras: CERMI estatal, Fundación Derecho y Discapacidad, Fundación Caja Navarra.

Entidades colaboradoras: Gobierno de Navarra – Nafarroako Gobernua, Ayuntamiento de Pamplona – Iruleko Udala, Garrigues, Thomson Reuters, CERMIN, Asociación Eunat.

Secretaría técnica: Koine-Aequalitas.

Número de personas participantes: 150 (20 de ellas acreditadas como estudiantes).

Formato de las sesiones: 5 paneles de discusión, 2 ponencias individuales, 2 mesas de debate, 1 videoconferencia, 2 sesiones simultáneas de lectura de las 14 comunicaciones aceptadas.

Participantes en el acto de apertura: María Luisa Carcedo, ministra de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Miguel Laparra, vicepresidente de Derechos Sociales del Gobierno de Navarra. Aritz Romeo, teniente de alcalde del Ayuntamiento de Pamplona. Luis Cayo Pérez, presidente del CERMI y de la Fundación Derecho y Discapacidad. Javier Miranda, presidente de la Fundación Caja Navarra.

Participantes en el acto de clausura: Ainhoa Aznárez, presidenta del Parlamento de Navarra, María Luz Sanz, presidenta del CERMIN, Javier Miranda, presidente de la Fundación Caja Navarra, Antonio Luis Martínez-Pujalte, comisionado de congresos de la Fundación Derecho y Discapacidad.

Sitio web del Congreso:

<https://derechoydiscapacidad.vitaesoftweb.com/>

Material audio visual del Congreso:

<https://galeriavideos.cermi.es/miniaturas.php>

Pamplona, 8 de marzo de 2019

EL ATC 5/2018, DE 27 DE ENERO:
UN AUTO CUESTIONABLE

Tomás Vidal Marín
UCLM

Recibido: 01-06-2019

Aceptado: 30-06-2019

El objeto de este comentario lo constituye el ATC 5/2018, consecuencia de la impugnación en base al artículo 161.2 CE y Título V de la LOTC, de la resolución del Presidente del Parlamento de Cataluña por la que se proponía la investidura de D. Carles Puigdemont y Casamajó como candidato a Presidente del gobierno de la Generalitat de Cataluña, publicada en el boletín Oficial del Parlamento de Cataluña de 23 de enero de 2018, y de la resolución del Presidente de aquella Cámara de 25 de enero de 2018, por la que se convocaba sesión plenaria el 30 de enero de 2018, a las 15 horas, en la parte que se refiere a la inclusión en el orden del día del debate del programa y votación de investidura del diputado Carles Puigdemont y Casamajó, publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña de 26 de enero de 2018.

Nos situamos, por tanto, en el ámbito de las impugnaciones de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las CCAA prevista en el artículo 161.2 CE; proceso constitucional este que aparece regulado en el Título V de la LOTC.

Comienza el TC en este pronunciamiento reiterando su jurisprudencia en torno a la admisión a trámite de estas impugnaciones contra actos sin fuerza de ley procedentes de los órganos de una CCAA y que quedó ya establecida en el ATC 135/2004; pronunciamiento en el cual el Tribunal no admitió a trámite la impugnación del Gobierno de la Nación en base al Título V de la LOTC del Acuerdo del gobierno Vasco, de 25 de octubre de 2003, por el que se aprobaba una determinada “Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi”, dándose traslado de la misma al Presidente del Parlamento Vasco así como el acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco, de 4 de noviembre de 2003, por el que se admitía a trámite “la propuesta de reforma, para su tramitación conforme al procedimiento legislativo ordinario”. En este sentido, afirmará el TC en este ATC 5/2018: “La facultad del Tribunal de posponer la decisión sobre admisión o inadmisión de una impugnación presentada por el Gobierno al amparo del Título V de la LOTC por considerar procedente evacuar un trámite de audiencia con el fin de conformar los elementos de juicio necesarios para adoptar la decisión se acomoda al precedente sentado en el procedimiento que fue resuelto por ATC 135/2004, de 20 de abril”. Y a continuación señala: “A los efectos de resolver sobre la admisión o inadmisión de la presente impugnación, se considera procedente, a la vista del motivo de inadmisión opuesto, otorgar un plazo común de diez días al impugnante, Gobierno de la Nación, a las demás partes personadas y al Parlamento de Cataluña para que puedan efectuar las alegaciones que estimen convenientes sobre la concurrencia de los presupuestos procesales necesarios para su admisibilidad”.

Tras admitir la presentación de alegaciones por las partes, el Tribunal reitera en este pronunciamiento su doctrina sobre la naturaleza jurídica de la suspensión automática prevista en el artículo 161.2 CE. A juicio del alto Tribunal, la referida suspensión ostenta una naturaleza mixta puesto que constituye *ab initio* una medida de control del Gobierno sobre las CCAA y, cuando se debe pronunciar el Tribunal sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión, estaríamos en presencia de una medida cautelar. Afirma el TC: “La suspensión a la que se refiere el artículo 161.2 CE tiene una naturaleza mixta, pues constituye una potestad del Gobierno directamente reconocida en la Constitución y una medida cautelar, cuya adopción por el Tribunal, en consecuencia, tiene carácter de acto procesal debido. El artículo 161.2 CE atribuye al Gobierno la potestad de obtener la suspensión de las resoluciones y disposiciones de las Comunidades Autónomas que recurra ante el Tribunal si invoca expresamente este precepto constitucional en el escrito de demanda. La jurisprudencia del Tribunal viene entendiendo que es un presupuesto para la efectividad del ejercicio de la potestad del Gobierno que la acción ejercida reúna los requisitos de admisibilidad. El Tribunal deberá acordarla cuando adopte la decisión de admitir a trámite la impugnación, sin que pueda limitar los efectos de la suspensión solicitada por el Gobierno. Esta potestad, en la medida que conlleva atribuir al Gobierno un control sobre las resoluciones y disposiciones de las Comunidades Autónomas que supone una afectación en el ejercicio de sus competencias al privar de toda eficacia a las resoluciones y disposiciones autonómicas que se impugnen es excepcional (...) y solo puede ejercerla el Gobierno en los supuestos que expresamente prevé la Constitución (...)”. Y añade: “La naturaleza bifronte de la potestad reconocida al Gobierno en el artículo 161.2 CE comporta que la medida acordada por el Tribunal con carácter debido tenga también la naturaleza de medida cautelar. El artículo 161.2 CE, cuando establece en su último inciso que el Tribunal deberá ratificar o levantar en un plazo no superior a cinco meses la suspensión acordada, está contemplando este último aspecto de la suspensión como medida cautelar, pues obliga a tener en cuenta para su ratificación o mantenimiento la finalidad de evitar que la eficacia del acto impugnado pueda ocasionar daños de difícil o imposible reparación que puedan hacer perder al recurso o impugnación su finalidad (...)”.

En consecuencia, de lo ahora transcrito, y por lo que a nosotros nos importa, se desprende que constituye jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional considerar que la suspensión constituye una medida excepcional habida cuenta de la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de la presunción de legitimidad de los actos procedentes de los poderes legítimos y que la procedencia de dar lugar a la suspensión depende de la decisión sobre la admisión de la impugnación.

Frente a esta jurisprudencia consolidada, sin embargo, en este ATC 5/2018 el Tribunal admite la posibilidad de suspender inmediatamente las disposiciones o resoluciones de las CCAA siempre y cuando la gravedad de las circunstancias lo aconsejen. Así señala: “Sin embargo, no existe precedente alguno en relación con el supuesto en que, no siendo posible adoptar de modo inmediato la decisión sobre la admisión o la inadmisión de la impugnación, se aprecien, a juicio del Tribunal, razones de urgencia para adoptar la medida solicitada por el Gobierno, en atención a las alegaciones formuladas por este en el fundamento de la solicitud.

El Tribunal entiende que puede decidir la suspensión de los actos o disposiciones recurridas antes de acordar la admisión a trámite de la impugnación si considera necesario adoptar esta medida con el fin de evitar que mientras se tome esta decisión la eficacia de los actos impugnados cause los daños que el Gobierno a través de la suspensión pretende evitar, dejando con ello vacía de contenido la prerrogativa que le reconoce el artículo 161.2 CE. Esto comporta que en estos procedimientos –Impugnaciones del Título V–, el Tribunal siempre que sea necesario posponer el pronunciamiento sobre la admisibilidad de la impugnación, pueda acordar, como sucede en este caso, por razones de urgencia excepcional, como medida cautelar, tras la ponderación de los distintos intereses en conflicto, la suspensión de aquellos efectos que se deriven de los actos impugnados que puedan causar daños de imposible o difícil reparación garantizando de este modo que si finalmente se decide la admisión de la impugnación quede preservada la prerrogativa del Gobierno”.

Pero además de lo anterior, también constituye jurisprudencia consolidada del alto Tribunal el hecho de que las disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las CCAA objeto de impugnación a través de este proceso regulado en el Título V de la LOTC han de constituir decisiones definitivas con eficacia jurídica. En el presente caso, las resoluciones del Presidente del Parlamento de Cataluña se integraban dentro del proceso de investidura del Presidente de la Generalitat y no constituían decisiones definitivas del Parlamento Catalán ni podían producir efectos jurídicos hacia fuera. La propuesta del Sr. Puigdemont como candidato a la Presidencia de la Generalitat por parte del Presidente del Parlamento era sólo eso: una propuesta al Parlamento para dar inicio a un debate de investidura, en el que, según parece, no iba a estar presente el candidato propuesto. Como dejó sentado el TC en el ya citado ATC 135/2004: “(...) la necesaria defensa jurisdiccional del ordenamiento no puede verificarse sino cuando cabe hablar propiamente de infracciones normativas solo susceptibles de ser causadas, obviamente, por normas, y nunca por proyectos o intenciones normativas, que, en cuanto tales, pueden tener cualquier contenido. La jurisdicción puede reaccionar contra la

forma jurídica que resulte de esas intenciones, pero la intención misma y su debate o discusión son inmunes en una sociedad democrática a todo control jurisdiccional, singularmente si el debate se sustancia en un Parlamento, sede privilegiada del debate público”. En definitiva, y como no podía ser de otra forma, el control de constitucionalidad que se lleva a cabo a través del procedimiento previsto en el Título V de la LOTC es un control a posteriori, en ningún caso estaríamos en presencia de un control preventivo.

Pues si lo anterior fuera poco, el Tribunal Constitucional en este pronunciamiento acaba desnaturalizando el propio proceso constitucional puesto que lo utiliza con carácter preventivo; practica esta criticable a pesar de la gravedad de las circunstancias. En este sentido afirmará el Tribunal: “En consecuencia, al no habernos pronunciado todavía sobre la admisibilidad de la presente impugnación por estimar necesario dar audiencia a las partes personadas y al Parlamento de Cataluña antes de decidir sobre su admisión o inadmisión, cabe apreciar la concurrencia de circunstancias, tanto procesales como sustantivas, que justifican que hasta que el Tribunal adopte la referida decisión, de conformidad con lo expuesto por el Gobierno en el escrito de impugnación y dado que este ejercita la potestad prevista en el artículo 161.2 CE utilizando como argumento la certeza de que la investidura no tendrá carácter presencial, se acuerde como medida cautelar suspender cualquier sesión de investidura que no sea presencial y que no cumpla las siguientes condiciones:

- a) No podrá celebrarse el debate y la votación de investidura del diputado don Carles Puigdemont i Casamajó como candidato a presidente de la Generalitat a través de medios telemáticos ni por sustitución por otro parlamentario.
- b) No podrá procederse a la investidura del candidato sin la pertinente autorización judicial, aunque comparezca personalmente en la Cámara, si esta vigente una orden judicial de busca y captura e ingreso en prisión.
- c) Los miembros de la Cámara sobre los que pese una orden judicial de busca y captura e ingreso en prisión no podrán delegar el voto en otros parlamentarios”.

Y esta decisión la sustenta el Tribunal sobre una, a mi juicio, inconsistente fundamentación, cual es: “Estas medidas son de adopción insoslayable en atención, como queda dicho, tanto a consideraciones de orden procesal como a otras de carácter sustantivo. No cabe desconocer, en cuanto a lo primero, que la audiencia abierta por el Tribunal a las partes personadas y al Parlamento de Cataluña supone diferir a un momento ulterior la decisión que proceda adoptar sobre si la presente impugnación debe ser o no admitida a trámite, posposición que el Tri-

bunal ha decidido en garantía de la plena eficacia del propio trámite de audiencia, pero que tampoco puede conllevar que se malogre plenamente, de admitirse al final esta impugnación, aquella prerrogativa del Gobierno para la inmediata suspensión de las resoluciones recurridas (arts. 161.2 CE y 77 LOTC), prerrogativa que la norma fundamental le ha conferido para instar la inmediata preservación, desde un principio, de bienes e intereses de relieve constitucional. Tiene también presente a estos efectos el Tribunal, desde la segunda perspectiva, pero en indisociable relación con lo dicho, la urgencia excepcional que aquí concurre, pues el Presidente del Parlamento de Cataluña, por resolución de 25 de enero de 2018, ha convocado sesión plenaria para proceder a la investidura del diputado don Carles Puigdemont como Presidente de la Generalitat de Cataluña el próximo 30 de enero. Dada la situación procesal en la que se encuentra el candidato a Presidente del Gobierno de la Generalitat y otros diputados del Parlamento de Cataluña –un órgano judicial ha dictado orden de busca y captura e ingreso en prisión contra los mismos– y teniendo en cuenta que el Gobierno fundamenta en estas circunstancias la suspensión de los acuerdos impugnados, resulta necesario adoptar las medidas que se acaban de indicar con la finalidad de no dejar sin contenido la prerrogativa que concede al Gobierno el artículo 161.2 CE”.

En conclusión, en este ATC del Tribunal Constitucional se pone de manifiesto como el mismo, y como consecuencia de los lamentables y graves acontecimientos sucedidos en la Comunidad Autónoma de Cataluña con los que se trataba de romper el orden constitucional español, viene a alejarse de la jurisprudencia que en torno al proceso constitucional de la impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las CCAA prevista en el artículo 161.2 CE parecía ya consolidada.

RESUMEN

En el texto se realiza un análisis crítico de lo realizado por el TC en el ATC 5/2018, en el que se aparta de una jurisprudencia ya consolidada en torno a la impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las CCAA prevista en el artículo 161.2 CE.

ABSTRACT

The text is a critical analysis of what was done by the TC in the ATC 5/2018, in which it departs from an established jurisprudence around the challenge of provisions without the force of law and resolutions of the CCAA provided in the Article 161.2 CE.

PALABRAS CLAVE

Impugnaciones, suspensión automática, disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las CCAA.

KEY WORDS

Challenges, automatic suspension, provisions without the force of law and resolutions of the CCAA.

EL ATC 5/2018, DE 27 DE ENERO: UN AUTO QUESTIONABLE

Tomás Vidal Marín