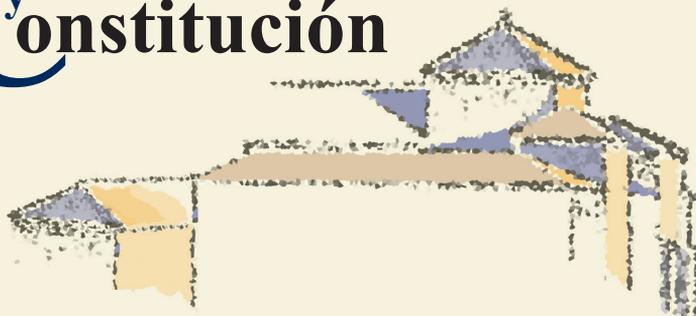




Parlamento y Constitución



Anuario

SUMARIO

I. ESTUDIOS

Carlos Fernández Esquer, *El sistema electoral de Castilla-La Mancha tras la reforma de 2014: análisis de sus rendimientos y propuestas de mejora.*

César Landa Arroyo, *La cuestión de confianza y la disolución del Congreso peruano.*

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La protección de la democracia desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

Julieta Morales Sánchez, *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales frente a COVID-19: directrices de jurisprudencia interamericana.*

Nestor Pedro Sagüés, *Tras las huellas de Hans Kelsen. A cien años de la primera Corte Constitucional y ochenta de la primera Sala Constitucional.*

Xavier Garaicoa Ortiz, *Un ordenamiento constitucional federativo para el buen vivir.*

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

Victor Orozco Solano, *La interpretación conforme a la constitución: una breve aproximación desde la experiencia costarricense.*

III. RECENSIONES

Georgios Milios, al libro: Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena y Francisco Javier Donaire Villa, *La triple justiciabilidad de las reformas constitucionales. Garantías jurisdiccionales nacionales, supranacionales e internacionales* (Aranzadi, pamplona, 2020, 360 págs.).

José Carlos Nieto Jiménez, al libro: David Giménez Glück, *El Gobierno hiperminoritario (y su relación con el Parlamento)*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 167 págs.)

María Ruiz Dorado, al libro: "Derecho a la educación de las personas con discapacidad", dirigido por Enrique Belda Pérez-Pedrero.

IV. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

María Martín Sánchez, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2019).*

M^a del Pilar Molero Martín-Salas, *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2019).*

Joaquina Guerrero Sanz, *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2019).*

M^a. Elena Rebato Peño, *Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2019).*

Tomás Vidal Marín, *Libertad de información y derechos del art. 18 CE: las cámaras ocultas (STC 25/2019).*

SECCIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD

Jesús Martín Blanco, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad, una realidad precaria en España: Análisis del Informe España 2019 Derechos Humanos y Discapacidad.*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Pablo Bellido Acevedo

Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha

Nicolás Conde Flores

Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha

Fátima Guadamillas Gómez

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

José Alberto Sanz Díaz-Palacios

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo

Belén Roldán Moyano

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

Soledad Rodríguez Rivero

Secretaria General del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

COMISIÓN ACADÉMICA

Eduardo Espín Templado

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Magistrado del Tribunal Supremo

Enrique Belda Pérez-Pedrero

Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM.

Exconsejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Francisco Calvo Cirujano

Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha

Francisco Javier Díaz Revorio

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Exconsejero del Consejo

Consultivo de Castilla-La Mancha

José Luis García Guerrero

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM

Manuel Antonio Mirón Ortega

Exletrado de las Cortes de Castilla-La Mancha

Marcos Francisco Massó Garrote

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM

Mª del Pilar Molero Martín-Salas

Profesora Contratada Doctor de Derecho Constitucional UCLM

Mª Elena Rebato Peño

Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM

Mª Luz Martínez Alarcón

Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM

María Martín Sánchez

Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM

Roberto Mayor Gómez

Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha

Tomás Vidal Marín

Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM

DIRECTORES

Eduardo Espín Templado

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Magistrado del Tribunal Supremo

F. Javier Díaz Revorio

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Consejero del Consejo

Consultivo de Castilla-La Mancha

SECRETARIA

María del Pilar Molero Martín-Salas

Profesora Contratada Doctor de Derecho Constitucional UCLM

Adriana Travé Valls

Abogada y Profesora Asociada de Derecho Constitucional UCLM

EDITORES

Eduardo Espín Templado

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Magistrado del Tribunal Supremo

F. Javier Díaz Revorio

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Consejero del Consejo

Consultivo de Castilla-La Mancha

Nicolás Conde Flores

Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha

Roberto Mayor Gómez

Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha

María del Pilar Molero Martín-Salas

Profesora Contratada Doctor de Derecho Constitucional UCLM

Adriana Travé Valls

Abogada y Profesora Asociada de Derecho Constitucional UCLM

CONSEJO ASESOR

Luis Arroyo Zapatero, *Catedrático de Derecho Penal UCLM*

Eduardo Demetrio Crespo, *Catedrático de Derecho Penal UCLM*

Nicolás García Rivas, *Catedrático de Derecho Penal UCLM*

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

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

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

Diego López Garrido, *Catedrático de Derecho Constitucional UCLM*

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

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

Francisco Delgado Piqueras, *Catedrático de Derecho Administrativo UCLM*

Luis Aguiar de Luque, *Universidad Carlos III*

Eliseo Aja Fernández, *Universidad de Barcelona*

Enoch Albertí Rovira, *Universidad de Barcelona*

José Asensi Sabater, *Universidad de Alicante*

Francisco Bastida Freijedo, *Universidad de Oviedo*

Paloma Biglino Campos, *Universidad de Valladolid*

Roberto Blanco Valdés, *Universidad de Santiago de Compostela*

José Luis Cascajo Castro, *Universidad de Salamanca*

Francesc de Carreras Serra, *Universidad Autónoma de Barcelona*

Javier Corcuera Atienza, *Universidad del País Vasco*

Luis María Díez-Picazo Giménez, *Tribunal Supremo*

Jorge de Esteban Alonso, *Universidad Complutense de Madrid*

Javier García Roca, *Universidad de Valladolid*

Ángel Garrorena Morales, *Universidad de Murcia*

Ángel Gómez Montoro, *Universidad de Navarra*

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

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

Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *Tribunal Supremo*

Luis López Guerra, *Universidad Carlos III de Madrid*

José Antonio Montilla Martos, *Universidad de Granada*

Joan Oliver Araujo, *Universidad de las Islas Baleares*

Alberto Pérez Calvo, *Universidad Pública de Navarra*

Javier Pérez Royo, *Universidad de Sevilla*

Pablo Pérez Tremps, *Universidad Carlos III de Madrid*

Manuel Ramírez Jiménez, *Universidad de Zaragoza*

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, *Universidad de Jaén*

Alejandro Saiz Arnaiz, *Universidad del País Vasco*

Remedio Sánchez Ferríz, *Universidad de Valencia*

Juan José Solozábal Echavarría, *Universidad Autónoma de Madrid*

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

Carles Viver Pi-Sunyer, *Universidad Pompeu Fabra*

Ernst Wolfgang Böckenförde, *Universidad de Friburgo*

Allan Brewer-Carias, *Universidad Central de Venezuela*

Ricardo Combellas, *Universidad Central de Venezuela*

Krystian Complak, *Universidad de Wrocław*

José Ramón Cossío Díaz, *Investigador Asociado en el Colegio de México*

Francisco Eguiguren Praeli, *Pontificia Universidad Católica de Perú*

Héctor Fix Zamudio, *Universidad Nacional Autónoma de México*

José Xavier Garaicoa Ortiz, *Universidad de Guayaquil*

Domingo García Beláunde, *Pontificia Universidad Católica de Perú*

Julieta Morales Sánchez, *Facultad de Derecho de la UNAM*

Peter Häberle, *Universidad de Bayreuth*

César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional de Perú*

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

Lucio Pegoraro, *Universidad de Bolonia*

Carlos Restrepo Piedrahita, *Universidad Externado de Colombia*

Roberto Romboli, *Universidad de Pisa*

Marcial Rubio Correa, *Pontificia Universidad Católica de Perú*

Antonio Ruggeri, *Universidad de Messina*

Néstor P. Sagüés, *Universidad de Buenos Aires*

Sofía Sagüés, *Universidad Católica Argentina*

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

Hernán Salgado Pesantes, *Pontificia Universidad Católica de Ecuador*

Luis Fernando Solano Carrera, *Centro de Estudios Judiciales para*

Centroamérica y el Caribe

Diego Valadés Ríos, *Universidad Nacional Autónoma de México*

Jorge Reinaldo Vanossi, *Universidad de Buenos Aires*

Año 2020

Nº 21

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

Anuario



C y **P**arlamento
Constitución

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

Revista Jurídica de periodicidad anual

Web de la revista: <https://parlamentoyconstitucion.cortesclm.es>

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 MaríaPilar.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 castellano y en inglés. También será obligatorio que el título del trabajo se haga constar tanto en castellano como en inglés.

Las referencias bibliográficas serán citadas de la siguientes 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: 2695-9909

Año: 2020

ESTUDIOS

Carlos Fernández Esquer

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro del Centro de Estudios de Partidos Políticos (UNED) y Profesor Tutor de Derecho Constitucional de la UNED.

César Landa Arroyo

Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Juez y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Investigador visitante en la Universidad Complutense de Madrid.

Julieta Morales Sánchez

Profesora Titular de Tiempo Completo. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

Nestor Pedro Sagüés

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, Argentina.

Xavier Garaicoa Ortiz

Doctor en Derecho por la UCLM. Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil, Ecuador.

ARTÍCULOS Y NOTAS

Víctor Orozco Solano

Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Juez Contencioso Administrativo. Antiguo Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica.

RECENSIONES

Georgios Milios

Profesor lector Serra Hüner, Departamento de Ciencia Política, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho, Universitat de Barcelona.

José Carlos Nieto Jiménez

Investigador Predoctoral FPU (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades) en el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga (Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales).

María Ruíz Dorado

Doctoranda en Derecho constitucional en régimen de cotutela internacional en la UCLM y UNIP. PIF en el Área de Derecho constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo (UCLM).

CRÓNICAS Y COMENTARIOS

María Martín Sánchez

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

M^a del Pilar Molero Martín-Salas

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

Joaquina Guerrero Sanz

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

M^a. Elena Rebato Peño

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

Tomás Vidal Marín

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

SECCIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD

Jesús Martín Blanco

Delegado de Derechos Humanos y para la Convención de la ONU.

ÍNDICE

I. ESTUDIOS

	<u>Págs.</u>
Carlos Fernández Esquer: “ <i>El sistema electoral de Castilla-La Mancha tras la reforma de 2014: análisis de sus rendimientos y propuestas de mejora</i> ”.	011
César Landa Arroyo: “ <i>La cuestión de confianza y la disolución del Congreso peruano</i> ”.	041
Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “ <i>La protección de la democracia desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> ”.	085
Julieta Morales Sánchez: “ <i>Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales frente a COVID-19: directrices de jurisprudencia interamericana</i> ”.	129
Nestor Pedro Sagüés: “ <i>Tras las huellas de Hans Kelsen. A cien años de la primera Corte Constitucional y ochenta de la primera Sala Constitucional</i> ”.	179
Xavier Garaicoa Ortiz: “ <i>Un ordenamiento constitucional federativo para el buen vivir</i> ”.	207

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

Víctor Orozco Solano: “ <i>La interpretación conforme a la constitución: una breve aproximación desde la experiencia costarricense</i> ”.	235
---	-----

III. RECENSIONES

Georgios Milios, al libro: Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena y Francisco Javier Donaire Villa, “ <i>La triple justiciabilidad de las reformas constitucionales. Garantías jurisdiccionales nacionales, supranacionales e internacionales</i> ” (Aranzadi, pamplona, 2020, 360 págs.)”.	263
José Carlos Nieto Jiménez, al libro: “ <i>David Giménez Glück, “El Gobierno hiperminoritario (y su relación con el Parlamento), (Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 167 págs.)”.</i> ”.	273
María Ruiz Dorado, al libro: “ <i>Derecho a la educación de las personas con discapacidad</i> ”, dirigido por Enrique Belda Pérez-Pedrero”.	285

IV. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

María Martín Sánchez, “ <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2019)</i> ”.	295
M ^a del Pilar Molero Martín-Salas, “ <i>Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2019)</i> ”.	305
Joaquina Guerrero Sanz, “ <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2019)</i> ”.	321
M ^a . Elena Rebato Peño, “ <i>Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2019)</i> ”.	363
Tomás Vidal Marín, “ <i>Libertad de información y derechos del art. 18 CE: las cámaras ocultas (STC 25/2019)</i> ”.	377

SECCIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD

Jesús Martín Blanco, “ <i>Los derechos humanos de las personas con discapacidad, una realidad precaria en España: Análisis del Informe España 2019 Derechos Humanos y Discapacidad</i> ”.	397
---	-----

TABLE OF CONTENTS

I. STUDIES

	<u>Págs.</u>
Carlos Fernández Esquer: “ <i>The Electoral System of Castilla-La Mancha after the 2014 Reform: Analysis of its Performance and Proposals for Improvement</i> ”.	011
César Landa Arroyo: “ <i>The vote of confidence and the dissolution of Peruvian Congress</i> ”.	041
Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “ <i>The protection of democracy from the Interamerican Court of Human Rights</i> ”.	085
Julieta Morales Sánchez: “ <i>Economic, Social, Cultural and Environmental Rights Against Covid-19: Inter-American Jurisprudence Guidelines</i> ”.	129
Nestor Pedro Sagüés: “ <i>Following the Steps of Hans Kelsen. One Hundred Years Since the First Constitutional Court and Eighty Years Since the First Constitutional Chamber</i> ”.	179
Xavier Garaicoa Ortiz: “ <i>A federal order for constitutional good living</i> ”.	207

II. ARTICLES AND NOTES

Victor Orozco Solano: “ <i>Interpretation according to the Constitution: a brief approach from the Costa Rican experience</i> ”.	235
--	-----

III. BOOK REVIEWS

Georgios Milios, book review: Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena y Francisco Javier Donaire Villa, “ <i>The triple justiciability of constitutional amendments. National, supranational and international jurisdictional guarantees</i> ”.	263
José Carlos Nieto Jiménez, book review: David Giménez Glück, “ <i>The hyper minority Government (its relation with Parliament). Tirant lo blanch, Valencia, 2019, 167 págs.</i> ”.	273
María Ruiz Dorado, book review: “ <i>Right to education of people with disabilities</i> ”, directed by Enrique Belda Pérez-Pedrero.	285

IV. CHRONICLES AND COMMENTS

María Martín Sánchez, “ <i>Jurisprudence of the Constitutional Court on Autonomous Communities (2019)</i> ”.	295
M ^a del Pilar Molero Martín-Salas, “ <i>Legislative activity that the Regional Parliament of Castilla-La Mancha (From January 1 to December 31 of 2019)</i> ”.	305
Joaquina Guerrero Sanz, “ <i>Activity of the Castilla-La Mancha Advisory Council on the matter constitutional and statutory (2019)</i> ”.	321
M ^a . Elena Rebato Peño, “ <i>Review of Public Law, Autonomic and Parliamentary Activities</i> ”.	363
Tomás Vidal Marín, “ <i>Freedom of information and rights of art. 18 Ce: hidden cameras (STC25/2019)</i> ”.	377

LAW AND DISABILITY SECTION

Jesús Martín Blanco, “ <i>The Human Rights of Persons with Disabilities, a Precarious Reality in Spain: Analysis of the Spain 2019 Report on Human Rights and Disability</i> ”.	397
---	-----

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **Carlos Fernández Esquer:** *“El sistema electoral de Castilla-La Mancha tras la reforma de 2014: análisis de sus rendimientos y propuestas de mejora”*.
“The Electoral System of Castilla-La Mancha after the 2014 Reform: Analysis of its Performance and Proposals for Improvement”
- **César Landa Arroyo:** *“La cuestión de confianza y la disolución del Congreso peruano”*.
“The vote of confidence and the dissolution of Peruvian Congress”
- **Eduardo Ferrer Mac-Gregor:** *“La protección de la democracia desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*.
“The protection of democracy from the Interamerican Court of Human Rights”.
- **Julieta Morales Sánchez:** *“Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales frente a COVID-19: directrices de jurisprudencia interamericana”*.
“Economic, Social, Cultural and Environmental Rights Against Covid-19: Inter-American Jurisprudence Guidelines”.
- **Nestor Pedro Sagüés:** *“Tras las huellas de Hans Kelsen. A cien años de la primera Corte Constitucional y ochenta de la primera Sala Constitucional”*.
“Following the Steps of Hans Kelsen. One Hundred Years Since the First Constitutional Court and Eighty Years Since the First Constitutional Chamber”.
- **Xavier Garaicoa Ortiz:** *“Un ordenamiento constitucional federativo para el buen vivir”*.
“A federal order for constitutional good living”.

EL SISTEMA ELECTORAL DE CASTILLA-LA MANCHA TRAS LA REFORMA DE 2014:
ANÁLISIS DE SUS RENDIMIENTOS Y PROPUESTAS DE MEJORA

THE ELECTORAL SYSTEM OF CASTILLA-LA MANCHA AFTER THE 2014 REFORM:
ANALYSIS OF ITS PERFORMANCE AND PROPOSALS FOR IMPROVEMENT

Carlos Fernández Esquer
Centro de Estudios de Partidos Políticos
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recibido: 01-03-2020

Aceptado: 25-04-2020

SUMARIO

1. *Planteamiento.*
2. *La reforma electoral de Castilla-La Mancha de 2014.*
3. *Los efectos del sistema electoral de Castilla-La Mancha.*
 - 3.1 *Los efectos del sistema electoral en las elecciones autonómicas de 2015.*
 - 3.2 *Los efectos del sistema electoral en las elecciones autonómicas de 2019.*
4. *Propuestas de reforma electoral.*
 - 4.1 *Propuestas de reforma electoral sin modificar el Estatuto de Autonomía.*
 - 4.2 *Propuestas de reforma electoral que impliquen la modificación del Estatuto de Autonomía.*
5. *Consideraciones finales.*

1. Planteamiento.

El sistema de partidos de Castilla-La Mancha es entre los autonómicos el que más se aproxima a uno de tipo bipartidista¹. El Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y el Partido Popular (PP) han sido las dos únicas organizaciones políticas que han conseguido obtener representación en las Cortes castellano-manchegas en las diez elecciones autonómicas celebradas hasta la fecha. Los datos de concentración electoral y parlamentaria, es decir, la suma del porcentaje de votos y escaños de los dos principales partidos en cada elección, es muy elocuente. La concentración electoral media tras diez comicios autonómicos alcanza el 87,1 por ciento de los votos, mientras que la concentración parlamentaria es del 96,9 por ciento de los escaños. Estos datos ponen de manifiesto dos cuestiones. En primer lugar, evidencian que la estructura de competición electoral en esta región es esencialmente bipartidista, puesto que cerca de nueve de cada diez electores han votado históricamente bien al PSOE bien al PP. Y, en segundo lugar, constatan el *sesgo mayoritario* del sistema electoral autonómico, que ha sobrerrepresentado a estos dos partidos: el porcentaje de escaños que consiguen entre ambos es casi diez puntos porcentuales superior al que consiguen en votos.

Además de PSOE y PP, sólo han conseguido formar parte del paisaje parlamentario castellano-manchego el Centro Democrático Social (CDS) –con 4 escaños en las elecciones de 1987–, Izquierda Unida (IU) –con 1 escaño tanto en 1991 como en 1995–, Podemos –con 2 escaños en 2015– y Ciudadanos –con 4 escaños en 2019–. A diferencia de lo que sucede en otras comunidades autónomas, entre las que destacan País Vasco, Navarra, Cataluña, Canarias o Islas Baleares, la presencia parlamentaria de terceros partidos en Castilla-La Mancha ha sido discontinua y testimonial.

El sistema electoral de Castilla-La Mancha ha sido modificado en varias ocasiones en las cerca de cuatro décadas de autonomía política en la región². Esos

1 MEZO, Josu (2019), “Castilla-La Mancha: competición unidimensional y bipartidista por el centro, rota por la crisis”, en B. GÓMEZ, L. CABEZA y S. ALONSO (eds.), *En busca del poder territorial. Cuatro décadas de elecciones autonómicas en España* (pp. 211-234), Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

2 Sobre el sistema electoral de Castilla-La Mancha y sus sucesivas reformas, existen bastantes trabajos: VIDAL MARÍN, Tomás (2004), “El régimen electoral de Castilla-La Mancha”, *Cuadernos de Derecho Público*, núms. 22-23, pp. 429-440; VIDAL MARÍN, Tomás (2006), *Sistemas Electorales y Estado Autonómico. Especial consideración del Sistema Electoral de Castilla-La Mancha*, Toledo: Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha; MARTÍN SÁNCHEZ, María (2010), “El Estado Autonómico y el procedimiento electoral en España: Reforma de la Ley Electoral de Castilla-La Mancha”, *Revista de Derecho Electoral*, núm. 10, pp. 1-19; RUIZ-GONZÁLEZ, Francisco (2013), “Austeridad versus

cambios han incidido en aspectos como la horquilla del posible tamaño del Parlamento, el tipo de prorrateo de escaños, la distribución efectiva de esos escaños entre las provincias o el ámbito y cuantía de la barrera electoral (Tabla 1). Castilla-La Mancha destaca así por ser la comunidad más reformista desde el punto de vista electoral en el ámbito comparado autonómico³.

En el año 2014 se produjo la última de las reformas del sistema electoral autonómico⁴. Concretamente, la reforma de 2014 consistió en una drástica reducción del número de escaños de las Cortes de Castilla-La Mancha. Con motivo de la crisis económica, el PP propuso reformas orientadas a contribuir a la austeridad de los poderes públicos, también desde las Asambleas autonómicas. Un buen ejemplo fue la polémica supresión del sueldo de los diputados de Castilla-La Mancha⁵. Y otro ejemplo fue el de la reducción del número de parlamentarios⁶. Esta reforma fue el ejemplo paradigmático del tipo de modificaciones electorales que el PP patrocinó en varias autonomías donde gobernaba en el período 2011-2015. Ahora bien, en el caso de Castilla-La Mancha, la disminución de diputados conllevaba también una reducción de la magnitud de las circunscripciones⁷, lo que, como veremos, supuso la creación de unos elevados *umbrales efec-*

Representatividad en la Ley Electoral de Castilla-La Mancha”, *Parlamento y Constitución*, núm. 15, pp. 201-224; FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2016), “Argumentos esgrimidos, motivaciones silenciadas: las sucesivas reformas del sistema electoral castellano-mancheño”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 34, pp. 69-94.

3 OLIVER ARAUJO, Joan (2011), *Los sistemas electorales autonómicos*, Barcelona: Generalitat de Catalunya e Institut d’Estudis Autònomic.

4 DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2014), “La reforma del Estatuto de Castilla-La Mancha: austeridad, proporcionalidad, territorialidad y la «cuadratura del círculo»”, *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 26 de mayo de 2014. Disponible en: <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2014/05/26/la-reforma-del-estatuto-de-castilla-la-mancha-austeridad-proporcionalidad-territorialidad-y-la-cuadratura-del-circulo-f-javier-diaz-revorio/>; FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2016), “La reforma del sistema electoral de Castilla-La Mancha de 2014”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 11, pp. 76-85.

5 GARCÍA ROCA, Francisco J. (2014), “La supresión -sobreenvenida- del sueldo de los diputados de Castilla La Mancha según la STC 36/2014, de 27 de febrero: una solución sencilla para un problema complejo”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 7, pp. 95-107; ARANDA ÁLVAREZ, Elviro (2015), “La reducción de parlamentarios y la modificación del régimen retributivo de los miembros de las asambleas de las Comunidades Autónomas”, *Revista de Derecho Político*, núm. 92, pp. 119-164.

6 ARANDA ÁLVAREZ, Elviro (2015), “La reducción de parlamentarios y la modificación del régimen retributivo de los miembros de las asambleas de las Comunidades Autónomas”, *Revista de Derecho Político*, núm. 92, pp. 119-164; REVIRIEGO PICÓN, Fernando (2015), “Reformas electorales en un contexto de crisis”, en J. TUDELA y M. KÖLLING (coords.), *Costes y beneficios de la descentralización política en un contexto de crisis: el caso español* (pp. 205-251), Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico..

7 REVIRIEGO PICÓN, Fernando (2015), “Las reformas electorales y la magnitud de las circunscripciones”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, núm. 63(2), pp. 189-221.

tivos. Es decir, los efectos de la rebaja del número de escaños en una región pluriprovincial como Castilla-La Mancha iban mucho más allá del gasto público e impactaban de forma clara en el terreno electoral.

Tabla 1. Evolución de los elementos del sistema electoral de la Castilla-La Mancha.

Elecciones	Referencia legislativa	Tamaño del Parlamento	Tipo de prorrateo de escaños	Distritos (nº escaños)	Barrera electoral
1983	Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha Disposición Transitoria Primera	Horquilla: entre 40 y 50 Tamaño: 44 escaños	Rígido	Albacete: 9 Ciudad Real: 10 Cuenca: 8 Guadalajara: 7 Toledo: 10	5% a nivel regional
1987 1991 1995	Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha Ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-La Mancha	Horquilla: entre 40 y 50 Tamaño: 47 escaños	Mínimo inicial de 5 escaños por distrito y los 22 restantes según la población	Albacete: 10 Ciudad Real: 11 Cuenca: 8 Guadalajara: 7 Toledo: 11	3% a nivel de distrito
1999 2003 2007	Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha Ley 8/1998, de 19 de noviembre, de modificación parcial de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha	Horquilla: entre 47 y 59 Tamaño: 47 escaños	Rígido	Albacete: 10 Ciudad Real: 11 Cuenca: 8 Guadalajara: 7 Toledo: 11	3% a nivel de distrito
2011	Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha Ley 12/2007, de 8 de noviembre, por la que se adecúa la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha	Horquilla entre 47 y 59 Tamaño: 49 escaños	Rígido	Albacete: 10 Ciudad Real: 11 Cuenca: 8 Guadalajara: 8 Toledo: 12	3% a nivel de distrito

Ningunas	Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha Ley 4/2012, de 17 de mayo, por la que se adecúa la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha	Horquilla: entre 47 y 59 Tamaño: 53 escaños	Rígido	Albacete: 10 Ciudad Real: 12 Cuenca: 9 Guadalajara: 9 Toledo: 13	3% a nivel de distrito
2015 2019	Ley Orgánica 2/2014, de 21 de mayo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Ley 4/2014, de 21 de julio, de reforma de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha	Horquilla: entre 25 y 35 Tamaño: 33 escaños	Mínimo inicial de 3 escaños por distrito y los 18 restantes según la población	Albacete: 6 Ciudad Real: 8 Cuenca: 5 Guadalajara: 5 Toledo: 9	3% a nivel de distrito

Fuente: Elaboración propia

Así lo entendió el PSOE, partido que en esa legislatura 2011-2015 se encontraba por primera vez en la oposición a nivel regional tras haber encadenado siete mayorías absolutas consecutivas, y que no dudó en acudir al Tribunal Constitucional. En efecto, tras los recursos de inconstitucionalidad presentados por los senadores del PSOE, el Alto Tribunal tuvo que pronunciarse sobre esta reforma electoral en la STC 197/2014, de 4 de diciembre (sobre la reforma del Estatuto de Autonomía que estableció una horquilla de entre 25 y 35 diputados autonómicos para el Parlamento regional) y en la STC 15/2015, de 5 de febrero (sobre el artículo 16 de la Ley 4/2014, que fijó finalmente en 33 el número de diputados autonómicos).

En realidad, el Tribunal Constitucional apenas innovó en su doctrina sobre el principio de proporcionalidad en materia de sistemas electorales. En ambas sentencias, que son prácticamente idénticas tanto en lo que se refiere a los argumentos esgrimidos por los recurrentes como en los razonamientos desplegados por el Tribunal, éste rechazó la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, pues entendió que la reducción del número de diputados autonómicos que llevaba a cabo el Estatuto de Autonomía –y que materializaba la ley electoral– no vulneraba la exigencia constitucional de que el sistema electoral fuese de representación proporcional (artículo 152.1 CE). Y, como consecuencia de lo anterior, tampoco

co se habrían visto vulnerados ni el derecho fundamental a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad —a la condición de diputado, en este caso— (artículo 23.2 CE), ni el valor superior del pluralismo político (artículo 1.1 CE).

Sin embargo, estas dos sentencias han sido cuestionadas por parte de la doctrina, debido a la actitud excesivamente permisiva con lo que cabría entender como excesos de los legisladores estatutario y autonómico⁸. Sin ánimo de profundizar en el debate, me sumo a aquellos que han entendido que el Alto Tribunal empleó un canon de constitucionalidad demasiado flexible con relación a la exigencia de proporcionalidad. Y que también desaprovechó la oportunidad de desarrollar su doctrina en materia de barreras electorales, ante un sistema electoral que, como veremos a continuación, exige un porcentaje de votos muy elevado para obtener representación, difícilmente franqueable para terceros partidos incluso con un apoyo electoral considerable, y que, en definitiva, poco tiene que ver con el propósito de evitar cierta fragmentación dentro de una lógica de parlamentarismo racionalizado⁹.

Una vez expuestas algunas cuestiones relevantes para comprender la dinámica política y electoral de Castilla-La Mancha, mi principal propósito en este trabajo es analizar los rendimientos del sistema electoral castellano-mancheño en las dos elecciones autonómicas, 2015 y 2019, celebradas tras la reforma electoral de 2014. Como expondré con detalle, los elevados umbrales efectivos han dejado sin representación parlamentaria a partidos con un relevante apoyo electoral en el conjunto de la región (8,6 por ciento Ciudadanos en las elecciones de 2015; y en torno al 7 por ciento Vox y Unidas Podemos, cada cual, en las elecciones de 2019), lo que ha generado una enorme cantidad de votos desperdiciados. Como contrapartida, los partidos mayoritarios se han visto claramente beneficiados por el sistema electoral, obteniendo primas muy abultadas. No debe extrañar que los datos agregados de desproporcionalidad señalen que las elecciones de 2015

8 Para un análisis pormenorizado de esta jurisprudencia, véase GARROTE DE MARCOS, María (2015), “El control de constitucionalidad del sistema electoral de las Cortes de Castilla-La Mancha: a propósito de las SSTC 197/2014 y 15/2015”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 32, pp. 279-300; MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel (2015), “La sombra de las “political questions”: notas críticas sobre las STC 197/2014 y 15/2015 sobre las normas electorales para la elección de las Cortes de Castilla-La Mancha”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 28, pp. 73-103; OLIVER ARAUJO, Joan (2017), *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 200-208; VIDAL MARÍN, Tomás (2017), “Una vez más la Ley Electoral de Castilla-La Mancha a juicio: comentario a la STC 15/2015, de 5 de febrero de 2015”, *Parlamento y Constitución*, núm. 18, pp. 199-204.

9 FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2016), “La reforma del sistema electoral de Castilla-La Mancha de 2014”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 11, pp. 78-85.

y 2019 en Castilla-La Mancha han sido las más desproporcionales, no sólo de la región, sino en la historia del conjunto de las elecciones autonómicas en España.

A la vista de los negativos rendimientos exhibidos por el sistema electoral, concluiré el trabajo con un apartado en el que plantearé algunas propuestas de reforma que contribuirían a mejorar los efectos del sistema electoral desde el punto de vista de la proporcionalidad y de la adecuada representación del pluralismo político de la región. Para ello, plantearé dos tipos de propuestas. Algunas que no suponen la modificación del Estatuto de Autonomía, como la reducción del mínimo inicial de escaños o la sustitución de la fórmula electoral D'Hondt por la fórmula Hare. Y otra que sí requiere la reforma estatutaria, como es el aumento significativo de la horquilla de escaños en la que puede fluctuar el tamaño del Parlamento.

2. La reforma electoral de Castilla-La Mancha de 2014.

La reforma de 2014 consistió en una reducción del número de diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha de 53 a 33. Ello supuso un giro de ciento ochenta grados sobre la orientación del anterior cambio electoral, aprobado en esa misma legislatura solo dos años antes. Así, la Ley 4/2012, de 12 de mayo, había aumentado el número de diputados de 49 a 53 (Tabla1). Concretamente, había otorgado un escaño adicional a Ciudad Real, Cuenca, Guadalajara y Toledo.

La justificación de la reforma de 2012 se apoyó en argumentos demográficos. Argumentos razonables, en la medida en que la región había experimentado un crecimiento poblacional considerable. La población de derecho en Castilla-La Mancha había pasado de 1.977.304 habitantes a 2.115.334 entre los años 2007 y 2011, lo que suponía un incremento de 7 por ciento, cifra bastante superior a la media nacional, que se situaba en el 4,4 por ciento. Con ello mejoraba igualmente la *ratio* diputado/habitantes, que disminuía de 43.170 a 39.111, aproximándose a la media del resto de comunidades: 38.666 habitantes por diputado autonómico.

Además, se manejaron argumentos relacionados con los perniciosos efectos que podía tener la anterior distribución de escaños, que permitía que se produjesen *resultados no monótonos* con relativa facilidad y que de hecho estuvieron cerca de producirse en las elecciones de 2011. En este preciso sentido se pronunciaba la exposición de motivos de la ley electoral de 2012:

“Es por tanto necesario impulsar una reforma de la Ley Electoral que hasta ahora es radicalmente injusta, ya que abre la puerta a la posibilidad de que pudie-

ra obtener la mayoría parlamentaria un partido político que hubiera recibido un menor respaldo popular, al establecer una distribución de diputados par para cuatro provincias e impar para sólo una de ellas. Así, al reducir el número de provincias que eligen un número par de diputados se aleja la anómala posibilidad de que un partido consiga la mayoría en las Cortes de Castilla-La Mancha a pesar de haberse visto superado en número total de votos¹⁰.

En cualquier caso, la principal peculiaridad de esta reforma radica en que no llegó a aplicarse a ningún proceso electoral, puesto que antes de los comicios de 2015 ya se había aprobado una nueva reforma electoral en un sentido distinto¹¹.

De modo que el PP se autoenmendó con la reforma de 2014, que supuso la reducción a 33 del número de diputados. Los populares defendieron su conveniencia como forma de propiciar la austeridad los poderes públicos. Conviene recordar el contexto de la legislatura autonómica 2011-2015. En ella, el PP llegó a gobernar en once de las diecisiete comunidades (y en nueve de ellas con mayoría absoluta), desde las que defendió la necesidad de reducir el número de diputados autonómicos con el fin de contribuir a la contención del gasto público en una coyuntura de crisis económica. En algunos casos, solo pudo proponer dichas reformas sin que llegasen a prosperar, como en el caso de Galicia, Extremadura, La Rioja, Islas Baleares, Comunidad de Madrid y Comunidad Valenciana¹².

Pero en otros casos dichas reformas sí llegaron a materializarse. Es el caso de Cantabria, comunidad que en el año 2012 redujo el tamaño del Parlamento, pasando de 39 a 35 diptutados. Así, una disposición adicional de la Ley 2/2012, de 30 de mayo, de Medidas Administrativas, Económicas y Financieras para la ejecución del Plan de Sostenibilidad de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de Cantabria, redujo en cuatro el número de diputados. La disminución se planteó como una decisión más dentro de una batería de medidas más amplia para reducir el gasto público e impulsar el ahorro de 157 millones de euros, con vistas a cumplir con los principios de estabilidad presupuestaria y el objetivo de déficit fijado para Cantabria por el Estado. La aprobación de la ley se produjo

10 Exposición de motivos de la Ley 4/2012, de 17 de mayo, por la que se adecúa la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha.

11 Véase, en este sentido, la STC 214/2014, de 18 de diciembre de 2014, que declara extinguido, por pérdida sobrevenida de objeto, el recurso de inconstitucionalidad 4761-2012, formulado en relación con la Ley 4/2012, de 17 de mayo, por la que se adecua la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-La Mancha.

12 OLIVER ARAUJO, Joan (2017), *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 197-200.

gracias al respaldo del Grupo parlamentario Popular que contaba con la mayoría absoluta en la Parlamento cántabro, mientras que los grupos socialista y regionalista votaron en contra.

Sin embargo, la reforma de Castilla-La Mancha de 2014 fue considerablemente más controvertida que la cántabra. De hecho, es posible afirmar que la polémica trascendió el debate político regional y adquirió incluso una dimensión nacional. No en vano, la reforma del sistema electoral requirió una previa reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, por lo que tuvo que ser debatida en las Cortes Generales, donde fue objeto de agrias críticas por parte de los partidos de la oposición. Sus detractores se opusieron frontalmente a la reforma, destacablemente el PSOE, que tanto en Toledo como en Madrid calificó la modificación electoral de *pucherazo*.

A pesar de ello, el PP contaba en aquel momento con mayoría absoluta tanto en las Cortes de Castilla-La Mancha como en las Cortes Generales, por lo que logró sacar adelante en solitario la reforma. La modificación se implementó en dos fases. En una primera, se reformó el Estatuto de Castilla-La Mancha para reducir la horquilla del tamaño del Parlamento autonómico. Esa horquilla, que tras la reforma estatutaria de 1997 se situaba en un *suelo* de 47 diputados y un *techo* de 59, se redujo ostensiblemente para fijar los límites inferior y superior en 25 y 35 diputados, respectivamente (Tabla 1). La justificación de la reforma se podía leer en el preámbulo de la reforma estatutaria:

“[m]uchos son los esfuerzos y ajustes que se han solicitado a los castellano-manchegos para solucionar la importante crisis institucional y financiera de nuestra región. Es lógico que los representantes de los ciudadanos asuman también estos ajustes como propios y contribuyan al esfuerzo colectivo ya que la reducción de parlamentarios es una demanda abrumadora de la sociedad castellanomanchega”¹³.

En una segunda fase, se aprobó una nueva ley electoral autonómica, la Ley 4/2014, de 21 de julio, de reforma de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha. Dicha ley fijó definitivamente en 33 escaños el tamaño de las Cortes castellano-manchegas. Además, esa nueva ley electoral renunció al método de prorrateo de escaños rígido y retomó el viejo método *dinámico* de la ley electoral de 1986 que combinaba el doble criterio territorial y demográfico:

13 Preámbulo de Ley Orgánica 2/2014, de 21 de mayo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

se asigna un mínimo inicial de 3 escaños a cada una de las cinco provincias y se reparten los 18 restantes en función de la población (Tabla 1). El prorrateo dinámico es el más habitual entre las comunidades autónomas y el menos problemático, pues permite ir ajustando el prorrateo de escaños entre circunscripciones a las fluctuaciones demográficas¹⁴.

Con esa reforma, las Cortes de Castilla-La Mancha se convirtieron en la asamblea legislativa autonómica con menos diputados junto al Parlamento de La Rioja. Ahora bien, el problema no residía tanto en la reducción del Parlamento *per se*, como en la magnitud de las circunscripciones (número de escaños) que llevaba aparejada. Desde entonces, tres distritos electorales, Albacete, Ciudad Real y Toledo pasaron a tener un tamaño intermedio (entre 6 y 9 escaños) y otros dos, Cuenca y Guadalajara, pasaron a tener un tamaño pequeño (5 escaños).

El tamaño de la circunscripción es la variable fundamental con relación a la proporcionalidad de los resultados: cuanto menor sea el número de escaños a elegir, más desproporcionales son los resultados; y cuanto mayor sea la circunscripción, mayor será la proporcionalidad, al facilitar la entrada de más partidos en el reparto de los escaños. La magnitud media por circunscripción del sistema electoral manchego se quedó en 6,6 escaños; magnitud media bastante inferior a la del promedio autonómico, cifrado en 30,9 escaños si se incluyen todas las Comunidades Autónomas y en 19,4 escaños si se toman en consideración solo aquellas que cuentan con varias circunscripciones. Pero es que es incluso inferior a la del sistema electoral del Congreso de los Diputados (6,7 escaños), que, como es bien conocido, suele recibir críticas por la desproporcionalidad que genera¹⁵.

La reducción del tamaño de las circunscripciones supuso la elevación de los *umbrales efectivos* en las cinco provincias. El concepto de umbral efectivo se lo debemos al célebre politólogo Arend Lijphart. El umbral efectivo hace referencia al porcentaje de votos necesario para que un partido consiga su primer escaño en una determinada circunscripción electoral¹⁶. El umbral efectivo, en realidad, no puede ofre-

14 FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2016), “Algunos problemas en la articulación jurídica de los sistemas electorales autonómicos”, *Revista de las Cortes Generales*, núms. 97-98-99, pp. 335-337.

15 MONTERO, José Ramón y FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2018), “Cuatro décadas del sistema electoral español, 1977-2016. *Política y Gobernanza. Revista de Investigaciones y Análisis Político*, núm. 2, pp. 5-46.

16 El umbral efectivo *teórico* se calcula de acuerdo con la fórmula propuesta por Lijphart: $U_{ef} = \frac{50\%}{(M+1)} + \frac{50\%}{2M}$ donde M es el número de escaños de una determinada circunscripción. Véase LIJPHART, Arend (1995), *Sistemas electorales y sistemas de partidos. Un estudio de veintisiete democracias (1945-1990)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 63 y ss.

cerse como un porcentaje fijo, sino más bien como un intervalo entre dos medidas: el umbral mínimo, esto es, el porcentaje de votos que, bajo las circunstancias más favorables, otorga un escaño a un determinado partido –si el partido no alcanza al menos ese porcentaje, es imposible que consiga un escaño–; y el umbral máximo, es decir, el porcentaje de votos que, bajo las circunstancias más adversas, garantiza un escaño a un determinado partido –si alcanza dicho porcentaje, tiene asegurado el escaño–¹⁷. Son varios los factores que influyen a la hora de determinar ese umbral efectivo, aunque la variable fundamental, tal y como recoge la fórmula propuesta por Lijphart, es la magnitud de la circunscripción: cuanto mayor sea el número de escaños a repartir, menor será el umbral efectivo. Y viceversa: cuanto menor sea el número de escaños a distribuir, mayor será el umbral efectivo, esto es, mayor será el porcentaje de votos que necesitarán los partidos para conseguir al menos un escaño. Ahora bien, en la cuantía final de ese umbral también influye el grado de concentración o de dispersión del voto entre las distintas fuerzas políticas que compiten por los escaños. En definitiva, aunque puede ofrecerse una aproximación del umbral efectivo teórico antes de las elecciones, no puede calcularse con total exactitud el umbral efectivo real con anterioridad a la celebración de las mismas.

De lo que acaba de decirse, el concepto de umbral efectivo resulta fácilmente distinguible del de barrera electoral, umbral electoral o barrera legal. A diferencia del umbral efectivo, la barrera o umbral legal es el porcentaje de votos que la ley electoral exige a una determinada candidatura para poder acceder al reparto de escaños en una determinada circunscripción. En el sistema electoral de Castilla-La Mancha, la barrera legal se ha situado en el 3 por ciento de los votos a nivel provincial, excepto en las primeras elecciones de 1983 en las que se exigió un 5 por ciento de los votos a nivel autonómico (Tabla 1). El umbral del 3 por ciento no ha tenido operatividad hasta la fecha. Ello se debe a la existencia de una barrera fáctica –ese umbral efectivo al que nos venimos refiriendo– que ha obligado a los partidos que han aspirado a obtener representación parlamentaria a cosechar un porcentaje de votos bastante superior al 3 por ciento.

Pues bien, aplicando la fórmula que propone Lijphart a las circunscripciones de Castilla-La Mancha tras la reforma electoral de 2014, los umbrales efectivos de las distintas provincias, calculados antes de las elecciones, son los siguientes: 7,8 por ciento en Toledo; 8,7 en Ciudad Real; 11,3 en Albacete; y 13,3 en Cuenca y Guadalajara. Es decir, los umbrales efectivos teóricos oscilan entre el 7,8 y

17 URDÁNOZ GANUZA, Jorge (2008), “Umbrales de representación y desproporcionalidad”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 121, pp. 135-136.

el 13,3 por ciento. Si se repasa algunas de las acusaciones de manipulación electoral de los partidos críticos con la reforma, se constata que muchos de ellos habían comprendido perfectamente cuáles serían las repercusiones derivadas de la reforma, en el sentido de que dicha reforma levantaría unas importantes barreras de acceso a los partidos pequeños y medianos.

Veamos en el siguiente apartado cuáles fueron los efectos reales que desplegó el sistema electoral de Castilla-La Mancha tras su reforma de 2014 en las elecciones autonómicas de 2015 y 2019.

3. Los efectos del sistema electoral de Castilla-La Mancha.

3.1 Los efectos del sistema electoral en las elecciones autonómicas de 2015.

Los resultados arrojados por las elecciones autonómicas de 2015 confirmaron las sospechas acerca de la desproporcionalidad del sistema y de las elevadas restricciones en el acceso a los escaños. La moderada magnitud de las circunscripciones, sumada al sesgo en favor de los dos partidos mayoritarios propio de la fórmula D'Hondt, es lo que hizo que se resintiese la proporcionalidad.

El principal partido damnificado por la reducción del número de escaños fue Ciudadanos, que con algo más de 95.000 votos a nivel autonómico (8,64 por ciento del total) se quedó sin representación parlamentaria (Tabla 2). La circunscripción que mejor ejemplifica cómo los exigentes umbrales efectivos dejaron sin ningún escaño a Ciudadanos es Guadalajara, provincia donde la formación naranja obtuvo más del 12 por ciento de los votos, pero resultó un porcentaje insuficiente para conseguir representación.

Tabla 2. Resultados de las elecciones autonómicas de Castilla-La Mancha en 2015.

Partidos	Votos	Escaños	% Votos	% Escaños	% Prima/Penalización
PP	413.349	16	37,49	48,48	+ 10,99
PSOE	398.104	15	36,11	45,45	+ 9,34
Podemos	107.463	2	9,75	6,06	- 2,61
Ciudadanos	95.230	0	8,64	-	- 8,64
Ganemos-LV-IU	34.230	0	3,1	-	- 3,1

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Gobierno de Castilla-La Mancha.

El otro partido perjudicado por estas nuevas reglas electorales fue Podemos, a pesar de que consiguió acceder a las Cortes de Castilla-La Mancha con 2 escaños que, a la postre, resultaron determinantes para pactar con el PSOE y propiciar la alternancia en el Gobierno castellano-manchego. No obstante, la formación morada se vio infrarrepresentada a causa del sistema electoral, consiguiendo el 6 por ciento de los escaños con casi el 10 por ciento de los sufragios. La circunscripción que mejor resume la penalización a Podemos es Albacete, donde, a pesar de obtener el 11,24 por ciento de los votos, no recibió ningún escaño.

El reparto de escaños es un *juego de suma cero*, por lo que esas penalizaciones para el tercer y cuarto partido conllevaron inevitablemente bonificaciones para los dos primeros. Así, los grandes favorecidos fueron los partidos mayoritarios, PP y PSOE, que con el 37,5 y el 36 por ciento de los votos, respectivamente, se vieron sobrerrepresentados en las Cortes castellano-manchegas con el 48,5 y el 45,5 por ciento de los escaños, también respectivamente. Así pues, ambos partidos recibieron primas de unos 10 puntos.

La cifra de votos desperdiciados, es decir, aquellos votos dirigidos a partidos que no se materializaron en representación parlamentaria en las distintas circunscripciones por efecto del sistema electoral, fue tremendamente abultada. Del total de 1.083.272 votos emitidos a candidaturas, los votos desperdiciados ascendieron a 221.580, esto es, un 20,45 por ciento del total no sirvió para que los partidos destinatarios obtuviesen representación. Literalmente, uno de cada cinco sufragios fue desechado.

Así las cosas, no debe extrañar que las elecciones a las Cortes de Castilla-La Mancha de 2015 arrojasen unos índices de desproporcionalidad estratosféricos: 15,82 en el índice de mínimos cuadrados de Gallagher¹⁸. Esto aproxima los rendimientos del sistema electoral de Castilla-La Mancha a los propios de un sistema electoral mayoritario, que suelen registrar valores por encima de 10 en el índice de Gallagher. Es más, se trata de los resultados más desproporcionales no solo de la serie histórica de elecciones en Castilla-La Mancha, sino del conjunto de las elecciones autonómicas celebradas en España.

En definitiva, aunque el nuevo sistema electoral concedió al PP una bonificación de hasta 11 puntos porcentuales que le dejó con 16 escaños —a uno solo de re-

18 GALLAGHER, Michael (1991), “Proportionality, Disproportionality and Electoral Systems”, *Electoral Studies*, núm. 10, pp. 33-51.

editar la mayoría absoluta—, también impidió que obtuviese representación Ciudadanos, partido con el que en muchas otras comunidades los populares acabaron llegando a pactos de legislatura. Los altos umbrales efectivos hicieron que los casi 95.000 votos cosechados por Ciudadanos resultasen desperdiciados, cosa que no sucedió con Podemos, partido que fue capaz de obtener al menos 2 diputados. Esos 2 escaños, sumados a los 15 del PSOE, permitieron a estos dos partidos alcanzar un acuerdo para investir al socialista Emiliano García-Page; acuerdo que se convirtió en coalición de gobierno desde agosto de 2017 hasta el final de la legislatura.

3.2 Los efectos del sistema electoral en las elecciones autonómicas de 2019.

Las recientes elecciones autonómicas de 2019 han vuelto a corroborar la trascendencia de la reforma electoral de 2014 sobre el sistema de partidos y sobre la representación parlamentaria del pluralismo político (Tabla 3).

En esta ocasión, el gran beneficiado por el sistema electoral ha sido el PSOE, que logró una mayoría *manufacturada* o *fabricada* por el sistema electoral: con el 44 por ciento de los votos se ha hecho con más del 57 por ciento de los escaños. Se trata de una extraordinaria prima de más 13 de puntos porcentuales, que asemeja la bonificación concedida a la fuerza política más votada por el sistema electoral de Castilla-La Mancha a la que conceden los sistemas de tipo mayoritario. Los otros dos partidos con representación parlamentaria, PP y Ciudadanos, lograron también ser favorecidos por el sistema electoral, pero de una manera mucho más discreta, con exiguas primas de 1,77 y 0,74 puntos, respectivamente. Es decir, obtuvieron un número de escaños acorde con su apoyo electoral.

Tabla 3. Resultados de las elecciones autonómicas de Castilla-La Mancha en 2019.

Partidos	Votos	Escaños	% Votos	% Escaños	% Prima/Penalización
PSOE	476.469	19	44,1	57,58	+ 13,48
PP	308.184	10	28,53	30,3	+ 1,77
Ciudadanos	122.955	4	11,38	12,12	+ 0,74
Vox	75.813	0	7,02	-	- 7,02
Podemos-IU-Equo	74.777	0	6,92	-	- 6,92

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Gobierno de Castilla-La Mancha.

Los dos grandes perjudicados por el sistema electoral, en cambio, han sido Vox y, en esta ocasión, también Unidas Podemos. Estados dos fuerzas políticas no han logrado representación parlamentaria, pese a su importante nivel de apoyo a nivel regional, ambos con porcentajes en torno al 7 por ciento de los votos regionales. Vox se ha quedado fuera de las Cortes de Castilla-La Mancha con 75.813 votos, mientras que Unidas Podemos ha padecido los mismos efectos con un resultado muy similar, 74.777 sufragios. Quizás el caso más llamativo sea el de la circunscripción de Guadalajara, donde Vox y Unidas Podemos se quedaron sin representación, a pesar de haber conseguido, respectivamente, 12.024 votos (9,53 por ciento) y 11.808 votos (9,36 por ciento). La cantidad de votos desperdiciados en las elecciones de 2019 fue inferior a la de 2015, aunque siguió siendo considerable. Del total de 1.071.640 votos a candidaturas, los votos desperdiciados ascendieron a 173.206, esto es, un 16,05 por ciento del total.

Aunque inferiores a los de 2015, las elecciones de 2019 arrojaron de nuevo unos elevados índices de desproporcionalidad: 11,97 en el índice de mínimos cuadrados de Gallagher¹⁹. Se trata de los segundos resultados más desproporcionales en la historia del conjunto de las elecciones autonómicas en España, solo superado, precisamente, por el de las elecciones autonómicas de Castilla-La Mancha de 2015, año en que se aplicó por primera vez el nuevo sistema electoral castellano-manchego.

Estos datos sitúan al nuevo sistema electoral de Castilla-La Mancha como el más desproporcional de los empleados a nivel autonómico en España. Así lo acreditan sus rendimientos en las elecciones autonómicas de 2015 y 2019. Si bien es cierto que, en el promedio histórico de desproporcionalidad de los comicios autonómicos, Castilla-La Mancha es la tercera comunidad autónoma con resultados más desproporcionales, superada aún por Murcia y Canarias, pero registrando ya valores superiores a los del sistema electoral del Congreso de los Diputados (Tabla 4).

19 GALLAGHER, Michael (1991), "Proportionality, Disproportionality and Electoral Systems", *op. cit.*

Tabla 4. Promedio de los índices de desproporcionalidad en cada comunidad autónoma y en el nivel nacional, elecciones 1977-2019.

Puesto	Comunidad Autónoma	Promedio de desproporcionalidad
1	Canarias	7,32
2	Región de Murcia	6,94
3	Castilla-La Mancha	6,91
4	España (Congreso de los Diputados)	6,85
5	Castilla y León	6,79
6	Islas Baleares	6,12
7	Comunidad Valenciana	5,22
8	Principado de Asturias	5,1
9	Andalucía	4,85
10	La Rioja	4,76
11	Galicia	4,59
12	Cantabria	4,49
13	Aragón	4,17
14	Extremadura	4,03
15	Cataluña	3,89
16	Navarra	3,22
17	País Vasco	3,03
18	Comunidad de Madrid	2,49

Fuente: Elaboración propia a partir del índice de Gallagher.

4. Propuestas de reforma electoral.

Una vez comprobados los negativos rendimientos exhibidos por el nuevo sistema electoral de Castilla-La Mancha tras su reforma de 2014, parece justificado plantear algunas propuestas de reforma electoral que puedan corregir o mitigar algunas de sus disfunciones. Con ello, Castilla-La Mancha se sumaría a los debates sobre reformas electorales que acontecieron en otras comunidades en la legislatura autonómica 2015-2019. En la mayoría de esos debates las principales

propuestas abogaban por sistemas electorales que mejorasen la proporcionalidad de los resultados, redujesen la desigualdad del voto entre los ciudadanos y estrechasen la relación entre representantes y representados²⁰. Esas propuestas solo se materializaron finalmente en la Región de Murcia en 2015 y en Canarias en 2018. En Murcia se decidió suprimir las cinco circunscripciones infraprovinciales y se acogió la circunscripción provincial única, y se redujo también la barrera electoral del 5 al 3 por ciento²¹. Canarias, además de reducir sus barreras electorales del 6 al 4 por ciento autonómico y del 30 al 20 por ciento insular, aumentó el número de diputados de 60 a 70 para crear una nueva circunscripción autonómica que complementara a las siete circunscripciones insulares tradicionales. De modo que, para articular este exótico modelo, se permite a los electores utilizar un sistema de doble voto: uno primero que comparten todos los ciudadanos para elegir listas autonómicas o regionales; y un segundo voto diferenciado entre islas para elegir a las respectivas listas insulares²².

Retomando el caso castellano-manchego, y siendo el objetivo fundamental de la reforma la mejora de la proporcionalidad del sistema electoral, sugeriré dos bloques de propuestas. Un primer paquete de modificaciones que puede llevarse a cabo sin necesidad de modificar el Estatuto de Autonomía. Y un segundo bloque, más ambicioso, que implicaría la reforma del Estatuto de Autonomía.

4.1 Propuestas de reforma electoral sin modificar el Estatuto de Autonomía.

Respetando los márgenes establecidos por el Estatuto de Autonomía, es posible hacer pequeñas modificaciones de la Ley 4/2014, Electoral de Castilla-La Mancha, que requerirían de la mayoría absoluta de los diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha, tal y como exige la Disposición Transitoria primera del Estatuto.

20 GARCÍA MAHAMUT, Rosario (2018), “La reforma de los sistemas electorales autonómicos tras las elecciones de 24 de mayo de 2015: vectores políticos y jurídicos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, pp. 185-212; GÁLVEZ MUÑOZ, Luis (2020), “Estatutos de Autonomía y sistemas electorales autonómicos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 325-349.

21 SIERRA, Javier (2017), *El sistema electoral de la Región de Murcia: regulación, balance (1983-2015) y perspectivas*, Madrid: Dykinson.

22 LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando y GARCÍA MAHAMUT, Rosario (2019), “El nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias: «tercera generación». Hecho diferencial y nuevo sistema electoral”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, pp. 13-45; PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo y FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2019), “Informe sobre la implementación jurídica del sistema electoral contenido en la reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias”, *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 52, pp. 27-41; CUESTA LÓPEZ, Víctor (2020), “Reforma electoral en Canarias: génesis, alcance, implementación e incidencia práctica”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 429-449.

En primer lugar, podría aumentarse de 33 a 35 el número de Diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha. Aunque el aumento de dos diputados, como es obvio, no supondría una gran diferencia respecto a la situación actual, sí permitiría exprimir el margen que brinda la horquilla del Estatuto para aumentar la proporcionalidad.

En segundo lugar, podría reducirse el mínimo inicial de 3 diputados por provincia a solo 2 (o incluso a 1) escaño/s por provincia. Con ello se disminuiría el componente territorial en favor del poblacional, consiguiéndose así una reducción en la desigualdad en el valor del voto entre ciudadanos de distintas provincias. El mero hecho de que se otorgue un mínimo inicial de 1 o 2 escaños a cada provincia con independencia de su población, ya supondría un cumplimiento del mandato constitucional de “asegurar la representación de las diversas zonas del territorio” (artículo 152.1 CE). Sin ir más lejos, el mínimo inicial de dos diputados es el que se utiliza en el sistema electoral del Congreso de los Diputados o, a nivel autonómico, en el Principado de Asturias. Y el mínimo inicial de un diputado por circunscripción es el que se empleaba en el sistema electoral murciano hasta su reforma de 2015.

En tercer lugar, se propone sustituir la fórmula D’Hondt por la fórmula o cuota Hare. La fórmula D’Hondt es una de las menos equitativas y que mayores sesgos introduce en favor de los partidos más votados, especialmente en circunscripciones de tamaño reducido como las del sistema electoral castellano-manchego. En cambio, la fórmula Hare convierte los votos que ha obtenido cada partido en escaños de la manera más proporcional posible, esto es, sin primar o penalizar a ninguna de las candidaturas. En lugar de atribuir escaños dividiendo los votos obtenidos por los divisores 1, 2, 3, etc, como hace D’Hondt, con Hare se obtiene un cociente derivado de la división de todos los votos obtenidos por los partidos por el número de escaños a repartir, utilizándose ese resultado como cuota con la que asignar los escaños por igual a todos los partidos.

Resulta relevante subrayar que es en las circunscripciones de tamaño moderado, como las actuales de Castilla-La Mancha, donde la diferencia entre una u otra fórmula se deja sentir con mayor intensidad, puesto que la fórmula D’Hondt despliega sesgos mayoritarios que benefician a los partidos más votados y la cuota Hare es neutral. Al tratarse de un simple cambio en la operación matemática para la atribución de escaños, esta medida no debería recibir críticas de aquellos que pretenden evitar el incremento del gasto público. Además, su contribución a la proporcionalidad y al pluralismo político sería considerable. Es más, la fórmula Hare ya fue avalada por el Consejo de Estado en su prestigioso informe

de 2009 para la reforma del régimen electoral general²³.

En las tablas 5 y 6 se recoge el número de escaños asignados en cada circunscripción provincial y en el cómputo total tanto en las elecciones de 2015 como en las de 2019 y el número que correspondería a cada partido de aplicar la fórmula Hare en lugar de la D'Hondt.

Tabla 5. Comparación entre el reparto de escaños real de las elecciones de 2015 y el que se habría producido de utilizar la fórmula Hare.

Partidos	Albacete		Ciudad Real		Cuenca		Guadalajara		Toledo		Total	
	Real	Hare	Real	Hare	Real	Hare	Real	Hare	Real	Hare	Real	Hare
PP	3	2	4	3	2	2	2	2	4	4	16	13
PSOE	3	2	4	3	3	2	2	1	4	3	15	11
Podemos	-	1	-	1	-	1	1	1	1	1	2	5
Ciudadanos	-	1	-	1	-	-	-	1	-	1	-	4

Fuente: Elaboración propia

Tabla 6. Comparación entre el reparto de escaños real de las elecciones de 2019 y el que se habría producido de utilizar la fórmula Hare.

Partidos	Albacete		Ciudad Real		Cuenca		Guadalajara		Toledo		Total	
	Real	Hare	Real	Hare	Real	Hare	Real	Hare	Real	Hare	Real	Hare
PSOE	4	3	4	3	3	2	3	2	5	4	19	14
PP	2	2	2	2	2	2	1	1	3	2	10	9
Ciudadanos	1	1	1	1	-	1	1	1	1	1	4	5
Vox	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1	-	2
Unidas Podemos	-	1	-	1	-	-	-	-	-	1	-	3

Fuente: Elaboración propia

23 CONSEJO DE ESTADO (2009), “Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general”, en F. RUBIO LLORENTE y P. BIGLINO CAMPOS (eds.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos*. Madrid: Consejo de Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Como se puede comprobar, el cambio de fórmula arrojaría unos resultados mucho más proporcionales, recibiendo los dos principales partidos, y especialmente el PSOE, un número de escaños inferior. Por el contrario, las terceras, cuartas y quintas fuerzas políticas recibirían un número de escaños considerablemente superior. Por ejemplo, en las elecciones de 2015 Podemos conseguiría hasta tres escaños más, mientras que Ciudadanos, que no obtuvo representación en dichos comicios, habría obtenido 4 diputados. Algo similar habría sucedido en las elecciones de 2019, donde Ciudadanos habría conseguido un escaño más, y donde tanto Unidas Podemos como Vox habrían obtenido representación parlamentaria con 3 y 2 escaños, respectivamente. Como se puede comprobar, un simple cambio en la fórmula electoral empleada tendría un impacto considerable, arrojando una distribución de escaños entre los partidos mucho más ajustada al porcentaje de votos recibido por cada uno de ellos. El paisaje parlamentario castellano-mancheño sería más fragmentado, pero sin duda reflejaría mejor el pluralismo político expresado por los ciudadanos con su voto en las urnas.

En cuarto lugar, respecto a la barrera electoral, ésta puede permanecer en el 3 por ciento o eliminarse directamente, puesto que mientras nos movamos en magnitudes de circunscripción tan reducidas no podrá surtir ningún efecto al ser los umbrales efectivos que señalábamos anteriormente más elevados.

Para concluir, hay que señalar que cualquiera de los cuatro cambios propuestos se podría llevar a cabo aisladamente. No obstante, lo ideal sería la modificación conjunta de todos los cambios sugeridos en aras de la igualdad del voto entre castellano-mancheños y, sobre todo, de la proporcionalidad de los resultados. Pero si hay un elemento clave entre las modificaciones sugeridas, ese es sin duda el cambio en la fórmula electoral, tal y como se ha mostrado con las simulaciones de las tablas 5 y 6.

4.2 Propuestas de reforma electoral que impliquen la modificación del Estatuto de Autonomía.

Como se ha podido comprobar hasta ahora, la reforma del Estatuto impuso unos límites ciertamente estrechos para poder mejorar la proporcionalidad del sistema, al limitar a 35 el *techo* en el número de escaños del parlamento regional. Lo ideal sería que las fuerzas políticas alcanzaran un consenso para reformarlo. Ello requería su aprobación tanto en las Cortes de Castilla-La Mancha (donde es necesario el concurso imprescindible del PSOE, al que convendría sumar los apoyos de PP y Ciudadanos) como en las Cortes Generales (Congreso de los Diputados y Se-

nado) mediante ley orgánica, que exige reunir la mayoría absoluta en el Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto (art. 81.2 CE).

Asumiendo que hubiese mayorías políticas suficientes para sacar adelante una reforma estatutaria como la planteada, y una vez constatada la necesidad de aumentar la horquilla de escaños de las Cortes de Castilla-La Mancha, conviene tomar como referencia el tamaño de otros parlamentos autonómicos de comunidades con poblaciones similares a la de Castilla-La Mancha. Según los datos del Padrón Municipal a 1 de enero de 2019 (última fecha oficial ofrecida por el Instituto Nacional de Estadística), esta es la población de las comunidades autónomas equiparables a Castilla-La Mancha (2.032.863 habitantes y 33 escaños): Aragón (1.319.291 habitantes y 67 escaños); Murcia (1.493.898 habitantes y 45 escaños) Canarias (2.153.389 habitantes y 70 escaños); País Vasco (2.207.766 habitantes y 75 escaños); Castilla y León (2.399.548 habitantes y 81 escaños); y Galicia (2.699.499 habitantes y 75 escaños).

Es cierto que el aumento de escaños puede resultar incómodo de cara a la opinión pública. Pero es necesario realizar un esfuerzo pedagógico, pues salta a la vista que el tamaño actual de las Cortes de Castilla-La Mancha se encuentra muy alejado de las *ratios* escaño/habitante del resto de Comunidades Autónomas comparables. Es por ello por lo que, en caso de que se acometiese una reforma estatutaria, sería recomendable aumentar la horquilla de diputados, tal y como se ha hecho recientemente en Canarias, donde se ha aumentado de 60 a 70 el número de diputados para mejorar la proporcionalidad del sistema.

Históricamente, las Cortes de Castilla-La Mancha han tenido un número de escaños variable en función de las sucesivas reformas electorales que se han ido produciendo (Tabla 1). Así, en las elecciones fundacionales de 1983, las Cortes tuvieron 44 diputados. Desde las elecciones de 1987 hasta las de 2007, fue 47 el número de diputados. En las elecciones de 2011, se aumentó hasta 49 diputados. La reforma electoral de 2012, que nunca llegó a aplicarse a un proceso electoral, incrementaba a 53 el número de diputados. Y ya en las dos últimas elecciones de 2015 y 2019 es cuando se redujo a 33 el número de diputados.

Así pues, tras examinar el tamaño de los parlamentos de comunidades autónomas equiparables a Castilla-La Mancha poblacionalmente hablando, y tras examinar la propia evolución del número de escaños de las Cortes, mi propuesta consistiría en establecer una horquilla amplia que fluctuase entre los 47 y los 67 escaños. El *suelo* de 47 escaños se justificaría en que se trata del número de diputados que más tiempo se ha mantenido inalterado (dos décadas: entre 1987 y

2007), buscándose un número impar que evite los eventuales empates en las votaciones parlamentarias. De hecho, 47 es el número de escaños mínimo que se dispuso en la primera reforma estatutaria de 1997, reforma en la que existió consenso político. Por lo que respecta al *techo*, se propone un máximo de 67 escaños, que es el número de diputados que, por ejemplo, tienen las Cortes de Aragón actualmente, aun teniendo 700.000 habitantes menos que Castilla-La Mancha. Aunque en términos de proporcionalidad sería deseable un tamaño aún mayor teniendo en cuenta que los escaños totales se prorratean entre cinco circunscripciones, la horquilla propuesta parece razonable. Permitir una franja de escaños superior, que eventualmente podría suponer admitir una reforma electoral que diese lugar a un parlamento con más del doble de escaños que el actual, podría resultar excesivo y difícil de asimilar entre la opinión pública.

A partir de ese marco, podría discutirse la articulación concreta de la ley electoral, que podría incorporar algunas de las reformas sugeridas en el apartado anterior, relativas al tipo de fórmula, al mínimo de escaños iniciales por provincia, la cuantía de la barrera electoral e, incluso, la posibilidad de introducir algún tipo de mecanismos de voto preferencial, entre los cuales serían deseables algún tipo de listas flexibles o desbloqueadas²⁴.

5. Consideraciones Finales.

Castilla-La Mancha constituye un caso desviado por la frecuencia de sus reformas electorales. En el período 2007-2014, la política regional castellano-manchega se adentró en un agrio escenario de acusaciones recíprocas de manipulación electoral por parte de los dos partidos que se alternaron en el poder: PSOE y PP. Una cuestión medular como son las reglas electorales se ha convertido, lamentablemente, en un elemento de discordia que ha enfrentado a los principales partidos en los últimos años.

En este trabajo he mostrado cómo, más allá de los enfrentamientos partidistas en torno a esta cuestión, los rendimientos exhibidos por el sistema electoral tras su reforma de 2014 han sido objetivamente problemáticos. Tanto en las elecciones autonómicas de 2015 como en las de 2019 el sistema electoral ha otorgado unas bonificaciones desorbitadas a los dos principales partidos y, en especial,

24 FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos y SIERRA RODRÍGUEZ, Javier (2019), “El voto preferencial en las Comunidades Autónomas: propuestas y condicionantes jurídicos”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 29, pp. 51-100.

a la fuerza política más votada. Y lo que resulta aún más censurable, ha penalizado enormemente a terceras opciones políticas, llegando a dejar sin representación parlamentaria a fuerzas políticas con un importante nivel de apoyos a nivel regional. Esto último ha supuesto, además, que cerca de uno de cada cinco votos emitidos por los electores castellano-manchegos se conviertan en votos desperdiciados. Todo ello ha significado que los efectos del sistema electoral se hayan asemejado a los propios de uno de tipo mayoritario, a pesar de que los artículos 152.1 de la Constitución Española y 10.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha exigen una representación proporcional.

A mi modo de ver, la gravedad de la situación demanda que los principales partidos políticos de la región aparquen sus diferencias, dejen atrás los reproches mutuos en torno a esta cuestión, y traten de alcanzar un nuevo sistema electoral consensuado y llamado a regir los procesos electorales autonómicos venideros con vocación de permanencia. En este artículo he sugerido algunas reformas posibles. La opción ideal, en mi opinión, pasa por reformar el Estatuto de Autonomía para ampliar la horquilla del posible tamaño del Parlamento a un mínimo de 47 y un máximo de 67 diputados. Con ello se aproximaría el tamaño de las Cortes de Castilla-La Mancha al de los Parlamentos de otras comunidades autónomas de población similar, se mejoraría la proporcionalidad del sistema al incrementar el número de escaños en juego por circunscripción y, en consecuencia, sería más sencillo que fuerzas políticas por encima del 5 por ciento de los votos a nivel regional pudiesen obtener representación. Sería deseable evitar errores pasados y que la reforma del Estatuto se aprobase con un consenso interpartidista amplio, tendente a la unanimidad.

Aun en el caso de que no se consiguiese fraguar un acuerdo para acometer la reforma estatutaria en esas condiciones, seguirían existiendo opciones que mejorarían la situación actual modificando la ley electoral regional. La más relevante de las que he sugerido consistiría en la sustitución de la fórmula D'Hondt por la fórmula Hare, que, como he mostrado a partir de simulaciones con los resultados de las elecciones de 2015 y 2019, habría logrado un reparto de escaños entre los partidos políticos considerablemente más proporcional.

La cronificación del actual menoscabo del pluralismo político y del deterioro de los derechos de sufragio activo y pasivo resulta difícilmente tolerable. Un sistema electoral de naturaleza proporcional no debería suponer un obstáculo para que los cambios sociales y políticos encuentren su reflejo en el Parlamento. Es por ello preciso que los representantes políticos de Castilla-La Mancha trabajen para dotarse de unas reglas electorales aceptadas por todos los principales acto-

res políticos regionales y, sobre todo, que resulten aceptables para el conjunto de la ciudadanía.

Bibliografía.

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro (2015), “La reducción de parlamentarios y la modificación del régimen retributivo de los miembros de las asambleas de las Comunidades Autónomas”, *Revista de Derecho Político*, núm. 92, pp. 119-164.

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro (2015), “Calidad democrática y reformas electorales en las comunidades autónomas”, en J. TUDELA (coord.), *Los parlamentos autonómicos en tiempos de crisis* (pp. 179- 206), Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2015.

CONSEJO DE ESTADO (2009), “Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general”, en F. RUBIO LLORENTE y P. BIGLINO CAMPOS (eds.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos*. Madrid: Consejo de Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CUESTA LÓPEZ, Víctor (2020), “Reforma electoral en Canarias: génesis, alcance, implementación e incidencia práctica”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 429-449.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2014), “La reforma del Estatuto de Castilla-La Mancha: austeridad, proporcionalidad, territorialidad y la «cuadratura del círculo»”, *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 26 de mayo de 2014. Disponible en: <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2014/05/26/la-reforma-del-estatuto-de-castilla-la-mancha-austeridad-proporcionalidad-territorialidad-y-la-cuadratura-del-circulo-f-javier-diaz-revorio/> [Consultado el 3/6/2020].

FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2016), “La reforma del sistema electoral de Castilla-La Mancha de 2014”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 11, pp. 76-85.

FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2016), “Argumentos esgrimidos, motivaciones silenciadas: las sucesivas reformas del sistema electoral castellano-manchego”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 34, pp. 69-94.

FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2016), “Algunos problemas en la articulación jurídica de los sistemas electorales autonómicos”, *Revista de las Cortes Generales*, núms. 97-98-99, pp. 323-353.

FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos y SIERRA RODRÍGUEZ, Javier (2019), “El voto preferencial en las Comunidades Autónomas: propuestas y condicionantes jurídicos”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 29, pp. 51-100.

GALLAGHER, Michael (1991), “Proportionality, Disproportionality and Electoral Systems”, *Electoral Studies*, núm. 10, pp. 33-51.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis (2020), “Estatutos de Autonomía y sistemas electorales autonómicos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 325-349.

GARCÍA MAHAMUT, Rosario (2018), “La reforma de los sistemas electorales autonómicos tras las elecciones de 24 de mayo de 2015: vectores políticos y jurídicos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, pp. 185-212.

GARCÍA ROCA, Francisco J. (2014), “La supresión -sobreenvenida- del sueldo de los diputados de Castilla La Mancha según la STC 36/2014, de 27 de febrero: una solución sencilla para un problema complejo”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 7, pp. 95-107.

GARROTE DE MARCOS, María (2015), “El control de constitucionalidad del sistema electoral de las Cortes de Castilla-La Mancha: a propósito de las SSTC 197/2014 y 15/2015”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 32, pp. 279-300.

LIJPHART, Arend (1995), *Sistemas electorales y sistemas de partidos. Un estudio de veintisiete democracias (1945-1990)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando y GARCÍA MAHAMUT, Rosario (2019), “El nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias: «tercera generación». Hecho diferencial y nuevo sistema electoral”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, pp. 13-45.

MARTÍN SÁNCHEZ, María (2010), “El Estado Autonómico y el procedimiento electoral en España: Reforma de la Ley Electoral de Castilla-La Mancha”, *Revista de Derecho Electoral*, núm. 10, pp. 1-19.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel (2015), “La sombra de las “political questions”: notas críticas sobre las STC 197/2014 y 15/2015 sobre las normas electorales para la elección de las Cortes de Castilla-La Mancha”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 28, pp. 73-103.

MEZO, Josu (2019), “Castilla-La Mancha: competición unidimensional y bipartidista por el centro, rota por la crisis”, en B. GÓMEZ, L. CABEZA y S. ALONSO (eds.), *En busca del poder territorial. Cuatro décadas de elecciones autonómicas en España* (pp. 211-234), Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).

MONTERO, José Ramón y FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2018), “Cuatro décadas del sistema electoral español, 1977-2016. *Política y Gobernanza. Revista de Investigaciones y Análisis Político*, núm. 2, pp. 5-46.

OLIVER ARAUJO, Joan (2011), *Los sistemas electorales autonómicos*, Barcelona: Generalitat de Catalunya e Institut d’Estudis Autònoms.

OLIVER ARAUJO, Joan (2017), *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*, Valencia: Tirant lo Blanch.

PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo y FERNÁNDEZ ESQUER, Carlos (2019), “Informe sobre la implementación jurídica del sistema electoral contenido en la reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias”, *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 52, pp. 27-41.

REVIRIEGO PICÓN, Fernando (2015), “Las reformas electorales y la magnitud de las circunscripciones”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, núm. 63(2), pp. 189-221.

REVIRIEGO PICÓN, Fernando (2015), “Reformas electorales en un contexto de crisis”, en J. TUDELA y M. KÖLLING (coords.), *Costes y beneficios de la descentralización política en un contexto de crisis: el caso español* (pp. 205-251), Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.

RUIZ-GONZÁLEZ, Francisco (2013), “Austeridad versus Representatividad en la Ley Electoral de Castilla-La Mancha”, *Parlamento y Constitución*, núm. 15, pp. 201-224.

SIERRA, Javier (2017), *El sistema electoral de la Región de Murcia: regulación, balance (1983-2015) y perspectivas*, Madrid: Dykinson.

URDÁNOZ GANUZA, Jorge (2008), “Umbrales de representación y desproporcionalidad”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 121, pp. 133-166.

VIDAL MARÍN, Tomás (2004), “El régimen electoral de Castilla-La Mancha”, *Cuadernos de Derecho Público*, núms. 22-23, pp. 429-440.

VIDAL MARÍN, Tomás (2006), *Sistemas Electorales y Estado Autonómico. Especial consideración del Sistema Electoral de Castilla-La Mancha*, Toledo: Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha.

VIDAL MARÍN, Tomás (2011), “De nuevo el sistema electoral de Castilla-La Mancha ante el Tribunal Constitucional: comentario a la STC 19/2011”, *Parlamento y Constitución*, núm. 14, pp. 257-268.

VIDAL MARÍN, Tomás (2017), “Una vez más la Ley Electoral de Castilla-La Mancha a juicio: comentario a la STC 15/2015, de 5 de febrero de 2015”, *Parlamento y Constitución*, núm. 18, pp. 199-204.

RESUMEN

El sistema electoral de Castilla-La Mancha se ha reformado en varias ocasiones, la última de ellas en 2014. Se trata de la reforma electoral más polémica y que ha tenido un impacto más evidente en los resultados de los distintos partidos políticos, debido a los elevados umbrales efectivos que introdujo. Este trabajo analiza los resultados de las elecciones autonómicas de 2015 y 2019 y muestra la desproporcionalidad generada por el sistema electoral, como evidencian las enormes primas y penalizaciones que reciben los distintos partidos y la gran cantidad de votos desperdiciados. El trabajo concluye con unas propuestas de reforma electoral, algunas de las cuales podrían llevarse a cabo reformando la ley electoral regional, mientras que otras requerirían la reforma del Estatuto de Autonomía.

PALABRAS CLAVE

Sistemas electorales; Reformas Electorales; Castilla-La Mancha; Proporcionalidad; Umbral efectivo.

ABSTRACT

The electoral system of Castilla-La Mancha has been reformed on several occasions, the last one in 2014. The 2014's electoral reform has been the most controversial one and has had an impact on the results of the different political parties, due to the high effective thresholds it established. This paper analyzes the results of the regional elections of 2015 and 2019 and shows the disproportionality generated by the electoral system, as evidenced by the huge bonuses and penalties that the different parties receive and the large number of wasted votes. The work concludes with some electoral reform proposals, some of which could be carried out by reforming the regional electoral law, while others would require the reform of the Statute of Autonomy.

KEYWORDS

Electoral systems; Electoral Reforms; Castilla-La Mancha; Proportionality; Effective Threshold

LA CUESTIÓN DE CONFIANZA Y LA DISOLUCIÓN
DEL CONGRESO PERUANO

THE VOTE OF CONFIDENCE AND THE DISSOLUTION
OF PERUVIAN CONGRESS

César Landa Arroyo¹

Recibido: 10-05-2020

Aceptado: 25-07-2020

SUMARIO

I. Introducción.

II. El conflicto entre el gobierno y la oposición.

III. La Cuestión de confianza.

1. Aparición histórica de la cuestión de confianza.

2. Tipo de cuestión de confianza.

A. La cuestión de confianza obligatoria.

B. La Cuestión de confianza facultativa:

i.- Materias constitucionales y legales pasibles de la cuestión de confianza.

ii.- Cuestión de confianza de casos de interpelación y censura ministeriales.

iii.- Celeridad de la cuestión de confianza.

iv.- Denegación fáctica de la cuestión de confianza.

IV. La disolución constitucional del Congreso.

1. Nueva elección parlamentaria.

2. Interregno parlamentario y decretos de urgencia.

V. Conclusiones.

¹ Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú.

I. Introducción.

La democracia es el pilar sobre el que descansa el Estado Constitucional de Derecho, siendo fácticamente imposible la existencia de este fuera de un contexto democrático, que funcione bajo la regla de la defensa y promoción de los derechos fundamentales.² En este sentido, existe consenso en que la democracia es la mejor forma política para facilitar el goce de los derechos fundamentales, los que a su vez, sirven de límite al poder en un contexto democrático.

Es así, que internacionalmente en la Carta Democrática Interamericana se ha reconocido la relevancia que juega la primacía de la democracia en el contexto político, favoreciendo siempre los sistemas democráticos a aquellos que concentran el poder en un órgano. Si bien el concepto de democracia se ha flexibilizado a lo largo de la historia, pasando de ser entendido como un “gobierno del pueblo” en sentido literal a una forma de gobierno basado en la representación de los parlamentarios, la idea principal de participación ciudadana y división del poder se mantienen.

No es menester en el presente estudio discutir si el gobierno peruano actual es realmente representativo. No obstante, nos ocupa el tema de la división y equilibrio entre los poderes Legislativo y Ejecutivo, el cual se presenta mediante el clásico sistema de pesos y contrapesos (*check and balance*) entre el gobierno y la oposición parlamentaria³. Este sistema plantea el uso de mecanismos de control entre los poderes del Estado, dirigidos a reducir los errores o abusos de los poderes, asegurar la legitimidad y, lo más importante, prevenir el absolutismo o arbitrariedad del poder en detrimento de las minorías sociales y políticas.

Es en este contexto, la Constitución Política Peruana de 1993 – al igual que sus predecesoras – ha diseñado diversos institutos dirigidos a asegurar el control y balance político entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo; los cuales son expresión del sistema semi presidencial peruano, que toma tanto figuras del parlamentarismo como del presidencialismo. Es precisamente en torno a estas figuras, donde actualmente se encuentra la discusión política y constitucional peruana, siendo que la realidad ha demostrado la ausencia y a su vez la necesidad

2 BOVERO, Michelangelo. “Democracia y Derechos Fundamentales”. En *ISONOMÍA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 16 (Abril 2002). Biblioteca virtual de Miguel de Cervantes. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcxh0b0>.

3 LANDA, César. *Derecho político. Del gobierno y la oposición política democrática*. Lima: PUCP – CONCYTEC, 1990, pp. 111-123.

de regular la cuestión de confianza y la disolución constitucional del Congreso, como respuesta a los mecanismos de control parlamentario de las interpelaciones y de las censuras ministeriales contra los gabinetes ministerial, a fin de mantener balance de poderes y la gobernabilidad.

En ese sentido, en el presente ensayo, primero se presenta el origen de la tensión política entre el gobierno y la oposición parlamentaria, con la finalidad de explicar el funcionamiento de las figuras constitucionales más relevantes, que integran el sistema de contrapesos del Poder Ejecutivo, como la cuestión de confianza del gabinete ministerial y la disolución presidencial del Congreso, y, segundo se analiza dichas instituciones en relación a las sentencias del Tribunal Constitucional que se han pronunciado sobre dichas instituciones al resolver; por un lado, una demanda de inconstitucionalidad contra el Reglamento del Congreso⁴, y; por otro lado, una demanda competencial contra el Poder Ejecutivo por la disolución del Congreso de la República del 30 de setiembre del 2019⁵.

II. El conflicto entre el gobierno y la oposición.

Desde los últimos gobiernos de la transición democrática iniciada el 2001, la mayoría política del Congreso ha sido conformada por el partido opositor al Presidente de la República. Ello, *per se*, no ha sido negativo, es más, contribuyó al debate de una pluralidad de posturas democráticas sobre el control del poder, que permitió el balance de poderes, así como, la alternancia en el poder presidencial. Sin embargo, entre el año 2016 y el 2019 la posición y el rol de la oposición parlamentaria devino en obstruccionista: por un lado, por el bloqueo en sede legislativa a las políticas gubernamentales en la lucha contra la corrupción, y; por otro lado, por estar dirigida a someter el Poder Ejecutivo, así como, a controlar la actuación del Poder Judicial y del Ministerio Público, para asegurar intereses propios.

Así, desde el inicio del gobierno del ex Presidente Pedro Pablo Kuczynski (2016-2018), la mayoría parlamentaria liderada por Keiko Fujimori del partido Fuerza Popular –derrotada en las elecciones presidenciales del 2016 por 0.2% de votos- demostró su poder opositor, pero alcanzó su cénit al iniciarle un proceso de vacancia presidencial en noviembre del 2017; sin embargo, la facción liderada por su hermano –Kenji Fujimori- le retiró su apoyo, luego de negociar con el

4 Tribunal Constitucional. Expediente N° 0006-2018-PI/TC, del 6 de noviembre del 2018.

5 Tribunal Constitucional. Expediente N° 0006-2019-CC/TC, del 14 de enero del 2020.

Presidente el otorgamiento de un indulto humanitario y la correspondiente excarcelación de su padre: el ex Presidente Alberto Fujimori. Si bien Kuczynski no fue vacado, porque no alcanzaron los 87 votos necesarios, el uso de esta amenaza política como medio para debilitar y arrinconar al gobierno, no fue pasado por alto ni por la población ni por la academia, quienes empezaron a tomar conciencia del poder desestabilizador de un Parlamento intolerante con el Poder Ejecutivo, cuando existe una débil institucionalidad democrática.

De allí que, ante un segundo intento de vacancia presidencial en marzo del 2018, las nuevas negociaciones entre el Presidente y voceros del fujimorismo discrepantes fueron filtradas furtivamente a los medios de comunicación; en virtud de lo cual, la oposición recalcitrante le planteó al Presidente que si no renunciaba, debelaba los audios y lo vacaban. En un hecho inédito en la historia constitucional del Perú, el 23 de marzo del 2018 el Presidente de la República Kuczynski renunció y el Congreso declaró la vacancia presidencial y nombró al primer Vice Presidente Martín Vizcarra Cornejo como Presidente de la República, para completar el período presidencial hasta el 28 de julio del 2021⁶.

En esas circunstancias, el nuevo Presidente de la República nombró al congresista César Villanueva como Presidente del Consejo de Ministros, quien recibió el 3 de mayo del 2018 el voto de confianza de la mayoría parlamentaria, 94 a favor, 19 en contra y 2 abstenciones, dentro de ella de la entusiasta oposición fujimorista; pero, pronto el Presidente de la República se desmarcó de la mayoría parlamentaria cuando asumió la lucha contra la corrupción política y judicial como un objetivo concreto de su gobierno.

La reacción de los partidos en el Congreso vinculados a los casos de corrupción -fujimorismo y aprismo- fue iniciar una feroz oposición al Poder Ejecutivo; por un lado, contra el nuevo Presidente de la República y sus políticas anti corrupción, y; por otro lado, contra los fiscales y jueces encargados de la lucha anticorrupción, en el marco de los procesos de investigación penal del “caso Odebrecht” y de los “cuellos blanco del puerto”. Motivo por el cual, el gobierno empezó a utilizar la cuestión de confianza, prevista en el artículo 134 de la Constitución, como un instrumento de gobierno, en virtud del cual un ministro o el Presi-

⁶ Desde la fundación del Perú como República, sólo se había declarado la vacancia presidencial por haber renunciado a la Presidencia de la República -obligados por la oposición parlamentaria- en los casos del Presidente Andrés Avelino Cáceres en 1895 y del Presidente Guillermo Billinghurst en 1914; la renuncia del Presidente Alberto Fujimori el año 2000 desde el Japón –a donde huyó ante las graves evidencias de corrupción- fue rechazada por el Congreso y procedió a vacarlo por incapacidad moral permanente.

dente del Consejo de Ministros en nombre del gabinete ministerial puede solicitar al Congreso que le otorgue o no la confianza sobre una política de gobierno.

En ese entendido, el Presidente Vizcarra pasó de hacer uso de la concepción clásica de la cuestión de confianza obligatoria, como mecanismo de respaldo parlamentario a un nuevo gabinete ministerial, previsto en el artículo 130 de la Constitución, a hacer uso de la cuestión de confianza facultativa del artículo 134 de la Constitución, como una herramienta para incoar al Congreso a la aprobación de las políticas gubernamentales, relacionadas a la reforma de justicia y la reforma política. Esto le valió que la oposición parlamentaria le fuera investigando y gestando causales para solicitar su eventual vacancia presidencial.

En setiembre del 2018 el Gabinete Villanueva hizo cuestión de confianza de cuatro proyecto de leyes de reforma constitucional presentados por el Poder Ejecutivo al Congreso para ser sometidos a referéndum popular, debido a que la oposición dilataba su debate. Solo así, el 28 de setiembre el Congreso aprobó la cuestión de confianza formalmente, y, el 9 de diciembre del mismo año, el Jurado Nacional de Elecciones sometió al voto mediante referéndum popular la restitución de la bicameralidad, la no reelección inmediata de los congresistas, el control legal de las financiamiento de los partidos y la creación de la Junta Nacional de Justicia; las mismas que fueron ampliamente aprobadas, salvo la bicameralidad debido a que la mayoría parlamentaria distorsionó el proyecto del Poder Ejecutivo⁷.

Así, se inició el año 2019, con un referéndum popular aprobado y la creación de una Comisión Técnica que elaboró doce propuestas legislativas para la reforma política; de las cuales el gobierno priorizó cinco, las mismas que fueron presentadas al Congreso en calidad de urgencia; pero, la reacción de la oposición parlamentaria fue la misma diferir y dilatar su debate; al punto que el nuevo Presidente del Consejo de Ministros, Salvador Del Solar, presentó al Congreso una cuestión de confianza sobre los proyectos de leyes sobre la modificación del levantamiento de la inmunidad parlamentaria, la tipificación como delitos del financiamiento ilegal de

⁷ El proyecto de reforma constitucional sobre la bicameralidad presentado por el Poder Ejecutivo fue alterado sustancialmente por la mayoría parlamentaria pro-fujimorista, al introducir artículos que prohibían al Presidente de la República hacer cuestión de confianza de proyectos de leyes en trámite; asimismo, el Congreso estableció que el Presidente estaba impedido de nombrar a ninguno de los ministros censurados en un nuevo gabinete, y; de ser así, el rechazo de la confianza al nuevo gabinete ministerial no sería considerado como tal, para efectos de lo establecido en el artículo 134 de la Constitución. Esto es que, con un segundo rechazo parlamentario a la confianza del Gobierno, el Presidente de la República quedaba habilitado para disolver el Congreso, según el mencionado artículo.

los partidos, la eliminación del voto preferencial, el impedimento de ser congresistas con procesos penales, y, la obligatoriedad de las elecciones internas en los partidos para elegir a sus candidatos. Todo esto con la intención de acelerar la aprobación de la inserción de dichas políticas a la agenda parlamentaria, con cargo a ser estas discutidas y aprobadas finalmente por el Legislativo.

El 4 junio del 2019 la mayoría parlamentaria otorgó el voto de confianza al gabinete ministerial del Presidente del Consejo de Ministros Del Solar; sin embargo, procedió nuevamente a desconocer su prioridad en la agenda parlamentaria; para finalmente rechazar el proyecto para que la inmunidad parlamentaria sea levantada por la Corte Suprema de Justicia, así como, aprobar las restantes propuestas con modificaciones sustanciales, pero vaciando en algunos casos el contenido de las reformas políticas. Motivo por el cual, el Presidente de la República, en el Mensaje a la Nación del 28 de julio del 2019, anunció la presentación al Congreso de un proyecto de reforma constitucional para adelantar las elecciones parlamentarias y presidenciales para el año 2020.

Con la misma táctica política del ocio legislativo, en agosto del 2019 la oposición parlamentaria solicita a la Comisión de Venecia⁸ una opinión acerca del conflicto generado entre el Congreso y el Poder Ejecutivo; la misma que envió a cuatro comisionados a Lima para escuchar a los representantes de ambos poderes y a académicos, a fin de emitir un pronunciamiento sobre el uso de la cuestión de confianza para llevar a cabo reformas constitucionales. Sin embargo, antes de que dicha Comisión enviara su informe, la mayoría parlamentaria a fines de setiembre del 2019 decidió archivar el proyecto de reforma constitucional de adelanto electoral.

Simultáneamente, el Presidente del Congreso de la República hizo público la convocatoria al Pleno para el 30 de setiembre del 2019, a fin de elegir a seis nuevos magistrados del Tribunal Constitucional, un acto parlamentario que se encontraba dentro de sus atribuciones. Sin embargo, las propuestas y selección de los once candidatos a magistrados habían sido designados por la mayoría parlamentaria en menos de una semana, sin la participación de cinco grupos parlamentarios; lo cual demostró a juicio del gobierno la urgente necesidad de un cambio en el proceso de selección; debido a que, muchos de los propuestos no contaban con experiencia en derecho constitucional o, incluso, algunos eran pú-

8 La Comisión de Venecia es el órgano consultivo del Consejo de Europa en materia constitucional, a la cual el estado peruano está afiliado como observador. Sus informes no son vinculantes, sino ilustrativos.

blicamente cuestionados, dadas determinadas acusaciones públicas, además de haber sido abogados o defensores en particular de los ex presidentes Alan García y Alberto Fujimori⁹. En este contexto, es que el Poder Ejecutivo, a manera de control constitucional de los actos del Poder Legislativo, planteó una cuestión de confianza dirigida a suspender el proceso de selección en trámite y a modificar el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), para que los candidatos sean electos por concurso público.

La moción de confianza presentada incluía una petición de ser tratada con carácter de urgencia en la siguiente sesión que tuviera el Pleno del Congreso. A pesar de dicha solicitud, el lunes 30 de setiembre, el Pleno del Congreso se inició con el debate sobre los candidatos a jueces del Tribunal Constitucional, impidiendo por la fuerza que el Presidente del Consejo de Ministros ingresara al hemiciclo del Congreso a presentar la cuestión de confianza solicitada; en violación del derecho que le confiere el artículo 129 de la Constitución, para que los ministros puedan concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar, si no son congresistas.

Tras lograr ingresar y hacer el uso de la palabra a través de un congresista que le cedió su tiempo, el Premier pasó a presentar la moción de confianza, solicitando nuevamente que se ponga a debate el proyecto de ley de reforma de la LOTIC, antes de elegir a los seis magistrados constitucionales. A raíz del pedido del Premier, se solicitó como cuestión previa que se ponga a votación dicho pedido, el mismo que fue rechazado. Así, el Pleno acordó continuar con la elección de nuevos magistrados del Tribunal Constitucional, pasando a someter a dos de los candidatos a votación que habían sido propuestos por el congresista García Belaunde de Acción Popular, aliado de las bancadas fujimorista y aprista, pero solo lograron a elegir a uno¹⁰.

Dicha omisión de debatir y suspender el proceso de la cuestionable elección de los magistrados fue asumida por el Presidente de la República como una denegatoria fáctica de la moción de confianza, considerando que la elección de un magistrado y el debate sobre otro candidato implicaba rechazar en esencia la

9 Gonzalo Ortiz de Zevallos, Manuel Sánchez Palacios, Francisco Morales, Wilber Medina Bárcena, Roberto Acevedo Mena, Carlos Hakkanson, Delia Muñoz, Ernesto Álvarez Miranda, Carmela Orbegozo, Milagros Campos y Edgar Carpio, quien renunció a su candidatura.

10 Se eligió al abogado Gonzalo Ortiz de Zevallos como magistrado constitucional con el mínimo de 87 votos del Pleno Congreso —el mismo que fue cuestionado por registrar el voto de una congresista ausente en el hemiciclo— y el segundo candidato votado Manuel Sánchez Palacio no alcanzó la votación requerida.

cuestión de confianza presentada. Bajo este argumento, el Presidente de la República determinó que la cuestión de confianza había sido negada por segunda vez en un mismo periodo gubernamental¹¹, y; por lo tanto, procedió a anunciar mediante un mensaje a la Nación la disolución del Congreso de la República Peruano” el mismo día 30 de setiembre del 2019.

Inmediatamente después de anunciada la disolución, los congresistas decidieron someter a votación la cuestión de confianza, aprobando formalmente la misma pesar de haberla negado en la práctica. Adicionalmente, iniciaron un sumario proceso de suspensión en el cargo al Presidente de la República Martín Vizcarra y juramentaron a la segunda Vice-Presidente Mercedes Araoz como nueva Presidenta de la República. A pesar que la población en todas las ciudades del país salieron a las calles a celebrar y apoyar la clausura del Congreso, también se gestó momentos de incertidumbre respecto a quién era el Presidente del país; pero, que se resolvió rápidamente con la renuncia en menos de 24 hora de la Presidenta, debido al respaldo popular a la clausura del Congreso y, a la declaración de la Organización de Estados Americanos (OEA) para que dicha controversia institucional sea resuelta por el Tribunal Constitucional.

En ese entendido, Pedro Olaechea –Presidente del Congreso y en caso de receso o disolución Presidente de la Comisión Permanente— presentó una demanda competencial a título de Presidente del Congreso de la República contra el Poder Ejecutivo ante el Tribunal Constitucional, cuestionando la constitucionalidad del uso de la cuestión de confianza respecto de la selección y elección de los magistrados del Tribunal Constitucional, y, sobre la invalidez de la disolución del Congreso al haber asumido el Presidente del República que el Congreso negó el pedido de la cuestión de confianza de manera fáctica. Materias sobre las cuales el Tribunal Constitucional expidió sentencia en el Exp. N° 0006-2019-CC/TC declarando infundada la demanda del Congreso, según se analiza a continuación.

III. La cuestión de confianza.

En los regímenes parlamentarios la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento, lleva implícita dos cauces de articulación: la cuestión de confian-

¹¹ El 15 de noviembre del 2017 se produjo el primer rechazó de la mayoría parlamentaria del Pleno del Congreso a la cuestión de confianza solicitada por el Gabinete del Presidente del Consejo de Ministros Fernando Zavala, en materia de la política educativa que llevaba Marilú Martens, entonces Ministra de Educación.

za del Gobierno y la moción de censura del Parlamento. La finalidad de la cuestión de confianza que plantea el Gobierno al Parlamento es lograr la aprobación de una medida política, pero en caso este rechace la confianza solicitada, se declara la disolución del Parlamento y se llama a elecciones populares para dirimir el conflicto entre ambos poderes, y, que de manera democrática se conforme una nueva mayoría parlamentaria. En este sentido, la cuestión de confianza es históricamente, en el constitucionalismo comparado, un clásico instrumento del parlamentarismo racionalizado¹².

1. Aparición histórica de la cuestión de confianza.

En el régimen político peruano de origen presidencial, la cuestión de confianza entendida como voto de censura se fue gestando durante el siglo XIX y comienzos del siglo XX; por ello, Villarán señaló que, “nuestra leyes de ministros, las prácticas parlamentarias y un texto expreso en la Constitución de 1920, introdujeron progresivamente la práctica del voto de censura a los ministros, con el efecto de obligarlos a la dimisión”¹³. En tal sentido, la Constitución de 1920 dispuso que:

Art. 133º.- No pueden continuar en el Desempeño de sus carteras los Ministros contra los cuales alguna de las Cámaras haya emitido un voto de falta de confianza.

Pero, a raíz del golpe de Estado del general **Sánchez Cerro en 1930** contra el férreo presidencialismo del Presidente Augusto B. Leguía –que se reeligió consecutivamente dos veces reformando la Constitución de 1920-, el gobierno de *facto* creó la Comisión Villarán, encargada de elaborar un Anteproyecto de Constitución, que buscó **moderar** el poder presidencial, prohibiendo la reelección presidencial inmediata, así como, también, articulando su relación con el Congreso, innovando para tal efecto que el Presidente del Consejo de Ministros se presentara ante las Cámaras del Congreso para exponer la política general del Poder Ejecutivo. Propuesta que fue aprobada por el Congreso Constituyente de 1933, con el siguiente texto:

Artículo 167.- El Presidente del Consejo al asumir sus funciones concurrirá a la Cámara de Diputados y al Senado, separadamente, en compañía de los demás Ministros, y expondrá la política general del Poder Ejecutivo.

12 SANTAOLALLA, Fernando. *Derecho Parlamentario Español*. Madrid: Espasa Calpe, 1990, p. 346-351.

13 VILLARÁN, Manuel Vicente. *Ante-Proyecto de Constitución de 1931. Exposición de Motivos*. Lima, 1962, pp. 39-40.

El objeto de la presentación del programa no era solamente dar a conocer al Congreso la política general del gobierno, sino que a juicio del constituyente Clemente Revilla era: “conferirle (al Congreso) la grave atribución de aprobarla o desaprobala al ser informado de ella, y en este último caso, impedir que el Gabinete entrase en funciones obligándolo a dimitir”¹⁴. Sin embargo, dicha exposición debía llevarse a cabo no solo ante la Cámara de Diputados, sino también ante el Senado Funcional, que nunca se llegó a instalar; motivo por el cual, jamás se hizo exigible que se sometería al voto la exposición del Presidente del Consejo, incluso ante la Cámara de Diputados.

Asimismo, la Constitución de 1933 incorporó la cuestión de confianza distinguiéndola del voto de censura de forma explícita, al establecer que:

Artículo 174.- La no aprobación de una iniciativa ministerial no obliga al Ministro a dimitir, salvo que hubiese hecho de la aprobación una cuestión de confianza.

Lo cierto es que la práctica parlamentaria hasta entonces había puesto en evidencia que: por un lado, la interpelación y la censura ministerial, y, por otro lado, la renuncia de un ministro antes que formular una cuestión de confianza, por el rechazo de una iniciativa ministerial constituían prácticas frecuentes en la tensión entre el Presidente de la República y la oposición parlamentaria¹⁵.

Más aún, los golpes de Estado y los gobiernos militares *de facto* de los años 1933, 1936, 1945, 1962 y 1968 hicieron que debido a la falta de vida democrática regular, la cuestión de confianza fuera una institución meramente declarativa, sin mayor desarrollo parlamentario ni reflexión constitucional.

No obstante, en las Constituciones de 1979 y 1993 se incorpora la cuestión de confianza vinculada a la presentación del Presidente del Consejo de Ministros y sus ministros al Congreso, sin perjuicio del voto de confianza individual que pueden solicitar los ministros al Congreso. En estas constituciones la cuestión de confianza se formula como un mecanismo de contrapeso del Gobierno a las censuras ministeriales por parte del Congreso, con el propósito de reequilibrar el conflicto entre poderes y/o buscar el respaldo político de la mayoría parlamentaria. Así, la *praxis* jurisprudencial contemporánea de la cuestión de confianza tiene dos tipos que a continuación se analiza.

14 VILLARÁN, Manuel Vicente. *Posición constitucional de los Ministros en el Perú*. Lima: Editorial Cuzco, 1994, p. 178.

15 *Ibidem*, op. cit., pp. 174-176.

2. Tipos de cuestión de confianza

La Constitución de 1979 modernizó la estructura de Estado en general, y, desarrolló la cuestión de confianza disponiendo que el Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros se presentasen ante la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, para exponer y debatir el programa general del Gobierno y los principales medidas políticas y legislativas que requiriese su gestión; sin que la exposición diera lugar a un voto de aprobación o rechazo del Congreso.

Artículo 224.- El Presidente del Consejo concurre a las Cámaras reunidas en Congreso, en compañía de los demás Ministros, para exponer y debatir el programa general del Gobierno y las principales medidas políticas y legislativas que requiere su gestión. La exposición no da lugar a voto del Congreso.

La Constitución de 1979 recogió también la cuestión de confianza sobre una iniciativa ministerial para que un Ministro se la pudiera formular al Congreso; pero sin precisar sobre la naturaleza o materia a someter a la deliberación del Congreso.

Art. 226.- (...) La desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga a los Ministros a dimitir, salvo que haya hecho de la aprobación una cuestión de confianza.

Las facultades de interpelar, censurar y extender confianza a los Ministros son exclusivas de las Cámara de Diputados.

Asimismo, la Constitución de 1979 incorporó la institución parlamentaria de la disolución presidencial del Congreso, particularmente de la Cámara de Diputados, como un principio del equilibrio y balance de poderes, cuando esta hubiera censurado o rechazado la confianza a tres gabinetes ministeriales. En ese sentido se dispuso que:

Art. 227.- El Presidente de la República está facultado para disolver la Cámara de Diputados si esta ha censurado o negado confianza a tres Consejos de Ministros.

Sin embargo, durante los doce años de vigencia de la Constitución de 1979, los gobiernos constitucionales en los periodos presidenciales de Belaunde Terry -1980-1985- y de Alan García -1985-1990- la Cámara de Diputados en mayoría era afín políticamente al Presidente de la República; en consecuencia ni se derri-

baron gabinetes ministeriales, y, menos se aplicó la disolución de la Cámara de Diputados¹⁶.

Pero, en el caso del Presidente Fujimori electo para el período 1990-1995, este no contó con una mayoría parlamentaria en la Cámara de Diputados, generando un conflicto de poderes que terminó en su auto golpe de Estado que impuso el 5 de abril de 1992, con el apoyo de la Fuerzas Armadas; en el que disolvió inconstitucionalmente el Congreso (Cámara de Diputados y Cámara de Senadores), estableciendo un gobierno de *facto* cívico-militar que dictó la Constitución Política de 1993, a través de un Congreso Constituyente Democrático y un discutido referéndum ciudadano¹⁷.

La Constitución de 1993, siguiendo el tenor de la Constitución de 1979, mantiene la obligatoriedad de la presentación de los nuevos gabinetes ministeriales ante el Congreso unicameral, pero ahora dicha sesión de investidura está sujeta a su aprobación expresa; así como, también, se mantiene la potestad de los ministros y/o el Presidente del Consejo de Ministros de someter al Congreso una cuestión de confianza, y, que este si las rechaza en dos oportunidades, habilita al Presidente de la República para disolver el Congreso unicameral. Pues, esto es lo que ha sucedido por vez primera en la historia constitucional peruana, el 30 de setiembre de 2019 con la disolución constitucional del Congreso unicameral decretada por el Presidente de la República Martín Vizcarra.

Lo cual generó una gran polémica política y jurídica que amerita el análisis del uso de la cuestión de confianza planteada por el Presidente del Consejo de Ministros y el voto de censura parlamentaria, que se encuentran reguladas en los artículos 130, 132, 133 y 134 de la Constitución Política del Perú de 1993, en función de la interpretación que de la misma ha realizado el Tribunal Constitu-

16 Lo que no fue óbice para que sí se produjeran interpelaciones ministeriales y alguna censura ministerial, más no fue una práctica que el Presidente del Consejo de Ministros o un Ministro hiciera cuestión de confianza al Congreso sobre una iniciativa ministerial; sino que, por el contrario, ante una interpelación frustrada a tres Consejos de Ministros -pero diferentes- hayan recibido un voto de confianza. Así, el 16 de setiembre de 1982, la Cámara de Diputados otorgó un voto de confianza al Consejo de Ministros de Manuel Ulloa Elías tras una interpelación; el 16 de setiembre de 1986, la Cámara de Diputados otorgó un voto de confianza al Consejo de Ministros de Luis Alva Castro tras una interpelación, y; el 20 de abril de 1988, los diputados aprobaron una moción de confianza al Consejo de Ministros de Guillermo Larco Cox, tras ser interpelados.

17 Juan Chávez Molina, miembro del Jurado Nacional de Elecciones, renunció a su cargo y denunció graves irregularidades y fraude en el referéndum de la Constitución de 1993. Ver: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-273503>. (consultado el 28 de febrero de 2020).

cional en la sentencia del Expediente N° 0006-2019-AI/TC, siguiendo lo establecido en el Expediente N° 006-2018-AI/TC; por cuanto, ha señalado que la cuestión de confianza puede ser obligatoria o facultativa.

A. La cuestión de confianza obligatoria.

La cuestión de confianza obligatoria se produce cuando el Presidente de la República con el Presidente del Consejo de Ministros nombran un nuevo gabinete ministerial, y, el Premier con sus ministros deben presentarse en una sesión de investidura ante el Congreso para solicitar un voto de confianza a las políticas y medidas a implementar, según el reglamento del Congreso¹⁸; de conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la Constitución de 1993:

Artículo 130.- Dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, el Presidente del Consejo concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. Plantea al efecto cuestión de confianza.

Si el Congreso no está reunido, el Presidente de la República convoca a legislatura extraordinaria.

En este sentido, el uso de la cuestión de confianza del artículo 130 es obligatorio, puesto que debe realizarse al inicio de cada período gubernamental, y, siempre que exista un nuevo gabinete; con ello se busca que entre el Poder Ejecutivo y el Congreso se establezca un vínculo de confianza fiduciaria; esto es, que al recibir el voto de confianza en base al plan del nuevo gobierno, la oposición se manifieste mediante el voto de confianza a favor o en contra de las polí-

¹⁸ “*Investidura del Consejo de Ministros. Artículo 82. Dentro de los treinta días naturales de haber asumido sus funciones, el Presidente del Consejo de Ministros debe concurrir ante el Pleno del Congreso reunido en período de sesiones ordinario o extraordinario, acompañado de los demás ministros, para: a) Exponer la política general del Gobierno; b) Debatir la política general del Gobierno; y, c) Debatir las principales medidas que requiere su gestión. Si el Congreso se encontrara en receso, el Presidente de la República convocará de inmediato a legislatura extraordinaria. Al inicio de su exposición, el Presidente del Consejo de Ministros entrega la versión completa a cada uno de los Congresistas. La cuestión de confianza que plantee el Presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo en su conjunto, será debatida y votada en la misma sesión o en la siguiente, según lo que acuerde en forma previa el Consejo Directivo o en el acto el Pleno del Congreso. El resultado de la votación será comunicado de inmediato al Presidente de la República, mediante oficio firmado por el Presidente del Congreso y uno de los Vicepresidentes. Si el Pleno negara su confianza al Consejo de Ministros, el Presidente de la República aceptará la renuncia del Presidente del Consejo de Ministros y de los demás ministros, que debe realizarse de inmediato”.*

ticas y las medidas legislativas que hayan sido solicitadas; pero, también, que el control político de la oposición política no se limite a supervisar el voto de confianza otorgado, sino al cumplimiento de las políticas que dimanen de la propia Constitución, a juicio de la oposición¹⁹.

Cabe señalar que desde la vigencia de la Constitución de 1993, a ningún gabinete ministerial entrante con un nuevo gobierno que ha solicitado obligatoriamente la confianza, el Pleno del Congreso le ha negado la confianza, aunque tampoco nunca se le ha otorgado la confianza con un voto unánime; debido a que en la práctica política de la transición democrática existe conciencia en la oposición parlamentaria que el gobierno entrante merece un período de “cien días” de gracia.

Sin embargo, en la recomposición de un gabinete ministerial a raíz de una crisis política, originada en la renuncia del Presidente del Consejo de Ministros, se han producido casos en los que el nuevo Premier al solicitar la confianza del Congreso ha tenido que negociar con la oposición el voto de investidura, porque la mayoría de votos a favor del Pleno del Congreso no han estado muy seguros; motivo por el cual, el gobierno ha debido acercarse a la oposición para explicar sus lineamientos de gobierno, o, hacer gestos políticos o declaraciones públicas requeridas por la oposición, para que no voten en contra o al menos voten en blanco la confianza obligatorio solicitada.

Así por ejemplo, el Presidente Humala ante una crisis gubernamental gestada por la Primera Dama²⁰, nombró en marzo del 2014 a René Cornejo, como nuevo Presidente del Consejo de Ministros; quien antes del voto de confianza no se pronunció públicamente sobre el pedido expreso de la oposición parlamentaria, para que su labor fuera independiente de la Primera Dama, Nadine Heredia. Así, el nuevo gabinete ministerial no recibió la confianza del Congreso de la República; al contrario, en primera votación solo obtuvo 47 a favor y 71 abstenciones, y, en segunda votación obtuvo más votos en blancos 73 que votos a favor 42 y en contra 6²¹.

19 LÓPEZ AGUILAR, Fernando. *La oposición parlamentaria y el orden constitucional. Análisis del Estatuto de la Oposición en España*. Madrid: CEC, 1988, pp. 301-308.

20 El Premier César Villanueva del gobierno del Presidente Ollanta Humala anunció la decisión gubernamental de aumentar el salario mínimo de los trabajadores, a lo que se opuso el Ministro de Economía y Finanzas, quien recibió el apoyo público de la Primera Dama, Nadine Heredia, ante lo cual renunció a su cargo. Ver: https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/02/140224_ultnot_peru_gabinete_renuncias_jgc. (consultado el 28 de febrero de 2020).

21 De acuerdo con la práctica parlamentaria si hay más votos en blanco que a favor y en contra, el Congreso no ha tomado una decisión, y, deberá votarse nuevamente hasta lograr que los votos a favor o en

En consecuencia, el Presidente del Consejo de Ministros y todo su gabinete pusieron sus cargos a disposición del Presidente Humala; quien no las aceptó, sino que urgentemente negoció el voto de confianza con la oposición parlamentaria más afín. Motivo por el cual, previa declaración pública y por escrito del Presidente del Consejo de Ministros asegurando que no se permitiría ningún tipo de intromisión, en alusión a la Primera Dama, obtuvo el voto de confianza obligatorio del Congreso el 17 de marzo de 2014, con 66 votos a favor, 52 en contra y 9 abstenciones.

Asimismo, el 20 agosto del 2004, ante otra crisis gubernamental, que produjo la renuncia del Premier René Cornejo y la designación de Ana Jara como Presidente del Consejo de Ministros, al solicitar la cuestión de confianza obligatoria, primero obtuvo 50 votos a favor de la confianza, uno lo hizo en contra, y 63 se abstuvieron; motivo por el cual, en segunda votación obtuvo 54 votos a favor, 54 en contra y 9 abstenciones; pero, el voto de la Presidenta del Congreso en caso de empate valió doble, de acuerdo al Reglamento del Congreso²². Obteniendo así el Gabinete Jara un voto de confianza pírrico.

Cabe señalar que, la cuestión de confianza obligatoria debe realizarse también cuando en un mismo periodo gubernamental el Congreso niega por segunda vez la confianza a un Consejo de Ministros, y, como contrapartida el Presidente de la República disuelve el Congreso, forma un nuevo gabinete ministerial, y, convoca a elecciones dentro de cuatro meses para elegir un nuevo Congreso, según dispone el artículo 134 de la Constitución. Pues, ante este nuevo Congreso el Presidente del Consejo de Ministros y en nombre de sus ministros deberá pedir obligatoriamente una cuestión de confianza, de conformidad con el artículo 135 de la Constitución. En este supuesto, el plazo de los treinta días del nuevo gabinete ministerial para someter la cuestión de confianza obligatoria correrá a partir de la instalación del nuevo Congreso de la República.

Este es el supuesto del Gabinete Ministerial del Presidente del Consejo de Ministros, Vicente Zavallos, nombrado por el Presidente Vizcarra el 30 de setiembre del 2019, cuando el Congreso rechazó por segunda vez la confianza del gabinete ministerial del período gubernamental 2016-2021, primero en la cabeza del Gabinete Zavala y luego del Gabinete Del Solar; motivo, por el cual, el Presi-

contra sean mayores a las abstenciones; según el informe de la Comisión de Constitución del Congreso del 1 de diciembre del año 2003.

22 “*Quórum y mayorías*. Artículo 52.- En caso de producirse empate en la votación el Presidente tendrá un voto dirimente”.

dente de la República disolvió el Congreso, y, llamó a elecciones parlamentarias realizadas el 26 de enero del 2020.

Pero, debido a que recién el Congreso de la República se instaló el 16 de enero, cuando se acababa de declarar el estado de emergencia, en la lucha contra del COVID-19, el Congreso paulatinamente fue constituyendo los grupo parlamentarios, la Mesa Directiva, la Junta de Portavoces, las comisiones ordinarias y especiales, hasta que acordó con el Poder Ejecutivo la fecha en que el Presidente del Consejo de Ministros Zevallos debía presentarse y solicitar el voto de confianza obligatorio. Así, el 29 de Mayo el Congreso en mayoría otorgó el voto de investidura al gobierno y a la dación de cuenta de los decretos de urgencia expedidos por el Poder Ejecutivo, durante el interregno parlamentario, a raíz de la disolución del Congreso, de acuerdo con los artículos 130 y 135 de la Constitución.

De modo que, la cuestión de confianza obligatoria, recogida en los artículos 130 y 135 de la Constitución, se encuentra definida en su contenido, plazo, titularidad activa y pasiva, así como, en las consecuencias de no ser otorgada por segunda vez al Consejo de Ministros en un mismo período gubernamental. Lo cual, ha generado controversia diversas interpretaciones sobre las materias que pueden ser objeto del pedido de la confianza, la celeridad del trámite de la misma, así como, de las formas de votación del Congreso para que sea válida o no.

B. La cuestión de confianza facultativa.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0006-2019-CC/TC, FFJJ 100-101), los artículos 132 y 133 de la Constitución regulan el supuesto de cuestión de confianza facultativa:

Artículo 132.-

El Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros, o de los ministros por separado, mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza. Esta última sólo se plantea por iniciativa ministerial.

[...]

La desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga al ministro a dimitir, salvo que haya hecho cuestión de confianza de la aprobación.

Artículo 133.-

El Presidente del Consejo de Ministros puede plantear ante el Congreso una cuestión de confianza a nombre del Consejo. Si la confianza le es rehusada, o si es censurado, o si renuncia o es removido por el Presidente de la República, se produce la crisis total del gabinete.

De la misma redacción de los artículos se desprende el carácter facultativo de estos supuestos. Por un lado, el artículo 132 señala que un Ministro – a título individual – puede realizar cuestión de confianza al Congreso sobre una iniciativa ministerial particular, cosa que no ha sido usual en las relaciones entre el Gobierno y la oposición parlamentaria; salvo con el entonces Ministro de Economía y Finanzas, Alfredo Thorne, del gobierno de Kuczynski, quien ante las acusaciones de la oposición fujimorista y aprista sobre su participación en la concesión del aeropuerto Chincheros (Cusco) y ante el pedido de su renuncia, le planteó al Congreso una cuestión de confianza sobre el manejo de su política económica; la misma que fue rechazada por 88 votos, 11 en contra y 2 abstenciones, produciéndose la censura del Ministro el 21 de junio del 2017²³.

Por otro lado, el artículo 133 plantea la facultad del Presidente del Consejo de Ministros de solicitar al Congreso una cuestión de confianza en nombre de todo el gabinete. Esta última modalidad se solicita, por ejemplo, para políticas generales que involucren al Ejecutivo como conjunto, y/o, a un sector prioritario²⁴, como fueron los casos de las cuestiones de confianza facultativa planteadas por los Presidentes del Consejo de Ministros siguientes:

Premier Fernando Zavala, hizo cuestión de confianza de la política educativa dirigida por la Ministra de Educación Martens, el Congreso rechazó la confianza por 77 votos en contra, 22 a favor y 16 abstenciones (15 de setiembre del 2017).

Premier César Villanueva, hizo cuestión de confianza sobre cuatro proyectos de leyes de reforma constitucional; para crear la Junta Nacional de Justicia en sustitución del Consejo nacional de la Magistratura, prohibir la reelección inmediata de los congresistas, controlar el financiamiento de los partidos y restablecer

23 Al ser negada la confianza, el Ministro Thorne dimitió y el Presidente de la República aceptó su renuncia en el plazo de 72 horas, de acuerdo con el artículo 132 de la Constitución.

24 CAIRO, Omar. “La cuestión de confianza en el derecho constitucional peruano”. En *Pensamiento Constitucional* N° 23. Lima: PUCP, 2018, pp.41-45.

la bicameralidad. Las mismas que fueron aprobadas por 88 votos, 22 en contra y 14 abstenciones (19 de setiembre del 2018).

Premier Salvador del Solar, hizo cuestión de confianza de los proyectos de leyes de reforma constitucional y legal; para que la inmunidad parlamentaria sea levantado por el Poder Judicial, tipificar como delito el financiamiento ilegal de los partidos políticos, permitir que se realicen elecciones internas en los partidos con participación ciudadana, eliminar el voto preferencial, y, limitar la candidatura a congresistas a quienes se encuentren procesados por delitos dolosos. Las mismas que fueron aprobadas por 77 votos, 44 en contra y 3 abstenciones (5 de junio del 2019).

Premier Salvador del Solar, hizo cuestión de confianza respecto de la modificación del artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la suspensión del proceso de selección de magistrados del Tribunal Constitucional. La misma que materialmente fue rechazada por el Pleno del Congreso, cuando la congresista Huilca pidió como cuestión previa discutir inmediatamente el pedido del Premier antes de elegir a los magistrado del TC, este pedido fue rechazado por 80 votos en contra, 34 a favor y 0 abstenciones. Así, la oposición parlamentaria continuó con la elección de los magistrados al TC, logrando elegir a uno; pero, al no contar con los 87 votos para nombrar a un segundo candidato, pasó a otorgarle formalmente la confianza al gabinete ministerial, con 50 votos a favor, **31 en contra y 13 abstenciones (30 de setiembre de 2019)**.

A pesar de la aprobación de las cuestiones de confianza facultativas en materia constitucional y legislativa, la misma mayoría parlamentaria paradójicamente ha cuestionado en la demanda competencial que se pueda solicitar la confianza sobre dichas materias, como se analiza a continuación²⁵.

i.- Materias constitucionales y legales pasibles de la cuestión de confianza.

A raíz que el pedido de confianza que solicitó el Presidente del Consejo de Ministros Fernando Zavala en materia educativa le fue rechazada por la oposición parlamentaria el 15 de setiembre del 2017, se produjo la crisis del Gabinete, en virtud del cual renunciaron todos los Ministros; pero, el Presidente Kuczynski ratificó a la mayoría de los mismos y nominó a la segunda Vicepresidente Mercedes Araoz como nueva Presidente del Consejo de Ministros.

25 CAIRO, Omar. "La cuestión de confianza en el derecho constitucional peruano"..., op. cit., pp. 45-47.

Esa decisión política fue cuestionada por la oposición parlamentaria dado que en su opinión ninguno de los nuevos Ministros podía pertenecer al gabinete censurado; con lo cual la oposición aplicó un rechazo de confianza total o voto de censura negativo. Mientras que, el Poder Ejecutivo asumió el rechazo del voto de confianza en forma positiva o relativo, en virtud del cual en la formación del nuevo gabinete no permanecerían el Presidente del Consejo de Ministros –Zavala-, ni la Ministra del Sector –Martens- titular de la política educativa que fue objeto del rechazo de confianza; pero, sí la mayoría de los demás ministros, con la finalidad de que pudieran continuar las políticas sectoriales en curso, ya que no estaban comprometidos con el sentido del voto de rechazo de la mayoría de la oposición del Congreso.

En esas circunstancias, el nuevo gabinete presidido por Mercedes Araoz solicitó al Congreso dentro de los treinta días de su juramentación, el voto de confianza obligatorio requerido por el artículo 130 de la Constitución. La mayoría del Congreso le otorgó el voto de confianza con 83 votos a favor, 17 en contra y 0 abstenciones. Pero, la misma mayoría parlamentaria a su vez, inició un proceso de reforma del artículo 86 del Reglamento del Congreso (Resolución Legislativa N° 007-2017-2018-CR)²⁶.

Esa modificación del reglamento parlamentario prohibió al Poder Ejecutivo reconstruir su gabinete de ministros con ninguno de los ministros del gabinete censurado; de modo que, de no cumplirse esta regla, no se contaría como una primera o segunda negativa de confianza, según el caso, a efectos de la disolución del Congreso prevista en el artículo 134 de la Constitución. Asimismo, aquí viene lo pertinente, dicha modificación prohibió que el Presidente del Consejo de Ministros pudiera hacer cuestión de confianza de la aprobación de una ley o de un procedimiento de control parlamentario en curso, como una interpelación o censura de un ministro en curso.

26 “**Artículo 86.** El Congreso hará efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros o de los ministros por separado mediante la moción de censura o el rechazo de la cuestión de confianza; de acuerdo con las siguientes reglas: [...]”

e) [...] **No procede la interposición de una cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político.** La facultad presidencial de disolución del Congreso de la República establecida en el artículo 134 de la Constitución procede únicamente cuando se han producido dos crisis totales de Gabinete. No se considera que hay crisis total del Gabinete cuando el Presidente del Consejo de Ministros renuncia unilateralmente, ni cuando el Presidente de la República opte por designar a uno o más ministros renunciando nuevamente en el Gabinete”. (énfasis nuestro).

Frente a esta usurpación de competencias y atribuciones constitucionales, la minoría parlamentaria planteó una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el mismo que declaró por unanimidad fundada la demanda (Exp. N° 0006-2018-PI/TC) por violación de los principios de separación de poderes; en la medida que el Congreso se excedió en su potestad de auto-normatividad parlamentaria, al restringir la competencia del Presidente de nombrar a los ministros, y, sobre la cuestión de confianza el Tribunal interpretó que la Constitución tenía una regulación abierta, y; que la potestad del Presidente de disolver el Congreso era válida conforme al artículo 134 de la Constitución.

No obstante, con respecto a la cuestión de confianza facultativa se ha señalado que existe un vacío en la regulación constitucional, toda vez que a juicio del Tribunal Constitucional la norma suprema ha dejado sus supuestos de procedencia abiertos a la interpretación del Poder Ejecutivo, en base a un principio de oportunidad política en aras de la gobernabilidad, sin determinar en qué casos puede o no proceder una cuestión de confianza. En este sentido el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0006-2018-PI/TC, zanjó el debate señalando que:

75. Este Tribunal Constitucional encuentra que la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera.

Asimismo, a pesar que la misma mayoría parlamentaria del Congreso aprobó la cuestión de confianza planteada por el Premier Villanueva el 2018 y el Premier Del Solar el 2019 en las cuales se encontraban materias de rango constitucional y legal, este tema fue puesto nuevamente al debate por la oposición parlamentaria, cuando el Presidente Vizcarra haciendo uso de la iniciativa para la reforma constitucional planteó al Congreso el 28 de julio del 2019, un proyecto de ley de reforma constitucional, para que se sometiera a referéndum popular el adelanto de las elecciones parlamentarias y presidenciales del año 2021 al 2020, debido al entrapamiento político entre la intransigente oposición a implementar la reformas legislativas y constitucionales, aprobadas por referéndum del 9 de diciembre del 2018, en materia política y judicial en la lucha contra la corrupción²⁷.

27 Proyecto de Ley N° 4637/2019-PE (31 de julio de 2019). "Proyecto de ley de reforma constitucional que prohíbe la postulación de quien ejerce la presidencia y adelanta las elecciones generales". El Poder Ejecutivo solicita que se tramite con carácter de urgencia, según el artículo 105 de la Constitución, con el objeto de que el Congreso debata y apruebe el proyecto, para ser sometido a consulta ciudadana, mediante referéndum.

La oposición parlamentaria que controlaba la Comisión de Constitución del Congreso desde un inicio rechazó el proyecto, pero antes de archivarlo solicitó la opinión de la Comisión de Venecia, pero no la esperó sino que archivó el proyecto de reforma constitucional. No obstante, el informe de la Comisión de Venecia fue remitido días después, en el cual se otorgó argumentos tanto a favor de usar la cuestión de confianza para reformar la Constitución en la medida que la Norma Suprema no la limitaba; pero, también indicó que plantear una cuestión de confianza sobre la reforma constitucional no era usual en los sistemas comparados. Finalmente, la Comisión de Venecia concluyó que era deber del Tribunal Constitucional determinar el alcance de la cuestión de confianza, no sin antes advertir la importancia de mantener la división de poderes.²⁸

Así, lo entendió el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N° 0006-2019-CC/TC que resolvió la demanda competencial del Congreso contra el Poder Ejecutivo por la disolución del Congreso; por cuanto, si bien inicialmente estableció que la cuestión de confianza era libre, de incluirse materias de reforma constitucional y/o legal, en adelante señaló tendrá límites, por cuanto:

85. Distinto sería el escenario si es que el planteamiento de la cuestión de confianza fuera sobre materias que comprometan el principio de separación de poderes, y, con ello, las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Para este Tribunal, estos supuestos, sin ánimo de exhaustividad, son los siguientes:

(i) que el planteamiento de la cuestión de confianza esté relacionado con la supresión de la esencia de alguna cláusula de intangibilidad de la Constitución (forma de gobierno republicana y representativa; principio de separación de poderes, cláusula de Estado de Derecho, principio democrático, protección de los derechos fundamentales, etc.);

(ii) que el planteamiento de la cuestión de confianza se relacione con el condicionamiento del sentido de alguna decisión que, de conformidad con la Constitución, sea competencia de otro órgano estatal; y,

(iii) que el planteamiento de la cuestión de confianza, en el caso de proyectos de ley, no se realice respecto de materias que permitan concretar u operativizar las propuestas planteadas por el gobierno o que carezcan de un marcado interés público.

28 European Commission for Democracy Through Law – Venice Commission. *PERU. Opinion No. 964 / 2019. On linking constitutional amendments to the question of confidence*. Adopted by the Venice Commission at its 120th Plenary Session (Venice, 11-12 October 2019).

En ese entendido, el Tribunal Constitucional al declarar infundada la demanda competencial del Congreso, señaló que estaba dentro del ámbito de las competencias del Poder Ejecutivo haber hecho cuestión de confianza al Congreso del proyecto de ley de reforma del artículo 8 de la LOTC y de la suspensión del proceso de elección de los candidatos a magistrados del TC, a fin de cambiar el procedimiento de selección de los magistrados, por tratarse de un asunto de un marcado interés nacional. De modo que, el uso de la cuestión de confianza facultativa en materia legislativa y de un procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, a juicio del TC no supuso alguna lesión de la Constitución.

Asimismo, la práctica parlamentaria iniciada el 2018 con el Premier Villanueva y el 2019 con el Premier Del Solar de hacer cuestión de confianza de reformas constitucionales las mismas que fueron aprobadas por el Pleno del Congreso se puede considerar como fuente del Derecho Parlamentario; quedando entonces así establecido de acuerdo con la doctrina de los usos parlamentarios y sus propios precedentes²⁹, que no es inconstitucional que el Presidente del Consejo de Ministros formule al Congreso una cuestión de confianza facultativa en materia de reforma constitucional y/o legal; claro está con las limitaciones establecidas por el Tribunal Constitucional y por el principio de oportunidad política.

ii.- Cuestión de confianza en casos de interpelación y censura ministeriales.

Si bien este supuesto no se encuentra expresamente establecido en la Constitución, desde el 2016 se ha venido usando la figura de la cuestión de confianza a manera de contra peso a la hostilización de la mayoría parlamentaria, a través de las interpelaciones antojadizas y censuras ministeriales arbitrarias. En particular contra los ministros del Gabinete de Fernando Zavala; dado que en diciembre del 2016 la oposición parlamentaria censuró de manera arbitraria al destacado Ministro de Educación Jaime Saavedra, y, poco tiempo después acusaron a su sucesora, la Ministra Marilú Martens, a quien la interpelaron y plantearon su censura; poniendo en evidencia el rechazo de la oposición a la reforma educativa y a otras políticas del gobierno³⁰.

29 CORREA, Mario (editor). *Manual de Mason sobre Procedimiento Legislativo*. Madrid: Centro para la Democracia – BID, 1995, pp. 24-25; en sentido contrario desde una perspectiva formal y minimalista opina DELGADO-GUEMBES, César. *Condiciones de validez de la cuestión de confianza en el Perú. Apuntes para la comprensión de su perfil constitucional desde la teoría del acto parlamentario*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2020, pp.183-202.

30 La mayoría parlamentaria también, interpeló a dos ministros en un mismo mes (mayo del 2017): Mar-

Motivo por el cual, el Premier Fernando Zavala, hizo cuestión de confianza del Consejo de Ministros la política educativa y la permanencia de la Ministra Martens en su cargo; la misma que fue rechazada por la oposición parlamentaria el 15 de setiembre de 2017, produciéndose así la primera crisis ministerial del gobierno de las dos previstas en el artículo 134 de la Constitución, que le permitiría al Presidente de la República disolver el Congreso.

Pero, la mayoría parlamentaria –aprista y fujimorista- como se señaló trató de invalidar los efectos constitucionales de la censura o rechazo de la confianza al gabinete Zavala, mediante la reforma del artículo. 86 del Reglamento del Congreso (Resolución Legislativa N° 007-2017-2018-CR). En la medida que la mayoría parlamentaria dispuso que, frente a las interpelaciones y censuras arbitrarias de Ministros y del Presidente del Consejo de Ministro y por ende de su gabinete ministerial por parte de la mayoría parlamentaria, el Poder Ejecutivo estaba prohibido de hacer cuestión de confianza de las mismas. No obstante, el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 0006-2018-AI/TC hizo una interpretación política, evitando la concentración del poder, debido a que:

76. Entonces, la norma impugnada, al establecer que “no procede la interposición de una cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político”, resulta inconstitucional por contrariar el principio de balance entre poderes, pues restringe indebidamente la facultad de los ministros de poder plantear al Congreso de la República cuestiones de confianza en los asuntos que la gestión del Ejecutivo demande, desnaturalizando así la finalidad constitucional de la referida institución y alterando la separación de poderes.

En consecuencia, “en el campo del Derecho constitucional entendido como un derecho político, el Juez está precisamente obligado a relacionar la norma con la realidad política”³¹. De modo que, si en adelante se encontrase en curso la interpelación de un ministro, no sería irrazonable que ese ministro o el Presidente del Consejo de Ministros conviertan dicha interpelación en una cuestión de confianza, ya que tal proceder es propio del ejercicio racionalizado del equili-

tín Vizcarra, en ese entonces Ministro de Transportes y Comunicaciones y Carlos Basombrío, Ministro del Interior; los mismos que renunciaron antes de ser censurados. El 21 de junio del 2017 el Congreso le negó la cuestión de confianza al Ministro de Economía Alfredo Thorne, sobre el manejo de su política económica.

31 LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971 p. 158.

brio y balance de poderes. Entonces, frente a la interpelación y/o censura de la oposición parlamentaria, el Poder Ejecutivo podría hacer cuestión de confianza, a efectos que la mayoría parlamentaria tome una posición a favor o en contra, y, así despeje o desbloquee el conflicto de poderes que afecta a la gobernabilidad.

Por otro lado, cabe señalar que ha sido una mala práctica de los congresistas de la oposición, entre el 28 de julio del 2016 y el 30 de setiembre de 2019, verse obligados a otorgar su voto mayoritario en favor de la cuestión de confianza facultativa planteada por los Presidentes del Consejo de Ministros Villanueva el 2018 y Del Solar en junio del 2019, a efectos de no caer en una segunda denegatoria de confianza, y, así evitar la sanción presidencial de la disolución del Congreso, de acuerdo al artículo 134 de la Constitución; lo cual supuso fraude a la cuestión de confianza, porque la oposición simuló otorgar la confianza sin obligarse a cumplir lo solicitado, actuando con deslealtad a la Constitución.

Por eso, con el segundo pedido de la cuestión de confianza del Premier Del Solar del 30 de setiembre de 2019, la oposición parlamentaria no solo rechazó públicamente el anuncio de su presentación, sino también le impidió físicamente su ingreso al Pleno del Congreso; lo cual pudo vencer en la medida que el artículo 129 de la Constitución faculta a los ministros el derecho de asistir a los debates parlamentarios, pero sin votar.

Es por ello, que la sentencia del Tribunal Constitucional demuestra ser adecuada al considerar que puede usarse el mecanismo de la cuestión de confianza en casos de interpelaciones y censuras ministeriales, para evitar la arbitrariedad constitucional de la oposición parlamentaria que se expresó en el fraude constitucional a la cuestión de confianza; así como, hacer valer el derecho del Presidente del Consejo de Ministros de presentar una cuestión de confianza con carácter de urgente. Por eso, corresponde analizar el carácter célere de una solicitud de confianza del Poder Ejecutivo.

iii.- Celeridad de la cuestión de confianza.

Un tema también debatido en la demanda competencial del Congreso contra el Poder Ejecutivo por su disolución ha sido el referente al plazo para absolver una cuestión de confianza. No obstante que, el artículo 105 de la Constitución señala que: “[...] Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia”. En este entendido, en el Oficio N° 260-2019-PR del 29 de setiembre de 2019, el Presidente de la Repúbli-

ca y el Presidente del Consejo de Ministros presentaron al Congreso el Proyecto de Ley para modificar el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con carácter de urgente, sobre el cual el 30 de setiembre de 2019 el Premier Del Solar hizo cuestión de confianza ante el Pleno del Congreso, en los siguientes términos:

[...] Consideramos, señor presidente, que es tanta la importancia de la conformación del Tribunal Constitucional, un tribunal que efectivamente el Congreso tiene derecho a elegir, no lo discutimos, pero consideramos que debe usarse un procedimiento transparente, que garantice a la ciudadanía que elegiremos bien, con los votos de los representantes del pueblo, que son ustedes.

Debido a nuestra preocupación, hemos presentado un proyecto de ley para un proceso transparente, un proyecto de ley ya presentado ante este Congreso, por el cual en nombre del Consejo de Ministros hago cuestión de confianza en este mismo momento, para que el Parlamento decida si nos otorga la confianza y considera, por lo tanto, que hay que hacer uso de transparencia, o para que nos la niegue si considera que va a seguir adelante con ese procedimiento³².

Frente al pedido constitucional demandando transparencia con carácter de urgencia para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional, la Presidencia del Congreso planteó que el plazo para pronunciarse era el previsto en el Reglamento del Congreso:

Artículo 86.-

c) La cuestión de confianza sólo se plantea por iniciativa ministerial y en sesión del Pleno del Congreso. Puede presentarla el Presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo en su conjunto o cualquiera de los ministros. Será debatida en la misma sesión que se plantea o en la siguiente.

En consecuencia, el lunes 30 de setiembre del 2019, la Junta de Portavoces del Congreso había considerado tratar la cuestión de confianza después de la elección de los magistrados al TC; así, se pudo observar que si el pedido urgente era para reformar el sistema de selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional, la celeridad planteada en la deliberación de la cuestión

32 Cfr: Congreso de la República. *Diario de Debates*, fecha 30 de setiembre de 2019, 12° Sesión — Matinal), p. 13. Ver: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE9052584870073D952/\\$FILE/PLO-2019-12.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE9052584870073D952/$FILE/PLO-2019-12.pdf). (consultado 24 de febrero de 2020).

de confianza, requería que se le hubiese dado la prioridad material y temporal en su atención. No obstante, la el Presidente del Congreso señaló que el orden del día ya estaba acordado y, que el tema estaba previsto para ser discutido en la tarde de ese día. Lo cual supuso el vaciamiento del contenido de la cuestión de confianza, sobre la base de subordinar el mandato constitucional de la celeridad de la cuestión de confianza a la regulación del Reglamento del Congreso. En este entendido el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0006-2019-CC/TC, señaló que:

210. Sin embargo, **para este Tribunal no pasa inadvertido el hecho que, en los términos en los que la confianza fue planteada, era evidente que las circunstancias ameritaban que dicho asunto fuera resuelto primero.** De este modo, al continuar con el procedimiento de elección de magistrados, el Congreso de la República demostró que no tenía intención de cumplir con lo solicitado por el Presidente del Consejo de Ministros. Esto se corrobora si se considera que, pese a que la congresista Indira Huilca Flores presentó una cuestión previa para postergar el proceso de elección y debatir sobre la cuestión de confianza, el Pleno del Congreso decidió continuar con la votación, y rechazar, de esta manera, lo solicitado. (resaltado nuestro).

De lo analizado y señalado por el Tribunal Constitucional, es lógico asumir que cuando una cuestión de confianza se presenta con un carácter excepcional de urgencia, esta debe ser observada de manera inmediata por el Congreso, con la finalidad de poner fin al conflicto entre los poderes y reestablecer la paz en sus relaciones políticas de la manera más pronta posible. Finalmente, en el caso concreto de la cuestión de confianza planteada por el Premier Del Solar, el Congreso contando con una sólida mayoría parlamentaria de oposición, primero pudo deliberar y otorgar o no la cuestión de confianza, o, aprobada la cuestión de confianza votar el proyecto de ley de reforma de la LOTC, para evitar la segunda denegación de la cuestión de confianza.

Pero, lo que gestaron en los hechos fue la denegación del pedido de confianza, lo que fue advertido por el Presidente de la República³³ y fue asumido como fundamento del segundo rechazo de la confianza a un gabinete ministerial; moti-

33 La noche anterior al 30 de setiembre, el Presidente de la República Martín Vizcarra dijo que iba a considerar denegada la cuestión de confianza si el Congreso votaba primero elegir a los nuevos miembros del Tribunal Constitucional, antes de debatir en el Pleno el pedido del Presidente del Consejo de Ministros de reformar su sistema de elección. Ver: <https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/vizcarra-yo-si-declararia-disuelto-congreso-caso-se-deniegue-cuestion-confianza-n390075> (consultado el 26 de febrero de 2020).

vo por el cual, el Presidente de la República disolvió el Congreso, de conformidad con el artículo 134 de la Constitución. Generándose un debate en torno a la interpretación de la denegación fáctica de la cuestión de confianza.

iv.- Denegación fáctica de la cuestión de confianza.

Los hechos acontecidos en la sesión del Pleno del Congreso del 30 de setiembre del 2019 que derivaron en la decisión del Presidente de la República de disolver el Congreso, en el entendido que este denegó la cuestión de confianza, también ha sido analizado en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la demanda competencial del Congreso contra el Poder Ejecutivo.

Al respecto, los demandantes argumentaron que la moción de confianza solo podía ser considerada como admitida o rechazada, si el Pleno del Congreso llevaba a cabo expresamente una votación sobre el particular. Por ello, señalaron que no era posible considerar que una cuestión de confianza podía ser otorgada o denegada de manera implícita o fáctica; por el contrario, señalaron que la cuestión de confianza solicitada fue debatida y aprobada en la tarde del 30 de setiembre. Sin embargo, el Decreto Supremo 165-2019-PCM con el que se declaró la disolución del Congreso asumió que la cuestión de confianza fue fácticamente rechazada. En este entendido, señalaron que dejar al ámbito de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo interpretar que la cuestión de confianza fue denegada fácticamente, sin que existiera un pronunciamiento expreso del Congreso de la República denegando la cuestión de confianza, era contrario a lo dispuesto en los artículos 132 y 134 de la Constitución.

Sin embargo, como los hechos son fuente del derecho, cabe recordar que el 30 de setiembre de 2019, el Congreso se negó a recibir al Presidente del Consejo de Ministros, que había hecho cuestión de confianza de la modificatoria del artículo 8 de la LOTC y de la suspensión del proceso de elección de los candidatos al Tribunal Constitucional, a pesar de la potestad del artículo 105 de la Constitución para que se trámite con carácter de urgente y del artículo 129 de la Constitución que le facultaba al Premier de concurrir a las sesiones del Congreso de la República y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar de no ser congresista.

No obstante ello, como se recuerda el Premier Del Solar logra ingresar y hacer uso de la palabra por intermedio de un congresista que le sede su turno y no porque le haya sido concedida directamente por el Presidente del Congreso; solo,

así, pudo presentar la cuestión de confianza en la que solicitó que se modifique y adecúe el procedimiento de selección de magistrados del Tribunal Constitucional, antes de proseguir con la votación de los candidatos declarados aptos por la Comisión Especial del Congreso de la República.

Pese a ello, la cuestión de confianza presentada no se sometió a debate ni a votación, sino que se continuó con la elección de los magistrados al TC, por eso, cabe remarcar que cuando se solicitó como cuestión previa al Pleno suspender la elección de los magistrados del TC, para discutir la cuestión de confianza, dada la urgencia de resolver la crisis política; este pedido fue sometido al voto, pero la mayoría desestimó dicha cuestión previa por 80 votos en contra y 34 a favor³⁴.

Esta situación se agravó incluso con la elección del abogado Gonzalo Ortiz de Zevallos – primo del Presidente del Congreso – como magistrado del Tribunal Constitucional y la votación a otro candidato –Sánchez Palacios- quien no obtuvo los 87 votos. Esta elección implicó el rechazo total de la cuestión de confianza, puesto que incluso de aprobarse posteriormente – como efectivamente sucedió –, devendría de inútil, siendo que el fin que se buscaba tutelar ya no podría cumplirse.

Esta decisión de la mayoría parlamentaria de no debatir el proyecto de ley de reforma de la LOTC, no suspender el procedimiento de selección de magistrados, ni de brindar las garantías de transparencia para que dicha selección asegurase la mayor legitimidad posible al Tribunal Constitucional, fue la expresión de la voluntad política y jurídica de que se otorgó la confianza solicitada por el Presidente del Consejo de Ministros.

Lo contrario, hubiera conllevado a asumir que el Poder Legislativo puede simplemente aceptar las pretensiones del Ejecutivo sin una voluntad real de cumplirlas, o incluso, incumpléndolas de manera pública previamente a la aceptación, tal como ocurrió, pueda aceptarla de manera formal y, ser aun así tomada como una decisión parlamentaria válida; para los fines de no llegar a un segundo rechazo de la confianza del gabinete ministerial, impidiéndose así la disolución del Congreso.

Por eso, si bien la regla para decidir sobre los actos parlamentarios es la votación expresa del Pleno del Congreso para la aprobación o rechazo de una cues-

34 Cfr: Congreso de la República. *Diario de Debates*, fecha 30 de setiembre de 2019, 12° Sesión — Matinal), p. 46. Ver: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE9052584870073D952/\\$FILE/PLO-2019-12.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE9052584870073D952/$FILE/PLO-2019-12.pdf). (consultado 24 de febrero de 2020).

tión de confianza, no debe perderse de vista que en el caso concreto existió lo que se conoce en el derecho como el abuso del derecho proscrito en el artículo 103 de la Constitución; porque la oposición parlamentaria otorgó formalmente la confianza al Gabinete Del Solar, luego de haberle negado lo solicitado en la cuestión de confianza.

Por eso, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 006-2019-CC/TC, se señala lo siguiente:

36. Ahora bien, el que esto sea así [el haber “otorgado” la confianza] no supone que este Tribunal sea ajeno a advertir la posibilidad de que, en un afán de evitar asumir su respectiva responsabilidad política, el Congreso de la República pueda, al menos formalmente, votar a favor de la confianza pese a que, en los hechos, no adopte ninguna medida que materialice dicha manifestación de voluntad. En realidad, las mismas circunstancias en las que se desenvuelve la política no hacen sino reafirmar que este Tribunal deba introducir la posibilidad que se planteen excepciones a la regla general según la cual la denegación debe ser expresa a través de un acto de votación por parte del Congreso de la República.

37. De hecho, este amplio abanico de supuestos hace recomendable que este Tribunal no establezca reglas perennes e inmutables en torno a las formas en las que se deniega o aprueba la confianza. En efecto, no queda ninguna duda que el acto de votación es un signo considerable respecto de la decisión del Congreso de la República, pero ello no puede impedir que, en supuestos excepcionales —como el presentado en este caso—, sea posible asumir que incluso una votación favorable puede disfrazar una intención de no brindar la confianza solicitada. (añadido nuestro).

En ese sentido, si bien los actos parlamentarios expresan la voluntad parlamentaria obtenida a través del debate, la deliberación y los votos en mayoría y minoría de los congresistas; también, es cierto que existen figuras en el derecho público y también privado, como el fraude a la ley y el abuso del derecho, proscrita en el artículo 103 de la Constitución; en virtud de las cuales, haciendo ejercicio de una competencia o potestad parlamentaria por acción u omisión se puede afectar o violar la Constitución.

El abuso es sinónimo de injusticia o fraude a la voluntad ciudadana. De ahí que se pueda señalar que “el pensamiento del orden concreto de los hombres y sus grupos, así como la teoría constitucional de determinada unidad social colec-

tiva procede y funciona como reflejo y práctica de lo social, que se orienta de lo *posible*, lo *necesario* y lo *real*, desde diferentes modos y con diferentes resultados”³⁵.

Esto quiere decir que, en el origen de las normas o decisiones parlamentarias puede verse que no solo las fuentes formales como el Reglamento del Congreso son la base de su validez, sino que también las fuentes reales o materiales, que son el conjunto de hechos políticos, históricos o sociales, que se expresaron o pusieron de manifiesto de forma indubitable en la manifestación de la voluntad de la mayoría parlamentaria de rechazar la cuestión de confianza.

Interpretar exegéticamente el Reglamento del Congreso, conllevaría a señalar que es válido que el Poder Legislativo simplemente acepte las pretensiones del Ejecutivo sin una voluntad real de cumplirlas, o incluso, incumpléndolas de manera pública previamente a la aceptación, pero que – tras dejar sin efecto la finalidad de la medida planteada – sería válido aceptarla de manera formal y así pueda ser tomada como una decisión parlamentaria válida para impedir la disolución del Congreso.

Ello se refleja en los argumentos en la demanda competencial del Presidente del Congreso que asumió una versión anquilosada del Derecho Parlamentario para defender sus fueros; pero, basado en la vieja doctrina de la *interna corporis acta*, según la cual el Parlamento en su organización y funcionamiento interno está sujeto solo a su Reglamento³⁶; desconociendo que el Congreso no solo es sede de la representación política del pueblo, sino también de la realidad social; por eso, pretender eliminar al Derecho Parlamentario de su medio social y someterlo a la voluntad del legislador constituyó una abdicación a las fuentes materiales o reales propias de la democracia constitucional.

La justificación primera del poder no yace en la ley, sino de la manera de vivir y actuar del pueblo en contra de la corrupción que la mayoría parlamentaria del Congreso rechazó, en tanto estaba dedicada a la protección de los líderes de la corrupción política y judicial, y; más aún, próxima a coronarla al pretender elegir a seis magistrados afines del Tribunal Constitucional, que en nuestro Estado de Derecho es el más alto tribunal encargado de definir trascendentes asuntos políticos, jurídicos, económicos, sociales, culturales, religiosos, éticos, etc.

35 HÄBERLE, Peter. “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens”. En *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein /Ts: Athenäum, 1980, p. 2.

36 GUERRERO SALOM, Enrique. *El Parlamento. Qué es, cómo funciona, qué hace*. España: Editorial Síntesis, 2004, pp. 18-22.

De allí que, que la limitada concepción del Derecho Parlamentario como producto del positivismo jurídico, permitió que el Congreso quedara aislado de la realidad y de la norma constitucional, y, donde la voluntad de la autoridad parlamentaria quedó divorciada de la ética popular³⁷. No obstante, la intención del Tribunal Constitucional de otorgar vigencia a la Constitución, mediante la fuerza normativa de la Constitución “*normativen Kraft der Verfassung*”³⁸ no se reduce a una tarea de mera coerción y eficacia de la norma, mediante la jurisdicción constitucional. Se trata más bien de una toma de conciencia de los intérpretes de la Norma Suprema de las posibilidades y límites constitucionales, en función de las necesidades y condiciones de la relación política entre el gobierno y la oposición parlamentaria, que permita dar respuestas en caso de conflicto entre ambos poderes, en el marco de los principios del control y balance entre los poderes constitucionales.

Por eso, si bien la figura de la denegación fáctica de la cuestión de confianza no se encuentra reconocida en la Constitución; **sin embargo, desde el siglo XIX y comienzos del siglo XX, ya se ha abordado la idea** de la eficacia de la Constitución en sentido real o material; por eso, en Francia se llegó a señalar que: “Hay que salir de la ley, para regresar al Derecho (*il faut sortir de la loi, pour rentrer dans la Droit*)”³⁹. En consecuencia, se debe tener en cuenta que no pueden tomarse actos contrarios a la cuestión de confianza acompañados por una declaración vacía de aprobación como una verdadera aceptación de la cuestión de confianza. De permitirse ello, hubiera implicado señalar que basta con votar a favor de una cuestión de confianza sin actuar honesta o coherentemente en base a lo que se ha aprobado, para que se cumpla el requisito de aprobación del mismo.

IV. La Disolución constitucional del Congreso.

La facultad de disolución del Parlamento es la clave del sistema parlamentario; porque está dirigida a que el Gobierno pueda tener el control sobre las Cámaras del Parlamento cuando en situaciones límites estos no logran llegar a un acuerdo entre sí. Si bien en el sistema presidencialista esta institución no existe, en sistemas semi-presidenciales como el peruano se ha incorporado la disolución

37 PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fonteamor, 1997, pp. 25-28.

38 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1983, pp. 61ss.

39 DE VEGA, Pedro. “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”. En *Revista de Estudios Políticos*, N.º 7, Madrid, 1979, p. 107. LASSALLE, Ferdinand. *Ueber Verfassungswesen*. Berlin: Verlag P. Singer, 1907. MORTATI, Costantino. *La Costituzione in senso Materiale*. Milano: Giuffrè editore, 1998.

de Congreso, como un mecanismo de *check and balance* por parte del Ejecutivo. “En este sistema, la disolución del Parlamento es un arma en manos del Presidente porque se busca que éste disponga, en la medida de lo posible, de una mayoría parlamentaria afin.”⁴⁰

La Constitución Política del Perú de 1993 dedica un artículo al supuesto de disolución del Congreso, señalando que:

Artículo 134.-

El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros.

El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizan dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente.

No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato. Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta.

No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario.

Bajo estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto.

Este artículo plantea como presupuesto para la disolución del Congreso que se haya producido la denegación de la confianza del Congreso a dos gabinetes ministeriales en un mismo período gubernamental. En este sentido, la disolución del Congreso tiene como finalidad restablecer la gobernabilidad entre el gobierno y la oposición, mediante el llamado a la ciudadanía para que mediante las elecciones parlamentarias se resuelva democráticamente el conflicto de poderes. La apelación al principio democrático se enmarca en lo señalado en el artículo 45 de la Constitución, según el cual: “El poder del estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”.

En la medida que la voluntad popular expresada en las urnas para formar al gobierno y a la oposición de un período gubernamental no es estática; de acuer-

40 ESPINOZA, Ricardo. *Sistemas parlamentario, presidencial y semipresidencial*. Primera Edición. Ciudad de México: IDEL, 2016, p. 63.

do a la dinámica del proceso político, cabe que el respaldo popular cambie; por lo cual, resulta legítimo en casos de un conflicto insalvable entre el gobierno y la oposición, que sea el pueblo quien directamente dirima la controversia, sin esperar una siguiente contienda electoral para renovar el Congreso y el Poder Ejecutivo; sino disolver el Congreso y adelantar las elecciones parlamentarias, para garantizar el equilibrio de poderes y la gobernabilidad. Por eso, “el derecho de disolución [del Congreso] es, aquí, un medio necesario y normal del equilibrio y de la apelación democrática al Pueblo”⁴¹.

En ese entendido, el artículo 134 de la Constitución dispone que la disolución del Congreso sea realizada mediante decreto supremo, en la cual se convoque a nuevas elecciones parlamentarias, fijando una fecha para ello. Se dispone además como límite constitucional, que el Congreso no pueda ser disuelto en el último año de su mandato. Sobre el particular, a continuación se analiza la naturaleza de la nueva elección parlamentaria y del interregno parlamentario, a raíz de la disolución del Congreso.

1. Nueva elección parlamentaria.

Habiéndose producido el 30 de setiembre del 2019, la disolución constitucional del Congreso, mediante Decreto Supremo N° 165-2019-PCM, al haber rechazado la cuestión de confianza a dos gabinetes ministeriales, el Poder Ejecutivo, según faculta el artículo 134 de la Constitución, en el mismo Decreto Supremo llamó a elecciones parlamentarias para el 26 de enero del 2020; asimismo, dispuso la revocatoria del mandato de los congresistas, salvo de quienes formaban parte de la Comisión Permanente:

“Artículo 1.- Disolución del Congreso de la República

Disuélvase el Congreso de la República por haber negado la confianza a dos Consejos de Ministros del gobierno elegido para el periodo 2016-2021, manteniéndose en funciones la Comisión Permanente.

Artículo 2.- Revocatoria del mandato parlamentario

Revóquese el mandato parlamentario de los congresistas que no integran la Comisión Permanente. Carece de validez y eficacia jurídica todo acto relativo a la función parlamentaria realizado por los congresistas cuyo mandato ha sido revocado.

41 CHMITT, Carl. “Teoría de la Constitución”. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 337.

Artículo 3.- Convocatoria a elecciones

Convóquese a elecciones para un nuevo Congreso, para el día domingo 26 de enero de 2020, para que complete el periodo constitucional del Congreso disuelto, incluida la Comisión Permanente”.

En este sentido, visto el mencionado Decreto Supremo, el Jurado Nacional de Elecciones emitió la Resolución N° 0150-2019-JNE, el 1 de octubre del 2019, aprobando el calendario electoral de las elecciones parlamentarias, para complementar el período congresal hasta el 28 de julio del 2021. Pero, también generó inseguridad jurídica al desconocer algunas reformas constitucionales y legales en materia electoral, aprobadas incluso por el referéndum ciudadano del 9 de diciembre del 2018, en lucha contra la corrupción política.

Así, pese a que el Decreto Supremo N° 165-2019-PCM revocó el mandato parlamentario de los congresistas electos del 2016 al 2021, y, el artículo 90-A de la Constitución dispuso que: “Los parlamentarios no pueden ser reelegidos para un nuevo período, de manera inmediata, en el mismo cargo”, según fue aprobado en el mencionado referéndum popular, el Jurado Nacional de Elecciones dispuso inconstitucionalmente y en contra de la voluntad popular, que los representantes del Congreso disuelto podían ser nuevamente candidatos para las elecciones del 26 de enero y electos congresistas para el período parlamentario que culmina el 28 de julio del 2021, porque se trataba de una elección parlamentaria extraordinaria.

La interpretación de favor realizada por el JNE puso en evidencia: por un lado, su falta de respeto a los mandatos constitucionales emanados de la expresa voluntad popular, al defender a los parlamentarios revocados sobretodo del aprismo y el fujimorismo, y; por otro lado, ratificó las denuncias sobre algunos de sus integrantes de estar vinculados a la red de la corrupción de los “cuellos blanco del puerto”, debido a “los audios de la vergüenza” con el juez supremo César Hinojosa prófugo de la justicia en España⁴².

Sin perjuicio de la cuestionable validez de la interpretación del JNE sobre la

42 Los audios del ex juez supremo Hinojosa con el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones Víctor Ticona y otros dos miembros del JNE Luis Arce Córdova y Jorge Rodríguez Vélez. Ver: <https://elcomercio.pe/politica/las-llamadas-de-salvador-ricci-con-jueces-supremos-antes-de-elegirse-al-presidente-del-jne-noticia/> (consultado el 26 de febrero de 2020). En particular, la Fiscal de la Nación investiga a Luis Arce por los delitos de tráfico de influencia y de enriquecimiento ilícito. Ver: <https://elcomercio.pe/politica/fiscal-de-la-nacion-abre-investigacion-a-integrante-del-pleno-del-jne-noticia/> (consultado el 26 de febrero de 2020).

vigencia de los mandatos constitucionales y legales de la reforma política en la lucha contra la corrupción; cabe señalar, que el voto popular sancionó a los partidos y a sus congresistas que habiendo sido revocados candidatearon al Congreso el 26 de enero del 2020. Así, de los 19 que intentaron ser reelectos, no recibieron el voto popular Mauricio Mulder, Rosa Bartra, Juan Sheput, Salvador Here-si, Jeny Vilcatoma, Manuel Dammert, Nelly Cuadros, Janet Sánchez, entre otros; mientras que solo cuatro congresistas revocados fueron electos –Alberto de Belaúnde y Gino Costa por el Partido Morado, y, Mártires Lizana y Gilmer Trujillo por el Partido Fujimorista.

Así, los resultados electorales fueron previsibles: por un lado, la derrota de Fuerza Popular, que apenas consiguió 15 parlamentarios de los 73 que obtuvieron el 2016, mientras que el APRA, Solidaridad Nacional y Contigo no alcanzaron superar la valla electoral del 5% para tener congresistas; estas fueron las fuerzas políticas beligerantes en contra de la lucha del Poder Ejecutivo contra la corrupción, y, de las políticas en materia de género. Sin embargo, el Jurado Nacional de Elecciones decidió además no aplicar la ley electoral, según la cual de no pasar la valla electoral dichos partidos perdían su registro como organizaciones políticas, debiendo reinscribirse nuevamente, en mérito a que justificó que se trataba de elecciones complementarias y no ordinarias.

Por otro lado, los partidos con una agenda democrática liberal en lo político y en lo económico, como Acción Popular que logró 25 congresistas, Alianza para el Progreso 22, Somos Perú 11 y el Partido Morado 9, obtuvieron en total 67 bancas; mientras que, la izquierda ideológica del Frente Amplio obtuvo 9 bancas, pero la izquierda pragmática de Juntos por el Perú no alcanzó superar la valla electoral.

A su vez, el voto popular otorgó un importante respaldo a las fuerzas políticas que se ubican en el borde del consenso democrático liberal, como son: Podemos con 11 congresistas que tiene una agenda de fortalecimiento a las fuerzas de seguridad; el FREPAP con 15 congresistas que representa a las comunidades religiosas adventistas del Perú profundo, y; a Unión por el Perú con 13 congresistas que aglutina a las fuerzas anti-sistema del movimiento etno-cacerista que realizó un alzamiento militar el 2004 contra el gobierno democrático de Toledo.

Estos resultados en términos generales han respaldado en lo político al gobierno, en la medida que el voto ciudadano castigó a quienes se opusieron radicalmente al gobierno del Presidente de la República Vizcarra –incluso planteando su vacancia a raíz de la suspensión del Congreso-. Pero, ello no significó que todas las fuerzas políticas entrantes al Congreso fueran a apoyar al Gobierno de manera abs-

tracta; sino, en el mejor de los casos, de manera concreta según el Acuerdo de Gobernabilidad que suscribieron cuatro bancadas; para impulsar algunas materias como las reformas políticas y judiciales pendientes, el fortalecimiento de la seguridad ciudadana, y, el relanzamiento del crecimiento económico con bienestar⁴³.

Finalmente, con la nueva configuración de la mayoría parlamentaria multipartidaria era previsible que las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso no fueran como la conflictiva tensión entre la oposición y el gobierno del período 2016-2019; sin embargo, ello no quiere decir que hasta el momento no hayan existido momentos de tensión y conflicto por motivos económicos, políticos y/o sociales, que al menos han permitido el diálogo y la búsqueda de concertación, manteniendo el equilibrio y control entre los poderes. Una prueba de ello, fue el control político parlamentario del interregno parlamentario.

2. Interregno parlamentario y decretos de urgencia.

Como lo señala el artículo 135 de la Constitución, durante el interregno parlamentario, se mantiene en funciones la Comisión Permanente del Congreso; sin embargo, sus funciones son limitadas; es decir, no tiene competencia para ejercer sus atribuciones ordinarias según el artículo 101 de la Constitución⁴⁴; puesto que tan solo se ciñe a recibir los decretos de urgencia del Poder Ejecutivo y elaborar una opinión al respecto, con la finalidad de dar cuenta de ello al nuevo Congreso elegido, como señala la Constitución:

43 El Acuerdo por la Gobernabilidad fue suscrito por los partidos de Acción Popular, Alianza para el Progreso, Somos Perú y Podemos, sorprendentemente incluyeron a este último y excluyeron al Partido Morado; por ello, se ha señalado que es más un acuerdo por los cuatro puestos de la Mesa Directiva del Congreso. Ver: <https://larepublica.pe/politica/2020/02/19/congreso-acuerdo-por-la-gobernabilidad-presentado-por-accion-popular-app-somos-peru-y-podemos-peru-jne/> (visitado el 27 de febrero de 2020).

44 “**Artículo 101.**- Los miembros de la Comisión Permanente del Congreso son elegidos por éste. Su número tiende a ser proporcional al de los representantes de cada grupo parlamentario y no excede del veinticinco por ciento del número total de congresistas. Son atribuciones de la Comisión Permanente:

1. Designar al Contralor General, a propuesta del Presidente de la República.
2. Ratificar la designación del Presidente del Banco Central de Reserva y del Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.”
3. Aprobar los créditos suplementarios y las transferencias y habilitaciones del Presupuesto, durante el receso parlamentario.
4. Ejercitar la delegación de facultades legislativas que el Congreso le otorgue.

No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República”.

***Artículo 135.-** Reunido el nuevo Congreso, puede censurar al Consejo de Ministros, o negarle la cuestión de confianza, después de que el Presidente del Consejo haya expuesto ante el Congreso los actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario. En ese interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examina y los eleve al Congreso, una vez que este se instale.*

En ese sentido, durante el interregno parlamentario la función legislativa queda transferida al Poder Ejecutivo, para que legisle mediante decretos de urgencia que aprueba el Consejo de Ministros. Cabe señalar, que uno de los mayores cuestionamientos que ha señalado la Comisión Permanente en el actual interregno parlamentario es respecto a las materias que pueden ser reguladas mediante decretos de urgencia. Es cierto que la Constitución en situaciones de normalidad, con un Congreso funcionando constitucionalmente, impone límites a los decretos de urgencia en el artículo 118-19 de la Constitución⁴⁵; a fin de que solo se regule en materia económica y financiera, cuando sea de interés nacional; además de estar proscrito que mediante decretos de urgencia se regule materia tributaria, según el artículo 74 de la Constitución.

No obstante, durante el interregno parlamentario, estos límites no se aplican, siendo que el Ejecutivo puede – si se ve en la necesidad de hacerlo – regular mediante decretos de urgencia temas relativos a las materias que son propias de la función legislativa, en función de las urgencias de la implementación de la política general del Gobierno, según el artículo 118-3 de la Constitución. En consecuencia, la competencia legislativa del Congreso disuelto pasó al Poder Ejecutivo para que legisle durante ese interregno mediante decretos de urgencia; quedando tan solo como tarea de la Comisión Permanente del Congreso, elaborar informes de los decretos de urgencia, a fin de dar cuenta de los mismos al nuevo Congreso elegido por el voto popular una vez que se instale.

El Poder Ejecutivo en el interregno parlamentario ha publicado en el diario oficial “El Peruano” 68 decretos de urgencia desde el Decreto de Urgencia N° 002-2019 (publicado el 9 de Octubre del 2019) hasta el Decreto de Urgencia N° 024-2020 (publicado el 20 de febrero de 2020), los mismos que han requerido de un informe de la Comisión Permanente; pero, teniendo esa como única tarea

45 “**Artículo 118.-** Corresponde al Presidente de la República: [...] 19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.”

constitucional, debido al ocio legislativo solo llegaron a aprobar apenas la mitad de todos los informes que se necesitan. Lo que pone en evidencia que, además de haber sido una mayoría parlamentaria obstruccionista, también no ha sido muy productiva.

Ahora bien, a los nuevos 130 congresistas electos el 26 de enero de 2020 les corresponde realizar el control constitucional de los decretos de urgencia, emitidos por el Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario. Para tal efecto, es necesario que se delimite el objeto de control así como el parámetro de control. Sobre el primero, se debe identificar a los 68 decretos de urgencia materia de control que han sido publicados en el diario oficial “El Peruano” y recibidos por la Comisión Permanente; sobre el segundo, es necesario también definir el parámetro de control de los mismos, esto es delinear el llamado canon o parámetro que permitirá examinar su validez constitucional.

Así, en primer lugar, el objeto de control de los decretos de urgencia no debe buscarse en los requisitos para aquellos decretos únicamente referidos a materia económica y financiera, cuando así lo exige el interés nacional, según se refiere el artículo 119-18 de la Constitución; sino, que el parámetro u objeto de control es la Constitución *in toto*, en la medida que el artículo 135 de la Constitución ha habilitado al Poder Ejecutivo para que expida normas legales mediante decretos de urgencia cuando el Congreso esté en receso, de conformidad con el artículo 134 de la Constitución. Lo cual significa que, la facultad legislativa del Gobierno no está limitado por el artículo 118-19, sino que *prima facie* los decretos de urgencia podrían ser sobre cualquier materia de regulación legislativa del Congreso.

Se señala que en principio la potestad legislativa del Poder Ejecutivo no está limitada; porque, si bien la Constitución no ha establecido un límite material salvo el temporal para expedir los decretos de urgencia, durante el período de receso del Congreso; resulta razonable que en la deliberación y aprobación de los decretos de urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, este se haya ejercido con límites constitucionales implícitos, a fin por ejemplo de no aprobar mediante decretos de urgencia normas de reforma constitucional o de materia de ley orgánica, que estaban pendientes de aprobar en el Poder Legislativo para continuar con la reforma política y judicial, que fue la cuestión central del conflicto entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, que el Tribunal Constitucional resolvió a favor de este último, en la demanda competencial que le planteó el Presidente de la Comisión Permanente (Exp. N° 006-2019-CC/TC).

Ello es así, debido a que las leyes de reforma constitucional y las leyes or-

gánicas son normas de trascendencia material y formal en su aprobación legislativa, que constituyen una competencia exclusiva y excluyente del Parlamento; aun cuando el artículo 135 no haya establecido límite material alguno a la potestad legislativa transitoria del Poder Ejecutivo; por cuanto este poder no es ni podría sumir la potestad de un poder constituyente-instituido con la facultad de reformar la Constitución⁴⁶.

De modo que, por ejemplo, el Gobierno por más que presentó al Congreso el proyecto de ley de reforma del artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –que fue materia de la denegatoria de la segunda cuestión de confianza– no podía aprobarlo por decreto de urgencia; motivo por lo cual es una materia legislativa para el nuevo Congreso, reformar la LOTC para nombrar a los nuevos magistrados del TC, bajo reglas de publicidad, idoneidad y pluralidad, según ya lo han anunciado los voceros de las nuevas bancadas parlamentarias que han llegado al Acuerdo por la Gobernabilidad, antes mencionado.

Ahora bien, como quiera que el 30 de setiembre del 2019, a raíz del rechazo a la confianza del Gabinete Del Solar y a la disolución del Congreso, el Presidente Vizcarra nombró al nuevo Gabinete de Vicente Zevallos, a este le correspondía presentarse ante el Pleno del Congreso, para exponer la política del Gobierno y las medidas necesarias para implementarlas, y; solicitar el voto de confianza, dentro de los treinta días de instalado el nuevo Congreso, según se puede interpretar de la *ratio legis* del artículo 130 de la Constitución.

Sin embargo, como el artículo 135 de la Constitución dispone que el gabinete también debe dar cuenta al Congreso de los actos emitidos –decretos de urgencia– durante el receso de este, fue razonable que esta exposición se realice en la presentación del Gabinete Zevallos ante el Pleno del Congreso, previsto en el artículo 130 antes citado; a efecto, que el Congreso se pronuncie sobre los decretos de urgencia, de acuerdo con los plazos del procedimiento parlamentario, establecido en el Reglamento del Congreso. Así, en efecto, el 29 de Mayo del 2020 el Congreso en mayoría otorgó el voto de investidura al gobierno y a la dación de cuenta de los decretos de urgencia expedidos por el Poder Ejecutivo, durante

46 CARPIO MARCO, Edgar. “Límites materiales de la legislación de urgencia durante el interregno parlamentario”. En *La Ley*. Ver <https://laley.pe/art/8668/limites-materiales-de-la-legislacion-de-urgencia-durante-el-interregno-parlamentario> (consultado el 27 de febrero de 2020); asimismo, LIU QUISPE, Rocío. “¿Límites materiales de los decretos de urgencia en materia tributario durante el interregno parlamentario?”. En *Enfoque - Derecho*. Ver: <https://www.enfoquederecho.com/2019/10/31/limites-materiales-de-los-decretos-de-urgencia-en-materia-tributaria-durante-el-interregno-parlamentario/> (consultado el 27 de febrero de 2020).

el interregno parlamentario, a raíz de la disolución del Congreso, de acuerdo con los artículos 130 y 135 de la Constitución.

Finalmente, es importante remarcar que el restablecimiento de las funciones plenas del Congreso de la República, para legislar, fiscalizar y representar al pueblo debe realizarse dentro de un modelo constitucional semi-presidencial –no asambleísta-, que deje atrás el obstruccionismo y la confrontación parlamentaria; sino que asegure los principios de la división de poderes, y, el control y balance entre los mismos, mediante el ejercicio legítimo de sus competencias. Principios que son necesarios para la gobernabilidad del país, lo cual demanda a la nueva mayoría parlamentaria un rol de oposición parlamentaria al Gobierno con lealtad constitucional y respeto a la voluntad expresada en las urnas.

V. Conclusiones.

El Estado Constitucional de Derecho tiene como base principal la democracia. En este sentido, el sistema de pesos y contrapesos entre el gobierno y la oposición es importante para la gobernabilidad democrática, así como para el control político y equilibrio entre los poderes.

Sin embargo, en épocas de crisis constitucional, derivada de los altos grados de corrupción de la mayoría de los líderes de los partidos políticos con representación parlamentaria, así como, de la dinámica de la corrupción enquistada en la persona de algunos magistrados de la Corte Suprema, Junta de Fiscales Supremos, o de los consejeros del ex Consejo Nacional de la Magistratura y hasta algunos miembros del Jurado Nacional de Elecciones; la respuesta política realizada por el Poder Ejecutivo al Congreso de República que los protegía a través del mal uso de la inmunidad de los altos cargos públicos, ha evitado que dichas fuerzas controlen arteramente el proceso de nombramiento de seis de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, dentro del marco constitucional y sin quebrar el orden democrático, como aconteció el 30 de setiembre de 2020.

Pero, por un lado, más allá de los mecanismos planteados por la Constitución para atender situaciones ordinarias de la tensión política entre el gobierno y la oposición parlamentaria, como los llamados del Congreso a los ministros, las interpelaciones e incluso las censuras ministeriales, que conllevaron al Poder Ejecutivo a dar respuestas constitucionales como hacer uso de la cuestión de confianza y finalmente la disolución del Congreso por haber censurado a dos gabinetes ministeriales en un mismo período gubernamental, es el diálogo político el

que estuvo ausente desde el inicio del periodo gubernamental de Kuczynski, debido a la falta de experiencia y/o responsabilidad política de la líder de la oposición Keiko Fujimori y que continuó contra el Presidente Vizcarra, cuando este inicio una frontal lucha contra la corrupción política y judicial.

Por otro lado, si bien el Congreso de la República tenía dentro de sus funciones la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, la selección previa de candidatos debió ser cumplida de acuerdo con los principios constitucionales de publicidad, transparencia, idoneidad y pluralismo. Dada la ausencia de estos principios, que vulneraban las garantías de independencia y legitimidad de los jueces del Tribunal Constitucional, la cuestión de confianza se utilizó como un mecanismo legítimo – en virtud a los principios de separación de poderes y autonomía de los organismos jurisdiccionales – para solicitar que se suspenda el proceso parlamentario nada transparente ni plural para nominar a los magistrados del Tribunal constitucional, que promovió la mayoría parlamentaria del Congreso disuelto.

Cabe señalar que, tras la negación en los hechos de la cuestión de confianza, la disolución del Congreso ha sido legítima según la sentencia del Tribunal Constitucional por encontrarse dentro del supuesto del artículo 134 de la Constitución según el Decreto Supremo N° 165-2019-PCM; el cual cumplió con declarar la disolución del Congreso, convocar a nuevas elecciones para el 26 de enero del 2020, revocar el mandato de los congresistas, salvo el de los integrantes de la Comisión Permanente, quienes continuaron funcionando, pero solo para dar cuenta al nuevo Congreso de los 68 decretos de urgencia que expidió el Poder Ejecutivo, durante el interregno parlamentario.

En conclusión, en un sistema semi presidencialista como el peruano, los mecanismos de la cuestión de confianza y la disolución del Congreso son herramientas adecuadas para el control constitucional de los excesos de las fuerzas de la oposición parlamentaria, cuando pretenden convertir al régimen político en uno asambleario; más aún, si como el caso peruano ha sido para blindar a la corrupción política y judicial. No obstante, la poca regulación constitucional respecto de la cuestión de confianza y de la propia potestad del Poder Ejecutivo para legislar mediante decretos de urgencia, durante el interregno parlamentario; ha permitido al Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N° 0006-2019-CC/TC, dirimir el conflicto entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, en favor de la voluntad popular, así como, estableciendo ciertos límites de la cuestión de confianza, pero, también reconociendo la denegación material de la cuestión de confianza.

Lima, 30 de junio de 2020.

RESUMEN

La democracia es el pilar sobre el que descansa el Estado Constitucional de Derecho; el mismo que tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales y el control del poder. El modelo democrático semi-presidencial de gobierno de la Constitución peruana se desarrolla en la fuerte tensión entre el gobierno y la oposición; lo cual explica el uso de la cuestión de confianza y de la disolución del Congreso de la República, como un mecanismo del Poder Ejecutivo para el control y balance de poderes, ante el ejercicio arbitrario y corrupto del Poder Legislativo durante el período 2016-2019.

SUMMARY

Democracy is the pillar on which the Constitutional Rule of Law is based; its purpose is the protection of fundamental rights and the control of power. The semi presidential democratic model of government of the Peruvian Constitution develops in the strong tension between the government and the opposition; which explains the use of the vote of confidence and the dissolution of the Congress of the Republic, as mechanism of the Executive for the control and balance of powers, in the face of the arbitrary and corrupt exercise of the Legislative Power, during the period on 2016-2019.

PALABRAS CLAVES

Democracia, régimen semi-presidencial, voto de confianza, disolución del Congreso, control y balance de poderes.

KEY WORDS

Democracy, semi-presidential regimen, vote of confidence, dissolution of Congress, check and balance

LA PROTECCIÓN DE LA DEMOCRACIA DESDE
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

THE PROTECTION OF DEMOCRACY FROM THE INTERAMERICAN
COURT OF HUMAN RIGHTS

Eduardo Ferrer Mac-Gregor¹

Recibido: 15-05-2020

Aceptado: 25-07-2020

SUMARIO

- I. Introducción: la Carta Democrática y su relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- II. Opiniones consultivas: la génesis de la relación entre los derechos humanos y las sociedades democráticas.*
- III. Cinco temáticas fundamentales en casos contenciosos:*
 - A. Restricciones legítimas a derechos humanos.*
 - B. Independencia judicial.*
 - C. Derechos políticos.*
 - D. Libertad de expresión.*
 - E. Acceso a la información pública.*
- IV. El papel de los poderes públicos en la garantía de los derechos fundamentales: la función de supervisión de cumplimiento y de medidas provisionales.*
- V. Conclusión.*
- VI. Bibliografía.*

¹ Juez y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Investigador visitante en la Universidad Complutense de Madrid.

I. Introducción: la Carta Democrática Interamericana y su relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Como en cualquier otra organización internacional, la Organización de Estados Americanos (OEA) tiene importantes desafíos a más de siete décadas de su creación². El Sistema Interamericano de Derechos Humanos “le ha dado a la OEA renombre y la ha hecho más conocida en nuestros países y en el mundo entero”³. Y en ese ámbito “la democracia” ha jugado un papel fundamental para la consolidación y la vigencia de los derechos humanos. Tal ha sido la importancia de este elemento dentro de los Estados que lo conforman, que el 11 de septiembre del 2001, a través de una Asamblea General extraordinaria celebrada en la ciudad de Lima, Perú, se adoptó la Carta Democrática Interamericana (CDI)⁴.

La CDI tiene como antecedente a la Resolución 1080 del año 1991, la cual habilitó por primera vez a la OEA para analizar hechos que ocasionaran “una interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo en cualquiera de los Estados miembros” de la OEA **y así poder “adoptar las decisiones que se estimen apropiadas”**⁵. Sin embargo, la CDI es reconocida por haber ido más allá de aquellas disposiciones y abundar sobre diversas temáticas relacionadas con los principios, prácticas y la cultura democrática entre los Estados de las Américas.

Este instrumento se encuentra dividido en seis capítulos: I) La democracia y el sistema interamericano. II) La democracia y los derechos humanos. III) Democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza. IV) Fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática. V) La democracia y las misiones de

2 Entre los desafíos de la OEA y del Sistema Interamericano en particular, véanse, A.A.V.V., *La Organización de los Estados Americanos hacia su 70 aniversario: desafíos actuales y su relevancia en el acontecer hemisférico*, México, Senado de la República, 2018; A.A.V.V., *The Inter-American Human Rights System. Changing times, ongoing challenges*, Washington, Due Process of Law Foundation/CELS/Conectas/Dejusticia/Fundar, 2016.

3 Dulitzky, Ariel E., “La OEA y los derechos humanos: nuevos perfiles para el Sistema Interamericano”, en *Diálogo Político*, Konrad Adenauer, Año XXV, núm. 4, diciembre de 2008, pp. 69-108.

4 Resolución AG/RES.1 (XXVIII-E/01). Resulta interesante la intervención del Comité Jurídico Interamericano en la elaboración de la CDI. Al respecto, véase la obra *La democracia en los trabajos del Comité Jurídico Interamericano (1946-2010)*, Washington, OEA, 2011, especialmente la “Tercera Etapa” (2001-2002), pp. 249- 274.

5 Cfr. OEA, AG/RES. 1080 (XXI-O/91), *Democracia representativa*, 05 de junio de 1991, puntos resolutive 1 y 2.

observación electoral, y VI) Promoción de la cultura democrática. Como se puede apreciar, al momento de su adopción los Estados Americanos tuvieron la especial intención de enfatizar el vínculo claro entre los derechos y la democracia, así como la importancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la protección de aquellos y la garantía de ésta, al reconocer en su artículo 8 el derecho de acceder al Sistema por parte de cualquier persona o grupo de personas, así como la intención de su fortalecimiento para la consolidación de la democracia en el hemisferio.

La CDI no es un tratado internacional. Se configura como un instrumento político para la defensa colectiva de la democracia⁶, teniendo una importancia para los Estados miembros de la OEA⁷. Como ejemplo clave de lo anterior, tenemos lo sucedido tras el golpe de Estado en Honduras en 2009, por el cual la Asamblea General Extraordinaria decidió suspender a aquel país de la Organización. En la resolución adoptada, fue invocado por primera vez el artículo 21 de la CDI⁸ como fundamento para el proceso de suspensión de Honduras⁹. También debe destacarse la aplicación de “los mecanismos para la preservación y la defensa de la

6 Sobre los antecedentes, adopción y elementos de la CDI, así como su vinculación con la OEA y con los órganos del sistema interamericano, véanse, entre otros, Negro Alvarado, Dante Mauricio, “La democracia en el Sistema Interamericano: Una aproximación a la Carta Democrática Interamericana a dieciséis años de su adopción”, en *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 50, mayo de 2018, pp. 277-293; Perina, Rubén M., “Los desafíos de la Carta Democrática Interamericana”, en *Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, núm. 173, septiembre-diciembre, 2012, pp. 7-36; Salas Cruz, Armando, “La Carta Democrática Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 31, México, julio-diciembre, 2014, pp. 235-244; Olmedo González, Hernán, “Diez años de la Carta Democrática Interamericana: un régimen internacional para la defensa de la democracia”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 22, 2011, p. 1-27.

7 No debe pasar inadvertido que la propia Carta de la OEA, desde que se adoptó en 1948 se refería a la “democracia representativa” como uno los altos fines que persiguen los Estados, quedando con mayor claridad establecida en el Protocolo de Cartagena de Indias de 1985 (reformas a la carta fundacional), al establecer como propósito esencial de la OEA “promover y consolidar la democracia representativa dentro del principio de no intervención”. Sobre los antecedentes, origen y evolución de la OEA, véanse, Arrighi, Jean-Michel, *La OEA y el Derecho Internacional*, México, Porrúa, 2015; Fernández Shaw, Félix, *La Organización de los Estados Americanos (O.E.A.). Una nueva visión de América*, Madrid, Cultura Hispánica, 1963; Negro Alvarado, Dante Mauricio, *op. cit.*, p. 278.

8 CDI, artículo 21, párrafo primero: “Cuando la Asamblea General, convocada a un período extraordinario de sesiones, constate que se ha producido la ruptura del orden democrático en un Estado Miembro y que las gestiones diplomáticas han sido infructuosas, conforme a la Carta de la OEA tomará la decisión de suspender a dicho Estado Miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros. La suspensión entrará en vigor de inmediato”.

9 Cfr. OEA, Asamblea General Extraordinaria, *Resolución sobre la suspensión del derecho de Honduras a participar en la OEA*. Aprobado en la segunda sesión plenaria, aprobada el 4 de julio de 2009, AG/RES.2 (XXXVII-E/09). Punto resolutivo 1.

democracia representativa previstos en sus artículos 20 y 21” de la CDI en 2018 para la situación de Venezuela¹⁰.

Como se mencionó, la CDI externa el vínculo existente entre los derechos humanos y los valores democráticos a los que deben aspirar los países de las Américas. En este sentido, en su Preámbulo refiere que “[t]eniendo presente que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia”. Asimismo, el Preámbulo indica que “[...] el Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales resalta la importancia de que tales derechos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar el régimen democrático representativo de gobierno”.

De la lectura de la CDI podemos identificar cómo se vincula la democracia con los derechos humanos, tanto con los derechos, económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), así como con los derechos civiles y políticos.

En cuanto a los DESCAs, sus disposiciones hacen alusión a los siguientes derechos: al trabajo (art. 10), al medio ambiente (art. 15) y a la educación (art. 16). En relación con estos derechos debe considerarse el título del apartado III “Democracia, desarrollo Integral y combate a la pobreza”. Particularmente la CDI hace hincapié en que la “pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humanos” inciden negativamente en la consolidación de la democracia (art. 12), por lo que “la promoción y la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral [...] y a la consolidación de la democracia” (art. 13). Por otro lado, no podemos perder de vista lo dispuesto en el artículo 15, el cual indica que “el ejercicio de la democracia” facilita “la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente”.

En cuanto a los denominados “derechos civiles y políticos”, de la lectura de las disposiciones de la CDI podemos agrupar en tres grandes aspectos los derechos humanos que contempla: a) la libertad de expresión, incluida la libertad de prensa, la transparencia y de acceso a la información (art. 4), b) la participación política (incluido el derecho a la celebración de elecciones, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pue-

10 Resolución 2929 (XLVIII-O/18) sobre la situación en Venezuela, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2018, en el cuadragésimo octavo período ordinario de sesiones (Washington, D.C.).

blo, arts. 3 y 6), y c) algunas expresiones de la independencia de poderes públicos, especialmente en el art. 3 de la CDI indica que “son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros [...] la separación e independencia de los poderes”.

Desde el Preámbulo de la CDI estas normas tienen un sentido de inmersión en el Sistema Interamericano, pues no fueron concebidas en aislado, ya que tanto la Declaración Americana como el Pacto de San José, tuvieron en cuenta la relación entre los derechos humanos y la democracia.

En el caso de la Declaración y de la Convención Americana, ambos instrumentos marcan el vínculo de los derechos humanos y la democracia, al comparar disposiciones similares al respecto. Así, el artículo 32.2 de la Convención estipula que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”¹¹ Sin embargo, con independencia de lo anteriormente indicado, es importante hacer notar que el Pacto de San José en diversas disposiciones normativas que contemplan algunos derechos hacen referencia a que éstos solo pueden estar sujetos a las restricciones previstas en las leyes, que sean necesarias en una sociedad democrática¹² o “en la medida de lo indispensable en una sociedad democrática”¹³.

Otros instrumentos como el Protocolo de San Salvador, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia, la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en sus respectivos Preámbulos hacen alusión también al vínculo de los derechos humanos y la democracia.

11 De manera similar, el artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se refiere a que “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

12 Artículo 15. Derecho de Reunión. “[...] El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, [...]”. Por su parte, el Artículo 16. Libertad de Asociación “[...] 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática [...]”.

13 Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia. “[...] 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.[...]”.

Como podemos ver, la democracia y los derechos humanos, al menos desde la propia concepción de los Estados en el Sistema Interamericano (cuestión que queda manifestada en los instrumentos interamericanos) se encuentra estrechamente relacionada pues sería inconcebible una democracia en la que no se gocen y respeten derechos humanos, o en su defecto, la existencia de derechos humanos plenos y efectivos sin democracias.

En este contexto, no es ajeno a los órganos que conforman el Sistema Interamericano, es decir, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que en sus decisiones se haga referencia a aspectos democráticos que deben ser salvaguardados desde una óptica de protección de derechos humanos en el ámbito internacional.

La Corte IDH ha conceptualizado a la CDI como “[...] una norma de interpretación auténtica de los tratados a que se refiere, pues recoge la interpretación que los propios Estados miembros de la OEA, incluyendo a los Estados parte en la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], hacen de las normas atinentes a la democracia tanto de la Carta de la OEA como de ésta”¹⁴.

Para efectos del presente trabajo, dividiremos el análisis en la jurisprudencia que ha emitido el Tribunal Interamericano dentro del ejercicio de sus funciones que le otorgan tanto la Convención Americana como su Reglamento, destacando aquellas decisiones en las cuales se ha hecho alusión explícita a la CDI o bien se han desarrollado aspectos consubstanciales a la democracia dentro de sus competencias.

14 *Cf. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 114 y Considerandos 2 y 4 del Preámbulo de la Convención: “Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; [...] Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados [...]”. En este sentido, la Carta también podría ser catalogada como un acuerdo entre los Estados parte en ambos tratados acerca de la aplicación e interpretación de esos instrumentos (Art. 31.3.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones”.

II. Opiniones Consultivas: la génesis de la relación entre los derechos humanos y las sociedades democráticas.

Los primeros pronunciamientos de la Corte IDH sobre la relación entre los derechos humanos y la democracia fueron emitidos en su función consultiva. Particularmente la esencia de esa relación es enfatizada por el Tribunal Interamericano como parte de una posible justificación por la cual se podrían imponer restricciones “en una sociedad democrática”. De esta manera, la primera ocasión en que la Corte IDH hace alusión a esta situación, fue en la Opinión Consultiva (OC) 5, sobre la *Colegiación obligatoria de los periodistas*.

En dicha opinión la Corte IDH consideró que si bien el artículo 13 sobre la libertad de expresión no hace referencia “a las exigencias de una sociedad democrática” —como si lo hacen los artículos 15 (derecho de reunión) y 16 (derecho de asociación)—, se deben tener en cuenta el Preámbulo de la Convención Americana¹⁵ y el artículo 32 (Correlación entre Derechos y Deberes) de la misma, para determinar “el contexto” en el cual se deben interpretar las posibles restricciones a dicho derecho¹⁶. En otras palabras, sólo pueden ser reconocidas aquellas restricciones que sean propias de una sociedad democrática, dado que es la misma democracia el marco dentro del cual los Estados Miembros de la Convención reafirmaron su propósito de consolidar un régimen de libertad personal y de justicia social.

Este criterio debe ser entendido como aplicable no únicamente a la libertad de expresión, sino también a los demás derechos, en vista de que el Preámbulo de la Convención es una pauta interpretativa para todas las disposiciones del tratado, además de que el enunciado general del artículo 32 opera especialmente en aquellos casos donde la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas, como posteriormente aclaró el Tribunal.¹⁷

15 Al respecto, el Preámbulo de la CADH indica “su propósito de consolidar, en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.

16 Para la Corte IDH se desprende de la reiterada mención a las “instituciones democráticas”, “democracia representativa” y “sociedades democráticas” que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión impuesta por un Estado es “necesaria para asegurar” uno de los objetivos mencionados en los literales a) o b) del mismo artículo, tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas. *Cfr. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 42.

17 *Cfr. Ibídem*, párr. 65.

Por otro lado, si bien en aquella Opinión Consultiva la Corte IDH no estableció lo que debe entenderse por una “sociedad democrática”, sí inicia con un proceso de identificación de aquellos elementos que podrían estar en juego cuando se pretenden imponer restricciones a los derechos, como lo es la libertad de expresión. En ese sentido, la Corte IDH observó que, al relacionar los argumentos expuestos con las restricciones a que se refiere el artículo 13.2, aquellos apuntaban a justificar la colegiación obligatoria como un medio para asegurar el orden público (art. 13.2.b) como una justa exigencia del bien común en una sociedad democrática (art. 32.2).

El Tribunal identificó que “el orden público” dentro del contexto de la Convención Americana “hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público”¹⁸. Por otro lado, consideró que “‘el bien común’ es un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos” por lo que “puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana”¹⁹. En particular, la Corte IDH concibe que lo que interesa al *orden público democrático*, es que “se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información”²⁰, por lo que la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática.

Con posterioridad, en la OC- 6 sobre *La expresión leyes*, la Corte IDH precisa que el “bien común” (art. 32.2 de la CADH) es un elemento integrante del “orden público democrático” el cual tiene como *fin principal* “la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”²¹. Adicionalmente, indica que “bien común” y “orden público”, en la Convención Americana, son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una

18 *Cfr. Ibidem*, párr. 64.

19 *Cfr. Ibidem*, párr. 66.

20 *Cfr. Ibidem*, párrs. 69 y 70.

21 Corte IDH. La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 29.

concepción propia “según la cual los Estados Americanos requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”²².

En esta OC, la Corte IDH agrega lo que se debe entender por el concepto “de ley” bajo la Convención Americana y concibe que “son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo [...] Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención”²³.

En la OC- 8, sobre el *Habeas corpus bajo la suspensión de garantías*, la Corte Interamericana recordó los abusos a que ha dado lugar en nuestro hemisferio la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos. En ese sentido, señaló que la suspensión de garantías **no puede desvincularse del “ejercicio efectivo de la democracia representativa”**, por lo que carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona²⁴.

El Tribunal Interamericano indicó que en los “contextos” en los cuales se suspenden las garantías —situación que considera excepcional—, los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada²⁵. En esta OC,

22 Ídem.

23 En otras palabras: “sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana”. La Corte IDH agrega que “La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un “principio” reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. El régimen mismo de la Convención reconoce expresamente los derechos políticos (art. 23), que son de aquellos que, en los términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema”. Cfr: *Ibidem*, párrs. 32, 34 y 35.

24 *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 20.

25 Cfr: *Ibidem*, párr. 24.

la Corte IDH considera que “una sociedad democrática” está compuesta por una tríada: los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías, y el Estado de derecho²⁶.

Finalmente, debe mencionarse la OC-23, *Sobre medio ambiente y derechos humanos*, en donde la Corte IDH se refirió a la CDI como uno de los instrumentos de nuestra región que han abordado la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible, al prever que el “[el] ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente”²⁷.

III. Cinco temáticas fundamentales en casos contenciosos.

La Corte IDH ha considerado a la democracia como un principio interpretativo en el ejercicio de su competencia contenciosa. Así, el panorama jurisprudencial demuestra una nutrida mención de los valores democráticos como fundamento para el desarrollo de variados estándares sobre los derechos humanos contenidos en la Convención Americana.

Por ejemplo, el Tribunal ha resaltado que una sociedad “multicultural, pluralista y democrática” debe respetar los derechos reconocidos a miembros de pueblos y comunidades indígenas o tribales, como lo son sus derechos a la propiedad comunal y la estrecha relación que guardan con su territorio, así como a la identidad cultural en sí misma²⁸, además de la garantía de protección a líderes indígenas, en tanto representantes de grupos en situación de desigualdad²⁹.

Asimismo, la Corte IDH ha señalado reiteradamente que en todo Estado democrático la jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional, siendo que ésta se ha de encontrar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares, por lo que el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comi-

26 Cfr. *Ibidem*, párr. 26.

27 Cfr. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 53.

28 Cfr. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 159 y 217

29 Cfr. *Ibidem*, párr. 113

sión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar³⁰

Por otro lado, la jurisprudencia interamericana ha analizado el complejo tema de los límites a la regla de las mayorías, a partir del análisis de leyes de amnistía, promulgadas mediante canales democráticos y que sin embargo repercutirían en impedir las investigaciones y dejar impunes graves violaciones a derechos humanos. Así, se ha sostenido que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas³¹.

Sin embargo, si bien es cierta la abundante referencia a la democracia dentro de las sentencias de la Corte IDH, es posible distinguir cinco líneas jurisprudenciales que destacan por el mayor análisis que se ha prestado respecto a la relación misma entre democracia y derechos humanos, que pasamos ahora brevemente a destacar.

A) Restricciones legítimas a los derechos humanos.

El primer acercamiento que tuvo la Corte IDH sobre la relación entre derechos humanos y democracia fue a partir del análisis de las restricciones legítimas hacia a aquellos. En esa sintonía, dentro del ejercicio de su competencia contenciosa, el Tribunal ha enfatizado que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática³². Tal exigencia implica que las injerencias o afectaciones a los de-

30 *Cfr.* Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 272

31 *Cfr.* Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221, párr. 239

32 *Cfr.* Corte IDH. Caso López y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396, párr. 92; Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 294; Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 390; Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 154.

rechos no sean arbitrarias o abusivas, por lo que a partir de la resolución de casos concretos el Tribunal ha desarrollado los requisitos que debe cumplir toda restricción legítima, mediante la figura del *test de proporcionalidad*.

De esta forma, la Corte ha evaluado en su labor jurisdiccional diversos tipos de restricciones, requiriendo que éstas: i) se encuentren previstas en una ley; ii) respondan a un fin legítimo de los aquellos permitidos por la Convención, ya sea en virtud del artículo 32 o de las disposiciones específicas contempladas para ciertos derechos; iii) sean idóneas para alcanzar tal fin; iv) sean necesarias, es decir, que dentro de las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo, se utilice aquella que implique el menor grado de injerencia en el derecho en cuestión³³; y v) sean proporcionales (proporcionalidad en sentido estricto), esto es, que la medida logre una importante protección del derecho o interés protegido, sin hacer nugatorio aquel otro derecho objeto de la restricción³⁴.

El anterior estándar ha sido aplicado por la Corte IDH de manera reiterada, por ejemplo, en casos relativos a los derechos a la libertad personal³⁵, a la vi-

33 No hay que confundir esta “necesidad”, relativa a la menor afectación del derecho en cuestión, con la “necesidad en una sociedad democrática” a la que me refiero, como fundamento de las restricciones legítimas; esta última contiene a la primera como uno de sus requisitos.

34 A manera de ejemplo, sugiero revisar la manera en cómo la Corte ha aplicado cada uno de estos requisitos en: Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 58-95.

35 Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, párr. 72; Corte IDH. Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, párr. 200; Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, párr. 143. Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 158; Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 67; Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 74;

da privada³⁶, a la libertad de expresión³⁷, a la libertad de asociación³⁸, a la circulación y residencia³⁹, a la propiedad comunal indígena⁴⁰ y a los derechos políticos⁴¹. En todos ellos el Tribunal Interamericano consideró a la democracia como uno de los pilares sobre los que deben fundarse los actos de las autoridades que restrinjan derechos.

B) La independencia judicial.

La Corte IDH ha señalado que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con

36 *Cfr.* Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 164; Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 116; Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 56.

37 *Cfr.* Corte IDH. Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 104; Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 102 y 124; Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 95 y 96; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120.

38 Corte IDH. Caso García y familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258, párr. 184; Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 167; Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 168.

39 Corte IDH. Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 175.

40 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346, párr. 125; Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 154; Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 127; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 138; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 144 y 148.

41 Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184 y 185, párr. 185 y 186; Corte IDH. Caso Yamtama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 206.

su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez en específico. Respecto de la primera, el tribunal precisa que la dimensión institucional se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia⁴². Asimismo, teniendo como base su jurisprudencia y la de la Corte Europea, así como de conformidad con los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, el Tribunal Interamericano reconoció que las siguientes garantías derivan de la independencia judicial: Un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas⁴³.

Al hablar de la relación entre la independencia judicial y la democracia, es importante hacer una distinción de (1) casos en los cuales miembros del poder judicial han sido removidos o destituidos por cuestiones institucionales⁴⁴, de (2) aquellos casos en donde han sido removidos o destituidos por las decisiones que, en el marco de sus competencias, han adoptado los jueces o miembros de un cuerpo colegiado perteneciente a la judicatura⁴⁵. También hay que distinguir los casos que el Tribunal Interamericano ha conocido bajo (3) “contextos de inestabilidad institucional”⁴⁶ o (4) por el “rol que han tenido los jueces en contextos de ruptura institucional”, como lo es un golpe de Estado⁴⁷. En lo que nos ocupa, la Corte IDH ha hecho importantes pronunciamientos en los escenarios 2, 3 y 4.

En los casos *Tribunal Constitucional (Perú)*⁴⁸, *Apitz Barbera y otros* (“Cor-

42 Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párr. 154; Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr.194.

43 Cfr. Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 70

44 Por ejemplo, en este supuesto podemos encontrar los casos *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador* y *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*.

45 Encontramos los siguientes casos: *Tribunal Constitucional (Perú)*, *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) y *Reverón Trujillo*, ambos contra Venezuela.

46 Encontramos los siguientes casos: *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)* y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros)*, ambos contra Ecuador.

47 Encontramos los casos *López Lone y otros Vs. Honduras*,

48 En el caso del *Tribunal Constitucional Vs. Perú*, tres magistrados fueron sancionados por medio de un juicio político realizado por el Congreso por acciones que supuestamente atentaban contra el debido procedimiento al pronunciarse sobre un caso, y donde además, los tres magistrados procesados habían tomado una decisión sobre una aclaración de un fallo el cual estaba relacionado con la posibilidad de elección presidencial.

te Primera de lo Contencioso Administrativo)⁴⁹ y *Reverón Trujillo*⁵⁰, estos últimos respecto de Venezuela, la Corte IDH desarrolló el enfoque de “la “separación de poderes” que consagra la CDI en el artículo 3 como reflejo de “independencia” que deben gozar los jueces en el ejercicio de sus funciones. Así, la Corte IDH ha indicado que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o inclusive dentro del mismo Poder Judicial”⁵¹. Adicionalmente, “el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática”⁵².

En cuanto al Caso Apitz Barbera, cabe señalar adicionalmente que la Corte IDH se pronunció sobre la inamovilidad o estabilidad en el cargo de los jueces provisorios. En ese sentido, señaló que su carácter provisional no debe ser impedimento para que los Estados aseguren que este tipo de jueces también gocen de la independencia necesaria para el ejercicio de sus funciones, puesto que la provisionalidad no equivale a la libre remoción, ni debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables⁵³.

49 Las sanciones de destitución a las cuales fueron sometidos los magistrados de la Corte Primera tuvieron origen por una sentencia resolviendo una solicitud de amparo cautelar y un recurso contencioso administrativo de nulidad. Por tal decisión, se formuló una acusación contra los cinco miembros de la Corte Primera por “error judicial”. Como consecuencia de dicha acusación los magistrados fueron destituidos.

50 El 6 de febrero de 2002 la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial destituyó a la señora Reverón Trujillo de su cargo. Dicho organismo consideró que la jueza habría incurrido en ilícitos disciplinarios según la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura y la Ley de Carrera Judicial, que incluían el “abuso o exceso de autoridad” y el incumplimiento de su obligación de “guardar la debida atención y diligencia” en la tramitación de la causa”.

51 Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 73; *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 55 y *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 67

52 Cfr. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 67.

53 Cfr. Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 43

Por otro lado, están los casos *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)* y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros)*⁵⁴, ambos contra Ecuador, relativos a las resoluciones emitidas por el Congreso de aquel entonces para decretar el cese de las presuntas víctimas en sus funciones, como magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de vocales del Tribunal Constitucional, respectivamente. En estos casos, a diferencia de los tres primeros la Corte IDH constató que el cese de los cargos del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema y además del Tribunal Supremo Electoral había desencadenado una crisis política y social cuya principal característica fue la inestabilidad institucional, provocando movilizaciones en contra del gobierno nacional por considerar que estaba violando la Constitución y el Estado de Derecho. El Tribunal consideró que aquellas destituciones realizadas en el transcurso de tan solo 14 días constituyeron un actuar intempestivo totalmente inaceptable, así como una afectación a la independencia judicial⁵⁵. En particular, la Corte IDH aborda la faceta institucional y “la dimensión objetiva de la independencia judicial”⁵⁶.

La Corte IIDH analizó de manera pormenorizada “la faceta institucional de la independencia judicial, separación de poderes y democracia”. Para la Corte IDH “el cese masivo de jueces, particularmente de Altas Cortes, constituye no sólo un atentado contra la independencia judicial sino también contra el orden democrático”⁵⁷. En las circunstancias de ambos casos, la Corte IDH estimó que el haber destituido en forma arbitraria a toda la Corte Suprema y a los miembros del Tribunal Constitucional constituyeron un atentado contra la independencia judicial, alteró el orden democrático, el Estado de Derecho e implicó que en ese momento no existiera una separación real de poderes”. Además, en palabras del Tribunal Interamericano, existió una desestabilización tanto del poder judicial como del país en general y desencadenó que, con la profundización de la crisis política durante siete meses no se contara con la Corte Suprema de Justicia con los efectos

54 En este caso, además del contexto que fue valorado por la Corte IDH, también se constató que los juicios políticos contra los vocales del Tribunal Constitucional fueron iniciados por algunos congresistas por su oposición en contra de dos decisiones adoptadas por dicho órgano. Una de ellas relacionada con un “décimo cuarto sueldo” y la otra respecto a un sistema de asignación de escaños electorales, conocido como “método D’Hondt”.

55 Cfr: Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párr. 91 y 175; y Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 109 y 212

56 Cfr: *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*, op. cit., y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, op. cit., párr. 188 a 199.

57 Cfr: *Ibidem*, párr. 170, *Ibidem*, párr. 207.

negativos que ello implica en la protección de los derechos de los ciudadanos⁵⁸.

Un aspecto diferencial en los dos casos es que, invocando el artículo 3 de la CDI (Separación de poderes), la Corte IDH precisó que “[l]a destitución de todos los miembros de la[s] Corte[s] Suprema[s] implicó una desestabilización del orden democrático existente en ese momento en Ecuador, por cuanto se dio una ruptura en la separación e independencia de los poderes públicos al realizarse un ataque a las tres Altas Cortes de Ecuador en ese momento”. La Corte IDH resaltó que la separación de poderes guarda una estrecha relación, no sólo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos⁵⁹.

Finalmente, encontramos el caso *Lopez Lone y otros (Honduras)* en donde las cuatro víctimas, tres jueces y una magistrada, se manifestaron en contra del golpe de Estado y a favor del restablecimiento de la democracia y el Estado de Derecho; ya sea mediante su participación en una manifestación, por vía de la interposición de acciones judiciales o denuncias, a través de una opinión manifestada en el marco de una conferencia universitaria o en conversaciones con colegas. Además, dichas personas se expresaron a través de la *Asociación Jueces para la Democracia*, de la cual todos eran miembros, en tanto esta organización emitió comunicados reclamando la necesidad de restitución del Estado de Derecho⁶⁰, lo anterior provocó que se les aplicaran procedimientos disciplinarios y que fueran destituidos de sus cargos⁶¹. En el caso el Tribunal Interamericano conceptualizó que dichas víctimas en realidad estaban cumpliendo con el deber de “*defender la democracia*”⁶² e indicó que:

153. [...] las actividades desarrolladas por las presuntas víctimas durante esta “ruptura inconstitucional” constituían no solo un derecho, sino que son parte del

58 Cfr. *Ibidem*, párr. 178.

59 Cfr. *Ibidem*, párr. 179 y Cfr. *Ibidem*, párr. 221.

60 Cfr. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 153.

61 Cabe señalar que luego de la realización de reclamos en contra de la destitución, sólo fue dejado sin valor y efecto el despido de uno de ellos, el señor Enrique Barrios. Cfr. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 186-147.

62 La CDI hace entonces referencia al derecho de los pueblos a la democracia, al igual que destaca la importancia en una democracia representativa de la participación permanente de la ciudadanía en el marco del orden legal y constitucional vigente y señala como uno de los elementos constitutivos de la democracia representativa el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho.

deber de defender la democracia, con base en lo establecido en la Convención Americana y en las obligaciones de derecho internacional que el Estado de Honduras adquirió al ser parte de dicho tratado y de la Carta de la OEA, obligaciones que se expresan en instrumentos como la Carta Democrática Interamericana.

Para conceptualizar este deber, la Corte IDH invocó los artículos 1, 2, 3, 6, 7 y 8 de la CDI⁶³ y el artículo XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶⁴. De esta forma el Tribunal Interamericano consideró que este derecho “constituye una específica concretización del derecho a participar en los asuntos públicos y comprende a su vez el ejercicio conjunto de otros derechos como la libertad de expresión y la libertad de reunión”⁶⁵. En concreto, y de manera innovadora, las Corte IDH agrega a su jurisprudencia que existe una relación entre los derechos de reunión, asociación, libertad de expresión y derechos políticos, derechos que hacen posible “el juego democrático” y en el caso de contextos de ruptura institucional como un golpe de Estado, la relación resulta más manifiesta; por ello las manifestaciones y expresiones relacionadas a favor de la democracia deben tener la máxima protección posible⁶⁶.

En el Caso López Lone, la Corte IDH se pronunció por primera vez sobre el derecho “a participar en política, libertad de expresión y de reunión de las personas que ejercen funciones jurisdiccionales”. Para ello, el Tribunal Interamericano precisó que la CADH garantiza estos derechos a toda persona “por lo que no cabe considerarla ni restringirla a una determinada profesión o grupo de personas”

63 Artículo 1 Los pueblos de América tienen derecho a la democracia [...]. Artículo 2. El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. [...]. Artículo 3 Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; [...] la separación e independencia de los poderes públicos. Artículo 6. La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. [...] Artículo 7. La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos. Artículo 8 Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo. [...].

64 Artículo XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece que: “Toda persona tiene el deber de obedecer a la Ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquél en que se encuentre”.

65 Cfr. Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302*, párr. 164.

66 Cfr. *Ibidem*, párr. 160.

pero especificando que dichos derechos no son absolutos, por lo que pueden ser objeto de restricciones compatibles con la Convención Americana.

En el caso de los jueces, el Tribunal Interamericano indicó que dadas las funciones que realizan, pueden ser objeto de restricciones distintas a las que afectarían a otros funcionarios públicos, todo ello en aras de “de proteger la independencia y la imparcialidad en el ejercicio de la justicia”⁶⁷. No obstante, en los “contextos de graves crisis democráticas” no serían aplicables a las actuaciones de los jueces y de las juezas de defensa del orden democrático las normas que restringen sus derechos de asociación, reunión, expresión o políticos, ya que “sería contrario a la propia independencia de los poderes estatales, así como a las obligaciones internacionales del Estado derivadas de su participación en la OEA, que los jueces y juezas no puedan pronunciarse en contra de un golpe de Estado”⁶⁸.

C) Los derechos políticos.

De acuerdo con la Corte IDH, “el principio democrático permea la Convención y, en general, el Sistema Interamericano, en el cual, la relación entre derechos humanos, democracia representativa y derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana”⁶⁹. Así, el ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye una obligación jurídica internacional y éstos soberanamente han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción doméstica, interna o exclusiva⁷⁰.

Los derechos políticos y su ejercicio propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. En cuanto a los derechos políticos, y su relación con la democracia, la jurisprudencia de la Corte IDH ha indicado que, “[e]l ejer-

67 Cfr. *Ibidem*, párrs. 169 y 171.

68 Cfr. *Ibidem*, párr. 174.

69 En este caso, la Corte IDH apunta que según la CDI, son “elementos esenciales de la democracia representativa”, entre otros: “el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; [...] la separación e independencia de los poderes públicos” y, en definitiva, “la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad” y “es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia”, por lo cual “la eliminación de toda forma de discriminación [...] y de las diversas formas de intolerancia [...] contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana”. Cfr. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 114 y Cfr. Carta Democrática Interamericana. artículos 2, 3, 4, 6 y 9.

70 *Ídem*.

cicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención. Además, de conformidad con el artículo 23 convencional, sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”⁷¹.

El artículo 23.1 de la Convención (participación política) puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos o de interés público (como la defensa de la democracia), directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país⁷².

En cuanto a los casos concretos en los cuales la Corte IDH ha tenido una aproximación en lo referente a esta temática, encontramos el Caso Yamata (Nicaragua)⁷³, relativo a la adopción de una ley electoral que sólo permitía la participación en los procesos electorales a través de la figura jurídica de partidos políticos. Esta situación afectó especialmente a los miembros de YATAMA, una organización indígena representante de numerosas comunidades y etnias de la Costa Atlántica de Nicaragua, que de manera previa ya había podido participar en las contiendas electorales sin la necesidad de constituirse en partido⁷⁴. Los miembros de tal organización señalaron que la necesidad de transformarse en partido po-

71 Cfr. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr.162.

72 Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 195 a 200, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr.163.

73 Resulta interesante traer a colación el voto concurrente emitido por el juez García Sayán para esta sentencia, quien señaló que en la actualidad es posible referirse a un “derecho humano a la democracia”; para ello tomó en cuenta lo expresado por la CDI, cuyo primer artículo estipula que “*los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla*”. Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, párr. 7.

74 Esto era posible porque las anteriores legislaciones de Nicaragua permitían la participación en la contienda electoral bajo la figura de “asociación de suscripción popular”, una forma de organización cuyos requisitos y características resultaban más propias de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica, a diferencia de los partidos políticos. Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 124.17, 124.18 y 124.20

lítico “desconoció las costumbres, organización y cultura de los candidatos propuestos por YATAMA”⁷⁵.

En dicho caso el Tribunal Interamericano señaló que “[e]l derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán” por lo que “[l]a participación mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello”⁷⁶.

En cuanto al acceso a cargos públicos por otro medios que no sean los partidos políticos, tomando como base el artículo 5 de la CDI, la cual indica “[e]l fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas”, la Corte IDH consideró que no existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo puedan ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político, por lo que esta figura no es la única que puede tener cabida en un régimen democrático, cuando otro tipo de organización sea pertinente o incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales⁷⁷. Así, “la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos, sustentadas en los términos aludidos en el párrafo anterior, es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa”⁷⁸.

Por otro lado, encontramos el caso *López Mendoza (Venezuela)*, en donde la Corte IDH analizó los hechos relacionados con un proceso y las correspondientes sanciones, multa e inhabilitación del señor López Mendoza⁷⁹, por haber reci-

75 Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 214

76 Cfr. *Ibidem*, párr. 198 y 199.

77 Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 215.

78 Cfr. *Ibidem*, párr. 217.

79 La imputación general contra la presunta víctima era la de haber incurrido en “conflicto de intereses” en relación con las donaciones mencionadas, dado que se desempeñaba tanto como trabajador en una empresa estatal y a la vez como miembro de la Junta Directiva de una organización que recibió donaciones

bido una donación a favor de una asociación sin fines de lucro en donde la víctima se desempeñaba. El nombre del señor López se encontraba en una lista de aproximadamente 400 personas realizada por el Contralor General de la República a los que se le imponía la “sanción de inhabilitación política”⁸⁰. En el caso, el Tribunal Interamericano decidió que se había infringido el artículo 23.2 debido a que éste indica las causales por las cuales los derechos reconocidos en el artículo 23, así, como los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción, a saber: una restricción impuesta por a) vía de sanción, debería b) tratarse de una “condena, por c) juez competente, d) en proceso penal”⁸¹. Cabe resaltar que el caso no se comprobó que los “hechos concretos [del] contexto o patrón [respondieran a una] persecución política en la que se enmarcara el proceso administrativo seguido contra la [...] víctima, [ni de un] contexto de “restricción de] las oportunidades de acceso al poder de los candidatos disidentes al gobierno”⁸².

Posteriormente, la Corte analizó el tema de la oposición política como parte de la democracia, en el *Caso Cepeda Vargas (Colombia)*, relativo a la ejecución extrajudicial de un líder político de oposición, así como la posterior falta de investigación y sanción de los responsables. El Tribunal resaltó que las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberati-

de dicha empresa y además su madre (quien laboraba en la misma empresa) fue quien habría autorizado una de las donaciones.

80 La víctima del caso aspiraba a ocupar un cargo público para lo cual era necesario que se registrara en una página web. Dicha página web no permitió la inscripción del señor López Mendoza por la sanción de inhabilitación política para el ejercicio de funciones públicas por 3 años.

81 *Cfr. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 107.

82 En específico la Corte IDH constató que “el informe de la Comisión Interamericana [...] no incluyó en su demanda ninguna mención específica a otros inhabilitados - distintos al señor López Mendoza – y su situación”. La Corte IDH añadió que “[...] si bien en ocasiones anteriores el Tribunal ha determinado en el fondo la cuestión de si un determinado caso se inserta en un contexto, para llevar a cabo un análisis de ese tipo, es necesario que la Comisión haya aportado información y argumentación específica sobre el particular, cuestión que no ocurrió en el presente asunto en cuanto al alegado contexto o patrón que habría originado las alegadas violaciones en contra del señor López Mendoza. Así, teniendo en cuenta estas razones procesales, el Tribunal considera que no le corresponde efectuar pronunciamiento alguno respecto a hechos alegados por los representantes que no fueron planteados como tales en la demanda de la Comisión”. *Cfr. Ibidem*, párrs. 28 y 29.

vos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores de grupos sociales⁸³.

Finalmente, en el caso *San Miguel Sosa y otras (Venezuela)*, se analizó el impacto que tuvo en los derechos políticos de las víctimas (funcionarias públicas del gobierno venezolano), por hacerse públicas unas listas con el nombre y los datos de las personas que habían participado en un “revocatorio de mandato” del entonces Presidente Hugo Chávez. Abonando a los precedentes anteriores, la Corte IDH indicó que el artículo 23 (incisos a y b) de la CADH protege el derecho de “participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente, mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos”⁸⁴. De este modo, “el acto de firmar la solicitud de referendo, a efectos de la revocatoria de un funcionario público de alto rango, [como lo es] el Presidente de la República, implicaba la participación en un procedimiento de activación de un mecanismo de democracia directa reconocido en el ordenamiento jurídico interno”⁸⁵, lo cual es un acto de participación política protegido por el artículo 23 del Pacto de San José.

Adicionalmente, la Corte IDH analizó de manera transversal “la discriminación encubierta por razones políticas” que las tres víctimas del caso sufrieron. Para ello tomo en consideración que se había hecho públicas las listas con los nombres de las personas que habían firmado a favor del mandato revocatorio (los cuales fueron concebidos por las autoridades internas como “disidentes políticos”). La materialización – o represalias en el caso concreto de las tres víctimas- se manifestó en que los contratos nos les fueron renovados. Para ello la Corte IDH valoró la finalidad encubierta (relacionada con el *manto de legalidad* del cual goza el Estado)⁸⁶ y la finalidad real (la cual en el caso concreto estaba relacionada con las declaraciones públicas de las autoridades en diversos medios “de tomar represalias” en contra de las personas que hubieran firmado el mandato revocatorio)⁸⁷.

83 Cfr. Corte IDH. Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 173

84 Cfr. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 111.

85 Cfr. *Ibidem*, párr. 117.

86 En el caso este estaba relacionado con la potestad, según el Estado de renovar o no contratos de sus servidores públicos que se encontraban en un régimen laboral en el cual no se asignaba un cargo fijo en el puesto.

87 Cfr. *Ibidem*, párrs. 148 a 151.

D) La libertad de expresión.

Los artículos 3 y 4 de la CDI resaltan la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática⁸⁸, tanto en una dimensión individual como en una dimensión colectiva⁸⁹. La libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”⁹⁰. No sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población⁹¹. Estos postulados, han tenido mayor impacto en aquellos casos en los cuales se han visto involucrados medios audiovisuales de comunicación – principalmente por una línea editorial crítica a las actuaciones gubernamentales-, dado el mayor espectro de alcance que tienen en las sociedades, así como en sus ciudadanos. Al respecto en los casos *Ríos y otros*, *Perozo y otros* y *Granier y otros (Radio Caracas Televisión)*, todos respecto de Venezuela, el Tribunal Interamericano se pronunció sobre las afectaciones a la libertad de expresión.

En los dos primeros casos la Corte IDH se pronunció sobre la libertad de expresión y cómo las declaraciones de funcionarios públicos⁹² en contra de los in-

88 Las disposiciones establecen que “[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales” y “[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

89 Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra*, párrs. 30, 31 y 32, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* párr. 135 y 136.

90 Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70, e *Ibidem*, párr. 140.

91 Cfr. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69, e *idem*.

92 Al respecto, la Corte IDH, siguiendo el criterio de la Corte Internacional de Justicia indicó que “[...] ha entendido que las declaraciones de altas autoridades estatales pueden servir no sólo como admisión de la conducta del propio Estado, sino también generar obligaciones a éste. Aún más, tales declaraciones pueden servir como prueba de que un acto es atribuible al Estado que representan esos funcionarios. Para hacer estas determinaciones, resulta importante tomar en consideración las circunstancias y el contexto en que se realizaron dichas declaraciones. Cfr. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 131 y *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 120.

tegrantes y de la propia línea editorial de los canales de televisión (Radio Caracas Televisión -RCTV- y Globovisión) fueron incompatibles con la obligación estatal de garantizar los derechos de esas personas a la integridad personal y a la libertad de buscar, recibir y difundir información, al haber podido intimidar a quienes se hallaban vinculados con ese medio de comunicación y constituir falta al deber de prevenir situaciones violatorias o de riesgo para los derechos de las personas por colocarlos en una situación de vulnerabilidad real⁹³.

Para llegar a esta conclusión, la Corte IDH tomó, primordialmente en cuenta los siguientes aspectos: a) fueron emitidas las declaraciones de altos funcionarios públicos, en programas de televisión y en intervenciones públicas en diferentes fechas y eventos ocurridos durante los años 2001 a 2005, que fueron transmitidas a través de medios de comunicación y tuvieron lugar en periodos de mayor inestabilidad política y conflictividad social⁹⁴; b) los discursos y pronunciamientos señalados, de naturaleza esencialmente política, se referían a los medios privados de comunicación social en Venezuela, en general, y a Globovisión RCTV, sus dueños y directivos, en particular, aunque no se hacen señalamientos a periodistas específicos⁹⁵ y c) las expresiones proferidas contra los medios de comunicación los calificaban como “enemigos de la revolución” o “enemigos del pueblo de Venezuela” y se acusaba a dichos medios de “conspira[r] contra la revolución”, de “perversión golpista y fascista” y de responder a un “plan terrorista”⁹⁶.

Para la Corte IDH, en una sociedad democrática no solo es legítimo, sino que en ocasiones constituye un deber, que las autoridades estatales se pronuncien sobre cuestiones de interés público, sin embargo, al hacerlo éstas sometidas a ciertas limitaciones como la de “constatar los hechos” (aunque no de manera exhaustiva) sobre los cuales fundamentan sus opiniones, hacerlo con la mayor diligencia posible y evitar que las personas reciban una versión manipulada de determinados hechos de modo que sus declaraciones no constituyan formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento⁹⁷.

En el mismo sentido se encuentra el caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión)*, en donde si bien se continúa con la anterior línea jurisprudencial sobre

93 Cfr. *Ibidem*, párr.161 e *Ibidem*, párr. 149.

94 Cfr. *Ibidem*, párr.138 e *Ibidem*, párr. y 126.

95 Cfr. *Ibidem*, párr. 139 e *Ibidem*, párr 127.

96 *Ídem*.

97 Cfr. *Ibidem*, párr.151 e *Ibidem*, párr. 139.

la libertad de expresión hay que destacar, en lo que nos concierne, tres aspectos diferenciales de los dos primeros casos: a) se hace un mayor análisis de los medios de comunicación⁹⁸, b) el vínculo de los medios de comunicación con la democracia y c) la violación del artículo 13.3 (prohibición de restricciones indirectas).

En cuanto al primer y segundo punto, la Corte IDH resaltó la importancia del “pluralismo” en una sociedad democrática⁹⁹. Como expresión de ello, en el marco del artículo 13 la Corte IDH, ha indicado “que la pluralidad de medios o informativa” constituye una efectiva garantía para tales efectos, por lo tanto existe un deber del Estado de proteger y garantizar este supuesto, tanto de la minimización de restricciones a la información, como por medio de propender por el equilibrio en la participación. Asimismo, el Tribunal ha afirmado que los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones¹⁰⁰.

En consecuencia, la Corte IDH considera que las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones estatales o de particulares y dado que el espacio radioeléctrico es un bien escaso, con un número determinado de frecuencias, esto limita el número de medios que pueden acceder a ellas, por lo que es necesario asegurar que en ese número de medios se halle representada una diversidad de visiones o posturas informativas o de opinión¹⁰¹, los límites o restricciones que se deriven de la normatividad relacionada con la ra-

98 Para la Corte IDH en el caso apuntó que: “148. Los medios de comunicación [...] son, generalmente, asociaciones de personas que se han reunido para ejercer de manera sostenida su libertad de expresión, por lo que es inusual en la actualidad que un medio de comunicación no esté a nombre de una persona jurídica, toda vez que la producción y distribución del bien informativo requieren de una estructura organizativa y financiera que responda a las exigencias de la demanda informativa. De manera semejante, así como los sindicatos constituyen instrumentos para el ejercicio del derecho de asociación de los trabajadores y los partidos políticos son vehículos para el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, los medios de comunicación son mecanismos que sirven al ejercicio del derecho a la libertad de expresión de quienes los utilizan como medio de difusión de sus ideas o informaciones”.

99 La Corte IDH indicó que “141. [...] los medios de comunicación libres e independientes son fundamentales para la democracia, para la promoción del pluralismo, la tolerancia y la libertad de pensamiento y expresión, y para la facilitación de un diálogo y un debate libre y abierto entre todos los sectores de la sociedad, sin discriminación de ningún tipo”.

100 *Cfr. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293. párr. 142.

101 La Corte resalta que el pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura.

diodifusión deben tener en cuenta la garantía del pluralismo de medios dada su importancia para el funcionamiento de una sociedad democrática¹⁰²

En cuanto al tercer punto, a diferencia de los dos casos previos, la violación del artículo 13.3, tomando en cuenta que el Estado venezolano alegó que no se había renovado la concesión sobre el espacio radioeléctrico por ser una facultad discrecional del Estado (manto de legalidad), el Tribunal Interamericano hace una distinción entre la “finalidad aparente” (que en el caso estaba constituida por el manto de legalidad) y la “finalidad real” (que en este caso estaba relacionada con eliminar una línea editorial crítica contra el gobierno), esta situación fue caracterizada por la Corte como “una desviación de poder” ya que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de alinear editorialmente al medio de comunicación con el gobierno principalmente porque la decisión de no renovación se encontraba tomada con anterioridad y que se fundaba en las molestias generadas por la línea editorial de RCTV, sumado al contexto sobre el “deterioro a la protección a la libertad de expresión” que fue probado en el presente caso¹⁰³. De forma conclusiva, relacionando los tres puntos aquí analizados (libertad de expresión, democracia y restricciones indirectas) la Corte indica que: [L]a desviación de poder aquí declarada tuvo un impacto en el ejercicio de la libertad de expresión, [...] en la dimensión social de dicho derecho [...] es decir, en la ciudadanía que se vio privada de tener acceso a la línea editorial que RCTV representaba. En efecto, la finalidad real buscaba acallar voces críticas al gobierno, las cuales se constituyen junto con el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, en las demandas propias de un debate democrático que, justamente, el derecho a la libertad de expresión busca proteger¹⁰⁴.

E) Acceso a la información pública.

Como se ha podido apreciar, el ejercicio de la libertad de expresión juega un papel trascendental para la consolidación de una sociedad democrática. En esta misma línea, otra vertiente que ha desarrollado la Corte Interamericana respecto de este derecho ha sido el acceso a la información pública¹⁰⁵. Sin duda, el *lea-*

102 *Cfr. Ibidem*, párrs. 151 y 170.

103 *Cfr. Ibidem*, párr. 197.

104 *Cfr. Ibidem*, párr. 198.

105 La importancia de este derecho, como parte de la libertad de expresión, ha sido señalada por el Tribunal desde la propia Opinión Consultiva No. 5, en donde señaló que “el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación

ding case sobre este tema lo encontramos en la sentencia de *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, referente a la negativa de aquel Estado en brindar información relacionada con un proyecto de industrialización forestal al señor Marcel Claude Reyes, así como a la falta de un recurso adecuado y efectivo para cuestionar tal decisión.

En aquella oportunidad, la Corte IDH estimó que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, la cual debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción¹⁰⁶.

Cabe resaltar que el Tribunal señaló que existía dentro de la comunidad internacional, un consenso respecto de la importancia del acceso a la información pública y la necesidad de su protección. En específico, la Corte se refirió a los artículos 4 y 6 de la Carta Democrática Interamericana, siendo que en el primero de ellos se destaca el valor de la “transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa” como componentes fundamentales del ejercicio de la democracia.¹⁰⁷

Asimismo, la sentencia retomó que la Asamblea General de la OEA, en diversas resoluciones, ha reconocido que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información¹⁰⁸.

Otro punto importante de esta sentencia fue el gran peso que el Tribunal otorgó al acceso a la información en poder del Estado, para el control democrático de la gestión pública. Por un lado, el actuar de las autoridades estatales debe encontrarse regido por los principios de publicidad y máxima transparencia¹⁰⁹, así

de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”. *Cfr.* Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 69.

106 *Cfr.* Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 77.

107 *Cfr. Ibidem*, párr. 79.

108 *Cfr. Ibidem*, párr. 84.

109 *Cfr. Ibidem*, párr. 86. Cabe señalar que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha referido que estos principios “implican un deber básico de recolección, registro y difusión de oficio de informa-

como el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información sea accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones¹¹⁰. Lo anterior permite que, por su parte, las personas ejerzan el control democrático, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Este control por parte de la sociedad promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, lo que fomenta además una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad¹¹¹.

Finalmente, el Tribunal señaló que es necesario el cumplimiento de los requisitos del *test* que fue abordado en el apartado A) del presente capítulo, para cualquier restricción legítima al derecho de acceso a la información pública. Sin la observancia de estos límites convencionales, se crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, como efectivamente sucedió en aquel Caso, donde el Tribunal declaró que las víctimas vieron afectada la posibilidad de realizar un control social de la gestión pública¹¹².

Por otro lado, el estudio de las solicitudes de acceso a la información pública fue retomado por la Corte al resolver el *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, en lo relativo a la falta de respuesta por parte del Estado ante una solicitud de información por las presuntas víctimas, sobre las fechas exactas en que diversos títulos de propiedad y arrendamiento se emitieron a personas no indígenas sobre parte del territorio tradicional. El Tribunal determinó los criterios que son requeridos ante la negativa de este tipo de solicitudes, así como la falta de respuesta a las mismas; de tal manera, como regla general:

“los Estados se encuentran en la obligación de suministrar la información solicitada. Sin embargo, en caso de que proceda la negativa de entrega, deberá dar una respuesta fundamentada que permita conocer cuáles son los motivos y normas en que se basa para no entregar la información. [...] En los casos en que no se obtiene respuesta del Estado la Corte entiende que además de la violación al artículo 13 de

ción por parte del Estado sobre el ejercicio de sus funciones, de forma tal que permita a las personas obtener información, entre otros, sobre las instituciones, sus funciones y competencias, quienes las integran, así como sobre las actividades que realizan para cumplir sus mandatos” Ver: OEA, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. Washington, D.C., 2007, párr. 116.

110 *Cfr.* Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Op. Cit., párr. 92

111 *Cfr. Ibidem*, párr. 86 y 87

112 *Cfr. Ibidem*, párr. 98 y 99

la Convención, tal actitud supone una decisión arbitraria. En razón de esto es necesario que la carga de la prueba para justificar cualquier negativa de acceso a la información recaiga en el órgano al cual la información fue solicitada¹¹³.

Asimismo, respecto del caso de pueblos y comunidades indígenas y tribales, se puede observar dentro de la jurisprudencia interamericana ciertas aproximaciones en torno al acceso a la información para la garantía del derecho a la consulta. En ese sentido, en el *Caso Saramaka Vs. Surinám*, la Corte manifestó que la participación efectiva de los integrantes de aquel pueblo en los planes de desarrollo e inversión en su territorio implicaban la obligación del Estado de brindar toda información relacionada con el tema, así como llevar a cabo una constante participación entre las partes¹¹⁴.

Si bien en aquella sentencia la Corte no abordó directamente el artículo 13 de la Convención Americana, tiempo después en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, tanto la Comisión Interamericana como los representantes de las víctimas alegaron que el Estado había violado aquel artículo ante la falta de información clara, suficiente y oportuna, sobre la naturaleza y el impacto de las actividades que se buscaba realizar y sobre el proceso de consulta previa. El Tribunal reconoció que el acceso a la información es vital para un adecuado ejercicio del control democrático respecto de las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en el territorio de las comunidades indígenas, un asunto de evidente interés público¹¹⁵.

Finalmente, cabe hacer mención del Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, en donde el Tribunal reconoció la relación existente entre el acceso a la información en poder del Estado con el derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos. En aquel caso, relativo a las desapariciones forzadas de los miembros de la Guerrilla de Araguaia ocurridas entre 1972 y 1975, familiares de las personas desaparecidas promovieron una acción civil ordinaria para requerir al Estado que informara sobre la sepultura de sus familiares, así como que se suministrara el informe oficial sobre las operacio-

113 *Cfr.* Corte IDH. Caso Pueblos Kalaña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 262.

114 *Cfr.* Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párr. 129 y 133.

115 Sin embargo, cabe señalar que en este caso la Corte tampoco entró en un análisis más a fondo sobre el acceso a la información, por considerar que los hechos ya habían sido suficientemente analizados bajo los derechos a la propiedad comunal, a la consulta y a la identidad cultural. *Cfr.* Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones, *op. cit.*, párr. 126 y 230.

nes militares de combate a la Guerrilha do Araguaia¹¹⁶. Las autoridades no procedieron con la entrega de toda la información bajo su tutela.

El Tribunal Interamericano señaló que toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas, y la sociedad, deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones¹¹⁷. Si bien retomó su práctica recurrente de considerar que el derecho a conocer la verdad se enmarca dentro del de acceso a la justicia (artículos 1.1, 8.1 y 25 de la CADH)¹¹⁸, la Corte señaló además que en este caso aquel derecho se relacionaba también con la Acción Ordinaria interpuesta por los familiares y por lo tanto con el derecho a buscar y recibir información¹¹⁹.

En ese sentido, la Corte IDH reconoció que, en casos de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes¹²⁰. Asimismo, el Estado no puede ampararse en la falta de prueba de la existencia de los documentos solicitados sino que, por el contrario, debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía. Actuar de manera contraria, posibilita la actuación discrecional y arbitraria del Estado de facilitar o no determinada información, generando con ello inseguridad jurídica respecto al ejercicio de ese derecho¹²¹.

116 *Cfr.* Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 188 y 204.

117 *Cfr. Ibidem*, párr. 200.

118 *Cfr.* Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, Op. Cit., párr. 243; Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 511; Corte IDH. Caso Herzog y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353, párr. 328.

119 *Cfr.* Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, *op. cit.*, párr. 201.

120 *Cfr. Ibidem*, párr.202.

121 *Cfr.* Caso Gomes Lund, párr. 211

IV. El papel de los poderes públicos en la garantía de los derechos humanos: la función de supervisión de cumplimiento y de medidas provisionales.

Por lo general, los asuntos en los cuales la Corte IDH se ha pronunciado sobre la relación entre los derechos humanos y la democracia han sido en las funciones consultiva y contenciosa, como ha sido desarrollado en los apartados anteriores. Sin embargo, en los años 2018 y 2019 la Corte adoptó dos decisiones en el marco de su función de medidas provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencias, de casos donde previamente la Corte IDH ya había declarado la responsabilidad internacional del Estado en la función contenciosa. Debo hacer notar que se traen a colación los siguientes precedentes debido a que en ambos asuntos el accionar de la protección interamericana se debió al hecho que algunos miembros de Altas cortes habían adoptado “algunas decisiones” por las cuales se les iniciaron procedimientos de “destitución” e “inhabilitación”.

A. Supervisión de cumplimiento de sentencias

En febrero de 2018¹²², la Corte IDH resolvió una solicitud de medidas provisionales en el caso *Durand y Ugarte*. La Sentencia de fondo fue emitida en el año 2000. En la solicitud de medidas provisionales realizada por los representantes de las víctimas se solicitó a la Corte IDH que “tutelara la estabilidad de los puestos” de cuatro magistrados del Tribunal Constitucional por una serie de decisiones que tenían relación con lo ordenado por el Tribunal Interamericano sobre la obligación de “juzgar, investigar y sancionar” a los responsables de las violaciones constatadas en la Sentencia.

Las decisiones adoptadas por los magistrados estaban relacionadas con la calificación jurídica, como crímenes de lesa humanidad, de los delitos bajo cuyo proceso se encontraban 35 personas por su presunta participación en los hechos, ocurridos en el establecimiento penal “El Frontón” (que pertenece al marco fáctico de la sentencia de *Durand y Ugarte*). Varias de las personas imputadas en dicho proceso interpusieron una acusación constitucional contra los magistrados, la

122 Cabe señalar que previamente, en diciembre de 2017, el Presidente de la Corte IDH adoptó medidas urgentes en relación a este caso debido a que dicha solicitud fue remitida al Tribunal cuando este no se encontraba reunido en su sede. De acuerdo al Reglamento de la Corte IDH, el Presidente puede emitir medidas urgentes entre tanto el Tribunal se reúne en Pleno en el siguiente periodo de sesiones para ratificar, modificar o levantar lo dispuesto en la resolución de medidas urgentes. *Cf: Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Urgentes*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de diciembre del 2017.

cual fue admitida y llevada a cabo por el Congreso de la República¹²³.

La Corte IDH consideró que la eventual destitución e inhabilitación de un magistrado y eventual suspensión de los otros tres impactaría sobre la obligación de investigar los hechos del caso, pues “podría conllevar una inseguridad jurídica en relación con la calificación realizada en el proceso penal en trámite respecto de si los hechos podrían estar prescritos o no, así **como la imposibilidad o no de abrir nuevos procesos penales para investigar a otros autores materiales o autores mediatos [...], lo cual** podría constituirse en un daño grave al cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar los hechos ocurridos hace 31 años. En este sentido, la eventual imposibilidad de investigar a todos los posibles responsables de los hechos podría generar un daño irreparable al derecho del acceso de la justicia de las víctimas del caso [...]¹²⁴.

El Tribunal determinó la existencia de una afectación a la independencia judicial por parte del Congreso, generando un daño irreparable a las víctimas del caso, en su derecho de acceso a la justicia, pues estas tienen el derecho a que los jueces que adopten decisiones en relación con los procesos de investigación de los hechos, o que incidan en el mismo, puedan realizar un ejercicio autónomo de su función judicial, sin ser objeto de represalias, amenazas ni intimidaciones directas o indirectas¹²⁵. La Corte IDH adoptó las medidas provisionales a favor de los magistrados debido a que se configuraban los requisitos exigidos por el artículo 63.2 de la Convención Americana.

Por otro lado, en octubre de 2019, la Corte IDH resolvió una solicitud de ampliación de medidas provisionales realizada por las representantes de las víctimas del caso *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal* a favor de tres Magistrados de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Previamente a esta solicitud, durante marzo de 2019 la Corte IDH había adoptado medidas provisionales en el mismo caso en donde había ordenado que el Estado “interrumpiera el trámite legislativo de la iniciativa de Ley No. 5377 mediante la cual se otorgaba una amnistía general a las graves violaciones a derechos humanos perpetradas durante el conflicto armado interno (Iniciativa de ley No. 5377)”¹²⁶. En este marco, la solicitud de las representantes estaba enfo-

123 Cfr. *Ibidem*, Considerando 21.

124 Cfr. *Ibidem*, 8, Considerando 40.

125 Cfr. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2018, Considerando 27.

126 En tal decisión la Corte IDH resolvió que el impacto de la aprobación de dicha ley abarcaría a otros

cada a una decisión (amparo provisional) que habían adoptado los tres miembros de la Corte de Constitucionalidad en la cual le ordenaban al Congreso “interrumpir el trámite legislativo” entre tanto se adoptaba una decisión definitiva sobre la iniciativa de ley No. 5377. A los tres miembros se les inició un procedimiento de “antejuicio” por la decisión provisional emitida¹²⁷.

Si bien en el asunto en particular, la Corte IDH decidió no adoptar la ampliación de medidas provisionales¹²⁸, sí se pronunció sobre la especial gravedad que revestía el antejuicio y la posible investigación penal contra los tres magistrados, únicamente con motivo de las decisiones tomadas en el ejercicio de sus cargos¹²⁹. En ese sentido, recordó que los procesos relativos a medidas disciplinarias, suspensión o separación del cargo no pueden tener una “aparente legalidad” de manera que “una mayoría parlamentaria” pueda “ejercer un mayor control” sobre Altas Cortes con un “fin completamente distinto y relacionado con una desviación de poder dirigida a obtener el control de la función judicial a través de dife-

13 casos de Guatemala durante el conflicto armado interno, y que fueron resueltos por el Tribunal. *Cfr. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, y 13 Casos Guatemaltecos Vs. Guatemala. Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de marzo de 2019, punto resolutivo 2. 127 El 24 de julio de 2019, la mandataria judicial con representación del Congreso de la República de Guatemala interpuso una querrela penal ante el Juez de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Guatemala contra los referidos tres magistrados de la Corte de Constitucionalidad por la posible comisión de los delitos de violación a la constitución, abuso de autoridad, resoluciones violatorias a la constitución, prevaricato y usurpación de funciones. Como fundamento de hecho señaló la referida resolución de amparo provisional emitida el 18 de julio de 2019, y como fundamento de la comisión de los referidos delitos indicó que dicha decisión de amparo limitaba y violentaba las atribuciones legislativas que confiere la Constitución al Congreso de la República. *Cfr. Corte IDH. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 Casos Guatemaltecos Vs. Guatemala. Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de octubre de 2019, párr. 29 y 30.

128 A diferencia de las medidas provisionales del caso *Durand y Ugarte* en donde el procedimiento de destitución e inhabilitación se encontraba en las últimas etapas, en el caso del procedimiento de antejuicio guatemalteco, éste aun se encontraba en una etapa “preliminar”, por lo que no se configuraba el requisito de “urgencia. *Cfr. Corte IDH. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 Casos Guatemaltecos Vs. Guatemala. Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de octubre de 2019, párr. 35 y 36. Véase al respecto: *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2018, Considerandos 31 a 38 y 42.

129 *Cfr. Corte IDH. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 Casos Guatemaltecos Vs. Guatemala. Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de octubre de 2019, párrs. 38 y 39.

rentes procedimientos” como pueden ser “el cese y los juicios políticos”¹³⁰.

Asimismo, el Tribunal consideró que el Estado debía garantizar que los magistrados de la Corte de Constitucionalidad tuvieran las condiciones necesarias para poder decidir, sin presiones, de manera definitiva el proceso de amparo relacionado con la iniciativa de ley No. 5377, ya que “[e]l principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso” y “resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales”¹³¹.

Con independencia del resultado de ambas solicitudes de medidas provisionales, lo que comparten en común es que el Tribunal cuando analizó en requisito de “gravedad” exigido por el artículo 63.2 de la Convención Americana, reiteró la importancia de la independencia judicial frente a presiones externas (en ambos asuntos, los procedimientos de inhabilitación/destitución adelantado por los órganos Legislativos de los respectivos países) dentro de una sociedad democrática, en especial por las decisiones que toman en el ejercicio de sus funciones. Particularmente, la Corte IDH expresó en las medidas provisionales del caso Durand y Ugarte¹³² :

35. En este sentido, si bien este tribunal internacional ha señalado con anterioridad que la garantía de estabilidad e inamovilidad de los jueces no es absoluta, también ha indicado que los procesos relativos a medidas disciplinarias, suspensión o separación del cargo no pueden tener una “aparente legalidad” de manera que “una mayoría parlamentaria” pueda “ejercer un mayor control” sobre un Tribunal Constitucional con un “fin completamente distinto y relacionado con una desviación de poder dirigida a obtener el control de la función judicial a través de diferentes procedimientos” como pueden ser “el cese y los juicios políticos”. La Carta Democrática Interamericana establece, en su artículo 3, que “la separación e independencia de los poderes públicos” es uno de los “elementos esenciales de la democracia representativa”. En el artículo 4 del mismo instrumento se determina que “[l]a subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”.

130 *Cfr. Ibidem*, párr. 43.

131 *Cfr.* Corte IDH. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 Casos Guatemaltecos Vs. Guatemala. Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *op. cit.*, , párr. 44.

132 *Cfr. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Medidas Provisionales.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2018, Considerando 35.

B. La protección de derechos relevantes para sociedad democrática: la postura del Tribunal Interamericano en el marco de las solicitudes de medidas provisionales.

En otras solicitudes de medidas provisionales también se han presentado temas consustanciales a la democracia como lo son la participación política o la libertad de expresión. Si bien en esta serie de asuntos, la Corte IDH ha considerado no otorgar las medidas provisionales (ya sea por considerar que no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 63.2 de la Convención Americana o bien porque de otorgarse se estaría pronunciado sobre el fondo de la cuestión planteada, objeto que escapada de las medidas provisionales¹³³).

En el *asunto Edwin Leonardo Jarrín Jarrín, Tania Elizabeth Pauker Cueva y Sonia Gabriela Vera García respecto de Ecuador* (2018), se le solicitaba a la Corte IDH que mediante las medidas provisionales “suspendiera o interrumpiera” una convocatoria a consulta popular hasta en tanto se restablecía el orden democrático en Ecuador, ya que de lo contrario serían removidos de sus cargos como miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social¹³⁴.

Particularmente en este asunto el Tribunal Interamericano especificó que no estaba “llamada a pronunciarse sobre los derechos presuntamente vulnerados en perjuicio de los propuestos beneficiarios de las medidas provisionales en el marco del procedimiento de referéndum” ni efectuar “un análisis de convencionalidad sobre las actuaciones de las autoridades internas que culminaron con la organización de esos comicios”. Además, añadió que notaba que diversas cuestiones estaban relacionadas con el fondo del caso en relación, entre otros, a los derechos políticos. De este modo, agregó el Tribunal, analizar estas afectaciones “llevarían necesariamente a la Corte a efectuar un análisis sobre la legitimidad de la ausencia de un alegado control constitucional previo a la luz de la normatividad interna de Ecuador o sobre la convencionalidad de una consulta popular para determinar la destitución de ciertos altos funcionarios públicos”¹³⁵.

133 Al respecto, la Corte IDH ha indicado que, ante una solicitud de medidas provisionales, la Corte no puede considerar el fondo de ningún argumento que no sea de aquellos que se relacionan estrictamente con la extrema gravedad, urgencia y necesidad de evitar daños irreparables a personas. Cualquier otro asunto solo puede ser puesto en conocimiento de la Corte en un caso contencioso.

134 *Cfr. Asunto Edwin Leonardo Jarrín, Tania Elizabeth Pauker Cueva y Sonia Gabriela Vera García respecto de Ecuador. Solicitud de Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2018, Considerando 17.

135 *Cfr. Ibidem*, Considerandos 23 y 24.

Por otro lado, en el caso *Petro Urrego Vs Colombia* (2019)¹³⁶, se solicitó a la Corte IDH que emitiera medidas provisionales debido a que, derivado de una serie de sanciones impuestas en el marco de procedimientos de responsabilidad fiscal (aproximadamente por 41 millones de dólares), de no pagarlas se estaría inhabilitando al señor Petro y, por ende, un riesgo inminente de perder su curul en el Senado de la República y, además, que ello podría generar una persecución penal en su contra bajo un tipo penal que se denomina “elección ilícita de candidatos”¹³⁷. Sin embargo, al igual que el asunto respecto de Ecuador, la Corte IDH consideró que las cuestiones planteadas en la solicitud estaban estrechamente relacionadas con el fondo del asunto¹³⁸.

No obstante, a diferencia del asunto ecuatoriano y de otro caso¹³⁹, la Corte IDH se pronunció indicando que:

25. La Corte considera que, dados los amplios alcances del contenido de los derechos políticos protegidos por el artículo 23 de la Convención, sin duda la imposición a una persona de una inhabilitación indefinida para ejercer esos derechos podría implicar una restricción de ostensible gravedad, particularmente si la imposición de determinadas sanciones de inhabilitación no respetan los límites de proporcionalidad acordes con el ejercicio del derecho y si esa persona ejerce un cargo de alta investidura en una institución central para la estructura o funcionamiento democráticos de un Estado. En este sentido, este Tribunal ha considerado que la persecución y discriminación políticas son incompatibles con el principio democrático que inspira y fundamenta la Convención Americana¹⁴⁰.

136 Actualmente, este es un caso en la etapa contenciosa que se encuentra pendiente de emisión de sentencia.

137 *Cfr: Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Solicitud de Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de febrero de 2019, Considerando 24.

138 En particular estaban bajo conocimiento de la Corte determinadas sanciones por parte de órganos administrativos, y no judiciales o de carácter penal, constituye una restricción ilegítima de los derechos políticos de la presunta víctima. Así, aquellas sanciones o multas impuestas al señor Petro Urrego por la Contraloría son el resultado del ejercicio de competencias que están cuestionadas a la luz del contenido de derechos protegidos por la Convención Americana, lo cual es materia del fondo del caso contencioso pendiente ante la Corte. *Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Solicitud de Medidas Provisionales, op. cit.*, Considerando 24.

139 En similar sentido, en el año 2005 la Corte IDH había desestimado una solicitud de medidas provisionales para garantizar que un candidato se inscribiera a una candidatura presidencial. *Cfr: Asunto Castañeda Gutman respecto de México. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2005.

140 *Cfr: Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Solicitud de Medidas Provisionales, op. cit.*, Considerando 25.

Es de señalar que estos casos la Corte IDH ha constatado que han existido peticiones individuales ante la Comisión Interamericana, lo que haría posible que de, otorgarse las medidas, la Corte IDH evalúe el fondo del asunto ya que potencialmente la Comisión Interamericana podría remitir el caso al Tribunal Interamericano (como ha sucedido en el caso *Casteñeda Gutman* y en el caso *Petro Urrego*).

Por otro lado, la Corte IDH también ha abordado la libertad de expresión en estas solicitudes de medidas provisionales. En el asunto *Belfort Istúriz y otros respecto de Venezuela* (2010) se solicitaron medidas provisionales a favor de “la sociedad venezolana” y de un grupo de accionistas de cinco radioemisoras (Circuito Nacional Belfort) para que se mantengan al aire y se proteja el derecho a expresarse libremente de los accionistas¹⁴¹. La Corte IDH precisó que “no está llamada a pronunciarse sobre la compatibilidad o no del cierre de las emisoras radiales con la Convención, el procedimiento llevado a cabo para tal efecto y las supuestas violaciones a los derechos de los propuestos beneficiarios” ya que ello podría ser debatido en una petición¹⁴². Así, la Corte IDH consideró pertinente analizar si lo beneficiarios se encontrarían en una situación de extrema gravedad, urgencia e irreparabilidad de daño.

Sobre la gravedad, el Tribunal Interamericano hizo referencia al contenido de la libertad de expresión¹⁴³ e indicó sobre los medios de comunicación que éstos deben estar “virtualmente abiertos a todos sin discriminación, [y] que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios. Dado que los medios de comunicación social son útiles para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, es indispensable que, *inter alia*, sea posible la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos” y precisó que [d]ada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democráti-

141 *Cfr. Asunto Belfort Istúriz y otros respecto de Venezuela. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de abril de 2010, Visto 1.

142 *Cfr. Asunto Belfort Istúriz y otros respecto de Venezuela. Medidas Provisionales, op. cit.*, Considerando 11.

143 La Corte IDH indicó: “12. Respecto al contenido de la libertad de expresión, la jurisprudencia de la Corte ha sido constante en señalar que quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello por lo que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. *Cfr. Asunto Belfort Istúriz y otros respecto de Venezuela. Medidas Provisionales, op. cit.*, Considerando 12.

ca, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo”¹⁴⁴.

Así, estimó que el cierre de las cinco emisoras del “Círculo Nacional Belfort” sin que los propuestos beneficiarios hayan tenido la posibilidad de ser escuchados, podría configurar una situación de extrema gravedad, por la pérdida de los espacios en los cuales se transmitida diariamente información. En cuanto a la urgencia, la Corte constata que el riesgo o amenaza no son sólo inminentes, sino que ya se estaría materializando, pues a la fecha las cinco emisoras han dejado de transmitir¹⁴⁵. No obstante, en lo relativo a la irreparabilidad del daño, respecto a la “sociedad venezolana” que supuestamente se vería perjudicada de manera irreparable por el cierre de las emisoras, el Tribunal recordó que la protección de una pluralidad de personas requiere que al menos éstas sean “identificables y determinables”, requisito que no se configura en el presente asunto¹⁴⁶. Por otro lado, respecto de la protección de la libertad de expresión de los accionistas, la Corte IDH estimó que el derecho que se les vería afectado sería el de “propiedad”¹⁴⁷ por ser dueños del referido circuito de radios, por lo que, bajo la Convención Americana, no era un derecho que sea de naturaleza “irreparable”¹⁴⁸.

V. Conclusión.

La CDI se inserta en un *corpus iuris* interamericano en el cual se hace evidente la estrecha relación entre la democracia y la vigencia de los derechos humanos como un componente de las sociedades democráticas. La CDI contempla a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como a los derechos civiles y políticos para la plena realización del ser humano.

Dentro del Sistema Interamericano, la Corte IDH ha concebido a la referida

144 Cfr. *Asunto Belfort Istúriz y otros respecto de Venezuela. Medidas Provisionales, op. cit.*, Considerandos 13 y 14.

145 Cfr. *Ibidem*, Considerando 15 y 16.

146 Cfr. *Ibidem*, Considerandos 17 y 18.

147 Es importante hacer notar que esta solicitud es anterior al caso *Granier y otros* (2015), en donde se indicó que los accionistas ven vulnerados sus derechos a la propiedad y a la libertad de expresión en estos contextos de restricciones a canales de comunicación.

148 Cfr. *Asunto Belfort Istúriz y otros respecto de Venezuela. Medidas Provisionales, op. cit.*, Considerando 20.

CDI como un instrumento con validez interpretativa, como “norma auténtica de interpretación de los tratados”, que pone de manifiesto los principales compromisos que asumen los Estados para lograr la vigencia de los derechos humanos y libertades fundamentales que tienen las personas en el continente. El Tribunal Interamericano ha tenido en cuenta el claro vínculo entre el Sistema Interamericano y la CDI, establecido en el artículo 8 de este instrumento. A partir de tal relación, ha considerado las disposiciones de la CDI como un marco interpretativo de aplicación necesaria para los más diversos temas de carácter democrático que ha tenido que resolver en el ejercicio de sus funciones.

Los primeros desarrollos sobre dicho vínculo en la jurisprudencia se dieron en las opiniones consultivas desde 1985. Aquí *encontramos* a nivel jurisprudencial la génesis de la relación entre los derechos humanos y las sociedades democráticas. Desde entonces se identificaron algunos elementos en las sociedades democráticas como lo son el bien común o el orden público, elementos a considerar para la restricción de derechos. En su competencia contenciosa, la Corte IDH ha analizado fundamentalmente esta relación en cinco grandes *líneas jurisprudenciales*: a) las restricciones legítimas a los derechos humanos, b) la independencia judicial, c) la participación política en asuntos públicos, d) la pluralidad de los medios de comunicación como medios que facilitan el debate deliberativo, y e) el acceso a la información pública.

En su competencia contenciosa es en donde el Tribunal Interamericano ha tenido mayores desarrollos jurisprudenciales, al grado de derivar que, en algunos contextos, las personas tienen un derecho y un deber de defender la democracia. La jurisprudencia del Tribunal se ha enfocado en gran medida en la independencia de los operadores de justicia, de tal suerte que inclusive en resoluciones sobre medidas provisionales y de supervisión de cumplimiento, ha recalcado la importancia de la separación de poderes en sociedades democráticas, ello para asegurar la vigencia de los derechos humanos.

De esta manera, es posible concluir que la jurisprudencia de la Corte IDH ha protegido la democracia a partir de la tutela a los derechos humanos contenidos en la Convención Americana y del *corpus iuris* interamericano. Ha entendido que sólo dentro de una sociedad democrática es posible que florezca el respeto y garantía de los mismos, y en sentido contrario, no se puede concebir a un Estado como democrático en tanto no garantice los derechos para todas las personas por igual.

VI. Bibliografía.

A.A.V.V., *La Organización de los Estados Americanos hacia su 70 aniversario: desafíos actuales y su relevancia en el acontecer hemisférico*, México, Senado de la República, 2018.

A.A.V.V., *The Inter-American Human Rights System. Changing times, ongoing challenges*, Washington, Due Process of Law Foundation/CELS/Conectas/Dejusticia/Fundar, 2016.

Arrighi, Jean-Michel, *La OEA y el Derecho Internacional*, México, Porrúa, 2015.

Dulitzky, Ariel E., “La OEA y los derechos humanos: nuevos perfiles para el Sistema Interamericano”, en *Diálogo Político*, Konrad Adenauer, Año XXV, núm. 4, diciembre de 2008, pp. 69-108.

Fernández Shaw, Félix, *La Organización de los Estados Americanos (O.E.A.). Una nueva visión de América*, Madrid, Cultura Hispánica, 1963.

Negro Alvarado, Dante Mauricio, “La democracia en el Sistema Interamericano: Una aproximación a la Carta Democrática Interamericana a dieciséis años de su adopción”, en *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 50, mayo de 2018, pp. 277-293.

Olmedo González, Hernán, “Diez años de la Carta Democrática Interamericana: un régimen internacional para la defensa de la democracia”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 22, 2011, p. 1-27.

Perina, Rubén M., “Los desafíos de la Carta Democrática Interamericana”, en *Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, núm. 173, septiembre-diciembre, 2012, pp. 7-36.

Salas Cruz, Armando, “La Carta Democrática Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 31, México, julio-diciembre, 2014, pp. 235-244.

Steiner, Christian, y Fucks, Marie-Christine (ed.) y Uribe Granados, G. Patricia (coord. académica), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2da. ed., Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019.

RESUMEN

El presente trabajo parte de la importancia de la Carta Democrática Interamericana en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), al externar el vínculo existente entre los derechos humanos y los valores democráticos a los que aspiran los países de las Américas, así como la manera en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado dicho instrumento como norma de interpretación auténtica de tratados. Se analiza la jurisprudencia interamericana más relevante en la temática para advertir dicho vínculo desde su génesis en las primeras opiniones consultivas y particularmente a través de su competencia contenciosa en cinco grandes líneas jurisprudenciales, así como en medidas provisionales y en supervisión de cumplimiento de sentencias.

ABSTRACT

This paper begins by stressing the importance of the Inter-American Democratic Charter within the Organization of the American States (OAS), by externalizing the link between human rights and the democratic values to which the countries of the Americas aspire, as well as the way in which the Inter-American Court of Human Rights has considered this instrument as a norm of authentic interpretation of treaties. The most relevant case law of the Inter-American Court on the subject is analyzed to notice this link from its genesis in the advisory opinions and particularly through its contentious jurisdiction in five major topics, as well as in provisional measures and in monitoring compliance with judgments.

PALABRAS CLAVE

Democracia, derechos humanos, Carta Democrática Interamericana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, independencia judicial, derechos políticos, libertad de expresión, acceso a la información pública.

KEY WORDS

Democracy, human rights, Inter-American Democratic Charter, Inter-American Court of Human Rights, judicial independence, political rights, freedom of expression, access to public information.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES FRENTE
A COVID-19: DIRECTRICES DE JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

ECONOMIC, SOCIAL, CULTURAL AND ENVIRONMENTAL RIGHTS AGAINST
COVID-19: INTER-AMERICAN JURISPRUDENCE GUIDELINES

Julieta Morales Sánchez

Profesora Titular de Tiempo Completo

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

Recibido: 01-05-2020

Aceptado: 25-07-2020

SUMARIO

I. Hablando de DESCAs: advertencia

1.1. Nota introductoria

1.2. Progresividad constitucional y reconocimiento

1.3. ¿Los DESCAs son derechos exigibles y justiciables?

II. Panorama económico actual

III. Igualdad y no discriminación ante COVID-19

3.1. Discriminación estructural

3.2. Discriminación por percepción

3.3. Interseccionalidad

3.4. Violencia de género en el resguardo domiciliario

3.5. Personas mayores

3.6. Personas en situación de pobreza

IV. División de Poderes, independencia judicial y democracia en la pandemia

V. Libertad de expresión y acceso a la información frente a COVID-19

*VI. Jurisprudencia interamericana en materia de DESCAs como base de las
decisiones estatales*

- 6.1. Derecho al trabajo*
- 6.2. Derecho a la educación*
- 6.3. Derecho a un medio ambiente sano*
- 6.4. Derecho al agua*
- 6.5. Derecho a la alimentación*
- 6.6. Derecho a la vivienda*
- 6.7. Derecho a participar en la vida cultural*
- 6.8. Derecho a la salud*
- 6.9. Derecho a la seguridad social*

VII. A manera de conclusiones

Bibliografía

I. Hablando de DESCAs: advertencia.

1.1. Nota introductoria.

La pandemia ha modificado la forma de entender nuestras relaciones sociales y justamente por ello es fundamental analizar los impactos que la pobreza, la injusticia y la desigualdad han tenido en la propagación del COVID-19. Los gobiernos han sido cuestionados por la mala toma de decisiones y por la falta de perspectiva de derechos humanos en las políticas públicas que implementan. El objetivo del presente trabajo es establecer cómo la jurisprudencia interamericana puede ayudar a mejorar el diseño y ejecución de políticas públicas en materia de derechos humanos al interior de los países. Se retoma la experiencia mexicana justamente por la obligatoriedad que reviste la jurisprudencia interamericana en dicho país, pero no se deja de lado la experiencia de otras naciones como España.

El trabajo que el lector tiene en sus manos seguirá la estructura que se expone a continuación.

En un primer momento, se abordará someramente la discusión en torno a la naturaleza y exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) para, posteriormente, asentar el panorama económico actual post COVID-19.

En el tercer apartado se hablará de la igualdad, abordando las nuevas líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana o CorteIDH) en torno a los tipos de discriminación y a algunos grupos en situación de vulnerabilidad.

También se analizarán diversos aspectos que han sido puestos en debate en muchos países durante la pandemia, como son: la división de poderes, la democracia, la libertad de expresión y el acceso a la información.

Finalmente se entrará al estudio de los DESCAs que mayor afectación han tenido y cuya precaria garantía generó un incremento en el número de contagios y de muertes. Todo lo anterior con la finalidad de entender la catastrófica situación mundial que hemos vivido y que seguimos viviendo para así sentar las bases de nuestra “nueva cotidianidad”, la cual debe ser democrática y respetuosa de los derechos humanos.

1.2. Progresividad constitucional y reconocimiento.

Este apartado pretende dejar asentada una advertencia para el lector: en el presente trabajo los DESCAs se entienden como plenamente exigibles y justiciables, no solamente en los ámbitos nacionales latinoamericanos, sino también a nivel regional interamericano.¹

No obstante, es también necesario hacer dos precisiones.

Por un lado, esta advertencia solo plantea una realidad constitucional y convencional, pero no fáctica. El hecho de que los DESCAs sean exigibles y justiciables, así como de aplicación inmediata (autoejecutables), no significa que sean garantizados para la mayoría de la población, ya que la región vive graves índices de pobreza y profunda desigualdad. Por lo tanto, la referencia a la exigibilidad y justiciabilidad es meramente normativa. Sin embargo y a pesar de lo anterior, en el sistema interamericano se están realizando esfuerzos por mejorar el goce y ejercicio de los DESCAs, particularmente desde los precedentes de la Corte Interamericana y su recepción en los derechos domésticos. En este último punto se centrará el presente estudio.

Ahora bien, por otro lado, no se desconoce que la mayoría de los DESCAs tienen un lugar especial en la Constitución española² como “Principios rectores de la política social y económica” (Capítulo Tercero del Título I) y que, a diferencia de los derechos fundamentales y las libertades públicas (Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I), no pueden dar lugar a recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC). Estos principios “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” pero sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria “de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (53.3 CE), de modo que no tienen plena exigibilidad judicial.³

Entre dichos “principios rectores de la política social y económica” se en-

1 Una herramienta sumamente valiosa para la elaboración de este trabajo y para el conocimiento general de la jurisprudencia del tribunal regional americano, es el *Digesto*, elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#_ftn_10_4565> (última consulta: 30.06.2020).

2 Cfr. *Constitución española*, disponible en <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>> (última consulta: 30.06.2020).

3 PEIRÓ COMPAINS, I., “La falta de eficacia del derecho a la vivienda en España: raíces históricas y contexto jurídico”, disponible en <<https://revistes.uab.cat/rutacom/article/viewFile/8/8-pdf-es>> (última consulta: 30.06.2020).

cuentran: el derecho al empleo (art. 40), derecho a la seguridad social (art. 41), derecho a la protección de la salud (art. 43), derecho de acceso a la cultura (art. 44), derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45) y a una vivienda digna y adecuada (art. 47). El trabajo que el lector tiene en sus manos se centrará en el análisis de dichos derechos, así como del derecho a la educación que está consagrado en el artículo 27, dentro del Capítulo Segundo “Derechos y Libertades”, Sección 1ª “*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”, del Título I. También se abordarán los derechos al agua y a la alimentación, reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC, artículos 11 y 12),⁴ ratificado por España el 27 de abril de 1977.

Sobre los principios rectores de la política social y económica se han escrito relevantes obras.⁵ Asimismo, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado respecto a los mismos.⁶ En razón de lo anterior no se profundizará sobre este punto, además de que es ajeno al objetivo central de este estudio. Valga solo decir que este trabajo se aparta de la postura española⁷ y que el recono-

4 El derecho al agua no es mencionado expresamente en el PIDESC, pero el Comité DESC lo ha desprendido de los artículos 11 y 12, tal y como se establece en la Observación General No. 15. Cfr: <https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN15> (última consulta: 30.06.2020).

5 Cfr. entre muchos otros: MUÑOZ ARNAU, J. A., *Algunas cuestiones sobre el desarrollo de la Constitución española de 1978*, Universidad de la Rioja, Dykinson, Madrid, 2013 pp. 193 y ss.; RODRÍGUEZ ARANA, J., *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Editorial derecho global, Instituto Nacional de Administración Pública, Sevilla, 2015, *passim*; RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M., *et. al. (dir.)*, *Comentarios a la Constitución española. XL Aniversario*, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Tribunal Constitucional, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 1360 y ss.

6 Véase entre muchas otras y a manera de ejemplo, las siguientes sentencias: 1) Sentencia 36/1991, de 14 de febrero, en donde se afirma “que, en general (art. 53.3 C.E.) los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables”, disponible en <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1675>> (última consulta: 29.06.2020); 2) Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, la cual sostiene que “debemos también hacer una referencia general a los principios rectores de la política social y económica establecidos en el capítulo III del título I de la propia Constitución. Estos principios rectores se caracterizan porque, aunque informan ‘la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos’, tienen, de acuerdo con su propio enunciado constitucional, una naturaleza muy diversa y, en todo caso, ‘sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen’ (art. 53.3 CE). Estos principios carecen, por tanto, de las notas de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas que caracterizan a los derechos constitucionales, aunque tienen, sin duda, el valor constitucional expresado respecto de todos los poderes públicos, también en este caso sin distinción, orientando sus respectivas actuaciones”, disponible en <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6214>> (última consulta: 29.06.2020).

7 Existen algunas voces críticas respecto al tratamiento constitucional que España hace de los DES-CA; por ejemplo, cfr: <<http://agendapublica.elpais.com/la-reformar-constitucional-los-principios-rectores-de-la-politica-social-y-economica/>> (última consulta: 29.06.2020).

cimiento normativo en México y en la jurisprudencia interamericana es la de los DESCAs como derechos constitucionales-convencionales plenamente exigibles y justiciables.

1.3. ¿Los DESCAs son derechos exigibles y justiciables?.

A continuación, se establecerán algunos argumentos interamericanos sobre el carácter de los DESCAs como derechos exigibles y justiciables.

La Corte Interamericana ha entendido que “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva”.⁸ Además ha reiterado los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Ha señalado la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; todos los derechos deben ser entendidos sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos.⁹

En razón de lo anterior, “la defensa de los derechos humanos no sólo atiende a los derechos civiles y políticos; esta labor abarca necesariamente las actividades de denuncia, vigilancia y educación sobre derechos económicos, sociales y culturales, de conformidad con los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia”.¹⁰

Por lo que “la interdependencia e indivisibilidad de los derechos reconocidos por la Convención Americana niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía. Condición (que) atañe no sólo al reconocimiento de los DESCAs como derechos humanos... sino también a los aspectos de competencia de este Tribunal (interamericano) para conocer sobre violaciones a los mismos”.¹¹

En esta línea se ha establecido que de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se desprenden dos tipos de obligaciones: 1) Adopción

8 CorteIDH, *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú*, Sentencia de 28 de febrero de 2003, párr. 147.

9 CorteIDH, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, párrs. 47 y 57.

10 CorteIDH, *Caso Kavas Fernández Vs. Honduras*, Sentencia de 3 de abril de 2009, párr. 147.

11 CorteIDH, *Caso Cuscul Pivalar y otros Vs. Guatemala*, Sentencia de 23 de agosto de 2018, párr. 84.

de medidas generales de manera progresiva; y 2) Adopción de medidas de carácter inmediato.¹²

Respecto al desarrollo progresivo, se ha dicho que “la plena efectividad de (los DESCAs) ‘no podrá lograrse en un breve período de tiempo’ y que, en esa medida, ‘requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo ... y las dificultades que implica para cada país el asegurar (dicha) efectividad’”.¹³

Por otro lado, las obligaciones de carácter inmediato “consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos”.¹⁴

La CorteIDH ha considerado también que “la dimensión progresiva de protección de los DESCAs, si bien reconoce una cierta gradualidad para su realización, también incluye un sentido de progreso, que requiere la mejora efectiva de las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos, de forma tal que se corrijan las desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables”.¹⁵

La Corte Interamericana ha establecido que “la obligación de realización progresiva prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal”.¹⁶ Por lo tanto, “se desprende un deber (si bien condicionado) de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho”.¹⁷ En ese sentido y “para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá ‘determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso’”.¹⁸ Finalmente señala que “la re-

12 CorteIDH, *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, Sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 104.

13 CorteIDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, Sentencia de 1 de julio de 2009, párr. 102.

14 CorteIDH, *Caso Poblete Vilches y otros...*, *cit.*, párr. 104; CorteIDH, *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*, Sentencia de 21 de noviembre de 2019, párr. 173.

15 CorteIDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros...*, *cit.*, párr. 146.

16 *dem.*

17 CorteIDH, *Caso Acevedo Buendía...*, *cit.*, párr. 103; *Caso Poblete Vilches y otros...*, *cit.*, párr. 104.

18 CorteIDH, *Caso Acevedo Buendía...*, *cit.*, párr. 103.

gresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”.¹⁹

II. Panorama económico actual.

En este apartado solamente se dará una breve descripción de los impactos de la pandemia de COVID-19 (enfermedad por coronavirus ocasionada por SARS-CoV-2) en el ámbito económico.

Recientemente la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) emitió el informe “Desafío Social en tiempos del COVID-19”,²⁰ en el cual se reflejan graves realidades como el incremento de pobreza para la región.

Como diagnóstico general afirma que:

La pandemia del COVID-19 tiene fuertes efectos en el ámbito de la salud y profundas implicaciones sobre el crecimiento económico y el desarrollo social. Llega a América Latina y el Caribe en un contexto de bajo crecimiento ... y, sobre todo, de alta desigualdad y vulnerabilidad, en el que se observan tendencias crecientes en la pobreza y pobreza extrema, un debilitamiento de la cohesión social y manifestaciones de descontento popular.

Las medidas de cuarentena y distanciamiento físico, necesarias para frenar la propagación acelerada del coronavirus y salvar vidas, generan pérdidas de empleo (en 2020 habría 11,6 millones de desocupados más que en 2019) y reducen los ingresos laborales de las personas y de los hogares. La pérdida de ingresos afecta sobre todo a los amplios estratos de población que se encuentran en situación de pobreza y vulnerabilidad, así como a las personas que trabajan en actividades más expuestas a despidos y reducciones salariales y, en general, en condiciones de precariedad laboral.

En la región, los mercados laborales suelen ser precarios: existe una alta proporción de empleos informales (un 53,1% en 2016, según la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2018)). En 2018 solo el 47,4% de los ocupados aportaba al sistema de pensiones y más de 20% de los ocupados vivía en la pobreza.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Informe *Desafío Social en tiempos del COVID-19*, disponible en <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45527/5/S2000325_es.pdf> (última consulta: 26.06.2020).

Las mujeres, las jóvenes, los indígenas, los afrodescendientes y los migrantes están sobrerrepresentados entre los trabajadores informales.²¹

Por otro lado, la CEPAL se refiere al cierre de escuelas que afectó a más de 115 millones de alumnos desde el nivel preescolar hasta el terciario. Asimismo, el confinamiento, el cierre de escuelas y la necesidad de cuidados de niños, personas mayores o personas enfermas hasta el apoyo en actividades educativas, ha significado una sobrecarga de trabajo doméstico no remunerado que asumen las mujeres en el hogar, y en algunos casos se ha incrementado la violencia intrafamiliar contra las mujeres.²²

Asimismo, las personas mayores de 60 años (que significan el 13% de la población de la región con 85 millones de personas) enfrentan la mortalidad más alta en la pandemia. Y las personas en situación de calle están sobrepuestas al riesgo de enfermarse por el COVID-19 producto de su carencia de vivienda, agua, alimentación y acceso a la salud. También es el caso de las personas privadas de la libertad, debido al alto riesgo de contagio derivado de sus condiciones de hacinamiento que caracterizan las prisiones en las Américas.²³

Finalmente, según CEPAL, las desigualdades en el acceso al agua, al saneamiento, a los sistemas de salud y a la vivienda (y el consecuente hacinamiento), “pueden traducirse en mayores tasas de contagio y mortalidad por COVID-19 entre las poblaciones rurales, las poblaciones urbanas marginales, los pueblos indígenas y los afrodescendientes. Por ejemplo, al 9 de abril de 2020 los afrodescendientes representaban el 45.2% de las muertes por COVID-19 del Brasil, pese a representar solo el 37.4% de las hospitalizaciones”.²⁴ Misma situación ha sucedido en Nueva York en donde las poblaciones latinas han significado un alto número de muertos (34% en abril).²⁵

A finales de junio de 2020, el Fondo Monetario Internacional en el Informe “Actualización de las perspectivas de la economía mundial” (*World Economic Outlook*, WEO, por sus siglas en inglés)²⁶ colocó a México en una caída

21 *Idem.*

22 *Cfr. Idem.*

23 *Cfr. Idem.*

24 *Idem.*

25 *Cfr.* <<https://cnnespanol.cnn.com/2020/04/08/alerta-mas-del-30-de-los-muertos-por-coronavirus-en-nueva-york-es-latino-segun-el-alcaldela-ciudad/>> (última consulta: 26.06.2020).

26 Informe *Actualización de las perspectivas de la economía mundial*, disponible en <<https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2020/06/24/WEOUpdateJune2020>> (última consulta: 26.06.2020).

Julieta Morales Sánchez

de 10.5%, desde un retroceso de 6.6% previsto en abril pasado.²⁷ Y para España se prevé una reducción del 12.8%, al igual que para Italia; Francia estaría en -12.5%. La zona euro tendría una disminución de 10.2%. Y se anticipa una caída de 4.9% para el PIB mundial.²⁸

El Informe afirma: “una crisis como ninguna otra, una recuperación incierta”. Y sostiene que “la pandemia de COVID-19 ha tenido un impacto más negativo que lo previsto... en el primer semestre de 2020 y la recuperación será, según las proyecciones, más gradual de lo que se había pronosticado”.²⁹

La economía española retrocedió un 5.2% en el primer trimestre, “su mayor desplome trimestral registrado en la serie histórica del Instituto Nacional de Estadística (INE), que arranca en 1970. Hasta ahora, la mayor caída trimestral del PIB era la del primer trimestre de 2009 (-2,6%)”.³⁰

III. Igualdad y no discriminación ante COVID-19.

La Corte Interamericana ha reiterado el carácter de norma de *jus cogens* que reviste el principio de igualdad y no discriminación; sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.³¹ Todas las personas tienen derecho, sin discriminación, a igual protección por parte de la ley.

No todas las diferencias de trato son ofensivas, por sí mismas, de la dignidad humana. Por lo que procede hacer el deslinde entre las “distinciones” y las “discriminaciones”: las primeras constituyen diferencias compatibles con la CADH, por ser razonables, proporcionales y objetivas; las segundas implican diferencias arbitrarias en detrimento de los derechos humanos.³²

27 Cfr: <<https://www.eluniversal.com.mx/cartera/mexico-con-peor-caida-economica-en-america-latina-fini>>

28 Informe “Actualización de las perspectivas de la economía mundial”..., *cit.*

29 Véase el Informe “Actualización de las perspectivas de la economía mundial” completo en <<https://www.imf.org/~/-/media/Files/Publications/WEO/2020/Update/June/Spanish/WEOSPA202006.aspx?la=es>> (última consulta: 26.06.2020).

30 30 de junio de 2020, disponible en <https://www.elespanol.com/invertia/economia/macroeconomia/20200630/desplome-historico-pib-marzo-azotado-impacto-covid-19/501700060_0.html> (última consulta: 01.07.2020).

31 CorteIDH, *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 109.

32 CorteIDH, *Caso Castañeda Gutman Vs. México*, Sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 210.

Además, la Corte Interamericana “ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades ... Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.³³ Por lo tanto, los Estados son responsables de la vulneración de los derechos humanos por parte de terceros en el caso “de que no haya adoptado las medidas indispensables para impedir su trasgresión o para hacerla cesar, reparando el daño causado”.³⁴ Así, los Estados tienen el “deber especial de protección que el estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.³⁵

Estas obligaciones estatales son relevantes, en virtud de que la exclusión de sectores de población o de personas en el goce de los DESCAs podrían entenderse como políticas discriminatorias y, en el caso de grupos en situación de vulnerabilidad, se pueden concebir como sectores históricamente discriminados. Pero, por otro lado, estos criterios permiten visualizar las obligaciones agravadas de los Estados tanto frente a enfermos de COVID-19 como ante el personal de salud que está siendo discriminado por particulares (población en general) bajo el “pretexto” de miedo de contagio. En México, se han producido ataques con cloro en contra de personas con uniforme médico o de enfermería.³⁶ *Infra* se hablará de la discriminación por percepción.

3.1. Discriminación estructural.

La Corte Interamericana ha abordado la discriminación por posición económica y la ha identificado como una situación de vulnerabilidad que amerita una protección especial a cargo del Estado. Por lo que no es suficiente que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que se requiere que implementen medidas positivas que atiendan las necesidades particulares de las personas, en

33 CorteIDH, *Caso Flor Freire...*, cit., párr. 110.

34 CorteIDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, Sentencia de 12 de marzo de 2020, párr. 87.

35 *Ibidem*, párr. 89.

36 Cfr. <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52319044>> (última consulta: 23.06.2020).

especial la situación de pobreza o marginación.³⁷

Por lo que la CorteIDH habla de la discriminación estructural como aquella que subsiste por la situación de vulnerabilidad de las personas, la pobreza y pobreza extrema; por ejemplo, cuando el Estado no adopta medidas específicas frente a la situación particular de victimización, que vulnera a un grupo de personas individualizadas, y que requería una acción particular de protección que no se produjo.³⁸

3.2. Discriminación por percepción.

La CorteIDH se ha referido a la posibilidad de que una persona sea discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad. “La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría”.³⁹ La persona es reducida a la única característica que se le imputa por la percepción de los demás; esta disminución agravada de la identidad se concreta en un trato diferenciado y, así, en la vulneración de los derechos de quien lo sufre.⁴⁰

Para determinar si alguien está o no comprendido en una categoría respecto de la cual existen uno o más motivos prohibidos de discriminación, se atenderá a la autoidentificación del individuo en cuestión. La pertenencia también incluye la “asociación con un grupo afectado por uno de los motivos prohibidos (por ejemplo, el hecho de ser progenitor de un niño con discapacidad) o la percepción por otras personas de que un individuo forma parte de uno de esos grupos (por ejemplo, en el caso de una persona cuyo color de piel se asemeje al de los miembros de un grupo o que apoye los derechos de un grupo o haya pertenecido a ese grupo)”.⁴¹

37 CorteIDH, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, Sentencia de 20 octubre de 2016, párrs. 335 y 337.

38 *Cfr. Ibidem*, párr. 338.

39 CorteIDH, *Caso Flor Freire...*, *cit.*, párr. 120.

40 *Cfr. Idem*.

41 *Ibidem*, párr. 121. Adicionalmente, el concepto de “discriminación por percepción” está contemplado en varios instrumentos internacionales, como por ejemplo, la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Resolución de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre la Protección contra la Violencia y

Esta última situación se produce con personas que puedan ser percibidas como enfermos de COVID-19 por la población, ya sea por presentar alguno de los síntomas sin tener la enfermedad (por ejemplo, una persona que tose o tiene fiebre por una infección en la garganta) o por la cercanía con personas enfermas (como el caso de familiares o médicos) o por haber estado enfermo de COVID-19.

Es relevante entender las múltiples formas de discriminación que se están generando y que se pueden seguir generando a raíz del COVID-19; sobre todo cuando en nuestras sociedades emergen temores infundados. Las personas que perciban a alguien como posible “fuente de contagio”, aunque no lo sea, son capaces de excluirla, segregarla y discriminarla, simplemente por su propia percepción sobre su estado de salud, aunque la misma sea incorrecta.

3.3. Interseccionalidad.

La discriminación interseccional es resultado de la confluencia de distintos vectores de discriminación en relación con una misma persona. La CorteIDH recuerda que la discriminación interseccional es resultado de la confluencia de distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a ciertas condiciones de una persona. “Los Estados deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado... así como aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones”.⁴²

Justamente esta confluencia de fuentes de discriminación tiene como consecuencia una mayor afectación de derechos por ser, por ejemplo, mujer, pobre, migrante, adulta mayor, lesbiana, etcétera. Además, si conjuntamos la interseccionalidad con la discriminación por percepción, se puede encontrar el caso de una persona a la que se le percibe como enferma de COVID-19 y si debido a su pobreza no tiene recursos para realizarse una prueba o para tener la atención debida y el Estado tampoco se la proporciona, entonces se da la interseccionalidad entre una categoría real (la pobreza) y una percibida por quienes habitan en su contexto inmediato (su supuesto estado de salud), con el correspondiente agravamiento de la situación discriminatoria en su contra.

otras Violaciones de Derechos Humanos de las Personas en base a la Orientación Sexual o Identidad de Género, real o imputada de 12 de mayo de 2014. *Ibidem*, párr. 122.

42 CorteIDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros...*, *cit.*, párr. 138.

3.4. Violencia de género en el resguardo domiciliario.

El confinamiento en los hogares como mecanismo de prevención de contagios de COVID-19 ha originado una serie de efectos en las relaciones familiares. Si bien la conciliación de la vida laboral y familiar, en muchos casos, se ha visto favorecida no se puede dejar de mencionar la gran crisis de violencia que se ha desatado en múltiples familias. El problema se reproduce en los distintos puntos del orbe; ya sea en México⁴³ o en España,⁴⁴ los índices de violencia familiar y denuncias se han incrementado de forma exponencial.

ONU mujeres México elaboró el documento “COVID-19 y su impacto en la violencia contra las mujeres y niñas”⁴⁵ en donde sostiene que las medidas de aislamiento y restricción de movimiento dictadas frente a la pandemia están teniendo repercusiones tales como: “mayores niveles de estrés, inseguridad económica y alimentaria, disminución de ingresos y desempleo, lo cual puede aumentar significativamente los niveles de violencia contra las mujeres y las niñas en el ámbito doméstico e incrementar las barreras que viven para salir de círculos de violencia, dejar a sus agresores o activar redes de apoyo”. Asimismo, esta situación ha generado la “paralización del acceso a la justicia para las sobrevivientes de violencia a medida que las instituciones estatales reducen las operaciones... y limitación de la capacidad de las organizaciones de la sociedad civil para apoyar a las sobrevivientes y

43 En México durante el confinamiento (marzo, abril y mayo de 2020) se registraron más de 67 mil llamadas al número 911 relacionadas con incidentes de violencia contra las mujeres, disponible en <<https://www.eluniversal.com.mx/opinion/antonio-molpeceres/la-violencia-contra-las-mujeres-y-ninas-en-tiempos-de-covid-19>> (última consulta: 26.06.2020). Tan sólo en el mes de marzo se recibieron más de 26 mil llamadas y en lo que va de 2020 suman casi 109 mil llamadas. Véase “Información sobre violencia contra las mujeres, Incidencia delictiva y llamadas de emergencia al 911”, Centro Nacional de Información, Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, p. 93, disponible en <<https://drive.google.com/file/d/1V3v-fzNLtIq7N4UwpIz-py1vodfl17tc/view>>; <<https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-87005>> (última consulta: 30.06.2020).

44 Durante los primeros cuarenta días de confinamiento en España se realizaron más de cuatro mil detenciones por violencia de género. *Cfr. El Universal*, 23 de abril de 2020, disponible en <<https://www.eluniversal.com.mx/mundo/coronavirus-mas-de-4-mil-detenidos-en-espana-por-violencia-de-genero-durante-cuarentena>> (última consulta: 26.06.2020). En España, las llamadas al teléfono de ayuda a las víctimas, el 016, han subido un 60% durante el mes de abril si las comparamos con las recibidas en ese mes del año anterior. Entre el 1 y el 30 de abril se han recibido 8,632 llamadas con peticiones de asistencia, *cfr.* <<https://www.rtve.es/noticias/20200506/suben-60-llamadas-016-para-pedir-ayuda-violencia-genero/2013430.shtml>> (última consulta: 30.06.2020).

45 Disponible en <https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20mexico/documentos/publicaciones/2020/abril%202020/covid19_violenciamujeresninas_generalabril2020.pdf?la=es&vs=2457> (última consulta: 01.07.2020).

para proporcionar servicios de emergencia a víctimas, debido al confinamiento”.⁴⁶

Ahora bien, la Corte Interamericana estima que “la violencia basada en el género, es decir la violencia dirigida contra una mujer por ser mujer o la violencia que afecta a la mujer de manera desproporcionada, es una forma de discriminación en contra de la mujer”.⁴⁷

También ha señalado que la reflexión “con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana”. Así, “es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas” que pueden perjudicar la vida de las personas y estigmatizar las actividades que éstas realizan.⁴⁸

Asimismo, la CorteIDH define al estereotipo de género como una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente... En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.⁴⁹

Al analizar las obligaciones estatales establecidas en la Convención de Belém Do Pará, la jurisprudencia interamericana observa que se deben garantizar los derechos de las mujeres en todas las esferas de actuación del Estado, transversal y verticalmente, es decir, por “todos los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial), tanto a nivel federal como estadual o local, así como en las esferas privadas. Ello requiere la formulación de normas jurídicas y el diseño de políticas públicas, instituciones y mecanismos destinados a combatir toda forma de violencia contra la mujer, pero también requiere, la adopción y aplicación de medidas para erradicar los prejuicios, los estereotipos y las prácticas que constituyen las causas fundamentales de la violencia por razón de género contra la mujer”.⁵⁰

46 *Idem*.

47 CorteIDH, *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México*, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, párr. 211.

48 CorteIDH, *Caso González y otras (“Campo algodonero”) Vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 540

49 *Ibidem*, párr. 401 y *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco...*, *cit.*, párr. 401.

50 CorteIDH, *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco...*, *cit.*, párr. 215.

Finalmente, la CorteIDH ha reflexionado en las consecuencias que tiene el justificar la violencia contra la mujer y, de alguna manera, atribuirles responsabilidad en virtud de su comportamiento; por ejemplo, el empleo de estereotipos basados en ideas como “ella se lo busco”, “ella se lo merecía”, “porque hizo esto o aquello” o “¿qué hacía en la calle a esas horas de la noche?” son completamente discriminatorios y exacerban la violencia contra las mujeres.⁵¹

La situación de las mujeres se complejiza cuando se cruzan otros ejes o vectores de discriminación (interseccionalidad).

A continuación, solamente se mencionarán a dos grupos en situación de vulnerabilidad: personas mayores y personas en situación de pobreza.

3.5. Personas mayores.

En el primer caso, se puede pensar en personas adultas mayores que enfrenten el confinamiento por COVID-19. En esos casos, la CorteIDH ha establecido que este grupo de personas “tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adaptación de medidas diferenciadas”.⁵² Por ello hay que “visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección y por ende de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia”.⁵³

3.6. Personas en situación de pobreza.

En el contexto del COVID-19, y en el marco de lo que la humanidad ha vivido en los últimos meses, es fundamental reflexionar en los efectos que la pobreza tiene sobre el derecho a la salud. La Corte Interamericana previamente a la pandemia, en una relevante sentencia a la que se regresará más adelante cuando se analice el derecho a la salud (*infra*), ya estableció que “las personas que viven en una situación de pobreza a menudo tienen un acceso inequitativo a los servicios e información en materia de salud, lo que los expone a un mayor riesgo de infección y de recibir una atención médica inadecuada o incompleta. El Tribunal también advierte la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran mujeres que

51 *Ibidem*, párr. 216.

52 CorteIDH, *Caso Poblete Vilches y otros...*, *cit.*, párr. 127.

53 *Ibidem*, párr. 132.

viven con el VIH, sobre todo aquellas que se encuentran en edad reproductiva”.⁵⁴

IV. División de Poderes, independencia judicial y democracia en la pandemia.

La Corte Interamericana recuerda que el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana dispone que “son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho ... y la separación e independencia de los poderes públicos”. Por lo que “la separación de poderes guarda una estrecha relación, no sólo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos”.⁵⁵ Esto es importante, más aún en contextos complejos como el que vivimos o en estados de excepción, tanto aquellos que fueron formalizados como en aquellos que se instauraron *de facto*.

La división de poderes y los pesos y contrapesos al interior de los gobiernos son la base de los regímenes democráticos. En la pandemia hemos observado un sobre-protagonismo de los Poderes Ejecutivos y, en múltiples casos, una ausencia de los Poderes Legislativo y Judicial. El presidencialismo se ha apoderado de los Estados, a veces con reacciones tardías frente a la crisis sanitaria y/o con acciones que parecen materializar estados de excepción y regímenes de restricción de derechos, pero sin cumplir con las formalidades previstas en los textos constitucionales. En todo caso, hay que evitar tentaciones de autoritarismo o dictaduras ejecutivas; no se puede permitir el avasallamiento del partido en el poder sobre las voces disidentes. Sí, estamos frente a una pandemia muy grave que hay que combatir, pero existen muchos más riesgos en las prácticas unilaterales, opacas, dictatoriales y arbitrarias que cuestionen los endebles avances de nuestras democracias, particularmente en las Américas.

Por otra parte, en realidades en donde peligran los derechos o, al menos, en donde se han visto restringidos es fundamental la independencia judicial. El “ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. Y aquí hay que resaltar la relevancia del

54 CorteIDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros...*, cit., párr. 131.

55 CorteIDH, *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*, Sentencia de 23 de agosto de 2013, párr. 179.

Julieta Morales Sánchez

principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia.⁵⁶

Por otro lado, la CorteIDH reflexiona sobre la garantía de estabilidad de los jueces que implica el derecho de acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad.⁵⁷

La destitución arbitraria de jueces “constituye un atentado contra la independencia judicial y afecta el orden democrático. Esta Corte resalta que la independencia judicial, inclusive a lo interno del Poder Judicial, guarda una estrecha relación, no solo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos”.⁵⁸ Justamente si se piensa que es el Poder Judicial la última instancia, a nivel nacional, a la que pueden acudir las personas para la defensa de sus derechos, es crucial que sea independiente y autónomo respecto a los demás.

Finalmente, frente a las situaciones que se han vivido en la pandemia hay que tener presente que la legitimación democrática de determinados hechos o actos está limitada por las normas y obligaciones internacionales de derechos humanos. La existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características, tanto formales como sustanciales, por lo que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías. Así, la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas tiene como límite a los derechos humanos”.⁵⁹

V. Libertad de expresión y acceso a la información frente a COVID-19.

La difusión de información correcta y oportuna en el marco de la emergencia sanitaria que estamos viviendo es fundamental. Contar con información suficiente, veraz y cierta que permita dotar de los elementos necesarios, tanto a gobernantes como a la ciudadanía, para la toma adecuada de decisiones. El bien en juego es de la más alta relevancia: la vida.

Por lo tanto, “es necesario asegurar que los medios de comunicación ... res-

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 154.

⁵⁷ *Cf. Idem*.

⁵⁸ CorteIDH, *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, Sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 201.

⁵⁹ CorteIDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239.

pondan a la diversidad de visiones o posturas informativas o de opinión que existen en la sociedad”.⁶⁰ Por lo que se debe de dar una orientación democrática al empleo de los medios. El “pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura”.⁶¹

Por ello es importante la difusión de información veraz en los medios, particularmente frente a las posibles inconsistencias de cifras alegadas en algunos países.⁶²

La CorteIDH consideró “que las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no solo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus accionistas o los periodistas que allí trabajan, que realizan actos de comunicación a través de la misma y cuyos derechos también pueden verse vulnerados”. Para determinar “si una acción estatal que afectó al medio como persona jurídica también tuvo, por conexidad, un impacto negativo, cierto y sustancial sobre la libertad de expresión de las personas naturales, se debe analizar el papel que cumplen las presuntas víctimas dentro del respectivo medio de comunicación y, en particular, la forma en que contribuían con la misión comunicacional del canal”.⁶³ Es fundamental que en nuestra compleja realidad se defienda el derecho a la libertad de expresión en sus dimensiones tanto individual como colectiva, justamente por el derecho que tenemos todas las personas de contar con la información que medios y periodistas quieren transmitir, aunque se aparte de la “verdad oficial” del Estado.

Ahora bien, la CorteIDH desarrolló el derecho de acceso a la información vinculado con las personas vulneradas. Así, como se dijo, “reconoce que las personas

60 CorteIDH, *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, Sentencia de 22 de junio de 2015, párrs. 151.

61 *Ibidem*, párrs. 170 y 171.

62 Como ejemplo se encuentra el caso de México en donde se cuestionó el número de contagios, así como la cifra de muertos alegando un subregistro en este último caso debido a muertes que supuestamente fueron por “neumonías atípicas” y no COVID-19. Adicionalmente se alegó la falta de pruebas que permitieran dar certeza al número de contagios, *cfi*: <<https://www.eleconomista.com.mx/politica/Cifra-real-de-infectados-por-Covid-19-en-Mexico-seria-de-26519-personas-reconoce-la-Secretaria-de-Salud-20200408-0113.html>> (última consulta: 30.06.2020). El Subsecretario en México, Hugo López-Gatell, afirmó que ningún país del mundo, sabe cuántos casos positivos de COVID-19 tiene, *cfi*: <<https://www.milenio.com/politica/ningun-pais-sabe-cifras-reales-de-contagiados-y-muertos-lopez-gatell>> (última consulta: 30.06.2020).

63 CorteIDH, *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión)...*, *cit.*, párr. 151.

Julieta Morales Sánchez

que viven en una situación de pobreza a menudo tienen un acceso inequitativo a los servicios e información en materia de salud, lo que los expone a un mayor riesgo de infección y de recibir una atención médica inadecuada o incompleta”.⁶⁴

En tal razón, es necesario que los Estados proporcionen a toda la población, principalmente a las personas en situación de pobreza y/o vulnerabilidad, información fidedigna sobre la situación actual de la pandemia y los servicios de salud a su disposición.

Ello se conecta con el derecho de acceso a la información, desarrollado por la CorteIDH, “el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”⁶⁵ pues “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”.⁶⁶

Como se dijo, el acceso a la información no sólo es necesario sino crucial ya que permite a la ciudadanía tomar decisiones y prevenir situaciones de riesgo. La manipulación u ocultamiento de cifras de contagios y/o muertes en el marco de la pandemia es gravísimo ya que intencionalmente genera un desconocimiento que puede ser mortal.

El Estado tiene la obligación de confirmar y constatar la calidad y veracidad de la información, así como de difundirla, masivamente y de forma oportuna, por todos los medios. Pero también tiene la obligación de corregir o confrontar la información incorrecta que sea difundida por medios privados; por supuesto, jamás en un sentido de censura previa que es atentatoria a la libertad de expresión y de pensamiento. Por el contrario, las acciones se deben realizar de forma cuidadosa

64 CorteIDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros...*, cit., párr.131.

65 CorteIDH, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 92.

66 *Ibidem*, párr. 86. Además, la CorteIDH establece: “El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”. *Ibidem*, párr. 87.

y con el fin de evitar que existan campañas de desinformación riesgosas para la salud pública a través de medios privados o de redes sociales.

VI. Jurisprudencia interamericana en materia de DESCA.

Antes de comenzar con este apartado se considera pertinente recordar los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, por los cuales todos los derechos están vinculados, interconectados, son igual de importantes e integran un todo: la violación de un derecho provoca una reacción en cadena y tiene efectos y perjuicios sobre el conjunto de derechos.

En ese sentido y como un ejemplo, las cifras en México demuestran que el “71% de los muertos por COVID-19, (tenían) una escolaridad de primaria o inferior”.⁶⁷ Ello evidencia que la violación del derecho a la educación pudo acentuar las posibilidades de contagio de una persona y, a su vez, la falta de educación fue producto de su precaria situación económica, la cual también agravó las condiciones preexistentes del paciente. Y todo ello --posiblemente-- propició su muerte.

Por otra parte, y en el contexto de la pandemia causada por COVID-19, se emitió la *Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20*.⁶⁸ Mientras que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) se pronunció con el propósito de destacar las obligaciones de los Estados para garantizar los DESCA.⁶⁹ En su Declaración, el Comité DESC insistió en la importancia de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos y afirmó “1. La pandemia del COVID-19 amenaza con desbordar los sistemas de atención de la salud pública y está teniendo efectos devastadores en todo el mundo en todas las esferas de la vida: la economía, la seguridad social, la educación

67 HERNÁNDEZ BRINGAS, H., “Mortalidad por COVID-19 en México. Notas preliminares para un perfil sociodemográfico”, *Notas de coyuntura del CRIM*, No. 36, junio de 2020, p. 5, disponible en <https://web.crim.unam.mx/sites/default/files/2020-06/crim_036_hector-hernandez_mortalidad-por-covid-19_0.pdf> (última consulta: 30.06.2020). Adicionalmente, existen otros factores como el sexo que parecen determinantes en la mortalidad. En México, “el 70 por ciento de los muertos por COVID-19 son hombres”. *Ibidem*, p. 3.

68 Cfr: *Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20*, de 9 de abril de 2020, “COVID-19 y derechos humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf> (última consulta: 30.06.2020).

69 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Declaración sobre la pandemia de COVID-19 y los derechos económicos, sociales y culturales*, 6 de abril de 2020, disponible en <http://hchr.org.mx/images/doc_pub/Declaracin-sobre-la-pandemia-de-Covid-19-y-los-derechos-econmicos-sociales-y-culturales.pdf> (última consulta: 30.06.2020).

y la producción de alimentos. Ya se han perdido decenas de miles de vidas... Se han perdido puestos de trabajo y los medios de vida se han visto amenazados debido a las restricciones para frenar la transmisión del virus, como los ‘cierres’”.⁷⁰ También se refirió a los grupos desfavorecidos:

5. Los grupos desfavorecidos y marginados se ven gravemente afectados por la crisis actual. Los ancianos, los que tienen condiciones de salud preexistentes y sistemas inmunológicos comprometidos son especialmente vulnerables a las graves consecuencias para la salud si se infectan por el coronavirus. Otros grupos corren un mayor riesgo de contagio, como los que se encuentran en centros de atención residencial o en viviendas comunales; los reclusos y las personas que se encuentran en centros de detención; y los residentes de asentamientos informales u otras zonas que carecen de un acceso adecuado al agua, el jabón o el desinfectante. Ciertas categorías de trabajadores, como los repartidores, los encargados de la recogida de basura, los trabajadores manuales y los trabajadores agrícolas, están expuestos a mayores riesgos de infección, ya que la naturaleza de su trabajo no les permite aprovechar las dispensas para trabajar desde casa utilizando la tecnología digital. Muchos trabajadores de la salud, que realizan una labor heroica en la primera línea de la respuesta a la pandemia, se están infectando debido a la insuficiencia o la escasez de equipo y ropa de protección personal. Varios grupos se ven gravemente perjudicados por las consecuencias económicas de las medidas adoptadas en varios países para contener la propagación del coronavirus. Entre ellos figuran los trabajadores precarios de la “economía de los gigas” o del sector no estructurado, junto con otros grupos de trabajadores que se enfrentan a recortes o a la pérdida de salarios y prestaciones sociales, incluidos los trabajadores domésticos en muchos países. Los comerciantes del sector no estructurado y varias pequeñas empresas ya no pueden ejercer su oficio o hacer negocios, lo que da lugar a una profunda inseguridad económica para ellos y sus dependientes.

...

8. La pandemia de COVID-19 también amenaza con profundizar las desigualdades de género, ya que la carga de cuidar de los niños en el hogar y de los familiares enfermos o ancianos recae desproporcionadamente en las mujeres, habida cuenta de los estereotipos y funciones de género que aún están profundamente arraigados en muchas sociedades.⁷¹

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ *Idem.*

Y sugiere un conjunto de medidas de respuesta ante la pandemia, entre las que se encuentran:

... entre otras cosas, el suministro de agua, jabón y desinfectante a las comunidades que carecen de ese acceso; programas específicos para proteger los empleos, los salarios y las prestaciones de todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes indocumentados; la imposición de una moratoria a los desalojos o a las ejecuciones de bonos hipotecarios contra los hogares de las personas durante la pandemia; proporcionar programas de socorro social y de apoyo a los ingresos para garantizar la seguridad alimentaria y de los ingresos a todos los necesitados; adoptar medidas especialmente adaptadas para proteger la salud y los medios de vida de los grupos minoritarios vulnerables, como los romaníes, así como de los pueblos indígenas; y garantizar el acceso asequible y equitativo de todos a los servicios de Internet con fines educativos.⁷²

Finalmente, es conveniente explicar al lector cuál será la estructura que se seguirá en este rubro: inicialmente se definirá, en los casos en los que exista, el contenido del derecho con base en las Observaciones Generales aprobadas por el Comité DESC para, posteriormente, plantear la jurisprudencia que sobre cada derecho ha emitido la Corte Interamericana, a fin de que puedan ser rescataadas por los tomadores de decisiones al momento de diseñar, implementar y evaluar políticas públicas en la “nueva normalidad” o, mejor dicho, en la “nueva cotidianidad”, que apenas estamos entendiendo y construyendo.

Si el proceso de adaptación será largo, es mejor contar desde ahora con elementos que coadyuven a la edificación de una nueva forma de gobernar, de establecer prioridades y de planear las acciones y el ejercicio del presupuesto público. Hay dos cosas que la contingencia sanitaria nos ha dejado muy claro: 1) lo débiles que somos como humanidad y 2) lo importante que es transversalizar la perspectiva de derechos humanos en toda la actividad pública y privada. Con esta perspectiva entraremos a la sistematización y análisis de los criterios interamericanos, con la esperanza de ofrecer una herramienta que pueda ser útil para salvaguardar la dignidad humana en el presente, pero sobre todo en el futuro.

72 *Idem.*

Julieta Morales Sánchez

6.1. Derecho al trabajo.

En la Observación General número 18 del Comité DESC, establece que “7. El trabajo...debe ser un trabajo digno. Éste es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrece una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias ...el respeto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo. 8. La calificación de un trabajo como digno presupone que respeta los derechos fundamentales del trabajador”.⁷³

Ahora bien, la Corte Interamericana ha definido que el “trabajo es un derecho y un deber social” y que debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”.⁷⁴ Además, se requiere proteger el derecho de asociarse para la defensa de los derechos, es decir, el derecho a formar sindicatos y la libertad sindical.⁷⁵

El derecho al trabajo también “implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo”.⁷⁶ La CorteIDH establece que los Estados incumplen con su obligación de proteger cuando se abstienen de adoptar todas las medidas para evitar que terceros vulneren el derecho al trabajo, lo que incluye “el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente”.⁷⁷ Esto es sumamente relevante por la situación que se vivió en México y en muchos otros países, ante el despido masivo de trabajadores⁷⁸ por el cierre de restaurantes, cines, teatros, bares, hoteles y labores vinculadas al sector turístico, artístico o de esparcimiento debido a la pandemia por COVID-19. Adicionalmente se perdieron muchísimos trabajos en el sector informal y la mayoría de despidos del sector formal se hicieron sin respetar los derechos laborales.

73 *Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, disponibles en <https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN15> (última consulta: 26.06.2020).

74 CorteIDH, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, Sentencia de 31 de agosto de 2017, párr. 143

75 CorteIDH, *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*, Sentencia de 3 de marzo de 2005, párrs. 70, 71 y 77.

76 *Ibidem*, párr. 147.

77 *Idem*.

78 En el último trimestre en México se perdieron más de un millón de empleos formales y solamente en el mes de mayo se dieron de baja más de tres mil patrones, *cfr: El Economista*, 12 de junio de 2020, disponible en <<https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Por-la-pandemia-un-millon-de-empleos-perdidos-en-tres-meses-IMSS-20200612-0050.html>>; y <<https://www.24-horas.mx/2020/06/12/perdida-de-empleos-durante-epidemia-supera-el-millon-confirma-imss/>> (última consulta: 01.07.2020).

En ese orden, hay que tener presente como lo afirma la jurisprudencia interamericana que “la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino ... respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho”.⁷⁹

Ahora bien, existe una serie de trabajadores que se han encontrado más expuestos por su función en esta época. Solamente para fines ejemplificativos, sin que signifique una prelación y de manera enunciativa más no limitativa, se mencionarán a algunos de ellos.

Sin duda, los trabajadores informales que carecen de prestaciones y derechos laborales en tiempos “ordinarios” y que en la pandemia se quedaron sin trabajo o tuvieron que buscar empleos precarios o por cuenta propia para poder llevar comida a sus familias. Además de que no pudieron resguardarse ya que “viven al día” y debían salir a trabajar diariamente en virtud de su pobreza.

Asimismo, las personas con discapacidad vieron afectado su derecho al trabajo ya que en, en múltiples ocasiones, no cuentan con dispositivos electrónicos para poder desempeñar su labor en casa, debido a la pobreza, o por el tipo de empleo que tenían.

Otro grupo es justamente el de quienes trabajan en el sector salud. La CorteIDH emitió la *Declaración 1/20*, a la que ya se hizo referencia *supra*, en la que se afirmó “las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad”.⁸⁰ Esto es fundamental ya que justamente el personal médico y de enfermería es el más expuesto a contagios y, en muchos casos, en países latinoamericanos y particularmente en el sector público, no contaron con el equipo ni con herramientas de protección suficientes para el desempeño de su importantísima labor.

⁷⁹ CorteIDH, *Caso Lagos del Campo...*, *cit.*, párr. 150.

⁸⁰ *Cfr. Declaración de la Corte Interamericana...*, *cit.*

Finalmente, al último grupo al se hará referencia es el de las trabajadoras domésticas y se habla en femenino ya que el mayor número de personas que se dedican al trabajo doméstico son mujeres. Justamente este sector vio suspendido o disminuido su salario frente al confinamiento o tuvieron que salir a trabajar en virtud de que ellas no pueden hacer *home office* por más irrisorio que parezca. Toda esta situación incrementó su vulnerabilidad económica y/o ante la enfermedad.

A este respecto se encuentra el Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, el cual fue adoptado en el año 2011 y entró en vigor en 2013. Es pertinente recordar que España aún no es parte de este Convenio y México lo ratificó el 3 de julio de 2020 pero entrará en vigor para dicho país hasta el 3 de julio de 2021.⁸¹

6.2. Derecho a la educación.

La Observación General número 13 establece que “1. La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable (para) realizar otros derechos humanos... la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico”. Justamente cuando habla de accesibilidad material, el Comité DESC indica que “la educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia)”.⁸²

La suspensión generalizada de clases en todos los niveles de estudio, enseñó a la humanidad que no se está preparado para la educación virtual o a distancia: falta de equipo de cómputo o de cantidad de datos de wifi debido a la precariedad económica; escasas plataformas virtuales y acceso restringido o con costo a las mismas; desconocimiento en el uso de las nuevas tecnologías; y, brecha digital. Y entonces vino la adaptación, se crearon múltiples plataformas y se masificó su

81 *Cf*: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:2551460> (última consulta: 04.07.2020).

82 *Observaciones Generales...*, *cit*.

uso; y quienes no sabían tuvieron que aprender, pero la brecha digital⁸³ persistió y se tuvo que usar a la televisión,⁸⁴ como el medio educativo con mayor nivel de utilización entre la población, para no perder los ciclos escolares.

La Corte Interamericana ha establecido que “el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”.⁸⁵

En ese orden y en lo que respecta a la educación en pueblos y comunidades indígenas,⁸⁶ “los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma. En particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada”.⁸⁷ Por ello además es necesario garantizar que existan instalaciones adecuadas para la educación de los niños y que se implementen planes para evitar la deserción escolar.⁸⁸

Finalmente, el derecho a la educación en todos los niveles permite que una persona desarrolle libremente su proyecto de vida. Para la CorteIDH “el proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”. En este sentido, “los hechos violatorios de derechos (en-

83 La población total de México es de 126 millones. 80.6 millones de las personas de seis años o más en México, hacen uso de Internet (70.1% de la población). Lo cual significa que 30% de la población no es usuaria de internet, es decir, 34.4 millones de personas. El 88.1% cuenta con al menos un celular de los llamados teléfonos inteligentes o Smartphone. Entre la población que dispone de este tipo de celular, el 94.7% usa la funcionalidad de conexión a la red. El 92.5% de los hogares disponen de televisor, sólo el 44.3 % disponen de computadora. Cfr. Datos de la *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares de 2019*, disponible en <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2020/EAP_Internet20.pdf> (última consulta: 26.06.2020).

84 Cfr. Periódico *El Economista*, 13 de abril de 2020, disponible en <<https://www.eleconomista.com.mx/politica/SEP-implementaclases-a-distancia-durante-emergencia-sanitaria-20200413-0100.html>> (última consulta: 26.06.2020).

85 CorteIDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 185.

86 En México, 25 millones de personas se reconocen como indígenas y de ellos siete millones 382 mil son hablantes de una de las 68 lenguas indígenas del país. Cfr. <<https://www.inali.gob.mx/es/comunicados/701-2019-02-08-15-22-50.html>> (última consulta: 26.06.2020).

87 CorteIDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, Sentencia 24 de agosto de 2010, párr. 211.

88 *Ibidem*, párr. 213.

Julieta Morales Sánchez

tre ellos la educación) impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado y, por ende, alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo” e implican “la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal”.⁸⁹

En este punto es preciso también reconocer el gran esfuerzo desarrollado, sobre todo por las universidades y maestros, pero también por los gobiernos, particularmente en educación básica, para seguir formando a estudiantes a través de los medios electrónicos. Fue un esfuerzo titánico e implicó la respuesta rápida y eficaz de muchos actores. En educación primaria es justo emitir un reconocimiento y agradecimiento a madres y padres que combinaron el trabajo en casa, el acompañamiento a sus hijos en clases y en la elaboración de tareas, así como los quehaceres domésticos. Si bien, se empezó a vivir, en algunos casos, la conciliación de vida laboral y familiar, la misma no resultó como se planeaba y se esperaba, debido a las circunstancias de encierro, a las responsabilidades familiares agravadas y a las exigencias de empleo-horario en una sociedad que no termina de entender el *home office*.

6.3. Derecho a un medio ambiente sano.

La Corte Interamericana se ha pronunciado ampliamente sobre este derecho, partiendo de la premisa de que “existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. Las formas en que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático han afectado al goce efectivo de los derechos humanos en el continente ha sido objeto de discusión por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y las Naciones Unidas”.⁹⁰

Una sentencia interamericana reciente y emblemática en materia de DESCA, es la del *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat*, a la que se hará referencia *infra*. En ella se sostuvo la estrecha relación o interdependencia entre el ambiente y los derechos humanos, ya que “la protección eficaz del ... ambiente depende con frecuencia del ejercicio de derechos humanos”.⁹¹ En dicha sentencia se reconoció que existen amenazas ambientales que

89 CorteIDH, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párrs. 144-154.

90 CorteIDH, *Caso Kawas Fernández...*, *cit.*, párr. 148.

91 CorteIDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*, Sentencia de 6 de febrero de 2020, párr. 244.

pueden incidir en los derechos a la alimentación y al agua.⁹²

Y es fundamental que “en las políticas y los programas medioambientales y de desarrollo económico”, los Estados respeten el “patrimonio cultural de todos los grupos y comunidades, en particular de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados”.⁹³

Vinculado a pueblos y comunidades indígenas se debe entender por parte de los Estados que el “bienestar físico, espiritual y cultural de las comunidades indígenas está íntimamente ligado con la calidad del medio ambiente en que desarrollan sus vidas”.⁹⁴ En este contexto, diversos derechos pueden verse afectados a partir de problemáticas ambientales incidiendo gravemente en grupos en situación de vulnerabilidad, entre los que se encuentran los pueblos indígenas, particularmente porque muchas de ellos “dependen, económicamente o para su supervivencia, fundamentalmente de los recursos ambientales, (como) las áreas forestales o los dominios fluviales”.⁹⁵

Por su relevancia e impactos en caso de vulneración, el derecho a un medio ambiente sano “constituye un interés universal” y “es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad” y “como derecho autónomo... protege los componentes del ... ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales”.⁹⁶ Esto es sumamente importante, particularmente porque algunos órdenes jurídicos nacionales siguen exigiendo, para la procedencia de la acción o del amparo, que exista interés jurídico o afectación directa a la esfera jurídica del gobernado.

La jurisprudencia interamericana además recuerda que el principio de prevención de daños ambientales “entraña la obligación de los Estados de llevar adelante las medidas que sean necesarias ex ante la producción del daño ambiental, teniendo en consideración que, debido a sus particularidades, frecuentemente no será posible, luego de producido tal daño, restaurar la situación antes existente”.⁹⁷ Por lo que es fundamental que los Estados entiendan que “están obligados a

92 *Ibidem*, párr. 245.

93 *Idem*.

94 *Ibidem*, párr. 251.

95 *Ibidem*, párr. 209.

96 *Ibidem*, párr. 203.

97 *Ibidem*, párr. 208.

Julieta Morales Sánchez

usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción, causen daños significativos al ... ambiente".⁹⁸

Ahora bien, de manera enunciativa más no limitativa, la CorteIDH menciona las medidas que podrían tomar los Estados con el fin de cumplir este deber de prevención frente a actividades potencialmente dañinas: "i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer planes de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental".⁹⁹

6.4. Derecho al agua.

La Observación General número 15 del Comité DESC indica que:

6. ...El agua es fundamental para procurarse medios de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural). Sin embargo, en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos. También debe darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades... 10. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, ... a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua.¹⁰⁰

El derecho al agua ha sido fundamental en la lucha contra el COVID-19, en virtud de la necesidad permanente de lavarse las manos, como una forma de prevención del contagio. Sin embargo, la escasez y el acceso diferenciado a dicho recurso natural fue causa de disputa durante la pandemia.¹⁰¹

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ *Observaciones Generales...*, *cit.*

¹⁰¹ En México "solo el 68 por ciento de los hogares mexicanos reciben agua diariamente. Esto significa que 25 por ciento la reciben esporádicamente y siete por ciento no reciben agua, la consiguen... Es decir, nueve millones de mexicanos no tienen agua potable, y 35 millones la reciben esporádicamente... A esto se agrega un aumento del consumo en los hogares de un 40 por ciento por la mitigación, y que la sequía ya alcanza el 30 por ciento del territorio nacional". Periódico *La Jornada*, 23 de abril de 2020, disponible en <<https://www.jornada.com.mx/ultimas/sociedad/2020/04/23/la-escasez-y-des->

La Corte Interamericana indica que “el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica”.¹⁰²

Y el acceso al agua comprende “el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica”, así como recursos de agua adicionales en razón del clima, las condiciones de trabajo, etcétera.¹⁰³

La CorteIDH señala que el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las primeras implican poder “mantener el acceso a un suministro de agua” y “no ser objeto de injerencias”, entre las que puede encontrarse la “contaminación de los recursos hídricos”. Los derechos están relacionados con el hecho de contar con “un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho”.¹⁰⁴

Y los Estados deben cumplir con los siguientes factores y características: “La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos ... La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre ... Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables ... La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte”.¹⁰⁵

No se desconoce que el acceso al agua implica “obligaciones de realización progresiva”, pero “sin embargo, los Estados tienen obligaciones inmediatas, como garantizar (dicho acceso) sin discriminación y adoptar medidas para lograr su plena realización”.¹⁰⁶

En lo relativo a pueblos y comunidades indígenas, el Estado debe garantizar

[igual-distribucion-del-agua-nuevo-frente-ante-covid-19-poliopro-martinez-9873.html](#)> (última consulta: 26.06.2020).

102 CorteIDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)*..., *cit.*, párr. 226.

103 *Idem*.

104 *Ibidem*, párr. 227.

105 *Idem*.

106 *Ibidem*, párr. 229.

Julieta Morales Sánchez

que su acceso “a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas” y “facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua”.¹⁰⁷

6.5. Derecho a la alimentación.

En la Observación General 12 del Comité DESC se indica que “4. ... el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos...6. El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla”.¹⁰⁸

La Corte Interamericana, con perspectiva de interdependencia e indivisibilidad, ha establecido que, atendiendo a situaciones especiales de vulnerabilidad, “el Estado deberá suministrar, ...agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; brindar atención médica periódica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas ... entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna”.¹⁰⁹

La CorteIDH indica que el derecho a la alimentación adecuada “protege, esencialmente, el acceso de las personas a alimentos que permitan una nutrición adecuada y apta para la preservación de la salud”.¹¹⁰ Y dicho derecho se ejerce cuando las personas tienen “acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla (sin que deba traducirse) en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos”.¹¹¹

107 *Ibidem*, párr. 230.

108 *Observaciones Generales...*, *cit.*

109 CorteIDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 221.

110 CorteIDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)...*, *cit.*, párr. 216.

111 *Idem*.

El contenido esencial o básico del derecho a la alimentación comprende la “disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada”, y la “accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos”.¹¹²

Asimismo, es fundamental garantizar la seguridad alimentaria que se relaciona con el concepto de “sostenibilidad”, y entraña “la posibilidad de acceso a los alimentos por parte de las generaciones presentes y futuras”.¹¹³

En suma, el derecho a una alimentación adecuada “es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos (e) inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos”.¹¹⁴ Claramente una mala alimentación afecta el estado de salud y hace a las personas más vulnerables frente a enfermedades como el COVID-19.

Finalmente, en el caso de pueblos y comunidades indígenas, “el derecho a la alimentación no debe entenderse de forma restrictiva. El bien protegido por el derecho no es la mera subsistencia física (sino que) tiene una dimensión cultural relevante”.¹¹⁵ Ello porque “los alimentos, la obtención y el consumo de alimentos suelen ser una parte importante de la cultura, así como de la organización social, económica y política. Muchos pueblos indígenas entienden el derecho a una alimentación adecuada como un derecho colectivo. Normalmente consideran que las actividades de subsistencia como la caza, la pesca y la recolección son fundamentales no sólo para garantizar su derecho a la alimentación, sino también para nutrir sus culturas... su derecho a la alimentación depende estrechamente del acceso y el control que tengan respecto de sus tierras y otros recursos naturales existentes en sus territorios”.¹¹⁶

112 *Ibidem*, párr. 218.

113 *Ibidem*, párr. 220.

114 *Ibidem*, párr. 246.

115 *Ibidem*, párr. 254.

116 *Idem*.

6.6. Derecho a la vivienda.

El Comité DESC en su Observación General número 4 indica que:

7. ...el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, ... con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna... Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”... exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que ...se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. ... han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: “el concepto de “vivienda adecuada”... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable.”¹¹⁷

En el ámbito interamericano el juez Ferrer Mac-Gregor afirma que “el derecho a la vivienda se ha venido protegiendo de manera indirecta por conexidad, esencialmente, mediante los derechos a la vida (artículos 4) y a la propiedad privada (artículo 21) en escenarios como las condiciones de vida digna de las comunidades indígenas, el desplazamiento forzado, las masacres, la irrupción sin orden judicial y la destrucción de la propiedad”.¹¹⁸ Sin embargo, una interpretación autónoma aún no ha sido labrada de manera clara y explícita por la CorteIDH.¹¹⁹ Aunque sí se ha establecido en la jurisprudencia interamericana que una vivienda adecuada debe estar dotada de los servicios básicos mínimos, como agua limpia y servicios sanitarios.¹²⁰

COVID-19 fue la muestra de que muchos países latinoamericanos no han diseñado una estrategia integral para garantizar el derecho a la vivienda y que la realidad está marcada por viviendas precarias, en hacinamiento, sin servicios básicos o sin calidad en ellos, etcétera. Adicionalmente, la obtención de viviendas propias en zonas urbanas es sumamente costoso, los precios son inaccesibles y

117 *Observaciones Generales...*, *cit.*

118 Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el *Caso Yarce y otras*, Sentencia de 22 de noviembre de 2016.

119 Un muy interesante estudio sobre el derecho a la vivienda se encuentra en *idem*.

120 CorteIDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa...*, *cit.*, párr. 164.

los créditos, en muchos casos, leoninos, por lo que es mucho más fácil rentar, particularmente para las personas jóvenes. Sin embargo, la pérdida de empleos generada por la pandemia redundó en la falta de dinero para el pago de las rentas y ocasionó una grave situación para muchas personas: ¿cómo quedarse en casa, si fuiste desalojado por falta de pago de rentas? Aquí emerge nuevamente la interdependencia e indivisibilidad de los derechos.

Toda esta situación tiene como origen la omisión del Estado en el diseño y ejecución de una política integral que permita gozar de una vivienda propia (aunque se termine de pagar en décadas, situación que *per se* ya es cuestionable), con seguridad en la tenencia o en la propiedad, de tamaño adecuado y con espacios suficientes para quienes la habitan y que cuente con todos los servicios básicos y tenga acceso cercano a hospitales, supermercados, centros de trabajo, etcétera. Aquí un pendiente más para los países.

6.7. Derecho a participar en la vida cultural.

En la Observación General número 21, el Comité DESC establece que:

13... la cultura, ...comprende, entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas. La cultura refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades.¹²¹

La Corte Interamericana ha retomado el concepto de “cultura” de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), que la ha definido como “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las ma-

¹²¹ *Observaciones Generales...*, cit.

Julieta Morales Sánchez

neras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”.¹²²

En ese orden, el concepto de cultura “no debe entenderse como una serie de expresiones aisladas o compartimientos estancos, sino como un proceso interactivo a través del cual los individuos y las comunidades, manteniendo sus particularidades y sus fines, dan expresión a la cultura de la humanidad. Ese concepto tiene en cuenta la individualidad y la alteridad de la cultura como creación y producto social”.¹²³

En este orden, la diversidad cultural y su riqueza deben ser protegidas por los Estados en virtud de que “es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras”.¹²⁴

Los Estados tienen la obligación de proteger y promover la diversidad cultural y adoptar “políticas que favore(zcan) la inclusión y la participación de todos los ciudadanos (para que así se garantice) la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz”.¹²⁵ Por ello, “el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural”.¹²⁶

Ha señalado, la Corte IDH, que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.¹²⁷

Por lo que “el derecho a la identidad cultural tutela la libertad de las personas, inclusive actuando en forma asociada o comunitaria, a identificarse con una o varias sociedades, comunidades, o grupos sociales, a seguir una forma o estilo de vida vinculado a la cultura a la que pertenece y a participar en el desarrollo de la misma”.¹²⁸

122 CorteIDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)...*, *cit.*, párr. 237.

123 *Ibidem*, párr. 239.

124 *Ibidem*, párr. 238.

125 *Idem*.

126 *Idem*.

127 CorteIDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa...*, *cit.*, párr. 135.

128 CorteIDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)...*,

La CorteIDH estableció que el derecho a la identidad cultural “protege los rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social, sin que ello implique negar el carácter histórico, dinámico y evolutivo de la cultura”.¹²⁹

6.8. Derecho a la salud.

Uno de los derechos de más amplia discusión en el contexto de la pandemia de COVID-19 ha sido, justamente, el derecho a la salud.¹³⁰ A él se hará referencia a continuación, retomando los criterios interamericanos, pero es necesario recordar aquí y antes de comenzar, la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Es en la salud en donde se observa más evidentemente la afectación de un conjunto de sesgos sociales que han agravado la situación de personas enfermas de COVID-19 o que han facilitado su contagio (pobreza, exclusión, desigualdad, impunidad, injusticia, discriminación, desempleo, desnutrición o mala alimentación, analfabetismo o violencia, entre otros) y que, a su vez, han causado impacto en otros derechos (alimentación, educación, vivienda, agua, trabajo, medio ambiente, etcétera), arriesgando gravemente la integridad personal y la vida de muchas personas.

La Organización Mundial de la Salud define a ésta como el “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones

cit., párr. 240. Entre los “elementos” que requiere la realización del derecho a participar en la vida cultural, se encuentran los siguientes: “a) la disponibilidad, que conceptuó como “la presencia de bienes y servicios culturales”, entre los que la CorteIDH destacó “dones de la naturaleza” tales como “ríos”, “bosques”, “flora” y “fauna”, así como “bienes culturales intangibles, como[, entre otros] costumbres [y] tradiciones [...], así como valores, que configuran la identidad y contribuyen a la diversidad cultural de individuos y comunidades”; b) la accesibilidad, que “consiste en disponer de oportunidades efectivas y concretas de que los individuos y las comunidades disfruten plenamente de una cultura”; c) la aceptabilidad, que “implica que las leyes, políticas, estrategias, programas y medidas adoptadas por el Estado [...] para el disfrute de los derechos culturales deben formularse y aplicarse de tal forma que sean aceptables para las personas y las comunidades de que se trate”; d) la adaptabilidad, que “se refiere a la flexibilidad y la pertinencia de las políticas, los programas y las medidas adoptados por el Estado [...] en cualquier ámbito de la vida cultural, que deben respetar la diversidad cultural de las personas y las comunidades”, y e) la idoneidad, que “se refiere a la realización de un determinado derecho humano de manera pertinente y apta a un determinado contexto o una determinada modalidad cultural, vale decir, de manera que respete la cultura y los derechos culturales de las personas y las comunidades, con inclusión de las minorías y de los pueblos indígenas”. *Ibidem*, párr. 241. 129 *Ibidem*, párr. 240.

130 Un documento sumamente interesante y base para este apartado ha sido: CorteIDH, *Max Planck Institute*, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, *COVID-19 y el derecho a la salud*, disponible en <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-covid.pdf>> (última consulta: 01.07.2020).

o enfermedades”.¹³¹

En su Observación General número 14, el Comité DESC afirma que:

8. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano... Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

9. ... un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano... Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.¹³²

La CorteIDH ha establecido la conexidad de los derechos reconocidos por la CADH y algunos derechos acogidos en otros instrumentos, como el Protocolo de San Salvador. Así, ha desarrollado el vínculo entre los derechos a la integridad personal y a la vida con el derecho a la salud, estableciendo que ambos se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana.¹³³

En los casos *Cuscul Pivaral*¹³⁴ y *Poblete Vilches*,¹³⁵ la CorteIDH reconoció la justiciabilidad directa de los DESCAs, en general, y del derecho a la salud, en particular, en virtud del artículo 26 de la CADH.

La CorteIDH estableció:

131 Preámbulo de la *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 y que entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948, disponible en < <https://www.who.int/es/about/who-we-are/frequently-asked-questions>> (última consulta: 02.07.2020).

132 *Observaciones Generales...*, *cit.*

133 CorteIDH, *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*, Sentencia de 22 de noviembre de 2007, párr. 117; y *Caso Ximenes Lopes*, Sentencia 4 de julio de 2006, párr. 89.

134 CorteIDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros...*, *cit.*, párrs. 75- 107.

135 CorteIDH, *Caso Poblete Vilches y otros...*, *cit.*, párrs. 100-124.

la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de este derecho, tanto en lo que respecta a aquellos aspectos que tienen una exigibilidad inmediata, como aquellos que tienen un carácter progresivo... en relación con las primeras (obligaciones de exigibilidad inmediata), los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la salud. Respecto a las segundas (obligaciones de carácter progresivo), la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.¹³⁶

En cuanto al derecho a la salud, “la Corte explicó que se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. El cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados”.¹³⁷

Así, con base en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la CorteIDH recuerda que toda persona tiene derecho “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.¹³⁸

En el caso *Cuscul Pivaral*, la Corte destaca que en un contexto de enfermedades endémicas es necesario que los Estados den cuenta de la interrelación entre garantizar una política eficiente de seguridad social y la atención a la salud.¹³⁹ También, remarca que el acceso a los medicamentos forma parte esencial del derecho a la salud, en el contexto de pandemias.¹⁴⁰

Por otra parte, el Protocolo de San Salvador destaca que el derecho a la salud incluye la obligación de adoptar medidas para prevenir y tratar las enfermedades epidémicas y endémicas.¹⁴¹

136 *Ibidem*, párr. 104 y *Caso Cuscul Pivaral y otros...*, *cit.*, párr. 98.

137 CorteIDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros...*, *cit.*, párr. 107.

138 CorteIDH, *Caso Poblete Vilches y otros...*, *cit.*, párr. 109.

139 *Ibidem*, párr. 99.

140 *Ibidem*, párr. 108.

141 *Cfr. Ibidem*, párr. 104.

En *Cuscul Pivaral*, la Corte resolvió que el Estado puede ser responsable por violación del derecho a la vida en el contexto médico si se acreditan los siguientes elementos: a) cuando por actos u omisiones se niegue a un paciente el acceso a la salud en situaciones de urgencia médica o tratamientos médicos esenciales, a pesar de ser previsible el riesgo que implica dicha denegación para la vida del paciente; o b) se acredite una negligencia médica grave, y c) la existencia de un nexo causal entre el acto acreditado y el daño sufrido por el paciente.¹⁴²

Así, “la obligación general de protección a la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población”.¹⁴³ Por lo que “el cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados, y deberá realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y (conforme a) la legislación nacional aplicable”.¹⁴⁴

Estableció la CorteIDH que la operatividad de la obligación del derecho a la salud comienza con el deber de regulación, ya que “los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de servicios (tanto públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad”.¹⁴⁵ Y entendió que “la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración de la integridad personal”.¹⁴⁶

Respecto a la calidad de los servicios médicos, la CorteIDH afirmó que “además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”.¹⁴⁷

Asimismo, es relevante garantizar la accesibilidad física, en razón de la cual

142 *Ibidem*, párr. 156.

143 *Ibidem*, párr. 118 y *Caso Cuscul Pivaral y otros...*, *cit.*, párr. 105.

144 CorteIDH, *Medio ambiente y derechos humanos...*, *cit.*, párr. 110; *Caso Cuscul Pivaral y otros...*, *cit.*, párr. 107; *Caso Hernández Vs. Argentina*, Sentencia de 22 de noviembre de 2019, párrs. 64, 78 y 93.

145 CorteIDH, *Caso Poblete Vilches y otros...*, *cit.*, párr. 119; y *Caso Hernández...*, *cit.*, párr. 77.

146 CorteIDH, *Caso Poblete Vilches y otros...*, *cit.*, párr. 174.

147 CorteIDH, *Caso Poblete Vilches y otros...*, *cit.*, párr. 121 y *Caso Cuscul Pivaral y otros...*, *cit.*, párr. 106.

“los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados... La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades”.¹⁴⁸

Por otro lado, respecto a la accesibilidad económica (asequibilidad), “los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos”.¹⁴⁹

Señala la Corte Interamericana, en el caso *Hernández* que “la falta de disponibilidad de camas y la consecuente imposibilidad de proveerle atención médica inmediata representaron un problema de disponibilidad y accesibilidad en los servicios de salud”.¹⁵⁰ Este criterio es básico cuando recordamos la experiencia de todos los países ante COVID-19.

En cuanto a la disponibilidad, la CorteIDH ha entendido que “cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas... esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS”.¹⁵¹

Respecto a la aceptabilidad, la CorteIDH determinó que “todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas,

148 CorteIDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros...*, cit., párr. 106.

149 *Idem*.

150 CorteIDH, *Caso Hernández...*, cit., párr. 93.

151 CorteIDH, *Caso Poblete Vilches y otros...*, cit., párr. 121 y *Caso Cuscul Pivaral y otros...*, cit., párr. 106.

Julieta Morales Sánchez

las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par (ser) sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”.¹⁵² Así también ha dicho que «el consentimiento informado es una obligación a cargo de las instituciones de salud, las personas mayores ostentan la titularidad de éste derecho, sin embargo, se puede transferir bajo ciertas circunstancias a sus familiares o representantes. Asimismo, persiste el deber de informar a los pacientes o, en su caso cuando proceda, a sus representantes sobre los procedimientos y condición del paciente”.¹⁵³

En relación a la protección de la salud de las personas privadas de la libertad, la Corte Interamericana indicó que:

los Estados deben proveer atención médica calificada, inclusive psiquiátrica, a las personas privadas de libertad, tanto en situaciones de emergencia como para efectos de atención regular, ya sea en el propio lugar de detención o centro penitenciario o, en caso de no contar con ello, en los hospitales o centros de atención en salud donde corresponda otorgar ese servicio... Esos servicios médicos deben estar organizados y coordinados con la administración general del servicio de atención en salud general, lo cual implica establecer procedimientos adecuados y expeditos para el diagnóstico y tratamiento de los enfermos, así como para su traslado cuando su estado de salud requiera cuidados especiales en establecimientos penitenciarios especializados o en hospitales civiles. Para hacer efectivos estos deberes, son necesarios protocolos de atención en salud y mecanismos ágiles y efectivos de traslado de prisioneros, particularmente en situaciones de emergencia o enfermedades graves.¹⁵⁴

En cuanto a casos particulares y como ya se dijo, la CorteIDH indicó que las personas mayores son “sujetos de derechos con especial protección y (requieren de) cuidado integral, (y deben ser visibilizados) con el respeto de su autonomía e independencia”.¹⁵⁵ En ese orden existe la “obligación de brindarles las prestaciones de salud que sean necesarias de manera eficiente y continua”.¹⁵⁶

Con respecto a la obligación del Estado relacionada con la atención médica

152 *Idem*.

153 CorteIDH, *Caso Poblete Vilches y otros...*, *cit.*, párr. 174.

154 CorteIDH, *Caso Hernández...*, *cit.*, párr. 88.

155 CorteIDH, *Caso Poblete Vilches y otros...*, *cit.*, párrs. 132 y 174.

156 *Ibidem*, párr. 132.

en instituciones privadas, la CorteIDH ha sostenido que “el deber de supervisión y fiscalización es del Estado, aun cuando el servicio de salud lo preste una entidad privada. El Estado mantiene la obligación de proveer servicios públicos y de proteger el bien público respectivo”.¹⁵⁷

Cuando un paciente está bajo el cuidado directo del Estado o de un hospital privado que tenga convenio o contrato con aquél, es el Estado el que debe responder por las violaciones a derechos que sufra el paciente. La CorteIDH cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para señalar que el Estado mantiene el deber de otorgar licencias y ejercer supervisión y el control sobre instituciones privadas, y precisa: “cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado), la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo”.¹⁵⁸

6.9. Derecho a la seguridad social.

La Observación General 19 del Comité DESC indica que “2. El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”.

Uno de los elementos de la seguridad social es la accesibilidad, la cual a su vez incluye “el derecho de las personas y las organizaciones a recabar, recibir, y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera transparente”.¹⁵⁹

Además, la seguridad social “contribuye en gran medida a reforzar el ejercicio de muchos de los derechos económicos, sociales y culturales”.¹⁶⁰

157 CorteIDH, *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr.184.

158 *Idem*.

159 CorteIDH, *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia...*, cit., párr. 182.

160 *Ibidem*, párr. 184.

Julieta Morales Sánchez

Sin duda, “la pensión, y en general la seguridad social, constituyen un medio de protección para gozar de una vida digna”.¹⁶¹

VII. A manera de conclusiones.

Es sumamente complejo establecer un conjunto de “conclusiones” en un tema que sigue estando abierto y frente a una enfermedad que sigue cobrando muchas vidas humanas y que está aún lejos de ser controlada en la mayoría de los países. Sin embargo, se esbozarán algunas ideas.

Claramente no se pueden esperar resultados diferentes si seguimos haciendo lo mismo. COVID-19 demostró la ineficiencia, la ineptitud y el pésimo estado de los sistemas gubernamentales, los cuales no estaban capacitados para hacer frente a la situación que nos tocó vivir como humanidad. Justamente por eso se debe pensar en innovar la vida pública de nuestros países.

Se entiende por innovación pública a los procesos de cambio “que se producen dentro de las Administración públicas y que responden a distintos incentivos que pueden provenir de la propia organización o del entorno organizacional o del exterior”.¹⁶² En este caso, el estímulo para que, a partir de ahora, se generen los cambios al interior de nuestras naciones y en la actividad de todos los órganos del Estado (ámbitos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Autónomo) vino del exterior, COVID-19.

Así, la innovación pública puede definirse como “el cambio que supera a la práctica anterior” o como “el proceso de creación de nuevas ideas y su transformación en valor para la sociedad”.¹⁶³

Ahora bien, cualquier modificación que se realice dentro de los procesos de formulación de políticas públicas¹⁶⁴ deben basarse en el Derecho internacional

161 *Idem*.

162 *Innovación pública en el ámbito local. Una aproximación a las metodologías y experiencias*, Federación Española de Municipios y Provincias, Red de Entidades Locales por la Transparencia y Participación Ciudadana, p. 16, disponible en <<http://femp.femp.es/files/3580-1935-fichero/INNOVACIÓN%20PÚBLICA%20EN%20EL%20ÁMBITO%20LOCAL.pdf>> (última consulta: 30.06.2020).

163 *Ibidem*, p. 17.

164 Para profundizar en el estudio de las políticas públicas, la innovación de su ciclo de vida y en cómo transversalizar la perspectiva de derechos humanos en ellas, *cfr*: MORALES SÁNCHEZ, J., *Políticas públicas y derechos humanos*, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2020.

de los derechos humanos, particularmente en las normas de *jus cogens* (como el principio de igualdad y no discriminación) y en los tratados ratificados que, a su vez, tienen como parte integrante a la interpretación que de ellos realizan los órganos autorizados, como es el caso de la CorteIDH para el ámbito americano. En este ejercicio, el control de convencionalidad¹⁶⁵ es una herramienta fundamental a cargo de todas las autoridades estatales.

Adicionalmente, como se analizó en el presente estudio, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se desprenden múltiples directrices y garantías de no repetición que deben ser fuente de las políticas públicas.

Los DESCAs son derechos plenamente exigibles y justiciables por lo que todas las decisiones públicas tienen que considerar el impacto que tienen sobre el conjunto de los derechos humanos, a la luz de los principios de interdependencia e indivisibilidad. No se puede seguir evadiendo el respeto irrestricto de los derechos bajo el argumento falaz de progresividad y de falta de recursos públicos. En muchas ocasiones sí existen recursos, pero los mismos son desviados por la corrupción o a otras prioridades alejadas de los derechos lo cual, sumado a una pésima planeación, genera subejercicios en múltiples ramos de la vida pública.

Los derechos cuestan dinero,¹⁶⁶ pero COVID-19 demostró que, en múltiples ocasiones, los Estados no saben gastar ni priorizar el gasto: despilfarran recursos en áreas no esenciales para la dignidad humana. En este gran error se nos está yendo la vida por la pandemia. Hay que visualizar a los derechos como el centro de la actividad estatal; ese es el aprendizaje que deja COVID-19.

Lamentablemente pasó lo inimaginable y la humanidad tuvo que aprender sobre la marcha: “los países alrededor del mundo (requirieron conocer) la dinámica característica de la enfermedad, sus impactos, comorbilidades y efectos colaterales (y tuvieron que) experimentar alternativas de solución que al mismo tiempo (lograran) un resultado aceptable sin poner en riesgo la salud y la vida de la población. En general abordar problemas nuevos implica transitar por un proceso de aprendizaje y, en el caso de una nueva enfermedad que requiere atención in-

165 Sobre el concepto, evolución, instancias obligadas y procedimiento del control de convencionalidad en el sistema interamericano, *cfr*: GARCÍA RAMÍREZ, S., y MORALES SÁNCHEZ, J., *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, Porrúa, UNAM, México, 2019, pp. 341-369.

166 *Cfr*: HOLMES, S., y SUNSTEIN, C., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012.

Julieta Morales Sánchez

mediata, la enseñanza suele ocurrir al mismo tiempo que el combate de la emergencia sanitaria”.¹⁶⁷ COVID-19 duele mucho porque la enseñanza implicó tener que despedirnos de seres amados. Sirva este trabajo de homenaje para esas personas que perdimos en la pandemia.

Sin duda, los derechos requieren de normas nacionales que sean conformes a las convencionales, de jueces robustos e independientes que conozcan el Derecho internacional de los derechos humanos y que lo apliquen, pero particularmente necesitan políticas públicas que garanticen su goce y ejercicio. Y dichas políticas exigen presupuesto suficiente, bien planeado además de honesta y puntualmente ejercido.

En este sentido, el Comité DESC afirmó: “El COVID-19 ha puesto de relieve la función decisiva que desempeñan las inversiones adecuadas en los sistemas de salud pública, los programas integrales de protección social, el trabajo decente, la vivienda, los alimentos, el agua y los sistemas de saneamiento, así como las instituciones para promover la igualdad entre los géneros. Esas inversiones son fundamentales para responder eficazmente a las pandemias de salud mundiales y para contrarrestar las múltiples formas de desigualdad que se entrecruzan entre sí, incluidas las profundas desigualdades de ingresos y riqueza tanto dentro de los países como entre ellos”.¹⁶⁸

Recordemos a los derechos humanos como la base de la “nueva cotidianidad” y de la nueva forma de gobernar en nuestros países. Sólo a través de ellos lograremos superar la pandemia. Se aspira a una “nueva normalidad” democrática, incluyente, igualitaria y justa. Necesitamos mejorar la vida social y económica de nuestros países, porque a los problemas que ya teníamos antes de COVID-19 se han sumado los estragos de la contingencia sanitaria y el panorama parece desolador. Hagámoslo por nosotros, por las generaciones presentes, pero y sobre todo por las generaciones futuras.

167 SOUZA-GARCÍA, L., “Percepción gubernamental en México y COVID-19”, GONZÁLEZ MARTÍN, N., y CÁCERES NIETO, E. (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: Constructivismo jurídico, gobierno, economía y cambio conductual*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2020, p. 37, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/publicaciones/166Emergencia_sanitaria_por_COVID_19_Constructivismo_juridico_gobierno_economia_y_cambio_conductual.pdf> (última consulta: 30.06.2020).

168 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Declaración sobre la pandemia de COVID-19 y los derechos económicos, sociales y culturales...*, cit.

Bibliografía.

GARCÍA RAMÍREZ, S., y MORALES SÁNCHEZ, J., *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, Porrúa, UNAM, México, 2019.

GONZÁLEZ MARTÍN, N., y CÁCERES NIETO, E. (coords.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: Constructivismo jurídico, gobierno, economía y cambio conductual*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2020.

HOLMES, S., y SUNSTEIN, C., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012.

MORALES SÁNCHEZ, J., *Políticas públicas y derechos humanos*, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2020.

MUÑOZ ARNAU, J. A., *Algunas cuestiones sobre el desarrollo de la Constitución española de 1978*, Universidad de la Rioja, Dykinson, Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ ARANA, J., *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Editorial derecho global, Instituto Nacional de Administración Pública, Sevilla, 2015.

RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M., *et. al.* (dir.), *Comentarios a la Constitución española. XL Aniversario*, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Tribunal Constitucional, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

RESUMEN

El presente trabajo aborda el estado que guardan los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el contexto de la pandemia y explica las directrices que derivan de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la finalidad de construir una “nueva cotidianidad” igualitaria, democrática y respetuosa de los derechos humanos. COVID-19 ha tenido un impacto catastrófico en la humanidad, pero también existieron incentivos perversos que propiciaron su propagación y el aumento de su índice de letalidad, entre ellos: la pobreza, la exclusión y la desigualdad ofensivas. Por lo anterior, se analizarán las directrices que contienen las sentencias interamericanas en relación con los siguientes derechos: trabajo, educación, medio ambiente sano, agua, alimentación, vivienda, cultura, salud y seguridad social. No se puede gobernar de la misma forma antes que después de COVID-19.

ABSTRACT

This paper addresses the state that economics, social, cultural and environmental rights keeps with the pandemic context and explains the guidelines that drifts from the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence with the purpose of build a new normality, egalitarian, democratic and respectful of human rights. COVID-19 has had a catastrophic impact on humanity, but there were also perverse incentives that led to its spread and increased fatality rate, including: poverty, exclusion and inequality. Therefore, the guidelines contained in the Inter-American judgments will be analyzed in relation to the following rights: health, work, social security, education, healthy environment, water, housing, culture and to food. We cannot govern the way we did before COVID-19.

PALABRAS CLAVE

COVID-19, Corte Interamericana de Derechos Humanos, igualdad y no discriminación, violencia de género, personas mayores, personas en situación de pobreza y Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)

KEY WORDS

COVID-19, Inter-American Court of Human Rights, equality, no discrimination, gender violence, elderly people, people in poverty and economic, social, cultural and environmental rights.

TRAS LAS HUELLAS DE HANS KELSEN.
A CIEN AÑOS DE LA PRIMERA CORTE CONSTITUCIONAL
Y OCHENTA DE LA PRIMERA SALA CONSTITUCIONAL

FOLLOWING THE STEPS OF HANS KELSEN.
ONE HUNDRED YEARS SINCE THE FIRST CONSTITUTIONAL COURT AND EIGHTY
YEARS SINCE THE FIRST CONSTITUTIONAL CHAMBER

por Néstor Pedro Sagüés
-en homenaje a Roberto Romboli.

Recibido: 02-05-2020

Aceptado: 28-07-2020

SUMARIO

- 1. Introducción.*
- 2. La autoría intelectual. Georg Jellinek, el iniciador.*
- 3. La primera corte constitucional. Checoslovaquia.*
- 4. Segunda corte. Austria. Los proyectos de Hans Kelsen.*
- 5. Cláusulas de la Constitución de 1920.*
- 6. Tercera corte. Liechtenstein. La Constitución inadvertida.*
- 7. Evaluación.*
- 8. La primera Sala Constitucional (Cuba, 1940).*
- 9. Recapitulación. Situación actual.*

1. Introducción.

El transcurso de un siglo parece ser un buen momento para rememorar el nacimiento de los tribunales constitucionales especializados, coincidiendo este año (2020), además, con los ochenta de la primera Sala Constitucional. El instante es propicio, desde luego, para repensar algunas ideas que corren desaprensivamente en los medios académicos. Por ejemplo, respecto de quién los propuso y de la primicia en el lanzamiento de aquellas cortes.

En este artículo se tratará primero la autoría intelectual y el lanzamiento del Tribunal o Corte Constitucional en la constitución checoslovaca (versión 1920); y acto seguido, en la austríaca (también, según el texto de ese año). Comparando uno y otro documento, se abordará después el Tribunal de Estado de la constitución de Liechtenstein (edición de 1921), que junto con las dos anteriores, conforman el trío de las primeras constituciones adoptantes de cortes constitucionales en sentido preciso. Más tarde se visualizará la primera Sala Constitucional, adoptada por Cuba en su constitución de 1940. El trabajo se cierra con una descripción sintética de esos institutos en la actualidad.

2. La autoría intelectual. Georg Jellinek, el iniciador.

Comencemos por la autoría intelectual. La *communis opinio* atribuye al distinguido jurista Hans Kelsen (nacido en Praga, 1881) y líder de la escuela vienesa (esto es, de la “teoría pura del derecho”), la paternidad de los tribunales constitucionales (órganos especializados y concentrados en el control de constitucionalidad, con facultad de abolir las normas inconstitucionales).

No obstante, y sin descartar los excepcionales méritos académicos, constituyentes y judiciales del citado pensador, tal vez el jurista de mayor nombradía del siglo XX (como autor y profesor; además, inspirador en buena medida, aunque no total, de la constitución austríaca de 1920, y destacado juez –en su período fundacional– del Tribunal Constitucional de ese país), (1) cabe subrayar, como se ha dicho con justeza, que la idea de programar un “Tribunal Constitucional para Austria” (sic) (*Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*) fue de otro renombrado publicista y catedrático, alemán, Georg Jellinek, quien en 1885 publica en Viena, un ensayo con tal título. La propuesta de Jellinek (más tarde profesor de Hans Kelsen en Heidelberg), era la de transformar el Tribunal Imperial austríaco (1867) en, precisamente, una corte constitucional destinada en parte a contener los excesos del Parlamento y a afianzar la transformación de la monarquía aus-

trohúngara en un “estado constitucional” (aunque conviene aclarar que, para algún sector de la doctrina, el control de constitucionalidad que propone es fundamentalmente para dilucidar cuestiones de competencia entre el estado central y los Länder, y elecciones, más que problemas de constitucionalidad de las leyes). En síntesis, Jellinek se ha anticipado a Kelsen, en para de esta temática, en treinta y cinco años. (2) Y además, su idea persiste en el pensamiento de Karl Renner y del propio Kelsen, como apuntamos más adelante (parágrafo 4).

Naturalmente, lo dicho no quita mérito a la rigurosa y detallada programación que hizo Hans Kelsen, especialmente a partir de 1918, del tribunal constitucional austríaco insertado en la constitución de 1920 de dicho país. Volvemos a poco sobre ello.

3. La primera Corte Constitucional. Checoslovaquia.

Orígenes, cotización. El texto constitucional que comienza por introducir un tribunal o corte constitucional en el escenario comparado, con parte (no todas) de las competencias propias del mismo, es el checoslovaco del 29 de febrero de 1920.

Es cierto que un año antes, el 25 de enero de 1919, la asamblea nacional provisoria de Austria había establecido en Viena una Corte Constitucional de Justicia (v. también *infra*, parágrafo 4), pero como apunta Tomas Langásek, lo de “constitucional” era solamente de nombre, porque no controlaba la constitucionalidad de normas (aunque en marzo de 1919 se le confirió un control preventivo de leyes, antes de promulgarlas). De todos modos, cabe reconocer que, en lo que hace a la literalidad del título, fue el primer órgano jurisdiccional con esa denominación. (3)

La primicia de la corte constitucional checoslovaca –repetimos, un auténtico tribunal constitucional- ha sufrido una suerte de devaluación sociológica, donde se conjugan varios factores. En primer lugar, figura la distinta cotización que, en el ámbito universitario del derecho, tenía Viena sobre Praga. Al respecto, por ejemplo, es usual llamar a la teoría pura del derecho como “escuela de Viena”, cuando en verdad aquella doctrina tenía también otra versión, la checoslovaca (denominada “teoría normativista”), llamada “escuela de Brno” (capital de Moravia, Brünn en alemán), bajo la conducción, principalmente, de Frantisek (Franz) Weyr. En muchas biografías es usual llamar a Weyr “discípulo” o continuador de Kelsen, pero otras afirman su autonomía rotulándolo sí como su colega y hasta amigo, pero no simple prolongador de este último; e incluso al revés,

reputándolo –en parte– como su inspirador, fuera de las discrepancias que subyacen entre uno y otro. (4)

En segundo término, otros critican la calidad del proceso constituyente checoslovaco, ya que la referida constitución de ese país no surgió de “una Asamblea constituyente con miembros elegidos libremente por el pueblo, sino de una *asamblea revolucionaria* compuesta de ‘diputados’ nombrados por Masaryk y Benes” (dos importantes líderes del país). (5)

La tercera razón es que no obstante haberse sancionado la constitución checoslovaca antes que la austríaca (esta última es del 1º de octubre de 1920), lo cierto es que la Corte constitucional de Austria entró en funciones (ver *infra*, párrafo 4) antes que la checoslovaca (que recién se instaló el 17 de noviembre de 1921; y hubo que esperar, además, el 22 de mayo de 1922 para que dictara su propio reglamento); y que este tribunal checo, en sus dieciocho años de existencia formal, dictó poquísimas sentencias (en particular, en 1922, sobre ciertas disposiciones legislativas interinas), siendo calificado por algunos, en los hechos, como prácticamente inoperante, o como lo califica irónicamente Tomas Langásek, una “curiosidad histórica”. Ello se debió en parte a que los pocos legitimados para impugnar la constitucionalidad de leyes, no lo hicieron; o que cuando ejercitaron tal facultad, el tribunal se encontraba desintegrado. (6) Otros factores bloqueantes del tribunal lo tratamos en competencias.

Filiación. Contra lo que corrientemente pueda suponerse, la corte constitucional checoslovaca no se inspira mayormente en Hans Kelsen. Entre sus “padres fundadores” merecen citarse Jiri Hoetzel (a quien con mucha frecuencia se le reconoce el liderazgo en el planeamiento de la Corte), (7) Alfred Meissner, Frantisek (Franz) Weyr, Václav Boucek, Theodor Bartosek y Karel Kramár, miembros algunos, expertos convidados otros, del comité constitucional de la asamblea constituyente. El diputado Boucek fue terminante en afirmar a la corte constitucional como inspirada en la Corte Suprema de los Estados Unidos, bien que con importantes modificaciones. (8) Mención especial merece Vaclav Joachim, destacado funcionario del Ministerio del Interior, a quien Jiri Hoetzel le atribuye haber redactado el proyecto de Ley Constitucional sobre el Tribunal Constitucional, aunque fue Franz Weir quien actuó como diputado relator de la misma ante la Asamblea Nacional.

Al mismo tiempo, cabe destacar que el tratamiento de la corte constitucional, en las constituciones de Checoslovaquia y de Austria, como veremos más tarde, es por cierto bien diferente.

Competencias. Los roles de la Corte Constitucional checoeslovaca están descritos en la ley “que establece la Corte constitucional”, del 29 de febrero de 1920, y en algunos pocos preceptos de la “carta constitucional”, o constitución propiamente dicha, que prosigue a aquélla.

El art. I de la ley determinó que las leyes que contravinieren la carta constitucional, en sus partes, modificaciones y suplementos, son nulas. Agrega la norma que la carta constitucional solamente puede ser modificada o complementada por leyes señaladas puntualmente como “constitucionales” según el art. 33 de la carta. El art. II determinó que la Corte Constitucional decide si las leyes de la República Checoslovaca y las de la Dieta de la Ruthenia Carpática (una región oriental del país, con cierta autonomía) cumplen con el artículo I. El art. III señala que la Corte Constitucional se compone de siete miembros. Dos son delegados de la Corte Administrativa Suprema; dos de la Corte Suprema de Justicia. Los restantes dos, y el Presidente del tribunal, son nominados por el Presidente de la república. Añade que la ley regulará los detalles del caso, especialmente respecto al modo en que las cortes referidas escogerán sus miembros que integrarán la Corte Constitucional, los procedimientos y los plazos de su desempeño y los efectos de sus sentencias.

En la carta constitucional, el art. 20 párrafo 6 determinaba que los miembros de la Corte Constitucional, los jueces asociados de una corte electoral y aquellos que sean miembros de la administración, no podían ser miembros de la Asamblea Nacional. El art. 54 párrafo 13, advertía también que la competencia de la Corte Constitucional incluía a las ordenanzas que adoptare un comité legislativo que operaba en supuestos de disolución o receso de una cámara del Congreso, y que normalmente debían adoptarse por ley.

En los hechos, el ejercicio de las competencias del Tribunal Constitucional estuvo perjudicado por una serie de factores. (9) Repasemos algunos: a) la existencia de un período de tres años posteriores a la promulgación de una ley, para que pudiera ser impugnada por su inconstitucionalidad, exigencia que importaba un verdadero plazo de caducidad para activar la tarea de aquella Corte; b) la decisión del Tribunal para invalidar una ley debía adoptarse por las tres cuartas partes de votos de los miembros de la Corte, y no por mayoría simple; c) la sentencia nulificatoria de la ley inconstitucional se adoptaba para el futuro (*ex nunc*) y no tenía efecto retroactivo (*ex tunc*); d) la legitimación activa para impulsar la declaración de inconstitucionalidad correspondía a ciertos organismos (v. gr., Cámara de Diputados, Senado, la Dieta de la Ruthenia Carpática), con un control de tipo “abstracto”, pero no a los sujetos individuales agraviados por la ley del ca-

so (control de tipo incidental y concreto); e) la Corte revisaba solamente la inconstitucionalidad de fondo de una norma, pero no la constitucionalidad del procedimiento o trámite por el que se la adoptó; f) el Tribunal Constitucional no tenía asignadas con seguridad partidas presupuestarias específicas que permitieran el ejercicio pleno de sus atribuciones; g) la Corte Constitucional, en definitiva, no era un órgano permanente con jueces *full time* específicamente designados para ella. Se componía de abogados, fiscales, oficiales estatales, alcaldes, miembros de concejos municipales, provinciales o funcionarios ministeriales), que seguían desempeñando esas otras tareas.

En resumen, este conjunto de factores produjo que la Corte Constitucional de Checoslovaquia tuviera un desarrollo reducido hasta que desapareciera en 1938, con motivo de la ocupación alemana.

4. Segunda corte. Austria. Los proyectos de Hans Kelsen.

Cronología. Repasemos lo dicho hasta ahora y enumeremos los principales pasos dados en Austria para el lanzamiento de su Tribunal Constitucional.

1867. Creación del Tribunal Imperial en Austria.

1885. Georg Jellinek propone la transformación del mismo en un Tribunal Constitucional, para reprimir los excesos del parlamento y resolver problemas de competencia entre el poder central y las regiones del Imperio austrohúngaro.

1918 (30 de octubre). El Canciller Karl Renner, de orientación socialdemócrata, conforme lo anticipara ya en 1917, y siguiendo la terminología de Jellinek, postula ante la Asamblea Nacional Provisional de Austria, la creación de una Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) para la protección de los ciudadanos, la garantía de la libertad del voto y del derecho público, con facultades para analizar la constitucionalidad de las normas dictadas por los Länder (“países” o provincias o estados, que componían Austria), y salvaguardando el equilibrio que debía mediar entre ellos y el poder central. Anuncia, al respecto, que se ha constituido una Comisión de la Asamblea, compuesta de veinte miembros.

1918 (noviembre-diciembre): Hans Kelsen elabora un memorándum (*Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes*), que implica un anteproyecto para la activación de la Corte Constitucional. Es su primer paso en tal sentido.(9)

1919 (25 de enero) se pone en funcionamiento en Viena una Corte Constitucional de la Austria Alemana, con ese nombre (*Deutschösterreichischer Verfassungsgerichtshof*), asumiendo algunos roles de un tribunal de este tipo (conflictos de competencia entre el poder central y los *Länder*, tutela de ciertos derechos políticos), pero sin desempeñar todas las funciones esenciales propias de un organismo de tal condición (ver *supra*, parágrafo 3). Kelsen la integrará, sucediendo en el cargo al profesor Bernatzik, a quien respetaba como docente.

1919 (primavera). Renner encomienda a Kelsen la redacción de varios anteproyectos constitucionales que signifiquen un avance en tal empresa. Son llamados “K-1” y “K-2”. El primero, con rasgos confederales, tutela a los *Länder*. El segundo es más bien federal. Renner, y el partido social demócrata, se inclinan por la última alternativa, que hace residir el poder soberano en el estado central. Para otros autores, Kelsen redacta un número mayor de anteproyectos.

1920 (11, 12 y 14 de febrero). Hans Kelsen publica en el periódico “Neue Freie Presse” un artículo titulado *Der Vorentwurf der Österreichischen Verfassung* (“Anteproyecto preliminar de la Constitución de Austria”). Aclara que en la federación austríaca el poder central precede al de los *Länder*, y no viceversa. Insiste en la necesidad de implementar una Corte Constitucional, continuando la idea de Georg Jellinek.

1920 (verano). Un proyecto de constitución circula entre los principales partidos: social demócrata, sociales cristianos y nacionalistas y es enviado al Subcomité de Asuntos Constitucionales. Incluye una Corte Constitucional, adonde los *Länder* podrían apelar. En dicho subcomité Kelsen desempeña un papel decisivo e influye incuestionablemente en varios segmentos de la futura Constitución. Cuenta con el auxilio de un entonces estudiante, Adolf Merkl.

1920, 1° de octubre. La nueva Constitución es promulgada. En julio de 1921 asumen formalmente los jueces del nuevo Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), entre ellos Hans Kelsen, en base a una versión reciclada, con ciertas nuevas competencias, de la anterior Corte Constitucional de la Austria Alemana de 1919. A poco, comienza a emitir sentencias. Al revés de lo que por algunos se cree, Kelsen no fue presidente de tal organismo, y permaneció en funciones hasta 1929. En muchos fallos tuvo un papel predominante. En otras, votó en minoría. (10)

Las razones de Kelsen en pro de un tribunal constitucional. La idea de postular un órgano jurisdiccional extra poder, con control concentrado y especializado

de constitucionalidad, tiene un fuerte sustento en las bases de la teoría pura del derecho y en una contundente lógica jurídica. Un trabajo de nuestro autor, dedicado a comparar el régimen estadounidense con el austríaco, escrito varios años después al de la sanción de la Constitución, destaca algunas de sus preocupaciones mayores, ratificando lo expuesto antes, en 1928, en su clásico estudio sobre *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. (11)

Comencemos por los efectos de una declaración de inconstitucionalidad. La solución norteamericana de la *judicial review*, en el sentido de que esa descalificación significa inaplicar la norma objetada en el caso concreto bajo examen, pero dejarla vigente y aplicable en todas las demás situaciones, es para Kelsen, por un lado, absurda (¿cómo puede subsistir operando una norma reputada opuesta a la Constitución?), y por otro, anárquica, ya que algunos jueces podrían reputarla constitucionalmente válida y otros no. Para remediar esa situación, no existía otra alternativa que imaginar un cuerpo concentrado y especializado en materia de control de constitucionalidad, con atribuciones para derogar a la norma inconstitucional. En otras palabras, para invalidarla en general, *ex nunc*, para todos los casos futuros. *A contrario sensu*, “mientras el Tribunal no declare inconstitucional una ley... tiene que ser respetada”. La ley inconstitucional, reitera, no es nula, sino anulable: en rigor, solamente pasa a ser “nula” solamente si la autoridad competente la declara tal.

Agrega Kelsen que “la decisión del Tribunal Constitucional por la cual una ley es anulada, tiene el mismo carácter que una ley que abroga otra ley. Es un acto de legislación negativa”. Ese rol legislativo del referido Tribunal explica a su vez que, en la Constitución austriaca de 1920, sus jueces fuesen designados por el Parlamento, al revés de los otros jueces del Estado, nombrados por la Administración.

Interesa destacar que en el esquema kelseniano de 1920 las partes de un proceso administrativo no tienen derecho a exigir que el Tribunal Constitucional resuelva una cuestión de constitucionalidad que ellos planteen: “Sólo pueden sugerirlo”. Respecto de los reglamentos (de leyes), muy numerosos y significativamente importantes en Austria (si se compara con Estados Unidos), escribe nuestro autor, cualquier parte podía requerir el control de constitucionalidad, cuando se apartaren de la ley, pero este solamente se llevaba a cabo si el tribunal donde se diligenciaba el caso tenía dudas sobre la aplicación de la norma reglamentaria, y en tal supuesto discontinuaba el proceso y se dirigía al Tribunal Constitucional para que el mismo considerase la anulación del reglamento violatorio de la ley. En cuanto a las leyes, también la inconstitucionalidad podía ser demandada ante la Corte Suprema o la Corte Administrativa, pero el trámite proseguía ex-

clusivamente si ellas dudaban de la constitucionalidad de la ley y elevaban el caso ante el Tribunal Constitucional. No estaban obligadas a acceder a las peticiones de las partes.

Uno de los temas que preocupaba a Hans Kelsen era el interrogante de si, cuando el Tribunal Constitucional abolía por inconstitucional una ley, que a su vez había derogado a otra, esta última renacía como consecuencia de la sentencia de dicho Tribunal. Kelsen advirtió que, prudentemente, la Constitución austriaca así lo disponía, evitando así el *horror vacui*, esto es, el temor al vacío jurídico provocado por la declaración de inconstitucionalidad con resultados *erga omnes*, pero que el Tribunal Constitucional, al fallar, podía disponer lo contrario, atendiendo las circunstancias del caso.

En ciertos y determinados casos, por lo demás, Hans Kelsen admitía el control preventivo de constitucionalidad mediante una opinión consultiva al Tribunal Constitucional, ante proyectos de normas, para disipar dudas en torno a si determinadas cuestiones caían bajo la órbita del gobierno central o de los Länder (estados o provincias) locales. Para fundar esta posibilidad, recordaba que la institución del control de constitucionalidad de las leyes, “es una función legislativa y no meramente judicial”.

5. Cláusulas de la Constitución de 1920.

Los artículos 137 a 148 de dicho instrumento se ocupan del Tribunal Constitucional. En cuanto su estructura y residencia, determina que su sede es Viena, y que comprende a un Presidente, un Vicepresidente, un número variable de miembros y de suplentes. El presidente, Vice y la mitad de los miembros titulares y suplentes, son elegidos de por vida por el Consejo Nacional, y la otra mitad por el Consejo Federal (art. 147). El resto de la organización y procedimientos del Tribunal se determina por una ley federal especial (art. 148).

La competencia de este Tribunal ocupa la mayor parte del resto de los artículos. Desde ya cabe alertar que la misma es residual: conoce de las reclamaciones contra el Estado federal, los Estados miembros o los municipios, cuando ellas no puedan ser tratadas por la justicia ordinaria (art. 137). Acto seguido determina que el Tribunal Constitucional decide, en primer lugar, sobre conflictos de competencia entre los tribunales judiciales y las autoridades administrativas, entre la Corte de Justicia Administrativa y todos los demás tribunales, incluyendo al Tribunal Constitucional, y entre los Länder y la Federación, u otro *Land* (art. 138).

El art. 139 agrega que el Tribunal Constitucional conoce, a) a requerimiento de un tribunal ordinario, de la ilegalidad de los reglamentos de una autoridad federal o de un *Land* (también procede de oficio cuando un reglamento fuera a constituir la base de un fallo del Tribunal Constitucional); b) a pedido del Gobierno federal, de la ilegalidad de reglamentos dictados por un *Land*; c) a requerimiento del gobierno de un *Land*, de la ilegalidad de un reglamento emitido por una autoridad federal. Añade esta cláusula que la decisión del Tribunal Constitucional por la que la disposición de un reglamento es declarada ilegal, obliga a las autoridades competes a la publicación inmediata de la abrogación; y que esta entrará en vigor el día de tal publicación.

El art. 140 de la Constitución es tal vez el de mayor importancia en el tema de las facultades del Tribunal Constitucional. En concreto, determina, a requerimiento del gobierno federal, sobre la constitucionalidad de una ley de un *Land*; y sobre la constitucionalidad de una ley federal, a instancia del gobierno de un *Land*. Pero actúa de oficio cuando la ley en cuestión fuera la base de una decisión de la Corte Constitucional. Los requerimientos mencionados pueden ser presentados en todo momento. Y quien los promoviere, debía comunicar de inmediato su petición al gobierno del *Land* o al gobierno federal. La norma prosigue indicando que la decisión por la cual la Corte Constitucional anula una ley por inconstitucionalidad, obliga a las autoridades competentes a publicar sin demora la anulación. Esta última tiene efecto a partir del día de su publicación, al menos que la Corte Constitucional fijase un plazo para su entrada en vigor, que no podía exceder de seis meses.

Por su parte, los arts. 141, 142 y 143 no se referían al control de constitucionalidad de normas, sino (el primero) a las impugnaciones que se realizaran contra las elecciones al Consejo Nacional, al Consejo Federal y a las dietas de los estados o provinciales y respecto de todas las asambleas representativas. También, a solicitud de alguna de aquellas asambleas, declaraba si alguno de sus miembros ha perdido su mandato. Los otros dos aludían al juicio de responsabilidad (llamado en otros países *impeachment*, “juicio político”, etc.), por violación de la Constitución, respecto de los órganos supremos del estado federal o de los *Länder*. El art. 143 habilitaba al Tribunal Constitucional para el enjuiciamiento penal de los funcionarios destituibles.

El art. 144 contemplaba, en favor de los administrados, una acción contra decretos y decisiones de la autoridad administrativa que violaran derechos garantizados por la Constitución, todo ello agotada previamente la vía administrativa. El fallo del Tribunal importaba la anulación del acto impugnado inconstitucio-

nal, y la obligación del organismo administrativo de aplicar el criterio del Tribunal Constitucional cuando dictaren la nueva decisión.

El art. 145 preveía la actuación del Tribunal o Corte Constitucional respecto de violaciones al derecho internacional, conforme lo dispusiera una ley especial; y el 146, señalaba que la ejecución de las sentencias del Tribunal incumbía al Presidente de Austria.

Digamos, para concluir, que el Tribunal Constitucional austríaco, con importantes modificaciones posteriores a las normas que hemos descripto, dura hasta la anexión, en 1938, de ese país a Alemania.

6. Tercera corte. Liechtenstein, 1921. La constitución inadvertida.

De las constituciones de Checoslovaquia y Austria, y con relación a los tribunales constitucionales, es usual pasar sin más, en el tema que nos ocupa, a la de España de 1931, con su “Tribunal de Garantías Constitucionales”. Muy pocos autores, en verdad, (12) reparan en la de Liechtenstein, del 5 de octubre de 1921, otorgada por el Príncipe Juan II (se trata, en verdad, más de una “Carta” concedida por el monarca reinante, que de una constitución sancionada democráticamente). Reemplaza la anterior, de 1862.

Sin embargo, los artículos 104, 105 y 106 del referido texto de Liechtenstein instrumentan un “Tribunal de Estado” que en alguna medida rememora la Corte Imperial austríaca de 1867, pero con mayores aptitudes competenciales. Como se verá, erige un verdadero Tribunal Constitucional, que persiste hasta nuestros días, aunque con significativas reformas en 2003. Su escasa atención –si no olvido– por la literatura especializada se explica, probablemente, por la reducida gravitación política, jurídica, geográfica y poblacional del país donde funciona (un microestado de 170 km². y cerca de 40.000 habitantes). Un indicador de esa omisión, por ejemplo, lo evidencia el libro *Nuevas constituciones del mundo*, publicado ya en segunda edición en Madrid en 1931 por editorial España, volumen que incluye las cartas de Alemania, Baviera, Prusia, Letonia, Lituania, Austria, Checoslovaquia y Uruguay, entre muchas otras, pero que no menciona a la de Liechtenstein.

Ateniéndonos a su versión constitucional original, el art. 104 declaró que una Corte de Estado sería establecida por una ley especial, como un Tribunal de derecho público con tres metas principales: a) proteger derechos acordados por la

Constitución, b) decidir conflictos de jurisdicción entre las cortes judiciales y las autoridades administrativas, y c) actuar como órgano disciplinario respecto de los miembros del Gobierno. La norma agrega, como dato importante, que la Corte del Estado tendrá también jurisdicción para determinar si las leyes están en conformidad con la Constitución, y si los reglamentos del Gobierno están en conformidad con las leyes. De no superar ese test, la Corte podía declarar su anulación. Finalmente, el mismo artículo agrega otra competencia: la de actuar como corte administrativa y tribunal electoral.

El art. 105 se refirió a la integración de la Corte: se formó con un Presidente y otros cuatro vocales con voto. Sus miembros debían ser electos por la Dieta (Poder Legislativo) del Principado, debiendo asegurar una mayoría de nativos de Liechtenstein. Dos de sus miembros debían ser versados en derecho. La elección del Presidente, nativo del lugar, estaba sujeta a la confirmación del Príncipe reinante.

El art. 106 concluyó que la Corte del Estado debía asegurar la protección de la independencia judicial.

Con un texto breve, pero preciso, la Constitución de referencia sentó las bases sustanciales de una Corte Constitucional, asignándole tareas específicas de un órgano de ese tipo. Compendiaba en un texto sintético, por ejemplo, los roles que la constitución austríaca de 1920 detallaba mucho más en su articulado. Tal vez por razones de economía y por existir en el Principado muchas menos causas para resolver, su Tribunal de Estado va a operar también como Corte administrativa y electoral. En este aspecto, no responde al sueño kelseniano de tribunal muy especializado en lo constitucional, pero ello es explicable por las circunstancias cuantitativas que mencionamos.

Su mención, de todos modos, resulta obligada en la tríada delantera de las cortes constitucionales del globo.

7. Evaluación.

De los tres primeros tribunales constitucionales en sentido propio, dos fueron programados por las constituciones –en ese orden– de Checoslovaquia y Austria, en 1920, y el tercero por la de Liechtenstein, en 1921.

Las dos iniciales, bajo el diseño de juristas distintos, coinciden en muchos te-

mas, aunque tienen, cada una, un tratamiento singular del asunto. La Checoslovaquia es más breve y erige una corte constitucional con menos despliegues competenciales que la de Austria, (13) que por cierto es, notoriamente, la más extensa y desenvuelta, de lejos la más citada y comentada en la vitrina del derecho comparado, y a la que Boris Mirkine-Guetzevitch llamó, en materia de control de constitucionalidad, “más interesante” que la citada en primer término. La de Liechtenstein resume muy brevemente las funciones que la de Austria confía a su Tribunal Constitucional.

En estos tres documentos están las semillas de muchos tribunales constitucionales que después germinaron en todo el mundo.

8. La primera Sala Constitucional (Cuba, 1940).

La constitución cubana de 1940, extensa para la época, ha merecido elogios tanto por su calidad jurídica como por las libertades públicas y derechos sociales que enunciaba. Uno de sus aportes es el lanzamiento de un “Tribunal de Garantías constitucionales y sociales”, pero situado en el seno de la Corte Suprema de Justicia, como una Sala de ella.

Nombre y situación institucional. La denominación del organismo viene seguramente del “Tribunal de Garantías Constitucionales” creado por la constitución republicana de España de 1931, que en 1940 ya se encontraba extinguido (había concluido con el inicio de la guerra civil, 1936). El agregado de “y sociales” derivó de la competencia mixta que se le atribuyó a la Sala, para conocer en esta materia.

Respecto de su inserción en el ámbito de la Corte Suprema, llamada en la Constitución “Superior Tribunal de Justicia”, deriva probablemente de dos razones: a) la fuerte influencia del sistema norteamericano, tan próximo geográficamente, en torno al prestigio de la Corte Suprema y de la valoración de los jueces del Poder Judicial como sujetos idóneos para realizar el control de constitucionalidad. (14); b) lograr una fórmula de transacción política, ya que entre dos opciones de máxima (confiar ese control al Tribunal Supremo, o en cambio a un Tribunal extrapoder), la solución de pergeñar una suerte de tribunal constitucional, pero en el interior del Tribunal Supremo, como Sala del mismo, podía aparecer como una fórmula intermedia apta para conformar a los dos sectores en pugna. Así lo dispuso el art. 171 de la Constitución.

Sobre su conformación, el mismo precepto determinó que cuando trataba asuntos constitucionales, el “Tribunal” (Sala, como apuntamos), estaba presidida por el Presidente del Tribunal Supremo y se integraba, al menos, de quince magistrados. Pero si decidía en temas sociales, se formaba nada más que con nueve. El cuerpo, entonces, era curiosamente mutante, en función de los roles que podía desempeñar.

Actuación. Veamos cómo operaba el sistema de revisión de constitucionalidad. Formalmente, a tenor del art. 174 de la Constitución, el Tribunal Supremo de Justicia era el competente para “decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, órdenes, disposiciones y otros actos de cualquier organismo, autoridad o funcionario”. Pero según el art. 182, el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales (Sala del Tribunal Supremo), tenía a su vez competencia para conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos leyes, decretos, resoluciones o actos que nieguen, disminuyan, restrinjan o adulteren los derechos y garantías consignados en la Constitución, o que impiden el libre funcionamiento de los órganos del Estado. También, para atender las consultas de jueces y tribunales sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes y demás disposiciones que hayan de aplicar en un juicio. Concomitantemente, era competente para resolver los recursos de hábeas corpus por vía de apelación cuando hubieran sido ineficaces ante otras autoridades o tribunales, o para decidir la validez del procedimiento y de una reforma constitucional, los recursos contra los abusos de poder y las cuestiones jurídico-políticas y de legislación social que la Constitución y la ley sometieren a su consideración. El control de constitucionalidad, en su faz decisoria, tendía pues a concentrarse en el referido Tribunal-Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, por dos razones: a) el Tribunal Supremo, en materias constitucionales, solamente operaba por medio del Tribunal de Garantías; b) los jueces debían concurrir ante el mismo, por consulta, si se planteare la inconstitucionalidad de algún precepto que tuvieran que aplicar en un proceso.

El art. 183 de la Constitución se refería a la legitimación procesal activa para acceder al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. Por un lado estaban quienes podían hacerlo sin prestar fianza: el Presidente de la República, el Presidente y cada uno de los miembros del Consejo de Gobierno, del Senado, de la Cámara de Representantes y del Tribunal de Cuentas, los gobernadores, alcaldes y concejales, los jueces y tribunales, el ministerio fiscal, las universidades, los organismos autónomos autorizados por la Constitución o la ley, y toda persona individual o colectiva afectada por un acto o disposición que considere constitucional. Prestando fianza, estaban en condiciones de litigar ante el Tribunal cualquier

sujeto no comprendido en el listado precedente. De hecho, el sistema era, en ese asunto, tipo acción popular.

El último párrafo determinaba que una ley establecería el modo de funcionar de dicho Tribunal y el procedimiento para sustanciar los recursos que se interponían ante el mismo. (15) No obstante ello, los arts. 194 y 195 de la propia Constitución normaron ya el trámite “de la inconstitucionalidad”. El primero especificaba quiénes podían pedir dicha declaración: “los interesados” en los juicios, causas o negocios que se tramitaren en la jurisdicción ordinaria o en las especiales; veinticinco ciudadanos; y todos los afectados por una disposición que estimasen inconstitucional. Ante alguno de estos supuestos, los jueces debían hacer prevalecer el principio de supremacía constitucional. Y si estimaren inaplicable cualquier norma por reputar que violaba la Constitución, debían suspender el procedimiento y elevar el asunto al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, para que el mismo, una vez que resolviera el tema, devolviese el expediente al remitente para que continuara el procedimiento.

Algunos recursos de inconstitucionalidad (contemplados por los arts. 131, 164, 182 y 186 de la Constitución), se interponían directamente ante el aludido Tribunal de Garantías.

Los efectos de las sentencias del mismo eran terminantes: si declaraba la inconstitucionalidad de un precepto legal, o de una medida o acuerdo gubernativo, eso obligaba al organismo, autoridad o funcionario que la dictó a derogarla inmediatamente. La disposición legislativa o reglamentaria o medida gubernativa declarada inconstitucional era considerada por el art. 194 de la Constitución “nula y sin valor ni efecto desde el día de la publicación de la sentencia en los estrados del Tribunal”. El art. 195, además, imponía al Tribunal Supremo, y al de Garantías Constitucionales y Sociales, publicar sin demora sus fallos en el periódico oficial pertinente. A mayor abundamiento, quien aplicase una norma, orden o medida declarada inconstitucional, sufriría pena de inhabilitación para el desempeño de cargo público (art. 194).

Epilogo. El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba no tuvo un desempeño muy feliz. Recuerda Domingo García Belaunde, (14) que su ley reglamentaria N° 7 se dictó recién el 31 de mayo de 1949, y que tres años después, el golpe de estado de Fulgencio Batista puso en crisis al organismo. Resucitado por una “Ley constitucional” del 4 de abril de ese mismo año (art. 147 y ss.), hecha a medida del dictador, tuvo el triste papel, jueces serviles mediante, de acompañarlo durante su despreciado régimen. Después de la revolución castris-

ta siguió formalmente vigente, bien con modificaciones (aunque en los hechos no actuara) hasta 1973. La Constitución marxista de 1976 lo eliminó definitivamente.

9. Recapitulación. Situación actual.

Una síntesis de lo dicho hasta ahora, evidenciaría que con el nombre de Tribunal Constitucional, el primer organismo así denominado, literalmente, fue el austríaco del 25 de enero de 1919, aunque sus funciones no fuesen todas las habitualmente propias en un cuerpo de ese tipo.

El primer tribunal constitucional, con mayor precisión y ajuste, y las principales competencias regulares de uno de ellos, fue el creado por la constitución de Checoslovaquia del 29 de febrero de 1920. De hecho, no obstante, su operatividad resultó mínima. El segundo, que tuvo el prestigioso apoyo intelectual y la participación como juez de Hans Kelsen, y que sí operó en la práctica, ha sido el de la constitución austríaca del 1º octubre de 1920. Ambas cortes tuvieron inspiradores y textos constitucionales distintos, con competencias más amplias para la austríaca, por más que coincidieran en algunos puntos fundamentales. El tercero, con el rótulo de Tribunal de Estado, deriva de la constitución de Liechtenstein del 5 de octubre de 1921, y ha tenido, formalmente, continuidad ininterrumpida desde su creación.

La primera Sala Constitucional es el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales creado por la Constitución de Cuba de 1940. Bien pensado, recién entró en funciones nueve años después, y al cabo de unos pocos más cumplió el lamentable papel de amanuense de Fulgencio Batista. Mantenido en los papeles por el castrismo, desaparecería en los años setenta.

El curso de los tribunales y salas constitucionales ha sido variado.

Eclosión. Se han divulgado por los cinco continentes, y no siempre en países de óptima calificación democrática (Bielorrusia, v. gr.). (16) Contribuyen a esa difusión la idea de la constitución como norma operativa (tesis que consolida la necesidad de contar con un organismo estatal que vele por su efectiva y correcta aplicación); la calidad jurídica alcanzada por muchos de ellos (v. gr., Alemania, Italia, España, Austria); los avances de su activismo en la tutela de derechos sociales (Colombia, Sudáfrica), y su adopción por muchos estados que estaban detrás de la “cortina de hierro”, y de otros hoy separados de la ex Unión Soviética. Es la propuesta más adecuada, teóricamente, a un sistema eficiente y consolida-

do de justicia constitucional. Ello no impide que algunos de estos tribunales se sometieran a la influencia de presidentes y de partidos (v. gr., Perú, durante cierto período, y más crudamente, Venezuela, cuya Sala Constitucional bate récords de sumisión y pleitesía). Que en un Estado haya un Tribunal o Sala Constitucional no implica mágicamente, de por sí, que sea realmente idóneo e independiente. Ninguno de ellos tiene ángel custodio. Ninguno, tampoco, es inmune ante los virus de la obsecuencia y del fracaso.

Los motivos del lanzamiento de una corte o sala constitucional, bueno es advertirlo, no han sido siempre altruistas, ni iluminados por puro amor al estado de derecho constitucional. Ocasionalmente, se han originado en “vendettas” de la clase política contra cortes supremas de tipo tradicional (con roles múltiples: casación, apelación extraordinaria, control de constitucionalidad), pero descalificadas socialmente, o simplemente opositoras al Congreso o al Presidente, y a quienes se las ha políticamente disminuido (y aún subordinado), mediante la erección de dichas cortes o salas constitucionales.

En algunos países federales, las cortes o salas constitucionales no han tenido recepción en el ámbito del gobierno central, pero sí en los estados, provincias o unidades federativas. Tal es el caso de México, donde nada menos que la mitad de los estados miembros han adoptado el sistema de salas constitucionales ubicadas en el interior de sus tribunales superiores locales. Incluso existen propuestas de reforma de la constitución federal, a fin de disciplinar en ese texto supremo de qué modo deberían instrumentar los Estados, obligatoriamente, dichas salas constitucionales, con el fin de mejorar su legitimidad, imparcialidad, independencia y gestión adecuada. (17) Otras federaciones, en cambio, han sido reacias en instrumentar la justicia constitucional especializada, tanto en el ámbito nacional como en el local. (18)

Falta mencionar, asimismo, algún proyecto tendiente a convertir un Tribunal Constitucional en Sala Constitucional de una Corte o Tribunal Supremo. Tal ha sido el caso de España, donde en 2018 el partido “Vox”, según informa *Confidencial Judicial* (6/12/18), ha planteado una iniciativa en tal sentido, siguiendo –al parecer– ideas de Alejandro Muñoz Alonso, a fin de convertir su Tribunal Constitucional en Sala VI del Tribunal Supremo.

Heterogeneidad. La multiplicación de cortes y salas constitucionales ha corrido pareja con su diversidad, en temas como sus competencias específicas, modo de designación de sus jueces, duración en el cargo, etc. (19) Uno de los puntos controvertidos ha sido, ocasionalmente, su inserción dentro del Poder Judi-

cial, como una suerte de corte suprema paralela a otras (Alemania); o integrante, en términos amplios, de la “rama” judicial (Colombia, v. gr.). Tal metodología, desde luego, no agradaría a Hans Kelsen, que como vimos, prefería que los magistrados del tribunal constitucional tuviesen un perfil y un margen de actuación distintos al de los jueces comunes.

Dentro de esa policromía institucional, el caso de Salas constitucionales “mutantes” es llamativo. En Paraguay, por ejemplo, un caso asignado a su Sala Constitucional puede desembocar en el pleno de la Corte Suprema, a petición de cualquier juez de dicha Sala (art. 16, ley 609/95). En Honduras, al fallar un caso, de no haber unanimidad el seno de la Sala Constitucional, el expediente puede también derivarse a la Corte Suprema en pleno (constitución, art. 316). Estas migraciones procesales importan, en definitiva, una suerte de “desfiguración de órgano”: el conflicto asignado inicialmente a un cuerpo concentrado y especializado en lo constitucional, pasa a un órgano *tutti frutti*, como es la Corte total. Algo que Hans Kelsen tampoco aprobaría. Nada de esto conformaría a Kelsen, desde luego.

De vez en cuando, y so pretexto de inconstitucionalidad por omisión, se ha intentado conferir a un tribunal constitucional competencias insólitas, como dar aprobación ficta a iniciativas de leyes presentadas por el Poder Ejecutivo, pero no tratadas por el Parlamento en un plazo determinado. (20)

Roles nomogenéticos. Mediante el uso de sentencias “interpretativas”, “manipulativas”, “modulatorias”, “exhortativas” o “atípicas”, varias cortes y salas constitucionales han asumido papeles legisferantes activos, algunas veces induciendo a otros órganos del Estado a que legislen, mediante las referidas sentencias exhortativas, y otras legislando directamente, a través de sentencias que de hecho sancionaban normas. De vez en cuando, ello ha tenido autorización del constituyente, por ejemplo respecto de la Corte Constitucional del Ecuador, habilitada por su Constitución para, en casos de inconstitucionalidad por omisión, ante la contumacia del órgano respectivo en dictar la norma ausente, a sancionarla hasta que éste no lo haga (desempeño del tribunal o sala constitucional como legislador suplente y precario). (21)

En otros supuestos, la actividad nomogenética (incluso de modo directo) de cortes y salas constitucionales halla una importante justificación sociológica, axiológica y política, en reclamos sociales sobre el necesario establecimiento de reglas claras y legítimas, al par que impostergables, para tratar ciertos asuntos. De darse esa situación de demanda colectiva, un prolongado e inadmisibles ocio parlamentario da pie, y hasta provoca, que la jurisdicción constitucional legis-

le excepcionalmente sobre el asunto, y que incluso lo haga sin mucho disimulo, por medio de sentencias o incluso por decisiones normativas llamadas en ciertos países “acordadas” o “acuerdos”, satisfaciendo así una suerte de evidente estado de necesidad comunitario de tipo normativo. (22) A todas luces, en principio todo esto tampoco conformaría al fundador de la escuela de Viena, aunque sería arriesgado conjeturar una decisión suya siempre y robóticamente condenatoria, planteado el tema hoy, y no cien años atrás, y siempre que la respuesta de los jueces constitucionales fuere intrínsecamente justa y útil.

Para concluir con este variopinto panorama, no olvidemos que, en plena fenomenología de hibridación, como la llama Lucio Pegoraro, cortes supremas al estilo estadounidense se metamorfosean –en parte- como tribunales constitucionales. Así, reducen en alguna medida su competencia general y la ciñen a temas constitucionales; y declaran *manu militari* (algunas veces por su propia autoridad y como entes supremos, intérpretes finales de la Constitución, y aun en ausencia de norma constitucional o legal que así lo disponga), que sus sentencias en materia de control de constitucionalidad deben ser seguidas por todos los tribunales inferiores. Ello produce que la ley así reputada inconstitucional no sea formalmente derogada, pero que ingrese a una especie de limbo jurídico donde, incluso de oficio, no debería ser cumplida por ningún órgano judicial. (23) En otros supuestos, reforma constitucional mediante, admiten determinadas acciones directas de inconstitucionalidad, ante sus propios estrados, omitiendo en tales procesos a los tribunales inferiores, con la posibilidad de abrogar a la norma que reputasen inconstitucional.

--o0o--

La experiencia jurídica y política muestra que nadie es propietario de una idea. Hans Kelsen pudo diseñar a su tribunal constitucional como un modelo impecable y perfectamente lógico, muy en consonancia con su teoría *pura* del derecho, pero poco después (apenas unos años más tarde, como ocurrió ya en la misma Austria en 1925 y 1929), los operadores políticos, dueños del poder, demostraron tener autoridad para realizar adaptaciones, ampliaciones, restricciones, perfeccionamientos, actualizaciones, distorsiones, desfiguraciones y hasta perversiones respecto de la obra original. En definitiva, no hay dogmas en la materia, la variedad no es pecado y los mestizajes no están prohibidos: hasta pueden ser virtuosos.

Un tribunal o sala constitucional no es legítimo por ser prístino e intelectualmente incontaminado, sino por resultar conducente para lograr el bien común de

una comunidad. En el fondo, prevalecerá el juicio de legitimidad por la utilidad, lo que implica el triunfo del pragmatismo, siempre que se satisfaga, además, al valor justicia. Asimismo, es harto conocido que con normas y estructuras no del todo perfectas, pueden lograrse resultados provechosos, si los operadores las instrumentan honesta y adecuadamente. Y viceversa.

De todos modos, a cien años del lanzamiento del primer tribunal constitucional, y ochenta de la primera sala constitucional, justo es, de modo especial, y como figuras emblemáticas, rendir tributo a quien inició la idea a fines del siglo XIX, por un lado, y a quien, por el otro, tanto hizo por elaborarla e instrumentarla, en el ámbito de una corte constitucional, incluso como juez de una de ellas, en los turbulentos años de la primera posguerra mundial. Georg Jellinek y Hans Kelsen, por cierto, merecen el profundo reconocimiento de todos nosotros.

Notas

(1) Chiappini, Julio E., *Hans Kelsen, constitucionalista y juez constitucional*, en prensa.

(2) Cfr. Lagi, Sara, *Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1928-1929)*, en Revista *Co-herencia*, Medellín, Colombia, 2012, págs. 276- 277. La autora destaca que, con el tiempo, Jellinek y Kelsen difieren en sus bases ideológicas: el primero parte de una concepción antiparlamentaria postulando una Corte Constitucional vigilante de los excesos del Poder Legislativo, mientras que el segundo, en su libro *Habilitationsschrift* (1911) ratifica la actuación del Parlamento como “órgano del pueblo” y productor del derecho. La tesis del anticipo en treinta cinco años de Jellinek respecto de Kelsen, en materia de la erección de un tribunal constitucional, es de E. Palici de Suni (ver Pegoraro Lucio y Rinella Angelo, *Derecho Constitucional Comparado. Sistemas de justicia constitucional*, Buenos Aires 2020, Astrea, t. 4 pág. 65). Respecto del cúmulo de competencias reducido del Tribunal propuesto por Jellinek, ver Carpio Marcos, Edgar, *Sieyes, Jellinek, Kelsen y los tribunales constitucionales*, en Kelsen Hans, “Sobre la jurisdicción constitucional”, Lima, 2017, trad. de Rolando Tamayo Salmorán y otros, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, págs. 195-6.

Como anécdota, cabe recordar que la relación en Heidelberg entre Jellinek y Kelsen no fue del todo cómoda. El último no asistió a otro curso académico que el de Jellinek, pero éste se rodeaba de “un círculo casi impenetrable de adoradores y admiradores, que sabían de manera increíble alabar su vanidad. Jellinek no soportaba la menor contradicción... Más aún, Kelsen cayó a poco en desgracia

con Jellinek”: Aladar Métall, Rudolf, *Hans Kelsen. Vida y obra*, México, 1976, UNAM, pág. 18. Agradezco a Julio E. Chiappini este aporte bibliográfico. No obstante, en otra oportunidad Hans Kelsen se habría definido como discípulo de Jellinek, al que llamó “Maestro inigualable”: Carpio Marcos, Edgar, *Sieyes, Jellinek, Kelsen...*, ob. cit., pág. 208.

(3) Para conferir a dicho Tribunal Constitucional austriaco un control más intenso de normas y asumir plenamente una identidad de tal, habrá que esperar a la constitución austriaca del 1º de octubre de 1920: cfr. Langásek Tomas, *Constitutional Court of the Czechoslovak Republic and its Fortunes in Years 1920-1948*, extraído de Langásek Tomas, *Ustavní soud Ceskoslovenské republiky a jeho osudy v letech 1920-1948*. Pilsen, 2011, *passim*. Ver también Osterkamp Jana, *Verfassungsgerichtsbarkeit in des Tschechoslowakei (1920-1939)*, Frankfort, Vittorio Klostermann ed., 2009, *passim*.

(4) Ver por ejemplo Lewandowsky, Bartosz, *Frantisek Weyr (1879-1951), Zapomniany Normatywista*, (“Frantisek Weyr (1879-1951, a Forgotten Normativist”) en “Zeszyty Prawnicze”, 2013, vol. 13-4. En el sentido de situar a Weyr como discípulo de Kelsen, ver por ejemplo Palomino Manchego, José F., *El Tribunal Constitucional de Austria y su influencia en los ordenamientos hispanoamericanos (los primeros pasos)*, en Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Flores Pantoja Rogelio (Coords.), “La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917”, Querétaro, 2017, Instituto de Estudios Constitucionales, pág. 637.

(5) Cfr. Glejdura, Stefan, *La nueva constitución de Checo-Eslovaquia*, en “Revista de Estudios Políticos”, Madrid, 1961, Instituto de Estudios Políticos, N.º 117-118, págs. 191 y 192. La letra cursiva y las comillas figuran en el original.

(6) Cfr. Viveiros, Mauro, *El control de constitucionalidad. El sistema brasileño como un modelo híbrido-dual*. Tesis doctoral. Universidad Complutense. Madrid, 2011, págs. 61-62, con cita de Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987, Civitas, págs. 290-297; Perez Tremps, Pablo, *Tribunales constitucionales y Poder Judicial*, Madrid, 1985, Centro de Estudios Constitucionales, *passim*.

(7) Algunos autores presentan a Jiri Hoetzel como un franco opositor a Hans Kelsen. Ver Olechowsky Thomas, *The beginnings of constitutional Justice in Europe*, en Michael Bark Madsen y Chris Thornhill, “Law and the Formation of Modern Europe”, Cambridge University Press, 2014, págs. 86/88.

(8) Langásek Tomas, *Constitutional Court...*, ob. cit., pág. 4. Sobre el papel desempeñado por Vaclav Joachim, Jiri Hoetzl publica un artículo en “Pravnik”, Praga, 1928, p. 564, atribuyéndole la autoría de la Ley Constitucional de 1920, sobre el tema Tribunal Constitucional. Información suministrada por el profesor de la Universidad de Wroclaw, Polonia, Krystian Komplak.

(9) Seguimos aquí a Langásek Tomas, *Constitutional Court...*, ob. cit., págs. 5-9. Ver también Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, ob. cit., pág. 286 y ss.

(10) Cfr. Palomino Manchego José F., *El Tribunal Constitucional de Austria...*, ob. cit., pág. 652. Nos remitimos sobre el desempeño de Hans Kelsen en la Corte Constitucional a Chiappini Julio E., *Hans Kelsen, constitucionalista y juez constitucional*, en prensa, con un detallado recuento de las principales sentencias del Tribunal donde intervino Kelsen. Sobre la sentencia del 28 de julio de 1921, que nulifica una ley del Länd Tirol que invade competencias federales, cfr. Chiappini Julio E., *Una sentencia de Kelsen que invalida una lex fugitivae*, en “El Derecho. Legislación Argentina”, Buenos Aires, 10/3/17, pág. 1.

(11) Cfr. Kelsen, Hans, *El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana*. Trad. por Domingo García Belaunde, en “Ius et Veritas”, Lima, 1993, Asociación Ius et Veritas, N° 6, págs. 81-90. Es un texto posterior (1942), al famoso opúsculo de Kelsen, sobre *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (“La Justice constitutionnelle”)*, aparecido en la “Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger”, París, 1928, vol. 38, págs. 197-259. La versión en español quizá más lograda es la incluida en Kelsen Hans, *Sobre la jurisdicción constitucional*, ob. cit., pág. 53 y sigts., donde plantea que la inconstitucionalidad de una ley puede provenir tanto por infringir el contenido como el procedimiento de elaboración de una norma, previstos en la Constitución; y anticipa el caso de los tratados internacionales como prevalecientes sobre la Constitución (págs. 53, 59). Este mismo libro contiene, igualmente, el trabajo de Kelsen sobre el estudio comparado de las constituciones austríaca y alemana, que mencionamos al comienzo de esta nota.

(12) Nos hemos ocupado del Tribunal de Estado de Liechtenstein en nuestro *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, con varias ediciones, la última, 4ª, Buenos Aires 2016, Astrea, tercera reimpression, t. 1 p. 68, en ocasión de atender a dicha corte como órgano jurisdiccional mixto, en el sentido de la posibilidad de haber estado integrado, en su momento inicial, tanto por jueces letrados como por legos.

(13) Olechowsky Thomas, *The beginnings...*, ob.y pág. cit. Sobre la opinión de Boris Mirkine-Guetzevitch, ver su prólogo a *Las nuevas constituciones del mundo*, 2ª ed., Madrid 1931, ed. España, pág. 33.

(14) Ver García Belaunde, Domingo, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, en “Boletín mexicano de Derecho Comparado”, México, 2004, UNAM, N° 37, págs. 283-312.

(15) García Belaunde, Domingo, *El Tribunal de Garantías...* ob. y pág. cits.

(16) Ver, por ejemplo, Pegoraro, Lucio, *Control jurisdiccional vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)*, en “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, Madrid, 2019, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, N° 23, págs.. 43-86.

(17) López Sáenz Emanuel, *La justicia constitucional local en México: un estudio de derecho comparado*, México, 2019, Cámara de Diputados, Consejo Editorial, pág. 37 y ss., 175 y sigts. Generalmente las salas constitucionales de los estados de la federación mexicana se llaman, precisamente, “salas constitucionales”, pero en Chiapas es “Tribunal de Justicia Constitucional” del Superior Tribunal de Justicia.

(18) Tal es el caso de Estados Unidos. En Argentina, solamente una provincia (la de Santiago del Estero), admite en su constitución la programación de una sala constitucional, en el seno del Superior Tribunal de Justicia local. En la provincia de Tucumán hubo en la constitución de 1990 un singular caso de Tribunal Constitucional, criticado en la doctrina especializada, pero nunca se implementó, y fue eliminado en la nueva constitución, hoy vigente. Ver Sagüés Néstor Pedro, *Tucumán y su Tribunal Constitucional*, en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1992-C-1171.

(19) Cfr. Pegoraro Lucio, *Control jurisdiccional vs. control político...*, ob. cit., pág.60 y sigts. Nos remitimos, para el área respectiva, a Sagüés Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, 2004, Porrúa, pág. 37 y sigts.

(20) Cfr. Constitución de la provincia de Tucumán (Argentina) de 1990, art. 134 inc. 2°.

(21) Sobre el art.436 de la constitución de Ecuador y algunas normas próximas en estados de la federación mexicana, con el desempeño de la corte o sala

constitucional como legislador suplente y precario, cfr. Sagüés Néstor Pedro, *La constitución bajo tensión*, Querétaro, 2016, Instituto de Estudios Constitucionales, pág. 243 y ss.

(22) Ver sobre el tema, en este caso respecto de una corte suprema, pero cumpliendo papeles de control de constitucionalidad, Sagüés Néstor Pedro, *El trámite del amparo colectivo nacional y los roles nomogenéticos de la Corte Suprema*, en Revista Jurisprudencia Argentina, 2018-III-1358.

(23) En cuanto los casos “Cooper vs. Aaron”, de la Corte Suprema estadounidense, y ”Farina”, en la Corte Suprema argentina, reiterando el deber de seguimiento de los tribunales inferiores de la doctrina sentada por aquellos tribunales supremos, v. Sagüés Néstor Pedro, *Un tema recurrente: el efecto expansivo de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Novedades significativas*, en Revista Jurídica La Ley, 29/6/20, pág. 2.

ABSTRACT

One hundred years ago, two countries, Czechoslovakia and Austria, in this order, programmed in their constitutions a Constitutional Court. Their intellectual authors and competences were partially different. In 1921, Liechtenstein changed his Constitution and organized a Court of State as a similar constitutional tribunal. And in 1940, Cuba designed in the Constitution a “Tribunal of Constitutional and Social guarantees”, as a chamber of her Supreme Court.

2020 is a good moment to remember those events and to compare them with development of both institutions (courts and chambers) in the present comparative law.

RESUMEN

Hace cien años, dos países, Checoslovaquia y Austria, en ese orden, programaron en sus constituciones una Corte Constitucional. Sus autores intelectuales y competencias fueron parcialmente diferentes. En 1921, Liechtenstein cambió su constitución y organizó una Corte del Estado similar a un Tribunal Constitucional. Y en 1940, Cuba diseñó en su Constitución un “Tribunal de Garantías constitucionales y Sociales”, como Sala de su Tribunal Supremo.

2020 es un buen momento para recordar esos eventos y para compararlos con el desarrollo de ambas instituciones (cortes y salas) en el actual derecho comparado.

KEY WORDS

Constitution of Zcechoslovakia, 1920.
Constitution of Austria, 1920.
Constitution of Liechtenstein, 1921.
Constitution of Cuba, 1940.
Constitutional Courts.
Constitutional Chambers.
Control of constitutionality.
Georg Jellinek.
Hans Kelsen.
Jiri Hoetzl.
Vaclav Joachim.

VOCES PRINCIPALES.

Constitución de Checoslovaquia, 1920.

Constitución de Austria, 1920.

Constitución de Liechtenstein, 1921.

Constitución de Cuba, 1940.

Cortes Constitucionales.

Salas Constitucionales.

Control de constitucionalidad.

Georg Jellinek.

Hans Kelsen.

Jiri Hoetzl.

Vaclav Joachim.

UN ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL
FEDERATIVO PARA EL BUEN VIVIR

A FEDERAL ORDER FOR CONSTITUTIONAL
GOOD LIVING

Dr. Xavier Garaicoa Ortiz¹

Recibido: 15-05-2020

Aceptado: 25-07-2020

SUMARIO

- 1. Antecedentes.*
- 2. Principios del Estado federal y del federativo.*
- 3. Evolución del sistema político-jurídico ecuatoriano.*
- 4. Intervalo indispensable: Consideraciones en torno a los principios de la desconcentración, delegación y descentralización.*
- 5. El régimen federativo.*
- 6. Conclusión: soberanía popular y ciudadanía múltiple en el régimen federativo para el buen vivir.*

Referencias bibliográficas.

1 Ph.D. sobresaliente cum laude en Interpretación de los Derechos y Libertades Constitucionales, Universidad de Castilla-La Mancha. Doctor en Jurisprudencia, Universidad de Guayaquil. Miembro de número de la Academia Nacional de Historia.

1. Antecedentes.

a) El federalismo moderno como forma de organización del Estado de Derecho, surge con la lucha emprendida por los Estados que conformaron los descendientes de los colonos británicos en los territorios de América del Norte. Amparándose en los derechos de autogobierno local que se les reconocieron en distintas cartas por parte de la monarquía y el Parlamento, los habitantes de esos dominios coloniales se dieron sus propios documentos constitutivos fundados en textos que proclamaban sus derechos, considerándolos como expresión paralela de la soberanía que ostentaban conjuntamente por ese entonces, el parlamento inglés y la monarquía.

El pacto de asociación para librar la guerra de emancipación que ligaba a los Estados americanos, se sustentaba en el novedoso criterio de que la voluntad expresamente manifestada por representantes mandatados por los pueblos, expresaba un vínculo entre todos sus integrantes que conducía a la formulación de obligaciones y deberes jurídicos a establecerse por ellos mismos, en torno a los derechos reconocidos como propios de la naturaleza humana: la igualdad de origen y la libertad de decisión. Esa es la convicción que proclama el texto aprobado por la convención a la que acudiesen sus representantes: la Declaración de Independencia de los Estados americanos ante lo que denomina como la tiranía de un régimen que desconoce y ofende a los derechos propios de esa parte de la humanidad².

Se conforma así la idea de un gobierno republicano, representativo de los habitantes de los Estados asociados y basado en la decisión de la población de to-

2 Es sabido que la Declaración de Independencia de los Estados Unidos está conformada de cuatro partes silogísticamente diferenciadas: Una primera que consiste, precisamente, en definir de manera ius naturalista los derechos fundamentales a los que se apela como premisa en su calidad de atributos propios de los seres humanos, provenientes desde el momento mismo de su creación. La segunda contiene como alegato acusatorio, una denuncia formal de las vejaciones perpetradas por la corona inglesa a las colonias americanas, rompiendo los compromisos pactados con ellas. La tercera, adopta la forma de argumentación interlocutoria en torno a la buena fe con que han venido obrando frente a esos compromisos los colonos americanos. Finalmente, este juicio sintético –el cual pese a su innovador contenido contractualista, donde resalta el papel de la soberanía popular, y al uso del principio jurisprudencial de equidad para el tratamiento de los derechos de las partes, continúa rigiéndose estrictamente en su forma a las normas de la retórica aristotélica– conduce como colofón a la conclusión lógica enunciada en la cuarta parte del mismo: la solemne proclama de separarse del dominio británico de manera conjunta, comprometiendo su unión para alcanzar ese empeño, fundamentándola en los susodichos principios de libertad, autonomía, respeto a los derechos comunes y a tener un buen gobierno que, siguiendo la preceptiva aristotélica para las polis griegas, persiga la felicidad de los asociados, sujetándose rigurosamente al escrutinio público y a la voluntad popular soberana expresada en normas.

dos y cada uno de ellos, vinculados como están a través de ese pacto o acuerdo -considerado como solemne por causa de la soberanía que le confiere la voluntad libremente expresada-. Dicho acuerdo se concretará en la figura de un poder Ejecutivo en torno al Presidente electo en comicio universal para un periodo prefijado, y limitado a cumplir aquellas atribuciones que se le otorga legalmente para el ejercicio de las competencias propias de su cargo. Para compensar ese poder, se establece constitucionalmente una representación bicameral de los Estados reunida en Congreso para la discusión y aprobación del presupuesto y demás leyes, así como una judicatura profesional independiente llamada a preservar los derechos y libertades mediante procesos conducidos por jueces dejando el peso de la decisión de los casos en manos de jurados legos. Es indispensable dejar anotado que al no haberse propagado ampliamente en el conjunto de las colonias británicas de América una estructura dominial de señorío territorial y apropiación rentística vinculada a un estamento aristocrático, ese diseño estatal encuentra un terreno despejado para erigir una organización política republicana compartida con gobiernos estatales, a los que se les atribuye en su ámbito la capacidad de decisión y de gestión bajo sus propias leyes, sujetándolas exclusivamente, al igual que al gobierno de la nación y a la legislatura, al control ejercido por la suprema justicia federal (*judicial review*) sobre la concordancia de dichos actos de autoridad con los principios constitucionales, a partir de lo que esta misma resolviese sobre el particular en su sentencia dentro del caso *Marbury vs. Madison* el 24 de febrero de 1803, fallo mediante el cual se atribuyó para sí dicho control.

El modelo político originario del federalismo moderno –combinación entre el republicanismo y la democracia mediante el predominio de una Constitución jurisdiccional que es simultáneamente nacional y federal (Antonio Negri: 1994)- acentúa en su diseño de distribución de atribuciones, las correspondientes a la “rama judicial” –tal como promovía Alexander Hamilton en sus artículos aparecidos en las publicaciones sobre el futuro del nuevo Estado que recogiese *The Federalist* (ver, *The Debate on Constitution*: 1993, así como *El Federalista*: 2006)-. La intención que perseguía ese diseño era el alcanzar un difícil equilibrio sistémico entre el proclamado liberalismo económico al que se atiene en sus relaciones productivas la sociedad estadounidense, y la desigualdad en el disfrute de las libertades personales. Esta última situación plantea el reto de enfrentarse con las realidades sombrías que acompañan al capitalismo, traducidas en flagrantes desigualdades sociales, desamparo existencial para vastos sectores de la población sumidos en la pobreza y la miseria, discrimenes raciales y de género, explotación laboral, etc. agravados todos ellos ante el desentendimiento del Estado con las obligaciones que le corresponden para enfrentar tales situaciones.

Recurriendo a un constante desarrollo de la tutela de los derechos por vía jurisprudencial, se va configurando paulatinamente un sistema de justicia, por medio del cual se imponen obligaciones de hacer (*mandamus*), así como prohibiciones o restricciones a la actuación de las autoridades (*injunction*), cuyo cumplimiento se encuentra sometido a un celoso escrutinio, generando además una atenta mirada por parte de la opinión pública, por lo que los criterios formulados por esta, suelen ser considerados en las motivaciones de las sentencias (*ratio decidendi*). Es fácil colegir de lo expuesto el papel fundamental que se le reserva dentro de la sociedad así organizada, a una justicia apegada a sustentar sus decisiones sobre la base de un sentido previsible de racionalidad que le permita alcanzar la legitimidad requerida para sus decisiones. En esas condiciones, el eficaz funcionamiento del sistema precisa, además, de un irrestricto respeto por el poder a la independencia de criterio de los jueces, su constante preparación, y un ambiente cultural que garantice en la vida social de la comunidad el apego al cumplimiento de los preceptos que emanan de dichas decisiones.

En todo caso, este modelo básico de justicia se manifiesta como discontinuo, e incluso discordante en sus contenidos, a causa de que esa preeminencia judicial -destinada originariamente a salvaguardar los derechos fundamentales- se enfrenta con una estructura institucional imprecisamente ordenada, entrecruzada en sus funciones y confusamente jerarquizada en relación con las atribuciones estatales propias de las autoridades respectivas (Robert A. Burt: 2000). Tal modelo orgánico que reconoce como eje referencial a la Presidencia, fue promovido también en *The Federalist* por Madison. El resultado obtenido es que las normas por las que se regula la vida ciudadana suelen ser contradictorias, intrincadas u opuestas entre sí, a causa de su distinta fundamentación y de la diversa orientación por la que se guían al perseguir sus objetivos. Consecuentemente, los derechos consagrados por ellas se encuentran parcelados en su eficacia y limitados en el alcance de las garantías para su ejercicio al encontrarse sometidos en la práctica a múltiples jurisdicciones estatales y locales, todo lo cual conduce irremediablemente a una estamentación diferenciadora en la asignación de ellos, ahondándose así las desigualdades estructurales al consagrarse una estructura de inequidades para su disfrute.

Aun cuando tal situación encuentra un cierto paliativo en las disposiciones obligatorias de las sentencias de la Corte Suprema, este mecanismo se torna insuficiente en razón de las propias limitaciones que ella misma se impone con la auto restricción (*self restriction*) para poder ejercer su atribución de seleccionar causas (*certioraris*), en las cuales da a su decisión fuerza *erga omnes*. Concomitantemente, una considerable cantidad de sentencias por ella emitidas únicamente pueden calificarse como precedentes análogos, con fuerza exclusivamente *in-*

ter pares, los cuales, para poder ser usados en casos particulares distintos al resuelto, requieren ser calificados casuísticamente en su idoneidad por los tribunales que conocen estos últimos.

El costo que conlleva ese acento en la salvaguarda jurisdiccional de los derechos y libertades, es que estas últimas tiendan a despolitizarse, con la consecuencia de que se vaya generalizando entre las autoridades y la población una irresponsabilidad en la actuación práctica de las mismas. De esa manera, el Estado en su conjunto asume una actitud conservadora, reacia ante los cambios que demanda la propia intensificación de la dinámica social y la diferenciación creciente que se da entre una población multicultural. El profesor emérito de la Universidad de Yale, Robert Dahl, propone un cambio sustancial en ese modelo, promoviendo para ello una mayor igualdad en el funcionamiento político del sistema e ir generando mayorías decisorias identificadas con la movilidad de los intereses que demanda una ciudadanía ampliada y diversa, garantizando a la par la preservación de los derechos fundamentales (Robert Dahl: 2003).

b) En Europa occidental, pese a que ya desde el Renacimiento la mirada de sus pensadores volvió su atención al pasado clásico greco romano, en el cual pudieron encontrar modelos como el de la *anfitionía* o alianza que formaban los pueblos de las distintas *polis* que se identificaban con la cultura griega y su ordenamiento peculiar, el bagaje histórico que portaban las nacionalidades asentadas territorialmente en el Medioevo, arrastraba consigo los vestigios de la conformación tribal de sus estructuras de mando y la permeabilidad existente en sus agrupamientos gregarios en constante movilidad, las cuales se mantuvieron invariables pese a las efímeras unificaciones dinásticas promovidas por la Iglesia, como la del Sacro Imperio Romano Germánico. Tras los sucesivos cismas internos y el sometimiento de los Papas a los más poderosos monarcas europeos, así como debido a la declinación que para su poderío significó el opacamiento y la ruina del principal aliado y sostén con que había contado hasta entonces, la monarquía absoluta de España, la única posibilidad de cambio que se vislumbraba para garantizar el progreso de las nuevas formas económicas, era la transformación de sus estructuras estatales para abrir paso a la producción mercantil y a nuevas relaciones en el conjunto de la sociedad.

Esa ruptura se va a producir con la Revolución Francesa de 1789 que dió al traste con las instituciones feudales y la monarquía absoluta. El naciente régimen republicano francés acosado por conspiraciones restauradoras y asediado por las intervenciones militares de los regímenes monárquicos vecinos, aunque instaura como su fundamento político la conformación representativa para el Estado y

la separación de poderes al igual que en Estados Unidos, se ve obligada ante la gravedad de la situación, a concentrar en la cúpula del poder la capacidad de tomar decisiones y de enjuiciar sumariamente a sus detractores y enemigos. Pese a la existencia de una representación general expresada en la Asamblea Nacional y del robustecimiento de una judicatura de carrera librada del caprichoso mandato de los monarcas, deriva inexorablemente hacia un poder personalizado, primeramente con el Consulado y finalmente con el imperio napoleónico.

La conducción de Bonaparte hace posible que se vayan consagrando los rasgos de este modelo imperial centralizado: subordinación de toda la actividad estatal al interés único de la Nación, lo que implicaba anteponer el robustecimiento militar, una gestión administrativa eficiente por una burocracia jerarquizada según su calificación y cumplir con los objetivos fijados para la política externa que se resumían en la consecución del predominio francés sobre Europa y sus colonias. En este modelo, el Estado admite la existencia de gobiernos autónomos locales (comunidades, municipios, parroquias) con capacidad legislativa limitada a sus ámbitos, la cual se encuentra subordinada a la regulación normativa nacional y a las asignaciones presupuestarias destinadas para ellos. Otro tipo de autonomías institucionales que se encuentran contempladas en la normativa unitarista son las entidades que cumplen funciones precisas y prestan servicios especializados de manera focal (educación, cultura, deportes). Además, existen dependencias descentralizadas para la administración territorial de algunas de las funciones atribuidas al gobierno central.

Bajo ese modelo centralista, cuya administración vertical imponía como circunscripciones a Departamentos conducidos por los gobernadores designados en París, y a los distritos seccionales manejados burocráticamente por las prefecturas, los derechos quedaban librados al resultado de las lides políticas y a los vaivenes electorales. Las constituciones proclamaban pomposamente los derechos ciudadanos y los principios revolucionarios de libertad, igualdad y fraternidad, mientras se restringía su ejercicio real, sin que se vislumbrara la presencia de una tutela eficaz por parte de una magistratura adocenada, adiestrada metódicamente para cumplir ese papel en la Escuela Nacional creada para el efecto por Bonaparte.

c) El federalismo como régimen organizativo resurgirá en Europa tras el descalabro de Alemania al que la condujo el régimen racista hitleriano y su agresiva política belicista que la arrastró hacia el camino que desembocaría en un conflicto global. Producida la partición de ese país en zonas de ocupación y el surgimiento de dos estructuras estatales, la una al Este y la otra al Oeste, en la ciudad de Bonn se va a promulgar en 1949 la denominada Ley Fundamental de la Repú-

blica Federal Alemana (RFA) que actualmente, luego de la reunificación, se ha convertido en su Constitución.

Caracteriza a este régimen republicano, en primer lugar, su compromiso proclamado por el texto de su norma suprema con el respeto y la protección de la dignidad humana y la vigencia de un conjunto de principios que le sirven de fundamento organizativo, a saber: a) la soberanía popular como fundamento de la voluntad manifiesta, b) la división de poderes para evitar recaer en el autoritarismo, c) la responsabilidad del gobierno por sus decisiones y actuaciones que permite exigir correctivos y demandarle indemnizaciones, d) la legalidad de la administración por la cual se limitan las atribuciones que pueden ejercer a las que se les asigna normativamente para hacer exigible cualquier arbitrariedad, y, e) la independencia de los tribunales. En la parte orgánica se consagra la organización del poder en torno al Parlamento (*Bundestag*) con representación de los distintos Estados y ante el cual es responsable el gobierno, por el origen de su nominación en sede legislativa. Mientras tanto, la jefatura de Estado recae sobre un Presidente electo indirectamente por un organismo colegiado, cuyas funciones son meramente protocolarias al no tener capacidad reconocida para controlar al gobierno parlamentario, ni mando alguno sobre la fuerza pública.

Por las singulares características de asociar bajo régimen federativo con un gobierno presidencial a varias nacionalidades históricas manteniendo sus particularidades, mencionamos los casos de la hoy desaparecida República Socialista Federativa de Yugoslavia, finalmente escindida entre varios Estados tras un cruento proceso de disolución, y la Confederación Helvética de cantones suizos, que en realidad como su nombre lo expresa, es una asociación de tres naciones distintas (alemana, francesa e italiana) con su normativa y estructuras propias, que aceptan algunas instituciones supra ordenadoras para los asuntos concernientes a su política común y al manejo presupuestario, colocando además los derechos fundamentales bajo la tutela de normas constitucionales, cuyas garantías incluyen el control de constitucionalidad por una judicatura.

d) Otro tipo de asociacionismo surgido en Europa y vigente básicamente en Italia, Portugal y España es el de los Estados unitarios descentralizados en regiones que conforman instituciones gubernamentales y organismos legislativos sujetos a un Estatuto normativo de Autonomía. La denominación con que se los conoce es la de Estados Autonómicos. Cabe sin embargo diferenciar dentro de esa clasificación general, el reconocimiento de territorios autonómicos históricos donde se asientan nacionalidades con fuertes identidades a las cuales se les reconoce un margen mayor en cuanto a las características de sus órganos de gobierno

propios y a su ordenamiento jurídico, como acontece en España con Navarra, el país vasco, Cataluña y Galicia. En esos casos se presume jurídicamente la voluntad de mantener un estatus de unificación producido en algún momento del desarrollo histórico que, sin embargo, no afectó al hecho de las identidades nacionales básicas; o, como sucede en España, se lo deriva de un acuerdo constituyente diseñado para una transición desde la dictadura franquista hacia una democracia plural. Complementariamente, se reconoce la voluntad asociativa de cualquier otro sector territorial de la ciudadanía para constituirse en administración gubernativa autónoma, a condición de que la misma se exprese democráticamente mediante el mecanismo de una consulta popular aprobatoria por una mayoría calificada de sus electores.

Sería importante destacar a esta altura, que en el Estado Autonómico –de manera distinta a lo que acontece en el Estado Federal asociativo originario- la voluntad soberana constituyente es la que configura por medio de la Constitución, una composición compuesta para el Estado, la cual se deriva del texto mismo de esta, a través del cual queda expresamente establecido los requisitos previos a cumplir, las condiciones que deben reunirse y los procedimientos a seguir, conducentes a la conformación y reconocimiento final por el Estado de las regiones que hubieren optado para acceder a esa condición, estableciendo en el mismo texto un tratamiento diferenciado preferencial para las nacionalidades históricas, como lo hace la Constitución española.

e) En la América hispana (otro es el caso de la portuguesa, francesa, inglesa u holandesa), los casos de Estados federativos (los denominamos así para diferenciarlos de los Estados federales originarios o refundados) como México y Argentina, este tipo de organización estatal es el resultado de una decisión debidamente legitimada, de conformidad con previas disposiciones constitucionales vigentes; es decir, proviene de una voluntad soberana habilitante y no directamente asociativa como sucede con los Estados Federales originarios (Estados Unidos, la Confederación Helvética) o refundados (Alemania).

En el caso de México, la República se vió enfrentada constantemente a pretensiones autocráticas, como los pujos monárquicos de Iturbide al inicio de su vida independiente, la entronización de Maximiliano de Habsburgo por la intervención napoleónica y la dictadura de Porfirio Díaz. De otra parte, debió enfrentar una permanente inquietud por la amenaza a su integridad territorial ante el expansionismo estadounidense que le arrebató extensas zonas en su frontera norte. Ambos factores, junto a las tradiciones precolombinas consagradas por la corona española de otorgar una conveniente autonomía mientras le pagasen tribu-

tos y regalías, determinaron su organización que atraviesa distintas vicisitudes: el federalismo regionalizado que imponen los Estados en el texto constitucional de 1824; el ulterior tránsito a un régimen liberal, desde el cual se promueve un relativo equilibrio entre el gobierno federal y los gobiernos estatales colocándolo bajo el amparo del denominado federalismo cooperativo entre ambos por la Constitución de 1857. Dicho cambio se generó tras el combate contra el imperio francés que culminó con el triunfo de la República ante la monarquía invasora en 1847. Finalmente nos encontramos con el federalismo centralizado que se inauguró con la Constitución de 1917. Esta norma, pese a que ya existía una organización federal en dicho país, proclama en su artículo 2 que "La nación mexicana es única e indivisible". A continuación, el texto del mismo artículo asevera que la composición de esta es pluricultural a causa de los pueblos indígenas que la habitan, los cuales conservan sus instituciones tradicionales, se dan sus autoridades y se regulan por sus propios sistemas normativos. Como se aprecia, el Estado constitucional mexicano consagra un gobierno federal presidencialista, con las facultades de jefe de gobierno, jefe de Estado y comandante en jefe de las fuerzas armadas reunidas en el cargo de Presidente, lo cual convierte a su función en un mandato imperial, aun cuando se lo ejerza de modo temporal y sea revocable, sustentando su gestión sobre un conjunto de atribuciones y disponiendo de un vasto y provisto aparato administrativo.

2. Principios del Estado federal y del federativo.

A partir de este sumario recorrido estamos en capacidad de resumir los principios por los que se rigen los Estados que optan desde su origen o refundaciones (federales por asociación) y los que facultan la conformación de territorios federales y autonómicos (federativos por configuración). Ambos tienen como sustento doctrinario y práctico a la voluntad soberana expresa. La diferencia es que para los primeros se trata de una voluntad concurrente desde varias organizaciones estatales previas que se asocian y se comprometen a mantener las condiciones de unidad acordadas en un texto constitucional fundante, mientras que en el otro caso, la voluntad soberana constituyente de un solo ordenamiento establece normativamente que se pueda configurar una institucionalidad federal para organizar la conformación compuesta del Estado y facilitar su gobernabilidad.

Anticipando desde ya que la opción adecuada para nuestro país sería este tipo de Estado federativo, podemos resumir sus principios básicos en los siguientes ítems:

a) Voluntad asociativa compartida por un conjunto de plural de organizaciones estatales declarada constitucionalmente, o, voluntad expresa de un pueblo para configurar una organización asociativa, derivándola de un ordenamiento constitucional común con miras al buen vivir (Aristóteles: 2005:137).

b) Garantía de autonomía para que los pueblos indígenas puedan preservar sus formas propias de organización social fundadas en sus concepciones comunitarias y en sus tradiciones.

c) Preeminencia de los derechos fundamentales.

d) Control estricto de constitucionalidad y garantías para los derechos..

e) Compromiso efectivo de solidaridad entre las partes integrantes.

f) Garantías para la igualdad y la dignidad individual y colectiva.

3. Evolución del sistema político-jurídico ecuatoriano.

En su trayectoria formativa la Nación ecuatoriana, surgida de la guerra revolucionaria de liberación anticolonial³, fue adquiriendo sus rasgos específicos, atinentes a su ordenamiento territorial, a su composición etno-demográfica, y a los vínculos clasistas o estamentarios que conforman el abigarrado entretejido de su sistema productivo (René Zavaleta: 2009), el mismo que se encuentra conectado por débiles lazos con el mercado mundial capitalista. Su trayecto está marcado por los constantes vaivenes de las luchas políticas que acompañan a los alineamientos de intereses emergentes y a las nacientes concepciones ideológicas que afloran en el marco de las culturas tradicionales y arraigadas creencias espirituales, religiosas y sincréticas.

Junto a la estructura estamentaria de matriz colonial -que fija jurídicamente

³ El carácter revolucionario de esa guerra estuvo dado por su objetivo de liberación no sólo del sometimiento administrativo y comercial de la metrópoli, sino también por el objetivo planteado de construir un régimen republicano con un fundamento radicalmente distinto al de la monarquía semi-absolutista que reinaba en España. Cabe destacar que por esa época los únicos regímenes que podían servir de modelo contemporáneo a seguir, eran: la monarquía parlamentaria de Inglaterra, el régimen presidencial estadounidense, la República francesa, los cantones suizos, y las emergentes Repúblicas en el área latinoamericana: Haití, las provincias unidas del Río de la Plata, Chile, y, por supuesto, la República de Colombia, cercana al modelo francés, de antecedentes clásicos provenientes del ordenamiento romano.

como órdenes o estados a distintos sectores en consideración a su pertenencia racial y a su capacidad de ejercer dominio o mando desde las relaciones serviles emerge lentamente una específica configuración clasista, limitada territorialmente al espacio que ocupan las plantaciones en la región litoraleña. Las contadas actividades a las que se circunscribe el trabajo que, de manera subsidiaria, realizan algunos pocos operarios, son básicamente de carácter artesanal y manufacturero y su destino es la producción de unos cuantos bienes de consumo para alimentar los circuitos de un exiguo intercambio mercantil, mediante el cual se abastece una reducida porción de la población, agrupada en los centros urbanos conformados en torno al sistema fluvial de la cuenca del río Guayas.

La movilidad social provocada por el desplazamiento forzoso y la recluta obligada que acompaña al conflicto bélico por la Independencia, posibilitan el afianzamiento de una estructura caciquil erigida sobre la organización jerárquica de la milicia, cuya cúspide la comparten hacendados y militares profesionales. Se abre así un nuevo periodo de disputas entre la nueva burocracia, comerciantes, hacendados y el clero por la asignación y distribución del trabajo servil al que continúan sometidos indígenas, esclavos y peones, con la finalidad de apropiarse de la renta originada por su actividad laboral, y de las cargas e imposiciones monetarias que se les obliga a cubrir por medio de la coerción.

La naciente sociedad ecuatoriana adquiere así un marcado carácter gamonalicio⁴ conformado en torno al poderío de los cacicazgos tradicionales y de caudillismos militares. Para consolidar su dominación, estos sectores concentran en las antiguas parroquias eclesiales a una ciudadanía censitaria sometiéndola a un severo control por medio de autoridades policiales y el clero. A partir de ese baluarte primordial acaparan las representaciones ante organismos públicos y ocupan ascendentemente la integración de las asambleas electorales que designan a las altas dignidades del Estado. Se valen para ese fin de un sistema de alianzas inter regionales dándole un marcado carácter terrateniente al aparato estatal, asentado en el predominio confesional en la vida intelectual.

A lo largo del siglo XIX se configura un Estado centralizado burocrática, mili-

4 “El término gamonalista no designa sólo una categoría social y económica: la de los latifundistas o grandes propietarios agrarios. Designa todo un fenómeno. El gamonalismo no está representado sólo por los gamonales propiamente dichos. Comprende una larga jerarquía de funcionarios, intermediarios, parásitos, etc.”...”El factor central del fenómeno es la hegemonía de la gran propiedad semifeudal en la política y el mecanismo del Estado”. MARIATEGUI José Carlos: *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Empresa editora Amauta, Lima 1970: 37.

tar y eclesiásticamente. La Constitución de 1835 reintrodujo la división provincial en el país que databa de la época colonial, abandonando la división departamental de las constituciones colombianas. El artículo 82 de la misma instauró, dentro de la jurisdicción correspondiente a ellas, a los cantones como núcleos de poblamiento urbano y a las parroquias urbanas y rurales. El gobierno político de las provincias correspondía a los Gobernadores que, a la usanza imperial romana resucitada por Napoleón, eran agentes inmediatos del por entonces denominado Poder Ejecutivo, otorgándoles además, la dirección administrativa cantonal a través de los Corregidores que tenían a bien designar y sobre las parroquias por intermedio de los Tenientes Políticos. En 1843, la Convención Nacional deja establecido en el artículo 80 del texto constitucional que el Ejecutivo nominaría a cinco o siete ciudadanos “honrados e independientes por su propiedad o medios de subsistencia, como auxiliares del Gobernador”. Empezaba así un proceso que buscaría darle carácter orgánico al ejercicio de la dominación política en el aparato estatal.

La transformación civilista de 1845 formuló en la nueva Constitución un capítulo, adicionando en el mismo a las municipalidades de tradición hispano-romana para el gobierno de los cantones. Se mantenían en el mismo las atribuciones correspondientes al ámbito provincial en manos de los gobernadores. En 1861 se establece constitucionalmente la elegibilidad tanto para los gobernadores de las provincias, como para los Jefes Políticos cantonales y los Tenientes Políticos en las parroquias rurales. Se inicia de esta manera un régimen compartido de autoridades políticas responsables del régimen central y del local.

En 1869, culminando la organización del Estado Terrateniente (Rafael Quintero y Ericka Silva: 1991) se consolida su carácter confesional mediante un Concordato celebrado con El Vaticano, a través del cual se le otorga un estatus preeminente a la organización clerical. Como consecuencia de esta alianza, la estructura territorial de la Iglesia Católica se superpone e imbrica estrechamente con la del aparato estatal. Dentro de este diseño autoritario de corte eclesial-burocrático, se refuerza el papel superior que les corresponde en la estructura pública de las provincias a las Gobernaciones designadas; mientras que el Jefe Político cantonal ejerce simultáneamente la Presidencia de los cabildos municipales en las capitales de provincia. De esta manera, la tradicional representatividad vecinal de los cabildos es subsumida bajo el aparato central del omnipotente Estado central garciano.

El régimen de cohabitación entre un régimen dependiente central presente en las provincias y las municipalidades de los cantones, se mantendrá incluso en la Constitución de 1897 dictada por la Convención Nacional convocada tras la re-

volución alfarista de 1895⁵. Tan sólo en la Constitución de 1906 se refrendó mediante el artículo 114 la independencia de las municipalidades con respecto al Ejecutivo. No se consideró sin embargo, entre sus disposiciones, aquella observación que formulase en 1877 Juan Montalvo, quien sostenía que: "...en los pueblos republicanos, cada uno tiene sus facultades que le dan una como soberanía subordinada a la soberanía general. El Estado nombra su Presidente, la provincia su Gobernador" (Juan Montalvo: 1929: 199).

Tras la revolución democrático-popular del 28 de mayo de 1944 que depuso al gobierno plutocrático de Alberto Arroyo del Río, la Constitución aprobada en 1945 por la Asamblea Constituyente introdujo en la gestión provincial, junto a las gobernaciones delegadas por la administración del Ejecutivo, los organismos representativos de los Consejos Provinciales y el Prefecto de elección popular. En su artículo 252 la Constitución del 2008 cambió el mecanismo de representación en el organismo colegiado, sustituyendo la elección directa de sus integrantes por representantes calificados de entre las dignidades alcaldicias y los ediles de los concejos cantonales, así como por representantes de los Presidentes electos de las Juntas Parroquiales. El texto actual mantiene sin embargo, la elección por votación popular directa para los cargos del Prefecto y el Vice Prefecto.

4. Intervalo indispensable: Consideraciones en torno a los principios de la desconcentración, delegación y descentralización.

Según Georges Vedel la desconcentración es una técnica de organización por medio de la cual se trasladan ciertos poderes de decisión, correspondientes a los agentes del gobierno central, a una dependencia ubicada en una determinada circunscripción territorial, o, para que ésta asuma la prestación de algún servicio que corresponde brindar al Estado. Se diferencia por tanto de la delegación, consistente en un acto particular de simple administración por el cual el superior dis-

5 El 5 de junio de 1895 el pueblo de Guayaquil reunido en cabildo, depuso a la representación del gobierno conservador "progresista" y proclamó como Jefe Supremo al exiliado líder rebelde del liberalismo montonero, General Eloy Alfaro, quien inmediatamente tras su arribo organizó su ejército con el que se tomó la capital. Alfaro convocó una Convención Nacional para dictar una Constitución que entró en vigencia en 1897 y lo proclamó como Presidente de la República. Se inició así el periodo de modernización del Estado ecuatoriano, reformando su administración e introduciendo cambios en la vida social como la laicización de la vida pública, el matrimonio civil y el divorcio, la desamortización de tierras y la abolición de los mayorazgos, así como la institucionalización y profesionalización del ejército. Alfaro fue detenido cuando intentaba retornar al poder y masacrado en 1912 por una confabulación entre altos funcionarios, grandes terratenientes y el clero.

pone la ejecución de medidas específicas o actuaciones de trámite a un subordinado dentro de la jerarquía administrativa, sin que ese acto conlleve la transferencia de la capacidad de decisión que acompaña aquellas facultades propias de la atribución legal específica asignada a la autoridad, cuyo ejercicio se lo faculta la competencia que ostenta, derivada a su vez, de la potestad delegada.

En la desconcentración, por cuanto conlleva una transferencia de autoridad para la adopción de decisiones o para gestionar la prestación de un servicio destinado a garantizar alguno de los derechos contemplados en la Constitución, la responsabilidad se considera compartida por la autoridad y por quien asume la obligación del servicio en razón de las facultades de que se haya investido. Por el contrario, la delegación funcional, en consideración a su carácter meramente operativo, mantiene la responsabilidad en el delegatario. La filósofa política Al respecto, la filósofa política Hanna Arendt observaba agudamente que, en virtud de un intrincado sistema de constantes transferencias de funciones y facultades, la jefatura de la administración pública se enajena de su responsabilidad frente a la ciudadanía, convirtiéndola apenas en responsabilidad vicaria que se reduce a los aspectos éticos de su comportamiento político (Hanna Arendt: 1998: 8). Precisamente, la consulta para la revocatoria de mandato contemplada en el artículo 105 de la actual norma suprema vigente en Ecuador, considerando esta circunstancia que aflora en la relación con el poder delegado, permite una evaluación colectiva de la responsabilidad del titular de la potestad mediante el mencionado mecanismo comicial, cuyo resultado produce un efecto directo e inmediato.

A partir de las consideraciones señaladas, constatamos que en los espacios geográficos diferenciados del territorio nacional con sus respectivas bases productivas, se han venido configurando históricamente comunidades parciales, con identidades adquiridas y/o reputadas, tipos psicológicos característicos y variedades dialectales que configuran comportamientos sociales expresivos de su posición real en la estructura social y de su disposición subjetiva para llevar a cabo una actuación performativa. Desde el punto de vista de la integración social, tal regionalización consiste en "...una forma fragmentada de hegemonía que se ejerce sobre una articulación inter clasista, más o menos diferenciada internamente de sectores dominantes y subalternos, en condiciones de aglomeración de varias formas productivas a nivel nacional, o al debilitamiento de las estructuras que subsumen a las restantes como consecuencia de una crisis orgánica. La hegemonía escasea y se repliega a su espacio primigenio, mientras que la soberanía nacional se reduce a sus manifestaciones más directas de dominación" (Xavier Garaicoa:2002:216)

En condiciones como la reseñada, las organizaciones gubernativas locales, las entidades autónomas vinculadas con la sociedad civil, e incluso las dependencias del gobierno central, se agrupan para promover sus particulares intereses y negociar el mantenimiento de sus prebendas.

Entre las últimas anteriormente mencionadas, de acuerdo al artículo 225 CRE en su numeral 3, nos encontramos con organismos creados por la norma constitucional, como es el caso de la Contraloría, la Defensoría del Pueblo, Procuraduría General, Defensoría Pública, Consejo de la Judicatura, organismos judiciales, Corte Constitucional, Consejo Nacional Electoral, etc. Contamos además, con entidades creadas por ley como las universidades, las empresas públicas, etc. Los primeros cumplen la función de ejercer una potestad estatal específica, asignada por la norma suprema; mientras que las segundas son conformadas para la prestación de servicios públicos o para el desarrollo de actividades económicas asumidas por el Estado. Los organismos con potestad estatal tienen un carácter autárquico y son conducidos por autoridades propias e independientes, cuyo cargo lo obtienen a través de nombramientos tras superar los concursos entre candidatos propuestos, cuya realización la llevan a cabo las comisiones ciudadanas integradas por el Consejo Nacional de Participación Ciudadana, o, en otros casos, al superar los concursos públicos que lleva a cabo el Consejo Nacional Electoral. En cuanto a las entidades, están sujetas a un régimen de autonomía arreglado a la legislación orgánica correspondiente, el cual incluye, entre otras facultades, la autogestión de sus procesos, el manejo de fuentes de financiamiento propias para sus operaciones, la rendición pública de cuentas y el sometimiento al control legal y social.

5. El régimen federativo.

En base a todo lo hasta aquí examinado, recopilando de aquí y de allá experiencias y tendencias sobre las relaciones bajo regímenes federativos y autonómicos, pero sobre todo con la mirada concentrada en nuestra realidad y en su evolución histórica, podemos aventurar la afirmación de que el denominado “federalismo”, esporádicamente presente en nuestro medio, responde, no a un afán de unidad en igualdad de condiciones básicas para las distintas instancias estatales, sino más bien a un reivindicacionismo irredento referente a una distancia frente a la administración y al gobierno central, rayana incluso en la secesión. Nada de esto tiene que ver con el esfuerzo continuo de unidad para avanzar hacia metas comunes compartiendo la complejidad de un trayecto azaroso, ni con el apoyo solidario entre los pueblos asociados en ese esfuerzo común, ni con el acuerdo renovado del apego invariable a los principios políticos y jurídicos en que se sustenta el federa-

lismo en general; mucho menos con los del tipo de federalismo plurinacional e intercivilizatorio de ciudadanía pluriversa y protagónica, orientado hacia el Buen Vivir colectivo y el Sumak Kawsay comunitario (Xavier Garaicoa: 2019) que corresponden a nuestro Ecuador, diverso y variado en su composición; múltiple y complejo en sus tradiciones culturales y vertientes civilizatorias.

El primer gran problema que debemos afrontar es el atinente a la legitimidad de esa aspiración, vale decir, a dejar establecida el grado de su pertinencia en nuestra formación social y el nivel de su conformidad con nuestro ordenamiento. A partir de allí, habría que examinar si se reúnen los requisitos formales y los procedimientos democráticos que se debe implementar en el proceso conducente a la plena validación de este proyecto. Los referidos elementos contienen dos aspectos esenciales para los principios fundamentales que conforman al Estado contemporáneo: el atinente a la existencia de una regulación aplicable, contenida en alguna de las disposiciones jurídicas de la norma constitucional, y, por otra parte, el mecanismo idóneo para la expresión democrática de la voluntad popular sobre la propuesta federativa. Ambos elementos invocados forman, considerados de conjunto y complementariamente, lo que se denomina como el poder constituyente.

La Constitución actualmente vigente, recordémoslo, es el producto de un proceso constituyente que recorrió sucesivamente cada una de las etapas previstas para dar validez a su accionar, dando cumplimiento a los procedimientos previstos para ello. Nos referimos a la consulta plebiscitaria para su convocatoria, las elecciones para asambleístas constituyentes, la aprobación de un Estatuto y reglamento de funcionamiento, el debate constante con la sociedad civil, y, finalmente, el referéndum aprobatorio del nuevo texto constitucional, sustitutivo del anterior.

En esas circunstancias, con la vigencia de la Carta de Ciudad Alfaro se configuró un nuevo tipo de ordenamiento constitucional, dentro del cual correspondería examinar los mecanismos idóneos para implementar la organización federativa. En esa misma línea, debemos tomar en cuenta que, por primera vez en nuestra historia política, un poder constituyente juridificó de manera adecuada la atribución de modificar el texto originario a través de enmienda, a condición de no alterar su estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado, de no establecer en su texto restricción alguna para los derechos y garantías, o variar el procedimiento de reforma de la Constitución. Si se respeta ese blindaje normativo que preserva la rigidez del texto constitucional en esos aspectos básicos, el trámite podrá cumplir con su tramitación previsto por el artículo 441 CRE, bien por medio de su sometimiento directo a referéndum para su aprobación por el pueblo, o bien mediante su aprobación por una mayoría calificada

de la Asamblea Nacional. Se trata en resumen de un ejercicio legítimo del poder constituyente reformativo previsto por la propia norma constitucional.

¿A qué se refiere este texto contenido en el artículo 441 CRE cuando proclama la inalterabilidad del carácter y elementos constitutivos del Estado? La respuesta la encontraremos en el artículo 1, Título I que se refiere a los Elementos constitutivos del Estado como menciona literalmente su capítulo primero, expresado en los rasgos que le son característicos y en los principios fundamentales por los que se guía en su accionar como Estado constitucional de derechos y justicia, esto es: social, democrático, soberano, independiente, UNITARIO, intercultural, PLURINACIONAL y laico, organizado en forma de República y gobernado de manera DESCENTRALIZADA (los resaltados me pertenecen).

En cuanto a los elementos del Estado, se expresan en el territorio definido por el artículo 4 CRE, los recursos naturales y el régimen dominial público sobre ellos, en el carácter garantista material con el que se obliga el Estado conforme al artículo 3 CRE y en la población del Estado, conformada por ciudadanos de nacimiento o naturalización, y, por los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional (artículos 6, 7, 8 y 9 CRE), reconociéndoles sus calidades como sujetos de derechos múltiples y variados, por medio de los cuales se obligan unos con otros.

Tomando en cuenta todas estas consideraciones, sería a través de una enmienda constitucional que en el Ecuador se pueda instaurar un régimen federativo, como una de las instancias jerarquizadas del ordenamiento contemplado para la organización territorial del Estado unitario, de conformidad con el Título V de la norma suprema, sin que se afecte por ello el carácter definitorio proclamado del Estado unitario. Al no tratarse de una asociación entre Estados diferentes previamente constituidos como independientes, sino de agregar una nueva forma de organización de la potestad estatal, añadiéndola dentro del texto que regula su estructura organizativa, la propuesta federativa encaja en el esquema unitarista consagrado por la Constitución.

Para llevar a cabo esta enmienda constitucional orientada hacia la reformulación del Título V de la Constitución, una vez iniciado su trámite, deberá ser sometida para su aprobación a decisión popular mediante referéndum, habida cuenta que adoptaría la forma de una descentralización de algunas atribuciones de gobierno, estableciendo competencias territoriales para una nueva autoridad en su jurisdicción estadual, las mismas que correspondería ejercerlas una vez que la misma sea investida de la potestad respectiva cumpliendo con su designación por elección popular. Este nuevo rango en la autoridad política no afectaría por otra

parte, al principio de plurinacionalidad ya que la jurisdicción sobre los territorios convertidos en resguardo, gracias a la disposición del artículo 57 CRE numeral 4, no sólo tienen el carácter de propiedad imprescriptible a favor de los pueblos indígenas, sino que la convivencia en ellos se rige de conformidad a sus formas de organización social, cuya conducción y regulación corresponde a sus autoridades propias, que aplican para ello de manera integradora, su derecho y justicia tradicionales con fuerza colectiva y alcance comunitario.

El siguiente gran problema que se debe abordar es el del sistema de derechos fundamentales y de sus garantías. El presupuesto del que partimos en este caso -dado el carácter derivado como forma federativa de organización que adopta la población de algunos territorios- radica en la indiscutible vigencia de las disposiciones universales de la Constitución ecuatoriana sobre este tema que incluye a las contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Para su eficacia, esas disposiciones no hacen distinción alguna. Sin embargo, reconocen como principio de equidad afirmativa a ciertos derechos particulares para algunas categorías de personas de atención prioritaria, y a los derechos colectivos especiales para los pueblos indígenas, afroecuatoriano y montubios, así como para la naturaleza.

Vale la pena destacar con respecto a esa vigencia los estándares establecidos como la medida adecuada para la aplicación de los derechos contenidos en los artículos 11, 47, 57, 58, 59, 60, 61, 66, 67, 68, 72, 76, 95, 96, 98, 100, 238, 275, 424 y 426, los mismos que, al estar formulados de esa manera, permiten cumplir con el carácter preeminente que les corresponde y para un eficaz ejercicio de ellos así como para su promoción permanente en el Estado Constitucional. De otra parte, las garantías normativas (artículo 84 CRE), institucionales (artículos 3, 85, 340 y 341 CRE), y de accionabilidad tuteladora (artículos 11 numerales 1 y 3, 75, 76, 77, 86, 88, 89, 90, 91, 92, 93 y 171) completan esa imagen, brindando con ello un sólido sustento material para el desarrollo ulterior del régimen hacia el objetivo del Buen Vivir y el Sumak Kawsay.

Es evidente que un gobierno federativo precisa de un Estatuto Orgánico propio, como acto constituyente sub-constitucional que contenga una declaración específica de derechos, absolutamente conforme con los establecidos por el texto de Ciudad Alfaro, para ello deberá sujetarse rigurosamente al principio de la progresividad en el sentido del desarrollo de estos y la prohibición de regresividad que impone el artículo 11 CRE en su numeral 8. El procedimiento de control previo mediante dictamen de la Corte Constitucional para dar paso al referéndum aprobatorio sería similar al procedimiento que prevé el artículo 245 CRE para la conformación de las regiones. El contenido del Estatuto Orgánico Constitutivo

de Gobierno Federado contendría, además de los elementos mencionados por el artículo 246 CRE para las regiones, la Declaración Constitutiva mencionando los objetivos descentralizadores para alcanzar la convivencia ciudadana en diversidad y armonía con la naturaleza, el respeto a la dignidad de las personas y las colectividades, y el compromiso con los derechos del Buen Vivir. Asimismo definiría cuales son las competencias propias del gobierno federal de entre las que se asignan al gobierno central, con excepción de las relativas a la sanción de las leyes y a la capacidad reglamentaria de ellas, la definición de la política exterior del Estado, y el ejercicio de la autoridad sobre la fuerza pública. Debe establecer también cómo se distribuyen las distintas funciones necesarias para el ejercicio de la potestad federal; y, cuáles serían las responsabilidades de la administración federal, fijando para ese fin, los procedimientos consagrados para la participación inmediata de la ciudadanía en los organismos públicos previstos por el Estatuto Orgánico Constituyente, y para la fiscalización social de sus actividades.

6. Conclusión: soberanía popular y ciudadanía múltiple en el régimen federativo para el buen vivir.

La teoría política y la ciencia jurídica no han podido eludir una respuesta frente al problema de la titularidad y el alcance de la soberanía en la sociedad moderna y al rol que le corresponde a la ciudadanía de derechos en el Estado republicano contemporáneo. Sumariamente, podemos decir que las concepciones de la modernidad desplazaron hipotéticamente la sede donde se ubica la primera, desde las testas coronadas de los monarcas absolutos por voluntad divina, a un sujeto colectivo, difuso y atomizado, vinculado en su conformación por precarios e imprecisos acuerdos formalizados en normas e identificado con lazos generativos de adscripción a un territorio estatal definido. Para designar de manera abarcante a tan imprecisa identidad se recurrió al léxico jurídico romano, acostumbrado para fines prácticos a nominar cualquier fenómeno por un concepto definitorio del mismo. Recurriendo a este subterfugio, podían presentar a dicho fenómeno como si se tratase de un sujeto vivo, capaz de ser personificado ficticiamente, para de esa manera poder establecer responsabilidades causales por los efectos imprevisibles de su actividad, atribuyéndole intencionalidad al mismo.

Es así como el pensamiento maquiaveliano, recuperando esa tradición clásica, concibe a un conglomerado social imaginario de individuos, el mismo que estaría en capacidad de actuar identificándose con metas históricas particulares. A ese potencial sujeto amalgamable es al que denomina pueblo, asignándole una multiplicidad de facetas metamórficas que le permiten representar de mo-

do comprensible, las diferentes formas que adopta su actividad concreta en una sociedad caóticamente disgregada. La fortuna acuñada por tan abstracto término con la difusión de la obra de Maquiavelo, condujo a que se la convirtiera en fundamento conceptual de las teorías contractualistas, por cuanto resume una apreciación de la realidad que permite encomendar a un sujeto existente una práctica orientada a organizar la sociedad de manera innovadora. El contenido controversial y antagónico que conllevaba su uso reivindicativo frente a la opresión, le daba un significado revolucionario enfilado agudamente contra el cimiento del sistema de servidumbre.

Muy pronto sin embargo, ese significado fue sacado de circulación como sustento para justificar el ordenamiento político, ante el riesgo que implicaba apelar a una soberanía tan impersonal al ser susceptible de suplantación por cualquier persona en su pretensión de ocupar sin disputa el sitio del poder. Con este supuesto, y con la finalidad de preservar los circuitos del poder en manos de una minoría, la soberanía pasa a ser considerada como un atributo exclusivo del Estado por medio del cual se pasa a resaltar la supremacía de los órganos donde se concentra el poder, reconociéndoles una prerrogativa en su accionar. Este efecto mistificador es acompañado para su legitimación por la sustitución de la titularidad primaria directa de la soberanía popular originaria, en cuyo reemplazo se promueve la representación de la misma a través del resultado electoral. Antonio Gramsci desentraña el mecanismo contable al que se recurre para encubrir el verdadero proceso de asignación de esa potestad, de la siguiente manera: "...Los números... tienen un simple valor instrumental que da una medida y una relación y nada más. Por otro lado, ¿que se mide? Se mide precisamente la eficacia y la capacidad de expansión y de persuasión de las opiniones de pocos, de las elites, vanguardias, es decir, su racionalidad, historicidad o funcionalidad concreta. Las ideas y las opiniones no <nacen> espontáneamente en el cerebro de cada individuo, tuvieron un proceso de formación, irradiación, difusión, persuasión, un grupo de hombres o también una particular individualidad que las elaboró y presentó en la forma política de actualidad. La numeración de los <votos> es la manifestación final de un largo proceso en el cual la influencia máxima corresponde justamente a quienes dedican al Estado y a la nación sus mejores fuerzas" (Antonio Gramsci: 1984: 91).

Avancemos algunas conclusiones críticas acerca de estos temas. La referencia clásica a la soberanía del pueblo que recoge nuestro texto constitucional nos remite a una realidad variada, cambiante y diversa como refiere expresamente su Preámbulo. Así, el articulado reconoce a las naciones y pueblos indígenas, al pueblo afroecuatoriano y al pueblo montubio como formas organizativas e identidades primarias claramente consagradas. Pero también lo hace implícitamente con la multipli-

cidad de identidades culturales, ideológicas, espirituales, sexuales y de género, étnicas, sociales, regionales, situacionales, etc. Pueblo sería entonces, una vasta aglomeración humana de composición plurinacional e intercultural, que persigue como su objetivo convivencial construir un régimen colectivo de inclusión extensa y abarcante; de equidad para el disfrute de sus múltiples derechos; de solidaridad intrasistémica constelacional; y, de convivencia armoniosa con la naturaleza.

Siguiendo a Pierre Rosanvallon (2009: 192) podemos hablar con propiedad de un pueblo electoral, un pueblo social y un pueblo principio como expresiones de esa multiplicitud. Por nuestra cuenta añadiríamos además, un pueblo pluri-identitario y un pueblo intercultural. Intentemos definirlos:

-Pueblo electoral se consideraría a los agrupamientos fluctuantes de expectativas preferenciales. Para mayor precisión, nos remitimos para esta definición a la anterior cita de Gramsci.

-Pueblo social es el que estaría formado por un conglomerado semi-orgánico de intereses económicos difusos y agrupables corporativamente.

-Pueblo principio como concepto que nos remite a una comunidad imaginaria estructurada jurídica e institucionalmente.

-Pueblo pluri-identitario es la referencia a los diversos colectivos proyectivos de una imagen común, que comparten determinados rasgos y comparten ciertos modos de vida.

-Pueblo intercultural es una representación variada de colectivos imaginarios que se reconocen mutuamente en una relación intrasistémica, cuya construcción se sujeta a normas comunes.

En esas condiciones podemos comprender que el estatus correspondiente al sujeto activo que se le asigna jurídicamente al pueblo, la ciudadanía, requiere ser reformulada para dotarla de flexibilidad, movilidad y adaptabilidad dentro de un espacio ampliado, situándola más allá de su delimitación territorial, pertenencia nacional e identidades simbólicas. Fenómenos novedosos como la mutación tecnológico-comunicativo que genera un espacio virtual o ciberespacio y el desarrollo constante de tecnologías comunicacionales dentro de un espacio expansivo de inmediatez en sus efectos, la revolución bio-científica que nos permite el acceso a la información sobre los mecanismos de la vida y su reproducción, entre otros aspectos de impacto similar, plantean ante nosotros nuevos retos para la actividad finalística común que nos

plantea la vida en sociedad, así como ante la ética que nos demanda una responsabilidad individual, grupal, societal. e incluso, planetaria y cósmica.

Las formas de participación ciudadana y los mecanismos que la aseguran, promueven y garantizan son entonces, elementos de socialización cuya necesidad es de imperiosa necesidad. Abarcan como dice el artículo 95 CRE la actividad protagónica tanto para la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, como asimismo para el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad. En resumen, se trata de originar un proceso abierto y permanente de co-gobierno y co-gestión ciudadana con las instituciones estatales, que permita avanzar por el camino de un empoderamiento popular. Así concebida, la participación puede considerarse como una actividad direccionadora que se da dentro de un campo relacional de poderes múltiples y variados (culturales, socio-económicos, étnicos, de género, etc) que se articulan a manera de cuencas circulatorias por determinados cauces reticulares, dentro de una estructura político-jurídica estatal. El objetivo declarado de ese proceso en su dinámica, es el de transformar en un sentido de igualdad material dichas estructuras. por medio de la influencia real en los sistemas decisorios instituidos, sean estos normativos, costumbristas o administrativos, apelando para ello a la promoción de nuevos paradigmas socio-culturales en torno a los derechos fundamentales y a su constante interpretación progresiva.

Recapitemos sobre estas ideas-fuerza, recurriendo a estos enjundiosos versos de Bertolt Brecht que ilustran su sentido cardinal:

“El Estado no está concluido
Permite que lo modifiquemos
Según las condiciones de nuestra vida.
Permite, hombre de Estado
Que seamos nosotros hombres de Estado.”

Guayaquil, 1 de junio del 2020

Referencias bibliográficas

ARENDRT Hanna: Nazismo y Responsabilidad Colectiva. Revista Claves de Razón Practica. No. 95

ARISTOTELES: La política. Panamericana editorial, Bogotá 2005.

BAILYN Bernard (compilador) *The Debate on the Constitution*. The library of America, New York 1993.

BURT, Robert A. *Constitución y Conflicto*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2000.

DAHL Robert: *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2003.

GARAICOA Xavier: *Soberanía, Poder y Globalidad*. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Guayaquil, 2002.

GARAICOA Xavier: *Ciudadanía, Derechos y Justicia Constitucional en el Estado Constitucional*. Soluciones Graficas Chong, Guayaquil 2019.

GRAMSCI Antonio: *Notas sobre Maquiavelo, sobre la Política y sobre el Estado moderno*. Nueva Visión, Buenos Aires 1984.

HAMILTON A. MADISON J. JAY J: *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica, México 2006.

MARIATEGUI José Carlos: *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Empresa editora Amauta, Lima 1970.

MONTALVO Juan: *El Regenerador*. Editorial hermanos Garnier, Paris 1929.

NEGRI Antonio: *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Libertarias/Prodhufo S.A. Madrid 1994.

QUINTERO Rafael y SILVA Ericka: *Ecuador. Una nación en ciernes*. FLACSO/ABYA-YALA, Quito 1991.

ROSANVALLON Pierre: *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Ediciones Manantial SRL, Buenos Aires 2009.

ZAVALETA Rene: *La autodeterminación de las masas*. CLACSO/Siglo del Hombre editores, Bogotá 2009.

RESUMEN

¿En que consiste realmente la organización federalista del Estado moderno? ¿Este modelo es compatible con el tradicional Estado unitario del Ecuador y con su carácter plurinacional? Estas preguntas inquietan a más de uno y provocan o bien ferviente entusiasmo, o total repulsa en dependencia del punto de vista y preferencias de quien opina sobre el polémico tema. Sin embargo, es necesario realizar un análisis doctrinario y un recuento histórico para enfrentar de una manera crítica y argumentativa la perspectiva de introducir esta forma de organización en el ordenamiento constitucional. Diferenciamos primeramente entre el federalismo consistente en una unión estatal voluntaria y la organización derivada de un ordenamiento federativo. En este punto crucial radica el nudo gordiano que nos permitirá desentrañar la problemática. Abordemos a partir de allí la expresión soberana de voluntad por el pueblo constituyente, el precautelamiento de los derechos fundamentales, la conformidad con el régimen del Buen Vivir, las garantías para esos derechos y el procedimiento de enmienda para variar la organización territorial. El debate está abierto.

PALABRAS CLAVE

Estado federal, Estado centralizado, Estado federativo, Judicial review, Estado garantista, Ciudadanía protagónica.

ABSTRACT

Is this model compatible with the traditional unitarium State of Ecuador and his plurinational State?

These questions worries more than one and provoke a well fervent enthusiasm or total repulse in dependence of a point of view and preferences from who thinks about this polemic subject, however, it's neccessary to realize a doctriinary analysis and a historic resemblance to defeat analytical argumentative models and the perspective to introduce this kind of organization in the constitutioinal order.

Firstly, let's differeantiate between consistent federalism in a voluntary union and the organization coming from a federative order.

In this crucial point we find the Gordian Knot that will allow us to unravel the problematic. From there it's comes the expression Soberaniry of will from the constituent town, the precaution of fundamentals rights accordance with the good living, the guarantees for these rights and the procedure of amendment vary the territorial organization.

The debate it's open.

KEY WORDS:

Federal State, Centralized State, Federative State, Judicial Review, Guarantee State, Star Citizenship

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

SUMARIO

- **Víctor Orozco Solano**, *“La interpretación conforme a la constitución: una breve aproximación desde la experiencia costarricense”*.
“Interpretation according to the Constitution: a brief approach from the Costa Rican experience”.

LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN:
UNA BREVE APROXIMACIÓN DESDE LA EXPERIENCIA COSTARRICENSE.

INTERPRETATION ACCORDING TO THE CONSTITUTION:
A BRIEF APPROACH FROM THE COSTA RICAN EXPERIENCE.

Víctor Eduardo Orozco Solano¹.

Recibido: 04-03-2020

Aceptado: 25-05-2020

SUMARIO

I. Introducción.

II. Sobre la distinción entre el Estado Legislativo y Constitucional de Derecho.

III. Distinción tradicional entre el control político y control jurídico de constitucionalidad.

IV. Perspectiva crítica y judicial politics.

V. Sobre la interpretación de conformidad con la Constitución y las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales.

VI. Conclusiones.

VII. Bibliografía.

¹ Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Juez Contencioso Administrativo. Antiguo Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica.

I. Introducción.

La Constitución es, por definición, la fuente primigenia y la norma básica de todo el ordenamiento jurídico. Por tal motivo, sirve de parámetro de validez de todo el ordenamiento, incluso, de aquellas disposiciones que, en el marco de un ejercicio democrático, son elaboradas por el Legislador. Lo anterior significa que las normas del Texto Constitucional vinculan a todos los poderes públicos, incluso al Legislador, de tal forma que, si el último emite actos u omite el desarrollo oportuno de los preceptos constitucionales, dicha actividad o inercia legislativa es susceptible de control por los distintos órganos de la Justicia Constitucional. Al respecto, ya se ha visto en otros trabajos la manera en que el control de constitucionalidad de la legislación y, las demás fuentes del ordenamiento, permite hacer valer los cánones de la Norma Fundamental, de tal forma que constituye una condición suficiente y necesaria del carácter o valor normativo de ésta, como se ha visto, justamente, al respecto de los distintos sistemas, incluso, el del Reino Unido, donde a través del *Human Rights Act*, de 1998, se ha establecido una suerte de control de la legislación (muy acotado y rudimentario, por cierto), teniendo como parámetro objetivo de valoración el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma del 4 de noviembre de 1950.

Así, en este escenario, cada vez es más patente, en los distintos ordenamientos, la manera en que, a través de la defensa de los derechos, por ejemplo, surgen o se potencian mecanismos de control jurídico de la legislación, obligándose a la observancia de los estándares constitucionales y convencionales. También hemos revisado en otros trabajos los distintos modelos y métodos de justicia constitucional, cuyo punto de partida, sin duda lo podemos encontrar en el constitucionalismo norteamericano y en los criterios jurisprudenciales y doctrinales que culminaron en el célebre caso *Marbury vs. Madison*, así como la obra del Juez Marshall, durante el período en que fue Presidente de la Corte Suprema Norteamericana. Dicho modelo del control de constitucionalidad, a través del juez ordinario, se extendió durante el siglo XIX por los países de América Latina (como, por ejemplo, en el caso de Costa Rica) y, luego, durante la segunda década del Siglo XX, fue reformulado por el filósofo, jurista, más importante de ese entonces, Hans Kelsen, para desarrollar las nociones básicas y elementales del modelo europeo de justicia constitucional y la aplicación del método concentrado, que concibe en un órgano extra-poder, el Tribunal Constitucional, la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico, una disposición, incluso con valor de ley, que no se conforma al Texto Fundamental. Se trata, en este orden de consideraciones, de un monopolio del rechazo, respecto del cual, por razones históricas, no hay una participación del juez ordinario.

Lo anterior nos lleva a desarrollar, en primer lugar, el control de constitucionalidad, que tiene, precisamente, en la Constitución su parámetro de valoración y, dentro de este, repasar los distintos modelos políticos y jurídicos del control, así como, la manera en que, de los distintos procesos hermenéuticos de que dispone el intérprete y, el aplicador de la Constitución, es posible concluir que una disposición de orden legislativo, o de cualquier otra fuente, se ajusta o se conforma o, adecua, al Texto Fundamental. En suma, el propósito de esta investigación tiene por fin desarrollar los procesos de interpretación y aplicación de la Constitución y la manera en que, como resultado de ese proceso hermenéutico, el juez constitucional o el intérprete o aplicador de la Constitución, tiene la obligación de respetar ciertos límites que le impone el carácter democrático de la norma que es objeto de valoración o del juicio de validez, en este caso, la ley, de tal forma que no puede, ni debe el Juez Constitucional, en atención del principio democrático, o de presunción de constitucionalidad de las leyes, modificar el sentido o, la connotación, de la norma que es objeto de valoración, so pretexto de mantener su validez y, por ende, su vigencia, dentro del ordenamiento jurídico. Así, en esta investigación pretendemos repasar, sin duda alguna, los criterios que la doctrina ha utilizado para clasificar dichas interpretaciones, por ejemplo, en extensivas o aditivas, reductoras, sustitutivas o manipulativas, así como, los límites que impone el principio democrático respecto de dicho proceso hermenéutico, de tal forma que no puede el Juez Constitucional, con el fin de mantener la adecuación a la Constitución del texto impugnado, modificarlo más allá del marco fijado democráticamente por el legislador. Además, en esta investigación, se analizará la existencia, en el sistema de justicia constitucional costarricense, de un bloque de constitucionalidad y de convencionalidad, que sirve de parámetro objetivo de valoración y de validez de todo el ordenamiento jurídico. Lo anterior incluso, sin duda alguna, la aplicación del *corpus iuris* interamericano, y los criterios que, en el ejercicio de sus distintas competencias: contenciosa y consultiva, ha implementado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, aunque la República de Costa Rica no sea parte del litigio que se trate.

II. Sobre la distinción entre el Estado Legislativo y Constitucional de Derecho.

Como se adelantó en la investigación de este trabajo, la noción de la Constitución normativa y su control es obra del constitucionalismo norteamericano y de los criterios que durante la segunda mitad del siglo XIX permitieron el desa-

rollo pleno de la *judicial review*², en ese país. Con anterioridad, el caso *Marbury vs. Madison* (en 1803) constituye el primer antecedente en que la Corte Suprema Norteamericana debe juzgar la conformidad a la Constitución de una ley federal³.

Tales ideas relativas a la superioridad normativa de la Constitución, sin embargo, no fueron recibidas por el constitucionalismo europeo, sino avanzado el siglo XX, a través de los aportes del filósofo austriaco Hans Kelsen, y no fueron implementadas plenamente, sino hasta después de la segunda guerra mundial, con el surgimiento de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución Italiana de 1948, así como, sus órganos jurisdiccionales de defensa y garantía, es decir, el Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte de Constitucionalidad Italiana. De este modo, no existió en el siglo XIX, un Estado Constitucional de Derecho en el contexto europeo, porque la Constitución no era una norma aplicable, dotada de contenido normativo; lo que se produjo entonces, en ese escenario, fue un Estado Legislativo de Derecho. Al respecto, Zagrebelsky sostiene: *“El siglo XIX es el siglo del Estado de Derecho o, según la expresión alemana, del Rechtsstaat. En la tipología de las formas de Estado, el Estado de Derecho, o Estado bajo el régimen de derecho, se distingue del Machstaat, o Estado bajo el régimen de la fuerza, es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII, y del Polizeistaat, el Estado bajo el régimen de policía, es decir, el régimen del Despotismo Ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII. Con estas fórmulas se indican tipos ideales que sólo son claros conceptualmente, porque en el desarrollo real de los hechos deben darse por*

2 Sobre los orígenes de la Judicial Review, se puede consultar Rotunda, Ronald D., y otro, *Principles of Constitutional Law*, Firth Edition, West Academic Publishing, U. S. A., 2016, págs. 1-14.

3 Véase Rotunda, Ronald D., y otro, *Principles of Constitutional Law*, op. cit., págs. 1-14. Sobre la prevalencia de la Constitución, sobre la Ley, en dicha sentencia se dijo que: “De este modo, si una ley está en contradicción con la Constitución, y si ambas, la Ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, entonces el Tribunal debiera decidir, en este caso de conformidad con la ley, rechazando la Constitución, o de conformidad con la Constitución, rechazando la ley. El Tribunal debe determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso. Éste es el verdadero sentido de la función judicial. Si los tribunales deben tomar en consideración la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria que haya aprobado el poder legislativo, entonces será la Constitución y no la referida ley la que resolverá la controversia a cuál de los dos podría en principio aplicarse (...). No es ocioso recordar que con la declaración de cuál va a ser la Ley suprema del país, la Constitución se menciona en primer lugar, y no las leyes de los Estados Unidos de forma general y abstracta: éstas solo tienen tal consideración si son compatibles con lo dispuesto en la Constitución. Por ello, la terminología particular de la Constitución confirma y refuerza el principio, que supone ser esencial y común a todas las Constituciones escritas, conforme al cual una Ley contraria a la Constitución es nula, y que los Tribunales, al igual que los demás poderes, están sometidos a la Constitución. Se rechaza la pretensión del recurrente”. Véase Beltrán de Felipe, M., y otro, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Segunda Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, págs. 118-121.

*descontado aproximaciones, contradicciones, contaminaciones y desajustes temporales que tales expresiones no registran. Éstas, no obstante, son útiles para recoger a grandes rasgos los caracteres principales de la sucesión de las estas históricas del Estado moderno*⁴. Pero la noción del Estado de Derecho, por sí misma, solo describe una fórmula vacía en cuya virtud cualquier régimen constitucional, legislativo o autoritario, puede ser entendido como tal, en cuanto supone, únicamente, la sujeción de los individuos al ordenamiento jurídico. De modo que no fue cualquier Estado de Derecho, el que se implementó durante el siglo XIX en el contexto europeo, sino un Estado Legislativo de Derecho que, a diferencia del Estado Constitucional de Derecho, solo describe aquel orden de cosas en el cual existe una sujeción plena de las autoridades públicas a la voluntad del Legislador, es decir, una primacía de la legislación, en tanto que la Constitución únicamente estaba dotada de controles políticos, sin ningún valor coercitivo.

Entre las notas características **del Estado Legislativo de Derecho**, podemos enumerar las siguientes: -en primer lugar, la sujeción de la Administración a la ley, de tal forma que solo puede actuar mediante la previa habilitación legislativa, en lo que conocemos como el principio de legalidad; - en segundo, el control judicial de los actos administrativos de las autoridades públicas, en lo que se concibe, en la actualidad, como la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; - tercero, la vinculación del Juez a la ley, de modo que, en este escenario, solo le corresponde la exacta aplicación de la ley, estableciéndose, asimismo, un recurso de casación *“inicialmente concebido para evitar el peligro de manipulación judicial de la ley a través de su interpretación, constituye una prueba clase de este esfuerzo por garantizar la primacía de la legislación”* y, - finalmente, la independencia judicial, motivo por el cual la actividad del juzgador no debe ser objeto de injerencias internas y externas que lo menoscaben⁵. En este orden de consideraciones, Zagrebelsky agrega que: *“en la clásica exposición del derecho administrativo de Otto Mayer, la idea de Rechtsstaat, en el sentido conforme al Estado libertad, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la administración; b) la subordinación a la ley, y solo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan influir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y solo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Esta-*

4 Zagrebelsky, G., El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia, Séptima Edición, Trotta, Madrid, 2007, pág. 21.

5 Sobre todo lo anterior, véase Gascón, M. y otro. La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales, Editorial Palestra, Lima, 2015, págs. 17-19.

*do. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración*⁶. Pues bien, una vez asegurado, mediante el establecimiento de mecanismos de garantía del texto fundamental, el valor normativo de la Constitución, nace el **Estado Constitucional de Derecho**, que tiene, justamente, como punto de partida, el Texto Fundamental, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, a cuyo cometido está vinculada y sometida todas las actuaciones y las omisiones de las autoridades públicas. Dicha Constitución normativa, dotada de una parte dogmática y orgánica, se caracteriza porque reconoce no solo una carta de derechos individuales y sociales que se impone frente a la actuación estatal, sino también porque distribuye, por medio del principio de separación de poderes, el ejercicio del poder entre los órganos constitucionales del Estado, no solo, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, sino, dentro del entramado contemporáneo del Estado Constitucional de Derecho, otros órganos que, normalmente, también han sido previstos por ésta.⁷

Estos postulados de la Constitución normativa y suprema fueron implementados⁸, en primer lugar, por el Constitucionalismo alemán e italiano tras la segun-

6 Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, op. cit., pág. 23.

7 Gascón, M. y otro. *La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. op. cit., pág. 21.

8 Sobre el carácter normativo de la constitución, como elemento de la teoría neoconstitucionalista, Prieto Sanchís sostiene que es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas, “una primera concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico. En líneas generales, ésta es la tradición norteamericana originaria cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional: dado su carácter de regla de juego y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en este juego y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más neutro de los poderes, aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate público, es decir, el poder judicial. La idea del poder constituyente del pueblo se traduce aquí en una limitación del poder político y, en especial, del que se considera más amenazador de los poderes, el legislativo que encarna la voluntad de la mayoría, mediante la cristalización jurídica de su forma de proceder y de las barreras que no puede traspasar en ningún caso. En ese esquema, es verdad que el constitucionalismo se resuelve en judicialismo, pero –con independencia ahora de cuál haya sido la evolución del Tribunal Supremo norteamericano- se trata en principio de un judicialismo estrictamente llamado a vigilar el respeto a las reglas básicas de la organización política”. Por su parte, la segunda tradición concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político bien articulado, como un programa directivo de una empresa de transformación social y política. En este caso la Constitución no se limita a elaborar las reglas del juego, “sino que pretende participar directamente en el mismo, condi-

da guerra mundial, en segundo, por el constitucionalismo francés (1958, con la Constitución de la Quinta República) y el constitucionalismo Portugués, Griego y Español tras el cese de sendos regímenes dictatoriales a finales de la década de los setentas y, luego, tras la caída del muro de Berlín (1989) y del Bloque Socialista, en los países de Europa del Este. Además, en el contexto latinoamericano, se puede hablar de un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y de los derechos humanos, tras la caída de varios procesos dictatoriales en Argentina, Chile, Brasil, Paraguay y gran parte de los países de centro-américa, en un proceso impulsado, en gran medida, gracias al enfoque expansivo y la agresividad con que organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en fin, la Organización de Estados Americanos, realizaron su labor en la región⁹. Para Zagrebelsky la principal característica del estado constitucional de derecho es que afecta a la posición de la ley, la cual, *“por primera vez en la época moderna viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto, de subordinación, a un estrato más alto del derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de Derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho”*¹⁰.

cionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas mediante el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos, de principios, en suma, de cláusulas materiales que necesariamente inciden en lo que a veces se llama “agenda política””. Esta concepción, que nace con la revolución francesa, termina por establecer un carácter privilegiado a la legislación como expresión de la voluntad general y soberana del pueblo, limitándose el carácter normativo de la Constitución, termina entonces por imponer un legalismo, que predominó durante el siglo XIX en el contexto europeo. Véase Prieto Sanchís L., Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, págs. 107-109.

⁹ Sobre los orígenes de la Organización de Estados Americanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el lector puede consultar González Morales, F., Sistema interamericano de derechos humanos, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, págs. 29-60.

¹⁰ Zagrebelsky, G., El derecho *dúctil*, Ley, derechos, justicia, op. cit., pág. 34.

III. Distinción tradicional entre el control político y control jurídico de constitucionalidad.

Como lo expone Manuel Aragón en su libro *Constitución y Control de Poder*, la idea del control es un elemento inseparable de la idea de la Constitución normativa. En esta monografía, se distingue entre el control social, el político y el jurídico y, en lo que respecta a esta investigación, nos interesa profundizar en las interacciones entre los dos últimos, del siguiente modo¹¹: en primer lugar, por el carácter objetivado del control jurídico, frente a la connotación subjetiva del control político; lo anterior significa, en el primer caso, que el parámetro de valoración es uno normativo, preexistente al intérprete y no es disponible para el órgano que lo ejerce; en cambio, en el control político no existe ese criterio de valoración, sino que descansa en la libre apreciación de quien controla; el juicio de valoración se funda, en un caso, en razones jurídicas, mientras que en el otro en motivos políticos; el carácter necesario del control jurídico, frente al voluntario del control político; una vez que se produce un hecho, en el caso del control jurídico, si es sancionable, se deben imponer las consecuencias que el ordenamiento estipula; en cambio, en el segundo, la sanción y el ejercicio del control es de libre apreciación por el órgano que lo ejerce; finalmente, el control jurídico normalmente es realizado por órganos independientes e imparciales, dotados de conocimiento técnico para ejercer su función, lo que no se produce en el supuesto del control político. Cabe mencionar que, en lo que atañe al objeto de valoración, una norma o conducta estatal o de alguno de sus agentes puede ser sometida al control jurídico y al control político, en forma paralela, con distintas consecuencias, sin dejar de lado que, en el caso del control jurisdiccionales, los jueces y, en particular, los Jueces Constitucionales, en muchas ocasiones se comportan como verdaderos actores políticos, con un poder enorme, todo potenciado por los procesos de judicialización de la política y politización de la política. De estos últimos, el más grave es el último, la politización de la justicia, que se verifica cuando el intérprete jurisdiccional toma sus decisiones con criterios político partidarios. Ejemplos de este último fenómeno es posible encontrar en el caso venezolano, o nicaragüense, en donde es conocido que sus cortes supremas responden a intereses de quienes ocupan la cabeza del Poder Ejecutivo. Se trata de un proceso de de-constitucionalización, en el cual, las constituciones políticas de esos países se han convertido en una mera carta de principios, sin valor normativo, pues los órganos jurisdiccionales llamados a controlar el ejercicio del poder han sido copados por los intereses aludidos. Ahora bien, si volvemos a nuestra clasifica-

11 Aragón, M., *Constitución y Control del Poder*, Ediciones Ciudad Argentina, Madrid, 1995, págs. 91-93.

ción original, entre el control jurídico y el control político, un ejemplo del primero son los tribunales de justicia y, en fin, los órganos de la Justicia Constitucional, mientras que el control parlamentario es un ejemplo de un control político. Sobre el particular, en sus lecciones, el profesor Alex Solís¹², nos mencionaba como la principal función del parlamento costarricense, la Asamblea Legislativa, integrada por 57 diputados no es la de emitir las leyes, sino ejercer un control político, acorde con las competencias que se desprenden de los diversos incisos del artículo 121 constitucional. En este escenario, son particularmente relevantes las Comisiones de Investigación, las sesiones del control político en el plenario, donde cualquier diputado puede poner de manifiesto cualquier asunto que se estime conveniente para la defensa del interés general y del país, además de la posibilidad de aprobar mociones de censura contra un ministro.

IV. Perspectiva crítica y judicial politics.

Como lo mencionábamos al inicio de este apartado, esa clasificación dicotómica original entre control jurisdiccional, jurídico y control político, hoy día no parece ser tan nítida. Si bien, se ha entendido que el control jurisdiccional ha sido desarrollado en los Estados Unidos de Norteamérica y en Austria, mientras que el modelo de control político es Francia, la gran mayoría de sistemas hoy día son híbridos o mixtos¹³; en este orden, por ejemplo, en el caso costarricense, coexisten el control político efectuado por el parlamento y el control jurídico implementado, en el ámbito de la Justicia Constitucional, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con las advertencias que señalamos con anterioridad. Al respecto, Lucio Pegoraro pone de manifiesto como la anterior clasificación entre control jurídico y control político muchas veces es superada, en su aplicación, por la realidad, *“como escribe Kelsen, “la discrecionalidad no es nunca del todo libre [...] y nunca es del todo dependiente” (...); y, sin embargo, está sujeta, en su caso, a la voluntad, de la jurisdicción. “Se trata, por tanto –escribe Pavani-, de una distinción que parece percibirse intuitivamente, pero que está sujeta a excepciones y graduaciones, sobre todo si se tiene en cuenta el alto grado de libertad que caracteriza la interpretación judicial, también a causa*

12 Sobre el tema se puede consultar el siguiente texto: Solís Fallas, A., Control Político y Jurisprudencia Constitucional, Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, CONAMAJ, San José, 2000.

13 Pegoraro, L., Control jurisdiccional vs. Control Político: La erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último), Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(1), pág. 47.

Victor Eduardo Orozco Solano

de la oscuridad de los preceptos legislativos”¹⁴. En efecto, dicho autor en su contribución pone de manifiesto los casos de Inglaterra, Francia y los países socialistas de Europa del Este, donde originalmente no se verifica el control jurisdiccional, han avanzado hacia modelos mixtos, en el caso inglés¹⁵ con la aprobación del Human Rights Act de 1998 que permite la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la declaración de incompatibilidad¹⁶, en el supuesto francés, con la reforma tendente a introducir el control sucesivo o a posteriori de constitucionalidad, la QPC¹⁷, o bien con la caída del muro de Berlín, los países socialistas abandonaron dicho modelo, y asumieron, en su gran mayoría, métodos híbridos de control¹⁸. Ahora bien, en el ámbito costarricense, por impulso de autores como Diego Brenes o Marco Feoli, formados en el ámbito de la ciencia política como sendos doctorados en la Universidad de Salamanca, han introducido en el foro jurídico nacional la noción de las *judicial politics*¹⁹ y, dentro de ésta, los términos de la judicialización de la política y la politización de la Justicia. De este modo, la primera puede ser definida como: “*increased presence of judicial process and court rulings in political and social life, and the increasing resolution of political, social, or state-society conflicts in the courts*”²⁰. Al respecto, Martínez Baharona sostiene que por judicialización de la política se entiende: “*el proceso por el cual los jueces adquieren mayor presencia política y so-*

14 Pegoraro, L., Control jurisdiccional vs. Control Político: La erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último), op. cit. pág. 47.

15 Al respecto se puede consultar: Bagehot Walter, La Constitución Inglesa, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

16 Sobre lo anterior, se puede examinar Ferreres, V., Una defensa del modelo europeo de justicia constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 28,

17 Véase Alcobero Llivina, C., La cuestión prioritaria de constitucionalidad francesa: Balance a los cinco años de su entrada en vigor, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Ferrer Mac-gregor E., Director, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, No. 23, 2015, págs. 3-42.

18 Pegoraro, L., Control jurisdiccional vs. Control Político: La erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último), op. cit. págs. 55-56.

19 Al respecto, Diego Brenes expresa que: “no existe uniformidad en la traducción al español para *judicial politics*, siendo quizás la más cercana, aunque no la más utilizada: “la política en lo judicial”, y dado el origen anglosajón de esta corriente, marcada por el importante rol ejercicio por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, la investigación opta por mantener su denominación en inglés, bajo la comprensión de política como proceso. En efecto, en acuerdo con Alcántara y Martí i Puig (...), en el mundo anglosajón hay mayor facilidad para diferenciar los tres estadios del fenómeno político, esto por cuanto existen tres términos diferentes para cada uno de ellos: *politics* (el proceso), *polity* (la estructura) y *policy* (los rendimientos)”. Lo anterior explica la traducción literal de *política judicial*” como referida a las políticas públicas que la administración judicial dispone en su quehacer y no al sentido que la investigación procura”. Véase Brenes Villalobos, L., El rol político del juez electoral, Editorial IFED-TSE, 2013, pág. 8.

20 Angel, A., y otros, The judicialization of politics in Latin América, Palgrave Mac Millan, pág. 2.

cial en la medida en que sus fallos tienen mayor impacto en la actividad política, social y económica”²¹, definición que, según Diego Brenes, puede precisarse a un más al sostenerse que la judicialización refiere al hecho de que los jueces intervienen en procesos de deliberación pública en una forma autónoma y activa²². Por su parte, la politización de la justicia la encontramos cuando los hacedores de política buscan controlar al máximo quienes están en los cargos y en las altas cortes judiciales²³. Un ejemplo de lo anterior puede ser cuando en las campañas políticas y electorales norteamericanas se tiene al Tribunal Supremo como un actor más. En este orden de ideas, “Nixon (en las elecciones de 1968) y Reagan (en las de 1980), tenían como uno de sus principales mensajes electorales el control del Tribunal Supremo, prometiendo que nombrarían jueces fieles a la separación de poderes y a la Constitución que reemplazasen a jueces tachados de activistas que, según se decía, estaban usurpando el poder que pertenecía al pueblo. Y tras ganar las elecciones cumplieron su palabra –cuando el Senado se lo permitió– y entablaron abiertamente una pugna política destinada a que el Tribunal Supremo rectificase una línea jurisprudencial que la derecha consideraba en materia de aborto, de discriminación positiva, de los derechos de los detenidos, de pena de muerte, etc. No sería inverosímil pensar que en España, pese a las notables diferencias político institucionales respecto de la selección de los jueces, esto dos Presidentes serían acusados de atentar contra la independencia del poder judicial, y algún juez, estrella o no, exigiría al Consejo General del Poder Judicial que iniciarse un expediente administrativo contra ellos. Y por supuesto daría dos o tres ruedas de prensa²⁴.

21 Martínez Baharona, E., Seeking the political role of the third government branch. A comparative approach to high courts in Central América, Saarbrücken: VDM Verlag, pág. 48.

22 Brenes Villalobos, L., El rol político del juez electoral, op. cit., pág. 9.

23 Brenes Villalobos, L., El rol político del juez electoral, op. cit., pág. 10.

24 Beltrán de Felipe, M., y otro, Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, op. cit., págs. 45-47. Otro ejemplo sería cuando se le pregunta a Eisenhower cual fue el principal error de su presidencia y el responde: Warren. “A reglón seguido el periodista, probablemente insatisfecho con la respuesta le preguntó por el segundo mayor error. Eisenhower respondió “Brennan”. Su antecesor, el Presidente Truman, reconocía sin complejos haber intentado controlar a los jueces: “Maniatar al Tribunal Supremo es imposible. Lo he intentado, y no funciona”. El país (entendiendo por tal los partidos, los sindicatos, las asociaciones cívicas o defensoras de los derechos humanos, las congregaciones religiosas, los profesionales del Derecho, las Universidades, etc.) se moviliza si el Presidente pretende nombrar a un juez que no se considera adecuado. Y por encima de todo está, naturalmente, el ataque frontal en 1937 del Presidente Franklin D. Roosevelt contra un Tribunal Supremo que le echaba abajo su legislación del New Deal (...). ¿Qué diríamos hoy aquí si un Presidente del Gobierno hiciese lo mismo y pretendiese, como Roosevelt, Truman, Reagan –en realidad, casi todos- controlar a la máxima jurisdicción constitucional? Como es natural en gentes que, cuando la partida no es favorable, acostumbramos a ignorar o denunciar las reglas que nosotros mismos hemos creado, la respuesta que en este país daríamos dependerá de la mayor o menor simpatía que en cada momento le tengamos al Presidente o a los jueces”.

También conviene distinguir, según Diego Brenes, entre los términos de judicialización de la política y activismo judicial, de tal forma que por el último entendemos: *“aquellas situaciones en que los tribunales expanden el ámbito de sus decisiones, abarcando cuestiones que correspondían a instituciones políticas, o actúan entre actores políticos enfrentados (...). Bajo estos escenarios, el activismo judicial se presenta como la antítesis de la auto-restricción judicial, siendo ambas diferentes vías de acceso hacia la judicialización de la política y de relevancia al estudio, en tanto se comparte con Courtis (...) que estas caracterizan la actividad política de los tribunales, dado que permiten determinar si los tribunales acompañan o marcadamente se separan de las decisiones políticas de los demás poderes. En ese sentido, nótese que la actitud y posicionamiento del juez en su jurisprudencia interpretativa (activista/auto-restringido) no se relaciona con sus inclinaciones político-ideológicas (progresista/conservador). Según Courtis no existe un nexo necesario entre activismo judicial y progresismo político, o entre auto-restricción judicial y conservadurismo político”*²⁵. De ahí que el conservadurismo puede ser activo o restringido, en cambio, el progresismo siempre será activo. También pone de manifiesto el autor el hecho que, en ocasiones, ante el carácter activista que asumen los Tribunales Constitucionales en ciertas materias, existe una actitud cómplice de las élites políticas en despolitizarlos y facilitar una válvula de escape, para que finalmente se tome una decisión. Lo anterior, lo hemos visto muy claramente con la aprobación y el control previo de constitucionalidad que realizó la Sala Constitucional respecto del “plan fiscal” o, hace algunos años, cuando se discutía la conformidad con respecto al Derecho de la Constitución del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, Centroamérica y República Dominicana.

Lo anterior pone de manifiesto la manera en que, con ocasión del control jurídico de constitucionalidad que despliegan los jueces constitucionales, también surge en paralelo una especie de control político, habida cuenta que, ciertamente, el Tribunal Constitucional y los jueces referidos son verdaderos actores políticos, de ahí que cada vez resulta más difícil establecer una nítida distinción entre ambos tipos de controles, tal vez, con la única diferencia que, en el supuesto del control jurisdiccional, el intérprete tiene la obligación de esbozar argumentos jurídicos y, menos políticos, para justificar una decisión previamente adoptada, según su cosmovisión y su manera de entender el mundo. Ello resulta trascendental a propósito de los casos complejos, en los cuales colisionan dos valores estrechamente vinculados con la esencia misma de la sociedad, su cultura, religión, entre

25 Brenes Villalobos, L., El rol político del juez electoral, op. cit., págs. 8-10.

otros. Por eso es tan complejo el proceso relativo a la selección de estos jueces, lo que justifica, sin duda alguna, su rigurosidad y la necesidad de satisfacer ciertos estándares de idoneidad académica y profesional, experiencia, madurez, entre otros, que deben ostentar estos candidatos, evitándose exponerlos a una especie de juicio mediático, con motivo de su proceso de elección, en el cual incluso su dignidad puede ser socavada, como se ha dado, lamentablemente, en los últimos años. Lo anterior, sin dejar de defender el hecho que la sede natural para nombrar a los jueces constitucionales sigue siendo el Parlamento, por razones democráticas, y por el componente innegablemente político que acompaña este proceso de elección, en donde, el órgano con mayor representatividad para su elección es la Asamblea Legislativa, en el contexto costarricense. Al respecto, el Derecho Comparado nos brinda múltiples mecanismos y fórmulas para la selección de estos jueces, los cuales responden a distintos elementos coyunturales. En el caso costarricense, y reconociéndose, que existe un déficit democrático en el funcionamiento de los Tribunal Constitucionales, una forma de disminuir ese coste, es facilitándose que sea el Parlamento quien designe a los jueces constitucionales y no otros órganos con menos representatividad democrática, como serían, en el contexto “tico”, el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, el Poder Judicial, las Universidades, entre otros.

V. Sobre la interpretación de conformidad con la Constitución y las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales.

En términos generales, podemos señalar que el proceso interpretativo es aquel que nos permite desentrañar el sentido de una norma y, en nuestro caso, la connotación de una disposición de orden constitucional. En este orden de ideas, Ballaguer Callejón indica que: *“la interpretación es también un acto de conocimiento, con independencia de que sea una actividad creativa. Esta creatividad puede encontrarse en el momento de reproducción de la norma interpretada, cuando se debe formular una regla de aplicación. Pero, en todo caso, como tal acto de conocimiento, una teoría de la interpretación de las normas, debe enmarcarse dentro de la hermenéutica general y como un apartado concreto de la interpretación general de los textos, con especificidades de la interpretación normativa y dentro de la interpretación normativa, la jurídica, como una forma peculiar de interpretación, que posee rasgos propios”*²⁶. De este modo, la misma autora anun-

26 Balaguer Callejón, M., La interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico, Tecnos, Sociedad Anónima, Madrid, 1997, pág. 75.

cia que, durante el período en que estuvo vigente el Estado Legislativo de Derecho, en el siglo XIX, “*el entendimiento de la labor del intérprete es completamente distinto en un sistema jurídico como el liberal, basado en sus orígenes en la pretensión de reducir a la nada la actividad interpretativa (la interpretación como exclusiva determinación de la voluntad del legislador) frente al sistema jurídico actual*”²⁷. No obstante lo anterior, con el advenimiento de la segunda guerra mundial, en el siglo XX, y la consolidación de varios procesos históricos que se produjeron en esa época, se conforma una sociedad eminentemente pluralista, que da origen a un Estado Constitucional de Derecho, dentro del que, el proceso interpretativo de la Constitución no puede fundamentarse en la estructura tradicional de la interpretación de la ley²⁸.

Ahora bien, sobre los sujetos a quienes les corresponde o atañe la interpretación de la Constitución, Marc Carrillo afirma “*que no es un monopolio de la jurisdicción constitucional, sino que en los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada corresponde a todos los poderes públicos, en especial a los jueces y tribunales (...), y también a los ciudadanos en sus actuaciones de carácter jurisdiccional. Sin embargo, en los sistemas del civil law, es al juez constitucional a quien corresponde la condición de ser intérprete supremo de la Constitución. Y, por tanto, sólo a él le está atribuido el juicio sobre la validez de la ley. A partir de esta premisa, el juez ordinario ya no es un autómatas, no es un mandatario de la ley. Cuando aplica la ley o cuando plantea una cuestión prioritaria de constitucionalidad sobre una ley aplicable al caso concreto también interpreta la Constitución. Y en esa labor interpretativa el juez puede crear Derecho siempre que se sujete a la ley cuya validez no ha sido cuestionada por el Juez Constitucional*”²⁹. Por su parte, en lo que atañe a los criterios hermenéuticos que deben ser utilizados a la hora de obtener el significado de las normas constitucionales, Marc Carrillo sostiene que: “*Dado que la Constitución no predetermina ningún método de interpretación constitucional, desde sus primeras resoluciones ha sido a través de la vía pretoriana que el Tribunal Constitucional utilizó no sólo los criterios hermenéuticos tradicionales de la interpretación jurídica sino que sobre todo incorporó los nuevos métodos específicos de la interpretación constitu-*

27 Balaguer Callejón, M., La interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico, op. cit., pág. 21.

28 Sobre el particular, Marc Carrillo sostiene. “En la medida que con la consolidación de la jurisdicción constitucional, la llamada soberanía del Parlamento ha dejado de existir y la ley como fuente de derecho ha quedado subordinada a la interpretación constitucional, la función de interpretar se ha convertido en la parte esencial de la teoría de la Constitución”. Véase, Carrillo López, M., Derechos fundamentales y pluralismo jurisdiccional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 144, Ciudad de México, 2019, pág. 18.

29 Carrillo López, M., Derechos fundamentales y pluralismo jurisdiccional. ..., pág. 19.

*cional (por ejemplo, la jurisprudencia de valores, la interpretación conforme a la Constitución, las decisiones interpretativas, el juicio de ponderación, el juicio de proporcionalidad, etc.). Seguramente, la presencia mayoritaria en los primeros tiempos de la actividad del Tribunal, de magistrados procedentes del ámbito universitario, influidos por sus estudios sobre la experiencia de otras jurisdicciones constitucionales (sobre todo, Italia, Alemania y los Estados Unidos) facilitó la adopción de nuevos métodos de interpretación adaptados a la singularidad de la norma constitucional”³⁰. Como se señaló con anterioridad, más allá de los criterios hermenéuticos tradicionales de la interpretación de las normas, el histórico, el teleológico, el sistemático, entre ellos, la doctrina constitucionalista ha desarrollado sus propios métodos interpretativos; de esta forma, Giovanni Tarello, indica que se puede hablar de una interpretación restrictiva, cuando el intérprete excluía una palabra del documento de ley, tuviese en ella la plenitud de significado que tenía en el *communis usus loquendi*, y procedía a la exclusión de algunos significados suyos. Por otra parte, nos encontrábamos frente a una interpretación extensiva, cuando el intérprete procedía a la extensión del significado del documento de ley, sea atribuyendo a una palabra un significado más lato que el común, sea, extendiendo el alcance de la ley a la cobertura de casos análogos respecto al caso al que el alcance aparente de la ley refiere, sobre las razones equitativas. En suma, sostiene el autor, “*se trata de locuciones estrechamente conectadas a modos de pensar y a problemas prácticos, peculiares de específicos momentos y situaciones de la experiencia histórica del derecho común, y hoy no muy oportunas en sede de teoría porque ocultan el hecho de que siendo otro el documento, otros son los significados a él o a sus segmentos se atribuye, y que entre estos significados no hay uno aparente y uno real, como será aclarado. Empero, todavía hoy las locuciones interpretación restrictiva e interpretación extensiva son frecuentemente usadas: y ello depende del hecho de que frecuentemente la locución interpretación restrictiva sirve para indicar un uso del argumento interpretativo a contrario y la locución interpretación extensiva, sirva para indicar un uso del argumento analógico”³¹. Pues bien, los supuestos de interpretación de conformidad con la Constitución constituyen aquellas hipótesis en que el juez ordinario o el Tribunal Constitucional, al aplicar una ley, en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho, lo hacen en la medida en que se ajuste o adecue el Texto Fundamental, por lo que en caso de una aparente contradicción entre ambos tipos de normativa, el intérprete debe desechar aquellas voces interpretativas no compatibles con la Constitución, escogiéndose las que**

30 Carrillo López, M., Derechos fundamentales y pluralismo jurisdiccional. ..., pág. 21.

31 Tarello, G., La interpretación de la ley, Palestra Editores, Lima, 2018, págs. 71-72.

sí lo son. Lo anterior es una consecuencia del principio de presunción de constitucionalidad del ordenamiento jurídico, razón por la cual solo se sostiene que las normas con rango de ley en principio son compatibles con la Constitución, en razón del proceso democrático de su elaboración, a menos que su compatibilidad no sea susceptible de salvamento mediante una técnica interpretativa de las comentadas. En este orden de consideraciones, según Marina Gascón, *“enjuiciar la constitucionalidad de una norma consiste en evaluar si es compatible con la Constitución. Tanto la Constitución como el resto de las normas se expresan a través de textos o disposiciones normativas que deben ser interpretadas, por lo que el juicio de constitucionalidad requiere una doble y previa interpretación: una interpretación del precepto normativo controlado y una interpretación de los preceptos constitucionales que operan como parámetros de control. Como en línea de principio cabe hacer distintas interpretaciones de una disposición jurídica, sin que todas ellas resulten constitucionales, se habla de interpretación conforme a la Constitución (la verfassungskonforme Auslegung de la doctrina alemana) cuando se interpreta un texto normativo de manera que se muestre compatible (o conforme) con la Constitución. La interpretación conforme se enmarca así en el ámbito de las interpretaciones plausibles de un texto normativo, discriminando entre aquellas que resultan compatibles con la Constitución y aquellas que no lo son. Pero –nótese– entre las interpretaciones plausibles de la ley; esto es, las que no sean incompatibles con su semántica, en conjunción obviamente con la sintaxis y la pragmática. Cuando so pretexto de la interpretación conforme el juez (constitucional u ordinario) “retuerza” intolerablemente el sentido de la ley está ejerciendo, simple y llanamente, funciones políticas”*³².

Es claro que en el ejercicio de **una interpretación conforme**, se verifica la observancia del principio de conservación de las leyes, o de presunción de su constitucionalidad y el de supremacía; así, según Marina Gascón, las sentencias interpretativas son el resultado de actuar según el principio de conservación de las leyes. En razón de dicho principio un precepto legal solo puede ser declarado inconstitucional si no es pasible de una interpretación. De esta manera, *“pueden definirse las sentencias interpretativas como aquellas que no anulan el texto de la ley en la medida en que admite alguna interpretación conforme a la Constitución. Se conjugan, así, la primacía de la Constitución y la conservación de las leyes”*. Pero también señala la mencionada autora, en cuanto a los límites de la interpretación conforme, debe evitar el Juez Constitucional suplir a la Jurisdic-

32 Gascón, M. y otro. La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. op. cit., págs. 278-279 .

ción ordinaria, cuando en lugar de escoger las interpretaciones compatibles con la Constitución, se dedica a desentrañar la mejor interpretación de la ley; o bien, cuando al desplegar una interpretación conforme, invade competencias legislativas cuando modifica el texto de la ley. En conclusión, *“los límites que separan la interpretación conforme de la mejor interpretación resultan a veces lábiles e imprecisos. Por eso, el principio de interpretación conforme, que está en la base de los pronunciamientos interpretativos, constituye una técnica de delicado manejo cuyo uso debe estar guiado por un permanente ejercicio del self-restraint, a fin de no invadir competencias de la jurisdicción ordinaria. Por lo demás, es evidente que el recurso a las sentencias interpretativas entraña otro riesgo. Con la excusa de la interpretación conforme, el Juez constitucional podría imponer una interpretación de la ley que claramente no se deduce de su texto según los cánones interpretativos tradicionales. Se traspasarían así los límites de la interpretación conforme (que vienen marcados por las interpretaciones plausibles de la ley) para realizar una simple alteración judicial del ordenamiento invadiendo el ámbito que la Constitución reserva al legislador. Así sucede en las llamadas sentencias manipulativas”*³³.

Ahora bien, en el caso de las **sentencias manipulativas**, cuando ninguna de las interpretaciones plausibles del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad (como sucede en las sentencias interpretativas) y no obstante no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto, el Juez constitucional puede salvar su constitucionalidad en dos sentidos: - manipulando el texto de la ley para provocar una interpretación constitucional del mismo; - manipulando directamente su interpretación; más exactamente, forzando las posibilidades interpretativas del texto (si se quiere, haciendo una interpretación contra legem), a fin de que resulte compatible con la Constitución³⁴.

Así, según Marina Gascón, *“aunque en ambos casos se producen manipulaciones de la ley (sea de su texto, sea de su interpretación), suele reservarse la expresión sentencias manipulativas –acuñada para la doctrina italiana para el segundo supuesto-; es decir, para los casos en que el Juez constitucional manipula directamente la interpretación de la ley”*³⁵. Tales sentencias manipulativas pueden ser sustitutivas, aditivas o reductoras. Las **sentencias sustitutivas**, de acuer-

33 Gascón, M. y otro. La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. op. cit., págs. 280-282.

34 Gascón, M. y otro. La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. op. cit., págs. 282-283.

35 Gascón, M. y otro. La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. op. cit., pág. 283.

do con Díaz Revorio, constituyen el supuesto más complejo y difícil de sentencia manipulativa, en las cuales un precepto es declarado parcialmente inconstitucional, al tiempo que se dispone que la parte declarada inconstitucional se sustituya por otra indicada por el Tribunal. De esta forma, *“la fórmula usual de este tipo de decisiones es la declaración de inconstitucionalidad del precepto “en la parte en que” dispone algo en lugar de o “antes que” (anziché) otra cosa, aunque, como veremos, también es posible encontrar sentencias materialmente sustitutivas que adoptan formalmente fallos interpretativos desestimatorios”*³⁶. De tal modo que en ellas se sustituye una interpretación plausible, pero inconstitucional, del precepto legal impugnado, por otra que claramente no se deriva del mismo pero que resulta acorde con la Constitución³⁷.

En el contexto costarricense, Jinesta Lobo, indica que las sentencias sustitutivas suponen una innovación del ordenamiento jurídico preexistente, sea por a) introducir nuevas normas legislativas de eficacia general o b) poner en vigencia normas legislativas previamente derogadas por las que son declaradas inconstitucionales. Se alcanza el primer supuesto incluso cuando de un artículo de una ley se declara inconstitucionales una o varias palabras, una frase o un párrafo, con lo que cambia el contenido y el sentido de la norma original, lo que ha sucedido en múltiples votos de la Sala Constitucional. Así, *“una hipótesis más intensa la constituye cuando la Sala Constitucional indica una nueva redacción de un*

36 Díaz Revorio, F., Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas, Lex Nova, Madrid, 2001, págs. 146-147.

37 Gascón, M. y otro. La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. op. cit., pág. 283. Sobre el particular, José Acosta Sánchez sostiene “las sentencias sustitutivas, sentença substitutive, con las cuales se toca ciertamente, el punto extremo de la interpretación, (...) y la “manipulación” de la ley alcanza con ellas, sin lugar a dudas, su grado máximo, puesto que logra una metamorfosis completa del sentido de la ley. Esta manipulación “normogenética” confiere, en efecto, a esta técnica un doble objeto (...), presentándose con los rasgos de una técnica de interpretación a dos tiempos, ya que persigue, por una parte, retirar de la disposición discutida una norma o un fragmento de norma contrario a la Constitución, y, por otra parte, introducir una norma conforme a las exigencias constitucionales; por una parte,, el Tribunal “demuele el contenido de la disposición impugnada”, y por la otra, “lo reconstruye (...) en línea con los principios constitucionales; se trata de una forma singular de la anulación parcial cualitativa que permite, sin tocar el cuerpo del texto, alcanzar a su sustancia el Tribunal Constitucional utiliza la anulación parcial cualitativa para ejecutar una sustitución de normas”. Ver Acosta Sánchez, J., Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, op. cit., pág. 291. Asimismo, sobre el tema Sagüés afirma: “Sentencia manipulativa sustitutiva: Entendida como la manifestación más dura (y, por ende, muy discutible) del poder legisferante positivo de un tribunal constitucional, en tal hipótesis éste destruye una norma que califica como inconstitucional, y en su lugar, la reemplaza por otra regulación acorde con la Constitución. Véase Sagüés, N., Derecho Procesal Constitucional, Logros y Obstáculos, Reflexiones sobre los retos y la codificación del derecho procesal constitucional las fronteras del control de constitucionalidad y los avances del amparo, Konrad –Adenauer- Stiftung, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pág. 76.

*artículo legislativo. El segundo supuesto (puesta en vigencia o reviviscencia de normas derogadas) se produce, la mayoría de las veces, para evitar graves dislocaciones de la seguridad jurídica, la justicia o la paz social (artículo 91, párrafo 2° LJC), colmando una laguna en el ordenamiento jurídico, por lo menos transitoriamente. Lo anterior, obviamente, no enerva la posibilidad del legislador ordinario de dictar una nueva legislación conforme al parámetro constitucional, por lo que, pueden contener de manera explícita o implícita una exhortación al legislador ordinario para regular de nuevo el sector que cubría la legislación anulada por inconstitucional*³⁸. De lo anterior se deduce, con toda claridad que los diversos tipos de sentencias manipulativas (reductoras, aditivas y sustitutivas) son compatibles con el principio democrático, siempre que posean **efectos provisionales, así advertidos por el Juez Constitucional** al utilizarlas, de tal forma que le corresponde al Legislador, en última instancia, la reparación del precepto impugnado acorde con las exigencias constitucionales, así declaradas por el Juez en su sentencia.

Ahora bien, en lo que atañe a **las sentencias aditivas**, Díaz Revorio observa que se trata de aquellas sentencias manipulativas que, sin incidir en el texto de la disposición legal, establecen la inconstitucionalidad de un precepto, produciéndose el efecto de extender su contenido normativo con respecto a supuestos no contemplados expresamente en la disposición, o bien, ampliándose sus consecuencias jurídicas. Como veremos, *la inconstitucionalidad recae en este caso en una norma no expresa, que excluye o impide la extensión de la norma; o bien -desde otro punto de vista, o en otros supuestos- dicha inconstitucionalidad no recaería sobre la disposición ni sobre la norma, sino sobre la omisión o la laguna legal*³⁹. Por su parte, Sagüés afirma que es la que añade algo a un texto legal, para tornarlo compatible con la Constitución. En algunos casos, se cubre un vacío constitucional o legal. En otros (sentencias integradoras), se incluye a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal⁴⁰. En el contexto

38 Jinesta Lobo, E., Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 101, Ciudad de México, 2014, págs. 489-490.

39 Díaz Revorio, F., Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas, op. cit., págs. 146.

40 Sagüés, N., Derecho Procesal Constitucional, Logros y Obstáculos, Reflexiones sobre los retos y la codificación del derecho procesal constitucional las fronteras del control de constitucionalidad y los avances del amparo, op. cit., pág. 76. Sobre este particular, Marina Gascón añade: “Las sentencias aditivas consisten en hacer una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado, a fin de “conformarlo a” la Constitución: tras la interpretación, la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal”. Ver Gascón, M. y otro. La Argumentación en

costarricense, Jinesta Lobo sostiene que las aditivas se producen en el contexto de las omisiones legislativas relativas, en la medida en que existe una previsión legal para un grupo determinado, pero no se extiende a otro, lo que va en perjuicio de éstos. “En este tipo de sentencias el Tribunal Constitucional puede hacer una interpretación extensiva o recurrir a la analogía, creando la norma para el caso concreto, para completar la previsión legislativa y extenderla a los grupos ilegítimamente excluidos”⁴¹.

De esta forma, la doctrina ha señalado que las sentencias aditivas normalmente se verifican en los supuestos en que, ante una aparente violación del principio de igualdad, o de una omisión parcial o relativa, la norma legislativa, sus efectos, es omisa respecto de ciertas situaciones o grupos, de tal forma que mediante este tipo de sentencias el Tribunal Constitucional extiende los alcances del precepto cuestionado a los grupos soslayados. De otro lado, en el supuesto de las **sentencias manipulativas reductoras** consisten en hacer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado, a fin de “conformarlo” a la Constitución. Así, “*tras la interpretación, la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal*”⁴². Un ejemplo de lo anterior, dice Marina Gascón, es la sentencia del Tribunal Constitucional Español 5/81, en cuanto redujo los alcances de la aplicación de los artículos 34.3 b y 34. 2, para entender que solo cubre a los centros privados no financiados con fondos públicos, y no a los “*centros sostenidos por la Administración con fondos públicos*”⁴³. Tales tipos de interpretaciones manipulativas (sustitutivas, aditivas y reductoras) sin duda tienen múltiples implicaciones sobre el principio democrático y la especial dignidad de la ley, motivo por el cual el Tribunal Constitucional debe proceder con suma cautela en esta materia, en atención del principio de la auto contención, y evitar invadir competencias legislativas, o bien de la Jurisdicción ordinaria, cuando en lugar de limitarse a descartar

el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. op. cit., pág. 283.

41 Jinesta Lobo, E., Derecho Procesal Constitucional, op. cit., pág. 489.

42 Gascón, M. y otro. La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. op. cit., pág. 284.

43 Gascón, M. y otro. La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. op. cit., pág. 284. Al respecto, Díaz Revorio sostiene: “Entre las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo que deriva conjuntamente de un texto, sin afectar a éste, el primer y más simple supuesto está constituido por aquéllas que, como consecuencia de dicha declaración de inconstitucionalidad, conllevan una reducción de la extensión del contenido normativo. Dicha reducción se produce en el ámbito de aplicación del precepto, considerándose así constitucionalmente inaplicable en alguno de los supuestos en él contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas previstas en el propio precepto”. Díaz Revorio, F., Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas, op. cit., págs. 136.

las interpretaciones inconstitucionales, mediante el ejercicio de la interpretación conforme, también señala o estipula cuál es la mejor interpretación, con lo que asume competencias, en este escenario, el Juez Constitucional de un Juez de casación. Otro tipo de sentencias que suelen utilizar los Tribunales Constitucionales, particularmente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, son **las sentencias de mera inconstitucionalidad, o de inconstitucionalidad sin nulidad**. En éstas, se declara la inconstitucionalidad de la ley, pero no es anulada, sino que se emplaza al legislador a reparar la situación de inconstitucionalidad por la vía legislativa y se emiten unas directrices con efectos provisionales, mientras no se dicte la nueva legislación.

VI. Conclusiones.

Pues bien, en este trabajo hemos desarrollado, por una parte, la distinción entre el Estado Legislativo de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho, que se ha desarrollado durante los siglos XIX y XX, respectivamente, en el constitucionalismo europeo. De esta forma, una vez que hemos mencionado las notas características del Estado Constitucional de Derecho, hemos distinguido entre los controles jurídicos y políticos que el Texto Fundamental impone frente a las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos. Sobre el particular, se puede comentar que en la mayoría de los sistemas constitucionales prevén sistemas híbridos de control de constitucionalidad, pues coexisten ambos tipos.

Además, hemos dedicado unas líneas sobre los fenómenos de la judicialización de la política y la politización de la justicia, así como, el activismo judicial, los cuales se verifican en la actividad de los Tribunales Constitucionales. En este orden, en lo que toca a la Sala Constitucional de Costa Rica se pueden comentar varios ejemplos de judicialización de la política, como lo fueron en su caso, la aprobación reciente del Pacto Fiscal (que suponía un paquete de impuestos) y, hace algún tiempo, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, República Dominicana y Centroamérica. Mucho se debe discutir sobre este fenómeno.

Finalmente, hemos desarrollado el principio de la interpretación de conformidad con la Constitución, así como, las sentencias atípicas de los Tribunales Constitucionales, en el ejercicio de esta interpretación. También hemos señalado que las decisiones del Juez Constitucional, en el dictado de este tipo de sentencias, debe tener efectos provisionales, de tal forma que sea el Legislador Democrático quien, finalmente, repare la situación impugnada y la ajuste a los estándares constitucionales. También hemos dicho que el principio de interpretación de conformidad con la

Constitución tiene ciertos límites frente al Legislador y la Justicia ordinaria, de tal forma que debe evitar el Juez Constitucional, con ocasión del dictado de estas sentencias interpretativas, suplir al Legislador o al Juez de casación.

VII. Bibliografía.

Angel, A., y otros, *The judicialization of politics in Latin América*, Palgrave Mac Millan.

Aragón, M., *Constitución y Control del Poder*, Ediciones Ciudad Argentina, Madrid, 1995.

Bagehot Walter, *La Constitución Inglesa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

Balaguer Callejón, M., *La interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Sociedad Anónima, Madrid, 1997.

Beltrán de Felipe, M., y otro, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Segunda Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

Brenes Villalobos, L., *El rol político del juez electoral*, Editorial IFED-TSE, 2013.

Carrillo López, M., *Derechos fundamentales y pluralismo jurisdiccional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 144, Ciudad de México, 2019.

Díaz Revorio, F., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Lex Nova, Madrid, 2001.

Ferreres, V., *Una defensa del modelo europeo de justicia constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2011,

Gascón, M. y otro. *La Argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Editorial Palestra, Lima, 2015.

González Morales, F., *Sistema interamericano de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

Jinesta Lobo, E., *Derecho Procesal Constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 101, Ciudad de México, 2014.

Martínez Baharona, E., *Seeking the political role of the third government branch. A comparative approach to high courts in Central América*, Saarbrücken: VDM Verlag.

Pegoraro, L., *Control jurisdiccional vs. Control Político: La erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(1).

Prieto Sanchís L., *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

Rotunda, Ronald D., y otro, *Principles of Constitutional Law*, Firth Edition, West Academic Publishing, U. S. A., 2016.

Sagüés, N., *Derecho Procesal Constitucional, Logros y Obstáculos, Reflexiones sobre los retos y la codificación del derecho procesal constitucional las fronteras del control de constitucionalidad y los avances del amparo*, Konrad –Ade-nauer- Stiftung, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

Solís Fallas, A., *Control Político y Jurisprudencia Constitucional*, Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, CONAMAJ, San José, 2000.

Tarello, G., *La interpretación de la ley*, Palestra Editores, Lima, 2018.

Véase Alcoberro Llivina, C., *La cuestión prioritaria de constitucionalidad francesa: Balance a los cinco años de su entrada en vigor*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Ferrer Mac-gregor E., Director, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, No. 23, 2015.

Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, Ley, derechos, justicia, Séptima Edición, Trotta, Madrid, 2007.

RESUMEN

En estas líneas se analiza el principio de interpretación conforme a la Constitución y su vinculación al Estado Constitucional de derecho. También se analizan los límites a esta interpretación conforme que se realiza en el marco de controles jurídicos y políticos sobre los órganos del Estado.

PALABRAS CLAVE

Estado Constitucional de Derecho, interpretación conforme, activismo.

SUMMARY

In these lines is analyzed the principle of interpretation according to the Constitution and its link to the Constitutional State of law. The limits to this interpretation are also analyzed as it is carried out within the framework of legal and political controls over the organs of the State.

KEYWORDS

Constitutional State of Law, conform interpretation, activism

III. RECENSIONES

SUMARIO

- **Georgios Milios, al libro: Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena y Francisco Javier Donaire Villa, “La triple justiciabilidad de las reformas constitucionales. Garantías jurisdiccionales nacionales, supranacionales e internacionales (Aranzadi, pamplona, 2020, 360 págs.)”.**

“The triple justiciability of constitutional amendments. National, supranational and international jurisdictional guarantees”.

- **José Carlos Nieto Jiménez, al libro: David Giménez Glück, “El Gobierno hiperminoritario (y su relación con el Parlamento). Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 167 págs.”.**

“The hyper minority Government (its relation with Parliament). Tirant lo blanch, Valencia, 2019, 167 págs.”.

- **María Ruiz Dorado, Recensión al libro: “Derecho a la educación de las personas con discapacidad”, dirigido por Enrique Belda Pérez-Pedrero”.**

“Right to education of people with disabilities”, directed by Enrique Belda Pérez-Pedrero”.

JUAN IGNACIO UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA
Y FRANCISCO JAVIER DONAIRE VILLA:
LA TRIPLE JUSTICIABILIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES.
GARANTÍAS JURISDICCIONALES NACIONALES, SUPRANACIONALES E INTERNACIONALES
(ARANZADI, PAMPLONA, 2020, 360 PÁGS.)

THE TRIPLE JUSTICIABILITY OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS. NATIONAL,
SUPRANATIONAL AND INTERNATIONAL JURISDICTIONAL GUARANTEES

Georgios Milios

*Profesor lector Serra Hünter, Departamento de Ciencia Política, Derecho Constitucional
y Filosofía del Derecho, Universitat de Barcelona.*

Recibido: 01-06-2020

Aceptado: 30-06-2020

El libro *La triple justiciabilidad de las reformas constitucionales. Garantías jurisdiccionales nacionales, supranacionales e internacionales* es una obra de los profesores Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena y Francisco Javier Donaire Villa, perteneciente a la colección *Estudios* de la editorial Thomson Reuters Aranzadi. Ambos son dos académicos de referencia en el ámbito del Derecho Constitucional con una impresionante trayectoria investigadora, que se ve claramente reflejada en su último trabajo.

La temática de este libro está relacionada con la reforma constitucional, que es uno de los temas que se encuentran en el centro de uno de los debates académicos y políticos más interesantes de los últimos años en el Derecho Constitucional Comparado, tal y como los propios autores apuntan, y uno al que en España deberemos enfrentarnos más pronto o más tarde. Más concretamente, la obra que tenemos entre manos se centra en las garantías jurisdiccionales que rodean a las reformas constitucionales, abordando el tema desde múltiples perspectivas. Cabe señalar que la perspectiva del Derecho comparado había tenido hasta ahora escasa influencia en la doctrina española sobre esta cuestión. En este sentido, el estudio realizado por los autores constituye una relevante contribución a los debates actuales a nivel nacional e internacional ofreciendo una visión multinivel, con un especial énfasis en la perspectiva comparada y en el Derecho Comunitario e Internacional.

Tres son las aportaciones principales de este libro. En primer lugar, el estudio comparativo subraya las similitudes, pero también la diversidad en relación con la justiciabilidad de la reforma constitucional en los diferentes ordenamientos jurídicos, así como la importancia del Derecho comparado en el ámbito constitucional. En segundo lugar, la clara voluntad de los autores por transmitir de forma clara sus ideas, lo cual se traduce en una metodología inductiva y pedagógica en la presentación de la información a lo largo de los diferentes capítulos y secciones que pasa por ofrecer en cada apartado una breve introducción al tema así como un análisis del marco teórico, para seguidamente analizar la jurisprudencia y la doctrina establecidas, para terminar presentando su propia lectura de los principales debates sobre la base del análisis previamente realizado y de los ejemplos recopilados a lo largo del texto. En tercer lugar, el libro se inscribe en una perspectiva de investigación que entiende el Derecho Constitucional dentro de un contexto mucho más amplio y global. En este sentido, el libro puede ser de especial interés no solo para investigadores de esta rama, sino para los que se dedican al Derecho Comunitario o Internacional.

En líneas generales, el estudio realizado examina dos vertientes principales del control jurisdiccional de la reforma constitucional: la vertiente interna y la

vertiente externa. En palabras de los propios autores: «por *Justiciabilidad interna* de la reforma constitucional se entiende el control de constitucionalidad de la reforma constitucional, teniendo a la Constitución reformada como parámetro directo de validez formal y/o material del texto modificado, y llevado a cabo por un Tribunal Constitucional, o, por la jurisdicción asimismo interna». Por *Justiciabilidad externa* entienden el control jurisdiccional en virtud de parámetros supranacionales como los del Derecho Comunitario y/o Internacional. Esta distinción enriquece el análisis de los problemas que pueden presentarse, por ejemplo, cuando entre ambas vertientes se produzcan discrepancias y permite transitar hacia la elaboración de propuestas de solución en tales casos.

Por lo que se refiere a la estructura de la obra, la misma está organizada en un capítulo introductorio y tres capítulos principales, seguidos de unas conclusiones. El primero analiza la vertiente interna de la cuestión, teniendo como uno de sus principales ejes los paradigmas de los diferentes ordenamientos jurídicos y los modelos de justiciabilidad de la reforma constitucional que cada uno de ellos dispone. En una etapa posterior, este mismo capítulo se centra en el caso español y en la justiciabilidad interna de la reformas a la Constitución Española. Por su parte, el segundo y tercero analizan la vertiente externa. En particular, el segundo se centra en el denominado control de comunitariedad (o europeidad) de la reforma. En este capítulo, los autores principalmente se ocupan de la cuestión de las garantías a nivel comunitario en cuanto a reformas constitucionales que podrían ser contrarias al Derecho Comunitario. Por último, el tercer capítulo aborda el mismo tema centrándose en el Derecho Internacional de los derechos humanos y, más concretamente, el desarrollado marco jurídico que ofrece del Consejo de Europa en este ámbito (control de convencionalidad).

Veamos a continuación, de forma más detallada, los contenidos más destacables de esta obra. El estudio comparativo del primer capítulo incluye países que se consideran como referentes en el ámbito internacional y el entorno europeo. Aunque dicho análisis se centra en la posibilidad de realización de un control jurisdiccional formal o procedimental, no deja de extenderse también a algunas cuestiones más complejas que se refieren a un control material de la reforma constitucional. Especialmente acertada resulta la inclusión del estudio de caso de Estados Unidos y de la *judicial review* de las enmiendas a las Constitución tanto federal como de las constituciones de los Estados, ofreciendo para ello un detallado análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EE.UU. y de los tribunales superiores de los Estados que han tratado en numerosas ocasiones cuestiones procedimentales y, en su caso, materiales de las Enmiendas de la Constitución Americana y de las Constituciones de sus Estados miembros, respecti-

vamente. Junto a ella, más tradicional resulta el estudio de los países del entorno europeo que cubre tanto referentes más habituales y conocidos —Alemania, Austria, Francia e Italia—, como también países del este de Europa —tales como Hungría o la República Checa—, que resultan sin duda sumamente sugerentes y una de las aportaciones de esta obra. De manera muy destacada, se incluyen algunos ejemplos relevantes en los que el carácter justiciable de la reforma ha terminado en un juicio negativo sobre la reforma constitucional y la consiguiente anulación de la misma.

En el marco de este estudio comparado, los autores analizan ejemplos del llamado *abusive constitutionalism*, en los que la reforma constitucional en realidad es instrumentalizada como mecanismo político para obtener ventajas electorales, controlar instituciones y/o reducir la concurrencia de otros actores políticos, en lo que supone una pendiente descendente hacia formas de *iliberall constitutionalism*. El libro aporta ejemplos concretos de ello, donde valora la efectividad y el papel que ha podido tener la justiciabilidad de una reforma constitucional, quizá los casos de Colombia, Hungría o Venezuela no por conocidos dejan de resultar sumamente ilustrativos.

En este sentido, es una virtud del libro que no se limite al estudio de los casos EE.UU. y Europa, para ir más allá y analizar los modelos de justiciabilidad de la reforma constitucional en otros lugares del mundo. El foco de atención en algunos países de América Latina (entre otros, Argentina, Perú, México), pero también de otras partes del mundo como la India y Sudáfrica resulta de nuevo de agradecer, aunque obviamente los autores optan aquí por centrarse en un enfoque pragmático centrándose en los *leading cases* que han surgido fuera del ámbito europeo —entre otros, el caso *Fayt* en Argentina o el caso *Kasavananda* en La India—.

En relación con el ordenamiento jurídico español, el punto de partida es una reflexión sobre el rango de la reforma constitucional, su posicionamiento en el sistema de fuentes y su relación con la propia CE. Sobre esta base se sustenta la obra, y que permite responder a otras cuestiones referidas a la utilización de los diferentes procesos ante el Tribunal Constitucional en el caso de una reforma constitucional. Principalmente, los autores argumentan que la reforma se tramita procedimentalmente como una ley especial, una ley con capacidad de reformar la Constitución y con el mismo rango y fuerza que la propia Constitución. Así pues, le son aplicables los procesos de control de constitucionalidad de las leyes previstos en el ordenamiento jurídico español y, más concretamente, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. Incluso puede, según los autores, ser objeto

de un recurso de amparo en determinadas circunstancias. Para sustentar este posicionamiento, los autores resumen las diferentes posturas que se han defendido en la doctrina hasta el momento, incluidas las posturas de los constitucionalistas más influyentes que han reflexionado sobre ello, como Francisco Rubio Llorente, Manuel Aragón Reyes o Javier Pérez Royo. Finalmente, los autores vuelven a referirse a la vertiente material del control jurisdiccional y parten de su análisis teórico y las resoluciones del Tribunal Constitucional para cuestionar el predominante rechazo a dicho control que impera en el ordenamiento jurídico español.

Al hilo de esta reflexión, el planteamiento del capítulo segundo no puede ser más oportuno. En él se argumenta principalmente que el poder de la reforma constitucional es un poder limitado por el Derecho Comunitario, debido al principio de primacía frente al derecho interno, incluida la Constitución. Como argumentan los autores, esta consideración se aplica tanto en cuanto al texto original de la Constitución como a la reforma en sí con las siguientes palabras: «(...) el Constituyente de un Estado Miembro de la Unión Europea es ya, utilizando una expresión avanzada por la doctrina, un *constituyente limitado* por el Derecho de la Unión. Y si se impulsa y aprueba una reforma incompatible con el Derecho de la Unión, ésta colisionaría con el principio de primacía de la Unión, tanto en su vertiente aplicativa como normativa». Así pues, la principal línea argumental en este capítulo se basa en el principio de primacía, que como es sabido se sustenta en la jurisprudencia del propio TJUE y es en general aceptado por los Estados miembros, aunque no siempre de forma tan indiscutible como los autores dan a entender, visto el reciente debate suscitado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en relación a la compra de deuda por el BCE.

A partir del principio de primacía este capítulo empieza con la contextualización de la cuestión del control de la comunitariedad de la reforma constitucional y se centra, posteriormente, en cuestiones más específicas relacionadas con el papel del TJUE en esta materia. En la primera parte de este capítulo se exponen, entre otros temas, casos de Estados miembros que han realizado reformas para adecuar su Constitución a la integración europea, así como reformas que se han producido para salvar la contraposición con el derecho originario o derivado de la Unión Europea. Destacan la referencia a ejemplos concretos de reformas de países comunitarios y la agrupación y estructurada presentación de los motivos que han provocado estas reformas.

En la segunda parte del capítulo segundo, los autores abordan cuestiones de garantías de carácter principalmente jurisdiccional previstas en el Derecho Comunitario, como son la cuestión prejudicial o el recurso por incumplimiento. Asi-

mismo, se estudian los controles llevados a cabo por órganos no jurisdiccionales, como son los mecanismos preventivo y sancionatorio previstos en el artículo 7 del TUE. El capítulo finaliza resaltando los límites que este control de la comunitariedad tiene, que vienen dados tanto por el propio Derecho originario de la Unión, así como por los Estados miembros que en ocasiones «contralimitan» la primacía del derecho comunitario que opera como «límite» al derecho interno. De esta forma, la obra se ocupa de la relación e interacción del Derecho comunitario con el Derecho interno delimitando los procedimientos a través de los cuales el derecho comunitario y sus mecanismos pueden constituir factores significativos de control de la reforma constitucional de los Estados miembros de la Unión. Quizá, y esto no puede considerarse una crítica al libro, pues este se publicó con anterioridad al pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal Alemán, cabría subrayar la importancia de profundizar en los problemas jurídicos que puede plantear el encaje de reformas constitucionales, que como en el libro se apunta, pretendan reinterpretar los límites de las competencias atribuidas a la Unión y sus instituciones, sobre la base de los argumentos del Tribunal de Karlsruhe relativos a la doctrina *ultra vires* o de la identidad nacional, y reflexionar sobre quién tendría la última palabra en una reforma constitucional de este signo.

Finalmente, en el capítulo tercero los autores exploran otra faceta de la justiciabilidad externa, que se refiere a la posibilidad de sometimiento a un control de convencionalidad de la reforma constitucional. Aquí se señala que el CEDH es un parámetro de control externo de una reforma de este tipo, pudiendo actuar como límite material de dicho poder. Asimismo, la obra contiene un análisis acerca del denominado control interno de la convencionalidad, término que se refiere a la potestad que tienen los órganos jurisdiccionales internos de determinar si una norma nacional es compatible con el CEDH, que actúa como parámetro de enjuiciamiento. De igual manera que sucede a lo largo de todo el libro, los autores no se limitan a examinar una única vertiente de este control interno de la convencionalidad, sino que tienen en cuenta que el valor normativo que se reconoce al CEDH en el ordenamiento jurídico interno puede ser diferente. Así pues, los autores se centran en dos principales modelos del control interno de la convencionalidad de la reforma. Por un lado, este control puede ser directo, en aquellos casos que hay un reconocimiento acerca del rango constitucional del Convenio. Por otro lado, el mismo control interno puede ser indirecto cuando el Convenio actúa en el ordenamiento jurídico a través de las disposiciones constitucionales.

Para terminar el capítulo, los autores examinan evoluciones más recientes en el ámbito del control de la convencionalidad de la reforma constitucional. Por un lado, se argumenta que el control interno se puede realizar a través del Derecho

comunitario. Esto es cuando el juez interno está encargado de aplicar el derecho comunitario —del cual el CEDH constituye también un parámetro de enjuiciamiento— en un litigio concreto. Por otra parte, los autores se centran en vías que han emergido aún más recientemente, como es la posibilidad que ofrece el Protocolo 16 del CEDH. Este establece que los altos tribunales de los Estados parte pueden solicitar al TEDH que emita opiniones consultivas, en relación con la interpretación o aplicación de los derechos recogidos en el Convenio. Esta parte del estudio finaliza con un análisis de los dos primeros casos que han sido planteados ante el Tribunal a través de este procedimiento.

En definitiva, como los autores acertadamente plantean en la contraportada del libro, esta obra pretende dar respuesta compleja a una pregunta aparentemente simple: ¿Qué sucedería si se introdujera una reforma constitucional contraria a principios fundamentales para una sociedad democrática o a los derechos humanos? El resultado es un libro profundamente documentado y sólidamente argumentado que no solo los expertos en Derecho Constitucional estarán interesados en examinar.

RESUMEN

El texto es una recensión de la monografía *La triple justiciabilidad de las reformas constitucionales: Garantías jurisdiccionales nacionales, supranacionales e internacionales* de los profesores Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena y Francisco Javier Donaire Villa, publicada por la editorial Thomson Reuters Aranzadi. La obra trata acerca de las posibilidades y límites del control jurisdiccional de las reformas constitucionales, contribuyendo así a uno de los debates de Derecho Constitucional más actuales. Entre los puntos de estudio más destacables se encuentran la perspectiva comparada, que incluye un estudio de casos de varios países, y la visión multinivel, que abarca cuestiones de Derecho interno, Comunitario e Internacional.

PALABRAS CLAVE

reforma constitucional, garantías jurisdiccionales, Derecho Constitucional comparado, garantías supranacionales.

ABSTRACT

The text is a review of the monograph *La triple justiciabilidad de las reformas constitucionales: Garantías jurisdiccionales nacionales, supranacionales e internacionales* by professors Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena and Francisco Javier Donaire Villa, published by Thomson Reuters Aranzadi. The study deals with the jurisdictional guarantees regarding constitutional reforms, contributing to one of the most current Constitutional Law debates. Some of the most notable points are the comparative approach that includes a case study of several countries, and the multilevel perspective that covers issues of domestic, EU and International Law.

KEYWORDS

Constitutional reform, jurisdictional guarantees, Comparative Constitutional Law, supranational guarantees.

GIMÉNEZ GLÜCK, DAVID, EL GOBIERNO HIPERMINORITARIO
(Y SU RELACIÓN CON EL PARLAMENTO),
TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2019, 167 PÁGS.

GIMÉNEZ GLÜCK, DAVID, THE HYPER MINORITY GOVERNMENT
(ITS RELATION WITH PARLIAMENT)].
TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2019, 167 PÁGS.

José Carlos Nieto Jiménez¹

Recibido: 10-02-2020

Aceptado: 08-03-2020

1 * Investigador Predoctoral FPU (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades) en el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga (Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales).

Lejos de lo que auguraban los ponentes de la Constitución Española de 1978, durante los treinta y siete primeros años de vigencia del Texto Constitucional -correspondientes a las diez primeras legislaturas- el sistema parlamentario español estuvo caracterizado por la estabilidad y la escasa fragmentación. Permiten sostener esta afirmación la alternancia en el Gobierno de los dos grandes partidos PP-PSOE y un sólido respaldo en el Parlamento al partido de turno en el Gobierno, bien por contar el grupo parlamentario que lo apoyaba con mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados, bien por ser un Gobierno minoritario pero con apoyos parlamentarios sólidos de otras fuerzas políticas, nacionalistas, principalmente.

No es desconocido que a partir de las Elecciones Generales del 20 de diciembre de 2015 la fragmentación y la polarización, en sus cotas más elevadas, se instalaron en las Cortes Generales. El brusco cambio de situación que con el inicio de la XI Legislatura se produjo en el sistema parlamentario español respecto de las diez anteriores constituye el marco en el que se sitúa la obra del profesor GIMÉNEZ GLÜCK, cuya reseña nos ocupa. Nos encontramos ante una auténtica monografía de Derecho Parlamentario. Esto es, a lo largo de sus páginas no se estudia la génesis (cambio en el sistema de partidos y en el comportamiento electoral) ni las causas (agotamiento del modelo bipartidista, crisis económica, populismo, etc) del parlamentarismo fragmentado y polarizado, sino, por el contrario, este es asumido como variable independiente con el objetivo de, a la luz del cambio de paradigma que supuso la fragmentación parlamentaria, sintetizar las principales novedades que desde la XI Legislatura se produjeron en la relación entre el Gobierno y las Cortes Generales.

Más allá de recopilar estas novedades, contribuye a alcanzar de manera satisfactoria el objetivo con el que nace la obra, el hecho de que su autor efectúe un análisis de las razones y de las consecuencias de aquellas mutaciones que en el seno del Parlamento y en la relación de este con el Gobierno se produjeron desde la XI Legislatura. Sostenida la idea, que compartimos, de que el Gobierno hiperminoritario propio de la XII Legislatura -término acuñado por el autor como a continuación se verá- «no será el único» (p. 17), de manera magistral aporta GIMÉNEZ GLÜCK algunas soluciones a los problemas y disfunciones que despertaron la fragmentación parlamentaria y el Gobierno hiperminoritario.

De este modo, el análisis de las circunstancias y, sobre todo, las soluciones ofrecidas contribuyen de manera certera a alcanzar el objetivo que se pretende: «servir para, en lo posible, evitar errores y reforzar aciertos» (p. 17). La experiencia universitaria del profesor GIMÉNEZ GLÜCK, su labor al frente de la Coordinación del Gabinete Jurídico del Grupo Parlamentario Socialista en la segun-

da parte de la XII Legislatura y sus responsabilidades como Jefe de Gabinete de la Presidencia del Senado en la XIII y XIV Legislatura, nos aseguran un conocimiento de la teoría y la práctica a partes iguales digno de ser aprovechado a través de la lectura de su libro, prologado por el Catedrático de Derecho Constitucional Luis LÓPEZ GUERRA.

La monografía se estructura en cuatro capítulos. El primero de ellos (“Un nuevo actor en escena: el Gobierno hiperminoritario”) se encuentra dividido en dos partes. En la primera, se realiza un repaso a la realidad política y parlamentaria desde 1978 hasta el año 2015. La preeminencia, constatada, del Gobierno sobre el Parlamento fue clara cuando el primero contaba con el apoyo de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. Sin embargo, durante las legislaturas de Gobiernos minoritarios (I, V, VI, VIII y IX) con buen acierto se concluye que «el papel del Parlamento se revitalizó, pero nunca hasta el punto de poner en duda la prevalencia gubernamental» (p. 22).

Fijado el contexto, es en la segunda parte del primer capítulo donde el autor dibuja los contornos de lo que viene en denominar «Gobierno hiperminoritario». Así, asumida la conclusión según la cual desde diciembre de 2015 «nada ha sido igual», «nace una nueva figura que protagoniza la *non nata* XI Legislatura y, sobre todo, la XII Legislatura: la del Gobierno hiperminoritario» (p. 23). Siendo claro que es la XII la Legislatura del Gobierno hiperminoritario, debemos sumar a la referida *non nata* XI Legislatura la XIII, por ser igualmente breve y fracasada en cuanto a la principal y primera tarea del Congreso: investir a un Presidente del Gobierno. Dos son los elementos que definen al Gobierno hiperminoritario y que permiten diferenciarlo de otros Gobiernos minoritarios anteriores: un elemento cuantitativo y un elemento cualitativo. Desde un punto de vista cuantitativo, «es un Gobierno monocolor con un partido que lo sustenta que cuenta con un número de diputados muy alejado de la mayoría absoluta» (p. 23). Desde un punto de vista cualitativo, el Gobierno hiperminoritario «es un Gobierno que cuenta con la expresa desafección, cuando no oposición abierta, de la mayoría de la Cámara» (p. 24).

La expresa oposición de la mayoría de la Cámara al Gobierno como elemento cualitativo se reflejó claramente en la primera etapa de la XII Legislatura. Fruto del viraje técnico del Grupo Parlamentario Socialista del *no* a la *abstención* en la votación de investidura de Mariano Rajoy, con el único fin de desbloquear la situación y evitar unas terceras elecciones, el de la primera parte de la XII Legislatura fue un Gobierno hiperminoritario desde el punto de vista cualitativo porque contaba «con la oposición expresa, manifestada en la propia votación de investidura y en la voluntad del Grupo que se abstuvo, de 180 diputados» (p. 25).

Como venimos señalando, la XII Legislatura se puede dividir en dos partes, fruto de la aprobación de una moción de censura y la conformación de un nuevo Gobierno. En los términos de GIMÉNEZ GLÜCK, «había muerto un Gobierno hiperminoritario, y había nacido otro» (p. 26). Más allá de que el Gobierno de Pedro Sánchez surgido de la moción de censura fuese cuantitativamente más hiperminoritario que el de Mariano Rajoy -por estar sustentado en 84 diputados y 62 senadores, frente a los 134 diputados y la mayoría absoluta de senadores que apuntalaron al de Mariano Rajoy-, tres son elementos que permiten concluir que desde un punto de vista cualitativo también este segundo Gobierno de la XII Legislatura fue un Gobierno hiperminoritario. En primer lugar, pese a que el de Pedro Sánchez no fue un Gobierno que contara con el rechazo expreso de la mayoría de los diputados sí que la realidad demostró (con el voto favorable de ERC a las enmiendas a la totalidad de los Presupuestos Generales del Estado) que no contaba con una mayoría sólida que lo apoyase. En segundo lugar, la Presidencia y la Mesa del Congreso de los Diputados se encontraba dominada por una mayoría PP-Ciudadanos, de oposición, por tanto. Por último, en tercer lugar, debe tenerse presente que la Cámara Alta de las Cortes Generales durante la XII Legislatura estuvo controlada por la mayoría absoluta del Grupo Parlamentario Popular.

En el segundo y el tercer capítulo se efectúa un análisis de la incidencia del Gobierno hiperminoritario en el procedimiento legislativo y en la función de control de las Cortes Generales, respectivamente. Por lo que se refiere al segundo capítulo (“El impacto del Gobierno hiperminoritario sobre el procedimiento legislativo”) puede entenderse dividido en dos partes claramente diferenciadas.

En la primera parte, GIMÉNEZ GLÜCK constata -a través de la comparación porcentual entre las leyes definitivamente aprobadas procedentes de proyectos de ley y las provenientes de proposiciones de ley- como el liderazgo de la función legislativa ejercido de manera incontestable por el Gobierno durante las diez primeras legislaturas, desapareció por la irrupción del Gobierno hiperminoritario en la XII Legislatura (p. 40).

En la segunda parte, sobre la base de la antedicha erosión de la preeminencia del Poder Ejecutivo en el procedimiento legislativo existente hasta el año 2015, se aborda el estudio de los tres aspectos del procedimiento legislativo en los que la fragmentación parlamentaria y el Gobierno hiperminoritario tuvieron especial repercusión.

El primer aspecto es el del «hundimiento del proyecto de ley como iniciativa legislativa hegemónica en favor del Decreto-Ley» (p. 41). Con gran rigor técni-

co, por el empleo de las cifras y datos de los que se vale, se constata la existencia de una «depresión legislativa sin precedentes» en la XII Legislatura (p. 55). Más allá de alcanzar esta conclusión, se sumerge el autor en las causas de dicha depresión legislativa, pudiendo residenciarse las mismas tanto en sede del Gobierno como en sede del Parlamento.

Frente a ello, el Decreto-Ley se convirtió en la legislatura del Gobierno hiperminoritario en la «más importante de las fuentes del Derecho» (p. 55). El hecho de que el ritmo de aprobación de los mismos se mantuviera en sintonía con el de otras legislaturas, situó al Decreto-Ley como una manera de legislar «verdaderamente prioritaria y preeminente» (p. 52). Ahora bien, este hecho obliga a replantear sus contornos y límites. La preeminencia del Decreto-Ley debe ser asumida con prudencia y con la vista puesta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en los peligros que puede entrañar la mutación de su naturaleza: de extraordinaria a ordinaria forma de legislar.

Un aspecto concreto de los Decretos-Leyes, su tramitación como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia por la Diputación Permanente en periodo de disolución de las Cámaras, también es abordado en el libro. Sin embargo, lo que se presenta como un amago o como una posibilidad frustrada ya ha sucedido. Sobre la base de los plazos contenidos en el informe de los letrados del Congreso de 8 de marzo de 2019, se tramitó por la Diputación Permanente como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia el “Real Decreto-ley 12/2019, de 11 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos de la apertura de procedimientos de insolvencia del grupo empresarial Thomas Cook”. Aprobadas varias enmiendas al Proyecto de Ley por la Diputación Permanente del Congreso, el Proyecto, ya en el Senado², se dio por caducado un día antes de que se constituyeran las Cámaras de la XIV Legislatura³. No obstante la viva y cambiante realidad parlamentaria, la aspiración sostenida a este respecto -construir un procedimiento que se pueda plasmar en el Reglamento sobre la base del informe de la Secretaría General del Congreso- sigue plenamente vigente, si cabe con más fuerza dado el precedente que ya ha tenido lugar. De nuestra parte debe hacerse notar la dudosa constitucionalidad del artículo 151.5 del Reglamento del Congreso, que prevé la posibilidad de tramitar como proyectos de ley por el pro-

2 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, núm. 38, de 30 de noviembre de 2019.

3 Caducidad acordada por la Mesa de la Diputación Permanente del Senado el 2 de diciembre de 2019 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, núm. 2, de 10 de diciembre de 2019) y por la Mesa de la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados en su reunión del mismo día (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 1-4, de 12 de diciembre de 2019).

cedimiento de urgencia los Decretos-Leyes que el Gobierno dicte durante los períodos entre legislaturas.

El segundo aspecto del procedimiento legislativo en el que tuvo especial incidencia la existencia de un Gobierno hiperminoritario es el del trámite de conformidad, o no, del Gobierno a las proposiciones de ley por razones presupuestarias. En otras palabras, aborda el autor del libro la problemática despertada en la XII Legislatura con relación al uso abusivo del «veto presupuestario». Si bien hasta 2015 su uso fue bastante limitado, este hecho, también, cambió. Las razones que explican el uso indiscriminado del «veto presupuestario» se concretan en la existencia de una mayoría de oposición en el Pleno que arriesgaba al Gobierno a no poder rechazar a través de sus apoyos parlamentarios la toma en consideración de proposiciones contrarias a los intereses del Gobierno y en la ausencia de una delimitación jurídico-constitucional de la institución del «veto presupuestario» (p. 63). En este sentido, se plantearon en la XII Legislatura los primeros conflictos entre órganos constitucionales (Gobierno-Congreso de los Diputados) con origen en la previsión del art. 134.6 de la Constitución. La doctrina sentada por las sentencias del Tribunal Constitucional que resolvieron los conflictos de atribuciones y varios recursos de amparo, en especial, por ser la primera, la de la STC 34/2018 de 12 de abril, se encuentra perfectamente sistematizada en el libro que recensionamos. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional puede calificarse, con la mirada puesta en futuros Gobiernos hiperminoritarios, como necesario, por limitar a su través lo que no fue más que una «práctica abusiva» (p. 71).

El tercer aspecto del procedimiento legislativo en el que el Gobierno hiperminoritario y la fragmentación parlamentaria dejaron su huella tiene que ver con los tiempos del mismo. «Por primera vez en democracia, el Gobierno dejó de controlar los tiempos legislativos» (p. 80). En este sentido, además de la pérdida del control por el Gobierno sobre la duración de los trabajos de las Ponencias para entregar informes a las Comisiones (p. 81), se hace referencia a la práctica abusiva de las sucesivas ampliaciones del plazo de enmiendas de las iniciativas legislativas, acordadas por la Mesa del Congreso. El órgano rector de la Cámara, que durante la XII Legislatura estuvo dominado por una mayoría que no representaba a la del Pleno, impidió semana tras semana a través de la ampliación del plazo de enmiendas la tramitación de iniciativas legislativas impulsadas por la mayoría. Nos encontramos ante una práctica peligrosa, «próxima al filibusterismo parlamentario», que «trata de evitar que la mayoría democráticamente elegida pueda ejercer las funciones que legítimamente le corresponden» (p. 78). Al no existir voluntad mayoritaria en la Mesa para fijar un criterio que limitase el número de

prórrogas que podían ser adoptadas por ella -criterio que existió en la VIII, IX y X Legislatura-, la “Proposición de Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados sobre limitación de las prórrogas de plazos de enmiendas a las iniciativas legislativa” del Grupo Parlamentario Socialista buscó, como su nombre indica, incorporar al Reglamento un criterio que permitiese poner coto al número de prórrogas que la Mesa podía acordar. La Proposición, sin embargo, terminó decayendo al verse sometida a las sucesivas ampliaciones de sus plazos de enmienda. Más allá de representar esta práctica dilatoria un ejemplo de filibusterismo parlamentario, le corresponde al Tribunal Constitucional concluir si, además, supone una vulneración del derecho fundamental del art. 23 CE, como defiende el Grupo Parlamentario Socialista en el recurso de amparo interpuesto. A la espera del pronunciamiento del Alto Tribunal, y sobre la base de la conclusión compartida con GIMÉNEZ GLÜCK respecto de la posible existencia de otro Gobierno hiperminoritario en un futuro no muy lejano, sería deseable aprovechar la mayoría parlamentaria de la que el Gobierno de la XIV Legislatura dispone tanto en el Pleno como en la Mesa, para volver a presentar la Propuesta de Reforma del Reglamento del Congreso, que con bastante probabilidad recabaría los apoyos necesarios para ser aprobada.

De otra parte, tal y como se avanzó, en el tercer capítulo (“Control parlamentario del Gobierno hiperminoritario”) se analiza la repercusión del Gobierno hiperminoritario y de la acusada fragmentación parlamentaria en la función de control de las Cortes Generales. En este aspecto también la XII Legislatura trajo consigo un cambio respecto de la situación hasta el momento existente, y es que «el control parlamentario se vuelve “más incontrolable” para el Gobierno, al no disponer del apoyo firme de la mayoría de la Mesa o de la Junta de Portavoces del Congreso y del Senado» (p. 93). Las novedades que en este sentido se experimentaron, así como sus causas y consecuencias, se sintetizan a través del estudio de su incidencia en dos de los instrumentos a través de los que se materializa la función de control de las Cortes Generales.

Por un lado, la moción de censura pasó a «constituirse como un medio viable de cese, y formación de gobiernos» (p. 112), lo que era inimaginable antes de la aparición del Gobierno hiperminoritario, tal y como acertadamente respalda doctrinalmente GIMÉNEZ GLÜCK. Es la XII Legislatura la que vio presentadas dos mociones de censura. Sin embargo, lo que verdaderamente hizo saltar por los aires lo sostenido hasta el momento respecto de este instrumento fue la aprobación, por vez primera desde la entrada en vigor de la Constitución Española, de una de ellas en junio de 2018. La principal razón que explica este hecho es, para el autor, que «el Gobierno cesado era un Gobierno hiperminoritario» (p. 108). Del ne-

cesario relato que en el libro se contiene, interesa destacar en este momento que fruto de las enormes diferencias políticas existentes, el carácter constructivo de la moción de censura aprobada quedó algo desvirtuado. En este sentido, «la táctica del Partido Socialista fue poner todo el foco en la primera parte del voto, en la censura del Presidente Rajoy, y rebajar cualquier negociación sobre la segunda parte, la investidura de Pedro Sánchez» (p. 105).

Por otro lado, se hace especial hincapié en las comparecencias de los miembros del Gobierno hiperminoritario ante las Comisiones y el Pleno de las Cámaras. En ellas se aprecia con nitidez el cambio que en la XII Legislatura experimentaron las relaciones entre el Gobierno hiperminoritario y el Parlamento.

Por lo que tiene que ver con las comparecencias de los miembros del Gobierno en Comisión, se constata como el Ejecutivo perdió el control sobre ellas, debiendo «buscar continuas alianzas para evitar tener a sus ministros constantemente compareciendo en Comisión, o para cuadrar dichas comparecencias en un calendario medianamente racional» (p. 120). La consecuencia que de todo ello extrae el autor es que el Gobierno hiperminoritario «acaba estando más sobreexplotado en el Parlamento de lo que podría parecer razonable» (p. 120). Además de ello, debe servir la pérdida de control por el Gobierno sobre las comparecencias en Comisión para tomar conciencia de la importancia para el Gobierno de contar con una mayoría a favor en las Mesas de las Comisiones, lo que se complicó también con la irrupción de la fragmentación parlamentaria. En la XII Legislatura se vivió un conflicto entre una Mesa de Comisión (la de Justicia, con mayoría PSOE-ERC) y la del Congreso (de mayoría PP-Ciudadanos).

Un escenario similar se presentó con las comparecencias ante el Pleno de las Cámaras. Más allá de no encontrar parangón en legislaturas anteriores el número de comparecencias ante el Pleno de los Presidentes del Gobierno de la XII Legislatura, lo verdaderamente significativo ocurrió en el Senado. En la segunda parte de la XII Legislatura se produjo un auténtico conflicto institucional. De un lado, el Gobierno entendía que ningún miembro del mismo estaba obligado a acudir en contra de su voluntad ante la ausencia de regulación reglamentaria sobre comparecencias de miembros del Gobierno ante el Pleno. Por otro lado, la Secretaría General del Senado reconoció la obligación constitucional de comparecer. El pormenorizado relato que se realiza concluye con la celebración, por vez primera, de un Pleno con la ausencia del Presidente del Gobierno llamado a comparecer. Esto que ocurrió en la Cámara Alta no es sino un ejemplo de algunos de los problemas que puede suponer para un Gobierno hiperminoritario tener un Senado con una mayoría de oposición. El bloqueo de la aprobación del techo de gas-

to o la proliferación de comisiones de investigación que afecten a miembros del Gobierno son otros de los ejemplos que se señalan (p. 132).

Sobre la base de lo sostenido en los capítulos anteriores, en el cuarto y último de ellos (“Balance de la relación del Gobierno hiperminoritario en su relación con el Parlamento. Posibles soluciones”) se lleva a cabo una evaluación general sobre la relación del Gobierno hiperminoritario con el Parlamento. Este balance -en el que se tiene en cuenta la debilidad del Parlamento en la función legislativa, la fragilidad también de la función presupuestaria y la excesiva fortaleza de la función de orientación política y de control- arroja un resultado negativo para el autor, en comparación con un Gobierno que disfruta de una mayoría cómoda. Más allá de concluir que «la relación de un Parlamento fraccionado con un Gobierno hiperminoritario es disfuncional para el sistema» (p. 144), GIMÉNEZ GLÜCK aporta algunas posibles soluciones a implementar, que serían de gran utilidad ante la presencia de otro Gobierno hiperminoritario. Estas propuestas *de lege ferenda* se bifurcan entre las que inciden en la raíz del problema -la existencia de un Gobierno hiperminoritario-, efectivas pero casi inviables; y las superficiales o parciales pero con más posibilidades de ser implementadas. El refuerzo de las áreas del Gobierno dedicadas a la relación del Ejecutivo con el Parlamento (p. 153), la incorporación a los reglamentos parlamentarios de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el veto presupuestario (p. 157), la regulación de los criterios que limiten la prórroga sucesiva y abusiva de los plazos de enmiendas (p. 158) o la configuración de mecanismos dirigidos a reforzar el control político sobre las iniciativas de impulso aprobadas por el Parlamento (p. 160) son algunas de las propuestas planteadas. Con su formulación se termina de lograr el doble objetivo con el que nace el libro: por un lado, sintetizar las principales novedades y disfuncionalidades que el Gobierno hiperminoritario de la XII Legislatura despertó; por otro lado, ser de utilidad ante un eventual nuevo Gobierno hiperminoritario, facilitando evitar los errores y remediar las debilidades que en su relación con el Parlamento se diagnosticaron.

En último lugar, la tesis que se mantiene a lo largo del libro según la cual es bastante probable que se repita la experiencia del Gobierno hiperminoritario en España, y, por tanto, la utilidad con la que esta obra nace, continúa plenamente vigente cuando nos encontramos en los primeros meses de la XIV Legislatura. Por primera vez en democracia se ha conformado un Gobierno de coalición (PSOE-Unidad Podemos). La investidura de Pedro Sánchez salió adelante con 167 votos a favor, 165 en contra y 18 abstenciones. Por el momento -cuando han transcurrido algo más de tres meses desde la formación del Gobierno-, los apoyos de la investidura se han mantenido. No existe una mayoría de oposi-

ción. Ahora bien, a tenor del ajustado resultado de la investidura, no es descabellado pensar que esta situación puede variar con relativa facilidad si algunos de los que se abstuvieron se situaran en el bloque del *no* (pensamos en ERC) o algunas de las pequeñas formaciones que apoyaron la investidura dejasen caer al Gobierno de coalición. Por todo ello, no puede decirse que nos encontremos ante un Gobierno hiperminoritario. Además, la Mesa del Congreso está controlada por una mayoría afín al Gobierno de coalición y el Senado, aún sin mayoría absoluta, también respalda al Gobierno. Solo el devenir de la XIV Legislatura y, más concretamente, lo que depare la negociación política en torno al conflicto en Cataluña, permitirá evaluar el grado de solidez de la mayoría gubernamental, debiendo reconocer, eso sí, que no resulta nada complicado, más bien lo contrario, repetir el escenario del Gobierno hiperminoritario. Hasta entonces no sobra el tiempo para repasar el análisis y las propuestas contenidas en este libro, que, sin duda, contribuyen a paliar las disfunciones del Gobierno hiperminoritario en su relación con el Parlamento.

RESUMEN

Estas líneas contienen una reseña del libro *El Gobierno hiperminoritario (y su relación con el Parlamento)*, del profesor David Giménez Glück. El libro analiza al Gobierno hiperminoritario como nuevo actor político en España, así como su impacto en el procedimiento legislativo y en la función de control del Parlamento. Incluye además interesantes y útiles propuestas para resolver los problemas causados por el Gobierno hiperminoritario en su relación con el Parlamento.

SUMMARY

A review of *El Gobierno hiperminoritario (y su relación con el Parlamento)*, by David Giménez Glück. The book scrutinizes the “hyper minority Government” as a new political actor in Spain and its impact on the legislative procedure and on parliamentary control of governmental action. It includes interesting and useful proposals to manage the problems caused by the relation between “hyper minority Government” and Parliament.

PALABRAS CLAVES

David Giménez Glück, Gobierno hiperminoritario, Parlamento

KEY WORDS

David Giménez Glück, hyper minority Government, Parliament

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL LIBRO
“DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD”,
DIRIGIDO POR ENRIQUE BELDA PÉREZ-PEDRERO

REVIEW OF THE BOOK: “RIGHT TO EDUCATION OF PEOPLE WITH DISABILITIES”,
DIRECTED BY ENRIQUE BELDA PÉREZ-PEDRERO.

María Ruiz Dorado¹

Recibido: 04-06-2020

Aceptado: 30-06-2020

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *Planteamientos teóricos-jurídicos de las luces y sombras de los diferentes modelos de sistemas educativos.*
3. *Propuestas de aplicación práctica centradas en planes de acción tutorial en el sistema de educación superior.*
4. *Conclusiones y aspectos de mayor relevancia.*

¹ Doctoranda en Derecho constitucional en régimen de cotutela internacional en la UCLM y UNIPI. PIF en el Área de Derecho constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo (UCLM).

1. Introducción.

El derecho a la educación es un derecho humano de vital importancia, reconocido en la mayoría de los textos constitucionales, tanto a nivel nacional como internacional.

Dentro de los sujetos que ostenta dicho derecho fundamental, encontramos una categoría de personas especialmente vulnerables como son “las personas con discapacidad”, tanto física como psíquica. Dicho colectivo, debido a su propia idiosincrasia presenta especiales dificultades a la hora de acceder y disfrutar en condiciones de igualdad (que no debe, bajo ningún concepto, confundirse con igualitarismo), a la educación.

Pese a que la dificultad mencionada es una constatación en todos los Estados que conforman el panorama internacional, merece especial atención los sistemas educativos de México y otros países “hermanos.

Dichos sistemas educativos, en la última década, como indica el propio Director del Libro “*han conocido un tímido despertar*”, lo que conllevaba la implementación de determinadas medidas que, si bien aún les queda un largo camino por recorrer, supone un gran paso hacia un modelo de educación inclusiva.

En este sentido, el libro aborda desde el plano teórico-jurídico a la realidad práctica, los diferentes sistemas educativos a nivel internacional y europeo, haciendo hincapié en México y España. Además, una cuestión innovadora en relación con otros trabajos en la materia es el análisis de las políticas de discapacidad en los sistemas universitarios; cuestión que nos resuelta atrayente pues la mayoría de ellos estudios, sobre todo en Latinoamérica, se centran en las enseñanzas básicas, dejando un poco en el olvido a las enseñanzas superiores.

El mencionado Libro, fruto del trabajo de varios profesores e investigadores universitarios de distintas nacionalidades, se articula entorno a 7 capítulos que, como se puede observar, podríamos dividir en dos grandes bloques: *planteamientos teóricos-jurídicos de las luces y sombras de los diferentes modelos de sistemas educativos y propuestas de aplicación práctica centradas en planes de acción tutorial en el sistema de educación superior.*

2. Planteamientos teóricos-jurídicos de las luces y sombras de los diferentes modelos de sistemas educativos.

Este bloque, integrado por los tres primeros Capítulos del citado Libro, aborda desde los planteamientos más generales del panorama tanto nacional como internacional en materia del derecho a la educación de las personas con discapacidad, hasta cuestiones específicas del sistema universitario español.

Así pues, en el Capítulo I, elaborado por D^a María Ruiz Dorado y D^a Diana Pamela Zambrano Vázquez, se parte de consideraciones previas sobre los derechos de las personas con discapacidad para, posteriormente, adentrarse en el estudio de: los instrumentos internacionales que se pronuncian sobre el derecho a la educación de dicho colectivo especialmente vulnerable; el marco normativo mexicano y español sobre dicho derecho; finalizando con unas relevantes conclusiones en las que abogan por modelos reales de educación inclusivas, poniendo de manifiesto las deficiencias que adolecen tanto el sistema mexicano como español.

En el Capítulo II, D. José Julio Fernández Rodríguez, realiza un estudio centrado en la reconfiguración del derecho a la educación de las personas con discapacidad. Para ello, parte del modelo social en la discapacidad analizando: su sentido y alcance; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la normativa española. Para continuar con: la configuración del derecho a la educación como pieza clave en el nuevo paradigma, exponiendo tanto los modelos más antiguos hasta las últimas innovaciones en la materia; el análisis de la titularidad de dicho derecho; los apoyos en la enseñanza; *excursos* sobre la accesibilidad; la educación como sensibilización; y finalizando con el estudio de las posibles reformas de la legislación vigente y unas breves conclusiones al respecto.

En el Capítulo III, escrito por D^a Tamara Álvarez-Robles, se aborda el tema de la discapacidad en el sistema universitario español desde la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas. En este sentido, la autora realiza una aproximación conceptual a la discapacidad analizando, del mismo modo, la relación entre el derecho a la educación universitaria y la discapacidad. Concluyendo con una aproximación específica de la experiencia de la Universidad de León.

3. Propuestas de aplicación práctica centradas en planes de acción tutorial en el sistema de educación superior.

En este segundo gran bloque, conformado por los cuatro capítulos restantes, se plantean propuestas específicas para el sistema de educación superior español, basados en el denominado “plan de acción tutorial”.

En el Capítulo IV, D^a Carmen Montesinos Padilla, lleva a cabo un trabajo centrado en el plan de acción tutorial como herramienta para la consecución de la educación inclusiva en el ámbito universitario, en el ámbito europeo; considerando que dicho plan constituye tanto un derecho de este colectivo especialmente vulnerable como un deber de tutela de los poderes públicos.

En el Capítulo V, elaborado por D. Miguel Ángel Presno Linera, se realiza un análisis de los diferentes tipos de planes de acción tutorial preexistentes, para concluir con algunas propuestas para un plan de acción tutorial para estudiantes con alguna discapacidad.

En el Capítulo VI, D^a Enriqueta Expósito, lleva a cabo un estudio de la universidad inclusiva a través de la acción tutorial, desde la experiencia de un modelo establecido en la Universidad de Barcelona.

Por último, en el Capítulo VII, D. Miguel Pérez-Moneo, establece las necesidades especiales que deben atenderse y su adaptación a los llamados “Trabajos Fin de Grado” (TFG).

4. Conclusiones y aspectos de mayor relevancia.

En nuestra opinión el Libro “Derecho a la educación de las personas con discapacidad”, dirigido por D. Enrique Belda Pérez Pedrero resulta completo e interesante. Los autores que participan tienen diversos perfiles (desde investigadores junior a profesores universitarios consolidados); siendo parte de una serie de obras en materia de discapacidad de la Editorial Tirant lo Blanch.

Además, no resulta una obra al uso de las que estamos acostumbrados a leer pues, como hemos dicho, tanto en el plano teórico como práctico se trata esta gran materia desde lo general a lo particular; cuestión que permite establecer una idea más completa de las principales problemáticas a las que tienen que hacer frente este colectivo, y posibles soluciones.

Las propuestas que plantean los autores, a diferentes niveles del sistema educativo, tienen un mismo núcleo: la necesidad de establecer sistemas educativos verdaderamente inclusivos e integrados. Y, en el ámbito universitario, ha quedado probado la importancia de establecer planes de acción tutoriales específicos para las necesidades especiales de dicho colectivo.

En definitiva, es un libro que recomiendo encarecidamente y que, sin lugar a dudas, puede servir como referencia para el establecimiento de modelos educativos que permitan igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad en Latinoamérica y, en especial, en México.

RESUMEN

El derecho a la educación se constituye como un pilar fundamental de un Estado Democrático y de Derecho. En esta línea, el mencionado derecho fundamental adquiere mayor relevancia con sus titulares pertenecen a unas de las denominadas categorías de “personas especial vulnerabilidad” y, en nuestro caso concreto, en de las personas con discapacidad. Por tanto, en el libro objeto de revisión se exponen la situación educativa actual de dichas personas, sobre todo en el ámbito universitario, y algunas propuestas educativas para la consecución de una autentica educación inclusiva.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la educación, personas con discapacidad, educación inclusiva, Universidad.

ABSTRACT

The right to education is constituted as a fundamental pillar of a democratic and lawful state. In this line, the mentioned fundamental right acquires greater relevance with its holders, who belong to one of the so-called categories of “people with special vulnerability” and, in our specific case, people with disabilities. Therefore, the book under review presents the current educational situation of these persons, especially at the university, and some educational proposals for the achievement of a truly inclusive education.

KEY WORDS

Right to education, persons with disabilities, inclusive education, University.

IV. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

SUMARIO

- **María Martín Sánchez**, *“Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2019)”*.
“Jurisprudence of the Constitutional Court on Autonomous Communities (2019)”.
- **M^a del Pilar Molero Martín-Salas**, *“Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2019)”*.
“Legislative activity that the Regional Parliament of Castilla-La Mancha (2019)”.
- **Joaquina Guerrero Sanz**, *“Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2019)”*.
“Activity of the Castilla-La Mancha Advisory Council on the matter constitutional and statutory (2019)”.
- **M^a. Elena Rebato Peño**, *“Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2019)”*.
“Review of Public Law, Autonomic and Parliamentary Activities (2019)”.
- **Tomás Vidal Marín**, *“Libertad de información y derechos del art. 18 CE: las cámaras ocultas (STC 25/2019)”*.
“Freedom of information and rights of art. 18 Ce: hidden cameras (STC25/2019)”.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONALIDAD
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS
(DE 1 DE ENERO DE 2019 A 31 DE DICIEMBRE DE 2019)

JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT
ON AUTONOMOUS COMMUNITIES
(1ST JANUARY 2019 TO 31ST DECEMBER 2019)

María Martín Sánchez

*Profesora Contratada Doctora (Profesora Titular A.)
Área de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha*

Recibido: 04-05-2020

Aceptado: 30-05-2020

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 Inconstitucionalidad.*

1. Introducción.

En esta reseña, se presenta una recopilación de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el año 2019, 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 (muy abundantes en este ejercicio, a diferencia de lo que venía siendo habitual), impugnación de disposiciones autonómicas y cuestiones prejudiciales de validez sobre normas forales fiscales (durante este ejercicio localizamos tres procedimientos de este tipo)

En relación a Castilla-La Mancha, ha tenido una escasa presencia en este tipo de procedimientos ante el Tribunal Constitucional durante el ejercicio de 2019. En concreto solo ha participado en un recurso de inconstitucionalidad y en dos cuestiones de inconstitucionalidad muy relacionadas además, dada la coincidencia en la ley impugnada.

Se presentan dos partes diferenciadas. Primero, se ofrece 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, una breve reseña de aquéllas dictadas en procedimientos en los que ha participado Castilla-La Mancha, en la que no se entrará en análisis de fondo.

2. Referencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y proceso en el que se dictan.

- Sentencia 178/2019, de 18 de diciembre (BOE núm. 21 de 24 de enero de 2020). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 161/2019, de 12 de diciembre (BOE núm. 10 de 11 de enero de 2020). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 158/2019, de 12 de diciembre (BOE núm. 10 de 11 de enero de 2020). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 133/2019, de 13 de noviembre (BOE núm. 304 de 19 de diciembre de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 132/2019, de 13 de noviembre (BOE núm. 304 de 19 de diciembre de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 127/2019, de 31 de octubre (BOE núm. 293 de 06 de diciembre de 2019). Recurso de inconstitucionalidad

- Sentencia 116/2019, de 16 de octubre (BOE núm. 279 de 20 de noviembre de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 113/2019, de 3 de octubre (BOE núm. 262 de 31 de octubre de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 105/2019, de 19 de septiembre (BOE núm. 247 de 14 de octubre de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 90/2019, de 2 de julio (BOE núm. 192 de 12 de agosto de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 89/2019, de 2 de julio (BOE núm. 192 de 12 de agosto de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 87/2019, de 20 de junio (BOE núm. 177 de 25 de julio de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 86/2019, de 20 de junio (BOE núm. 177 de 25 de julio de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 79/2019, de 5 de junio (BOE núm. 162 de 08 de julio de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 63/2019, de 9 de mayo (BOE núm. 138 de 10 de junio de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 45/2019, de 27 de marzo (BOE núm. 99 de 25 de abril de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 43/2019, de 27 de marzo (BOE núm. 99 de 25 de abril de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 40/2019, de 27 de marzo (BOE núm. 99 de 25 de abril de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 33/2019, de 14 de marzo (BOE núm. 90 de 15 de abril de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 28/2019, de 28 de febrero (BOE núm. 73 de 26 de marzo de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 21/2019, de 14 de febrero (BOE núm. 67 de 19 de marzo de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 14/2019, de 31 de enero (BOE núm. 46 de 22 de febrero de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 13/2019, de 31 de enero (BOE núm. 46 de 22 de febrero de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 8/2019, de 17 de enero (BOE núm. 39 de 14 de febrero de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 7/2019, de 17 de enero (BOE núm. 39 de 14 de febrero de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 5/2019, de 17 de enero (BOE núm. 39 de 14 de febrero de 2019). Recurso de inconstitucionalidad

- Sentencia 4/2019, de 17 de enero (BOE núm. 39 de 14 de febrero de 2019). Recurso de inconstitucionalidad
- Sentencia 177/2019, de 18 de diciembre (BOE núm. 21 de 24 de enero de 2020). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 157/2019, de 28 de noviembre (BOE núm. 5 de 06 de enero de 2020). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 153/2019, de 25 de noviembre (BOE núm. 5 de 06 de enero de 2020). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sala Sentencia 152/2019, de 25 de noviembre (BOE núm. 5 de 06 de enero de 2020). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 134/2019, de 13 de noviembre (BOE núm. 304 de 19 de diciembre de 2019). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 126/2019, de 31 de octubre (BOE núm. 293 de 06 de diciembre de 2019). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 117/2019, de 16 de octubre (BOE núm. 279 de 20 de noviembre de 2019). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 106/2019, de 19 de septiembre (BOE núm. 247 de 14 de octubre de 2019). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 60/2019, de 6 de mayo (BOE núm. 138 de 10 de junio de 2019). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 48/2019, de 8 de abril (BOE núm. 116 de 15 de mayo de 2019). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 44/2019, de 27 de marzo (BOE núm. 99 de 25 de abril de 2019). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 26/2019, de 25 de febrero (BOE núm. 73 de 26 de marzo de 2019). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 22/2019, de 14 de febrero (BOE núm. 67 de 19 de marzo de 2019). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 18/2019, de 11 de febrero (BOE núm. 67 de 19 de marzo de 2019). Cuestión de inconstitucionalidad
- Sentencia 114/2019, de 16 de octubre (BOE núm. 279 de 20 de noviembre de 2019). Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 109/2019, de 1 de octubre (BOE núm. 262 de 31 de octubre de 2019). Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 100/2019, de 18 de julio (BOE núm. 192 de 12 de agosto de 2019). Conflicto positivo de competencia
- Sentencia 9/2019, de 17 de enero (BOE núm. 39 de 14 de febrero de 2019). Cuestión prejudicial de validez sobre normas forales fiscales
- Sentencia 13/2018, de 8 de febrero (BOE núm. 59 de 08 de marzo de 2018). Cuestión prejudicial de validez sobre normas forales fiscales

- Sentencia 113/2017, de 16 de octubre (BOE núm. 256 de 24 de octubre de 2017). Cuestión prejudicial de validez sobre normas forales fiscales
- Sentencia 203/2016, de 1 de diciembre (BOE núm. 7 de 09 de enero de 2017). Cuestión prejudicial de validez sobre normas forales fiscales
- Sentencia 107/2017, de 21 de septiembre (BOE núm. 247 de 13 de octubre de 2017). Conflicto en defensa de la autonomía local
- Sentencia 65/2017, de 25 de mayo (BOE núm. 156 de 01 de julio de 2017). Conflicto en defensa de la autonomía local
- Sentencia 152/2016, de 22 de septiembre (BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2016). Conflicto en defensa de la autonomía local
- Sentencia 27/2016, de 18 de febrero (BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2016). Conflicto en defensa de la autonomía local
- Sentencia 92/2015, de 14 de mayo (BOE núm. 146 de 19 de junio de 2015). Conflicto en defensa de la autonomía local
- Sentencia 132/2014, de 22 de julio (BOE núm. 199 de 16 de agosto de 2014). Conflicto en defensa de la autonomía local
- Sentencia 95/2014, de 12 de junio (BOE núm. 162 de 04 de julio de 2014). Conflicto en defensa de la autonomía local
- Sentencia 37/2014, de 11 de marzo (BOE núm. 87 de 10 de abril de 2014). Conflicto en defensa de la autonomía local
- Sentencia 142/2013, de 11 de julio (BOE núm. 183 de 01 de agosto de 2013). Conflicto en defensa de la autonomía local
- Sentencia 121/2012, de 5 de junio (BOE núm. 159 de 04 de julio de 2012). Conflicto en defensa de la autonomía local
- Sentencia 47/2008, de 11 de marzo (BOE núm. 91 de 15 de abril de 2008). Conflicto en defensa de la autonomía local
- Sentencia 240/2006, de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 2006). Conflicto en defensa de la autonomía local
- Sentencia 111/2019, de 2 de octubre (BOE núm. 262 de 31 de octubre de 2019). Impugnación de disposiciones autonómicas
- Sentencia 98/2019, de 17 de julio (BOE núm. 192 de 12 de agosto de 2019). Impugnación de disposiciones autonómicas
- Sentencia 19/2019, de 12 de febrero (BOE núm. 67 de 19 de marzo de 2019). Impugnación de disposiciones autonómicas

En anteriores ocasiones hemos diferenciado los procedimientos de impugnación de disposiciones autonómicas, las cuestiones prejudiciales de validez sobre normas forales y los conflictos en defensa de la autonomía local, dada su escasa representación. En muchos ejercicios apenas si encontrábamos algún procedimiento de estos de forma aislada. Sin embargo en esta ocasión, dada su abun-

dancia, se han enumerado anteriormente junto con el resto de procedimientos ante el Tribunal Constitucional relacionados con Comunidades Autónomas (dada su relación).

3. Breve comentario de las sentencias referentes a Castilla-La Mancha.

3.1. En recursos de inconstitucionalidad.

Sentencia 79/2019, de 5 de junio (BOE núm. 162 de 08 de julio de 2019). Recurso de inconstitucionalidad Interpuesto por el presidente del Gobierno, en relación al artículo 1.5º. de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 2/2018, de 15 de marzo, por la que se modifican la Ley 3/2015, de 5 de marzo, de caza de Castilla-La Mancha y otras normas en materia medioambiental y fiscal. El Tribunal Constitucional confirma su inconstitucionalidad parcial a partir de la interpretación conforme del precepto legal autonómico que regula la responsabilidad por daños causados por especies cinegéticas, en relación con el art. 149.1.18 CE.

3.2. En cuestiones de inconstitucionalidad.

Sentencia 26/2019, de 25 de febrero (BOE núm. 73 de 26 de marzo de 2019) y Sentencia 18/2019, de 11 de febrero (BOE núm. 67 de 19 de marzo de 2019). Ambas, Cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha respecto del artículo 86.3, párrafos 2 y 3, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. De fondo, se cuestionaba la conformidad del precepto impugnado con los principio de seguridad jurídica e igualdad y con el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el alcance y límites de la reserva de ley orgánica en la creación de secciones funcionales en los tribunales superiores de justicia.

El Tribunal Constitucional declaró su constitucionalidad, a partir de una interpretación del alcance de la reserva de ley orgánica en el sentido dado en su anterior STC 128/2018 (sobre la constitucionalidad del modo de integración del órgano que, en los tribunales superiores de justicia, debe conocer del recurso de casación fundado en infracción de normas autonómicas).

(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

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 2019. 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 2019. 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 2019 A 31 DE DICIEMBRE DE 2019)

LEGISLATIVE ACTIVITY THAT THE REGIONAL PARLAMENT OF CASTILLA-LA MANCHA
(FROM JANUARY 1 TO DECEMBER 31 OF 2019)

M^a del Pilar Molero Martín-Salas
Profesora Contratada Doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 04-05-2020

Aceptado: 30-05-2020

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 2019.*
- 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 2019.

Durante dicho periodo se han aprobado en Castilla-La Mancha un total de 11 leyes. Concretamente las leyes aprobadas han sido las siguientes:

Ley 1/2019, de 22 de febrero, por la 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.

DOCM núm. 48 (08-03-2019). BOE núm. 88 (12-04-2019)

Ley 2/2019, de 15 de marzo, de Academias de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 60 (26-03-2019). BOE núm. 88 (12-04-2019)

Ley 3/2019, de 22 de marzo, del Estatuto de las Personas Consumidoras en Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 64 (01-04-2019). BOE núm. 88 (12-04-2019)

Ley 4/2019, de 29 de marzo, de medidas retributivas.

DOCM núm. 67 (04-04-2019). BOE núm. 126 (27-05-2019)

Ley 5/2019, de 23 de julio, por la que se modifica la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, expediente 10/PPL-00001.

DOCM núm. 150 (30-07-2019). BOE núm. 28 (01-02-2019)

Ley 6/2019, de 25 de noviembre, del Estatuto de las Mujeres Rurales de Castilla-La Mancha, expediente 10/PL-00003.

DOCM núm. 235 (28-11-2019). BOE núm. 28 (01-02-2020)

Ley 7/2019, de 29 de noviembre, de Economía Circular de Castilla-La Mancha, expediente 10/PL-00002.

DOCM núm. 244 (12-12-2019). BOE núm. 28 (01-02-2020)

Ley 8/2019, de 13 de diciembre, de Participación de Castilla-La Mancha, expediente 10/PL-00004.

DOCM núm. 253 (26-12-2019). BOE núm. 31 (05-02-2020)

Ley 9/2019, de 13 de diciembre, de Mecenazgo Cultural de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 253 (26-12-2019). BOE núm. 31 (05-02-2020)

Ley 10/2019, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2020, expediente 10/PRE-00001.

DOCM núm. 254 (27-12-2019). BOE núm. 38 (13-02-2020)

Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha, expediente 10/PL-00006.

DOCM núm. 254 (27-12-2019)

Corrección de errores en el texto de la Ley de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha

BOCCLM núm. 38 (14-01-2020). DOCM núm. 255 (30-12-2019)

II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas

Ley 1/2019, de 22 de febrero, por la 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.

DOCM núm. 48 (08-03-2019). BOE núm. 88 (12-04-2019)

El Consejo de Formación Profesional de Castilla-La Mancha se crea en el año 2001, a través de la Ley 1/2001, de 5 de abril. Desde entonces la labor desempeñada por el mismo ha sido muy importante y de gran valor, sin bien, dado el tiempo transcurrido, se hace necesaria una reforma normativa al respecto.

Sobre todo se pretenden revisar las funciones llevadas a cabo por el Consejo, por una parte para adaptarlas a la normativa estatal al respecto, y por otra, para dar un mayor protagonismo a la formación profesional.

Esta ley también trata de reforzar la actividad del Consejo, de tal forma que haya una mayor coordinación entre las cualificaciones profesionales de la región y la oferta formativa.

Otra de las novedades en las funciones que se atribuyen al Consejo es la de impulsar la participación de Castilla-La Mancha en el desarrollo del Sistema Nacional de las Cualificaciones Profesionales, de modo que se adapten a la realidad educativa y laboral de Castilla-La Mancha.

Se suprime, con esta ley, la competencia de informar sobre los criterios de homologación de los centros educativos que imparten formación profesional para el empleo y de los centros productivos en los que se desarrollan las prácticas en centros de trabajo, por estar ya regulados estos criterios en la normativa vigente.

Ley 2/2019, de 15 de marzo, de Academias de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 60 (26-03-2019). BOE núm. 88 (12-04-2019)

Son las Comunidades Autónomas las encargadas del desarrollo del marco jurídico de las diferentes academias que se ubican en su territorio, y aunque las mismas tienen autonomía propia, dado que ofrecen un servicio público, las Administraciones públicas deben intervenir en la regulación normativa de las mismas.

La labor concreta que desempeña cada academia es diversa, si bien todas ellas coinciden en que promueven el estudio de una disciplina dentro del ámbito cultural, lo que supone llevar a cabo una labor pública esencial y por ello necesaria una regulación legal al respecto.

Esta ley pretende regular la creación de nuevas academias, pero también apoyar la continuidad de las ya existentes, fomentando las actividades que en ellas se desarrollan. Por todo ello, esta regulación va destinada a aquellas academias situadas en Castilla-La Mancha, que desarrollan su labor en la región, en incluso en aquellos casos en los que puedan realizar algunas de sus actividades fuera de la misma.

Se establece cuál es el procedimiento de creación, su régimen estatutario, sus funciones y la existencia de un registro de academias, de tal forma que, para poder denominarse “academias” deben estar inscritas en dicho registro.

Ley 3/2019, de 22 de marzo, del Estatuto de las Personas Consumidoras en Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 64 (01-04-2019). BOE núm. 88 (12-04-2019)

El Estatuto del Consumidor en Castilla-La Mancha estaba regulado hasta el momento por dos leyes del año 1995 y 2005. Dado el tiempo transcurrido hasta la fecha, se hace necesaria una nueva regulación al respecto, más actual y adaptada a la realidad social.

Con la presente ley no sólo se trata de potenciar los derechos que ya tienen reconocidos los consumidores, también se trata de reconocer nuevos derechos, de tal forma que las principales aportaciones de esta ley son las siguientes:

- Establecer un marco normativo transversal en materia de consumo, que pretende dar cobertura a toda iniciativa o desarrollo que cualquiera de las áreas competenciales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha desee llevar a cabo, y cuyas personas destinatarias sean castellano-manchegas en su calidad de personas consumidoras.
- Dar una visión ética y creativa del consumo orientada a una toma de decisiones activa y crítica, comprometida y no vinculada exclusivamente a criterios económicos.
- Incorporar contenidos innovadores de trascendencia económica, social y ambiental que enriquezcan el acervo competencial de consumo y fortalezcan

su dimensión transversal y multidisciplinar.

- Crear sinergias entre las distintas competencias concurrentes y recursos disponibles en relación con los derechos de las personas consumidoras de la región.
- Elaborar un nuevo catálogo de derechos y responsabilidades de las personas consumidoras.
- Armonizar la emergencia de nuevos espacios de relación en la secuencia producción-distribución-consumo de bienes, productos y servicios.
- Optimizar las interacciones de la protección de los derechos de las personas consumidoras con una regulación económica eficiente que fomente la innovación y la competitividad, evitando distorsiones en el funcionamiento del mercado así como el falseamiento de la competencia.
- Facilitar un consumo accesible e inclusivo, que toma en consideración a todas las personas y que tiene en cuenta las distintas discapacidades y limitaciones. El objetivo es que todas las personas puedan ejercer su derecho a consumir productos y a usar servicios y entornos del modo más autónomo posible, accesible y seguro, sin que exista discriminación de ningún tipo que imposibilite el disfrute de ese derecho.
- Recuperar las políticas públicas de consumo en la región situando a las personas consumidoras en el centro de los ámbitos de decisión, con arreglo a su legítima interlocución económica y social.
- Regular problemas no contemplados, o cuyas soluciones ofrecidas en la actualidad no sean suficientemente satisfactorias.
- Adecuar la estructura administrativa para gestionar las competencias que se le atribuyen en este texto.
- Adaptar la intervención administrativa en materia de consumo a los nuevos retos que plantea, en general, la sociedad actual y, en particular, los cambios producidos por el impacto de las tecnologías de la información y la comunicación.
- Disponer de un marco jurídico con vocación de futuro y amplitud suficiente de modo que pueda extender la efectividad de su aplicación en el tiempo.
- Promover un enfoque socio-ambiental orientado a la protección de los intereses colectivos.
- Enfatizar en una propuesta basada en la corresponsabilidad ciudadana, la proactividad y el carácter preventivo, de anticipación a escenarios futuros.
- Facilitar un contexto de mercado, en libre competencia y competencia regulada para los servicios públicos, basado en la simetría informativa y la transparencia, en la confianza y la reputación, que tiene como finalidad el bienestar de las personas consumidoras.
- Articular un procedimiento sancionador propio en materia de consumo y saneamiento del mercado, así como un procedimiento sancionador en conductas prohibidas y abuso de posición dominante que tenga origen y efecto en la

Comunidad Autónoma.

- La cooperación administrativa con las autoridades estatales de competencia y de consumo.
- Potenciar la participación ciudadana en el ámbito de la colaboración público-privada que permita converger las políticas públicas con la sensibilidad de las personas consumidoras.
- Dar una respuesta específica y eficiente a las inquietudes, percepciones y expectativas que, de forma singular, expresen las personas consumidoras en la región.
- Incorporar las nuevas directrices de producción normativa aplicando la perspectiva de género con un lenguaje accesible.

Ley 4/2019, de 29 de marzo, de medidas retributivas.

DOCM núm. 67 (04-04-2019). BOE núm. 126 (27-05-2019)

Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantía de los Servicios Sociales Básicos de Castilla-La Mancha estableció, para el personal al servicio de la Administración Autonómica, una reducción de sus retribuciones.

Se trata de una ley breve, cuya finalidad es recuperar dicha retribución.

Ley 5/2019, de 23 de julio, por la que se modifica la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, expediente 10/PPL-00001.

DOCM núm. 150 (30-07-2019). BOE núm. 28 (01-02-2019)

También se trata de una ley breve, cuyo objetivo es modificar la Ley del Gobierno y del Consejo Consultivo regional, en cuanto a la limitación de los mandatos del Presidente de la Comunidad autónoma.

Se estipula, con esta reforma, que el Presidente será elegido por la Cortes Regionales de entre sus miembros, en la forma establecida por el Estatuto de Autonomía, y que la limitación de mandato será la que establezca la Constitución Española respecto a los Presidentes de las Comunidades Autónomas.

Ley 6/2019, de 25 de noviembre, del Estatuto de las Mujeres Rurales de Castilla-La Mancha, expediente 10/PL-00003.

DOCM núm. 235 (28-11-2019)

Corrección de errores:

DOCM núm. 2563 (26-12-2019). BOE núm. 28 (01-02-2020)

Las características propias del mundo rural provocan que la mujer, en dicho ámbito, tenga todavía más problemáticas para conseguir la igualdad, especialmente en ciertos aspectos como la incorporación al mercado laboral. Ello tiene una consecuencia negativa directa en lo que se ha denominado la España vaciada, pues la mujer, para mejorar sus situación laboral y familiar, sale de las zonas rurales para buscar una mejor situación en ámbitos más urbanos.

Esta ley tiene como objetivo principal mejorar la situación de la mujer en el entorno rural, favoreciendo la igualdad de oportunidades que permitan que pueda desarrollar su vida profesional y familiar en dicho ámbito.

Uno de los principales focos de atención será el entorno agrario, favoreciendo la visibilización de la mujer en el mismo, y siendo reconocida como titular de dichas explotaciones a todos los efectos.

Este estatuto se estructura en cuatro títulos y 21 artículos. El título I, de Disposiciones Generales, presenta el objeto y finalidad del Estatuto y los principios en los que se apoya. Asimismo, recoge un artículo dedicado a definiciones que pretenden clarificar las nociones empleadas en el texto. El título II, relativo a las mujeres rurales, establece los ámbitos a tener en cuenta en los Planes Estratégicos para la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha a fin de evitar las discriminaciones directa, indirecta y múltiple que sufren las mujeres rurales. También recoge un compromiso de capacitación y formación en igualdad en el medio rural y en todo el sector agroalimentario. Así, obliga a introducir al menos un módulo sobre igualdad en los contenidos formativos para acreditar la capacitación necesaria para la incorporación a la empresa agraria. En el título III se contiene regulación específica sobre las mujeres agricultoras y ganaderas en el que se trata el derecho de las mujeres a la titularidad de las explotaciones agrarias; los requisitos, régimen y promoción de la titularidad compartida; el fomento de la afiliación a la Seguridad Social y otras cuestiones como la salud en la realización de la actividad agraria. Por último, el título IV

crea la Comisión de Seguimiento y Evaluación que vigilará el cumplimiento de los objetivos de esta ley definiendo sus funciones.

El objetivo principal que se marca la ley es seguir avanzando en el ejercicio del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el medio rural, y el establecimiento de medidas que fomenten la posición social y profesional de la mujer dentro de dicho ámbito. Para ello se pretende fomentar nuevas oportunidades de empleo y mejora de la calidad de vida en el medio rural.

Para la consecución de dicho objetivo se establecen diversos principios tales como: igualdad de trato, igualdad de oportunidades, respeto a la diversidad, presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos de toma de decisiones en el ámbito agrario, etc.

Ley 7/2019, de 29 de noviembre, de Economía Circular de Castilla-La Mancha, expediente 10/PL-00002.

DOCM núm. 244 (12-12-2019). BOE núm. 28 (01-02-2020)

La presente ley trata de regular la llamada economía circular. Dicho modelo consiste en la optimización de los recursos, reduciendo al mínimo los residuos, para lograr una economía lo más sostenible posible.

Los principios que rigen dicha economía son necesarios y deben ser respetados, por ello deben ser impuestos incluso utilizando la fuerza coactiva si es necesario. Precisamente para ello se elabora esta norma con rango legal, que regulará, de manera integral, los objetivos que persigue dicho modelo económico.

Hasta el momento se habían puesto en marcha ciertas estrategias al respecto, si bien no han sido suficientes. Por ello, se trata de impulsar la adaptación del conjunto de la sociedad castellanomanchega a las nuevas realidades, donde las directrices de la lucha contra el cambio climático y el uso eficiente de los recursos serán ejes vertebradores de todas las políticas públicas y de los nuevos sectores económicos. También pretende fomentar el impulso de la competitividad y de la protección de las empresas contra la escasez de recursos, la creación de nuevas oportunidades empresariales basadas en la innovación, el ahorro, la eficiencia energética y el uso de energías renovables.

El objetivo principal es conseguir el máximo valor y uso de todos los recur-

sos, productos y residuos, fomentando la gestión racional y sostenible de los recursos, promoviendo la reducción de la generación de residuos, su reciclaje, reutilización y valorización, el ahorro energético y reduciendo las emisiones de gases contaminantes y de efecto invernadero. Para ello, es imprescindible abarcar la totalidad del ciclo de vida, desde la producción hasta el consumo, pasando por la gestión de residuos y el mercado de materias primas secundarias. También es un factor clave el comportamiento de las personas consumidoras, dentro de la cual se debe fomentar un consumo consciente por las implicaciones que tienen las decisiones diarias. Asimismo, una labor fundamental es la de la Administración a través de los mecanismos de gestión e intervención sobre los diversos ámbitos de sus competencias y el papel ejemplarizante que ejerce.

Ley 8/2019, de 13 de diciembre, de Participación de Castilla-La Mancha, expediente 10/PL-00004.

DOCM núm. 253 (26-12-2019). BOE núm. 31 (05-02-2020)

En sociedades democráticas como la nuestra es incuestionable la importancia de la participación ciudadana, y que ha sido esencial para la consolidación del sistema democrático. La propia sociedad civil demanda mayores cauces de participación, por ello se apuesta por el impulso de formas directas de participación ciudadana.

Se trata de una ley extensa, compuesta de un título preliminar y 4 títulos, con un total de 37 artículos, a los que se incorporan 7 disposiciones adicionales y 2 disposiciones finales, y con la que se pretende fomentar la participación activa del ciudadano.

El título preliminar fija el objeto de la norma, identificándolo con el de propiciar el debate y la deliberación entre la ciudadanía y las instituciones públicas, para recoger la opinión de aquella respecto de una actuación pública concreta, así como la participación institucional, la regulación de los aspectos orgánicos al servicio de la participación, y por último, el impulso y fomento del ejercicio del derecho.

El título primero se divide en cuatro capítulos. En el primero se delimitan los sujetos con derecho a la participación ciudadana, y se definen los mecanismos de participación ciudadana. En el segundo se crea el “Portal de Participación Ciudadana de Castilla-La Mancha” como recurso tecnológico institucional gestionado por el órgano competente en materia de participación para informar a la ciudadanía de

las políticas públicas y concederle la posibilidad de intervenir activamente en las mismas. En el tercero y cuarto se desarrollan los procedimientos de participación.

El título segundo se dedica a la denominada “Participación institucional”, en la que se recoge, sin embargo, un concepto limitado de ésta, cuyos titulares son exclusivamente las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, a quienes se encomienda particularmente el proceso de negociación y concertación en materias económicas y sociales con la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. A tal efecto se crea el “Consejo de Diálogo Social de Castilla-La Mancha” como órgano colegiado de participación, adscrito a la consejería competente en materia de empleo.

El título tercero sobre “Impulso y fomento de la participación” prevé, entre otros, programas de formación y divulgación en materia participativa, cuyos destinatarios podrían ser no solo los empleados públicos (a través de los correspondientes programas formativos aprobados por la Escuela de Administración Regional), sino también los responsables políticos y, por supuesto, la ciudadanía en general o a través de sus asociaciones.

El título cuarto, sobre organización administrativa, regula los órganos y unidades administrativas con competencias en materia de participación ciudadana en el ámbito de la Administración Regional, compuesto por las unidades de participación de configuración obligatoria en las consejerías y de creación facultativa en los organismos autónomos de la Administración Regional.

Ley 9/2019, de 13 de diciembre, de Mecenazgo Cultural de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 253 (26-12-2019). BOE núm. 31 (05-02-2020)

Los recursos económicos dedicados a la cultura se han visto afectados por las crisis económicas vividas, y han sufrido, por ello, una progresiva reducción. Dicha situación ha hecho necesaria la búsqueda de otras fuentes de ingresos, que permitan poder seguir poniendo en marcha proyectos culturales.

La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha promueve esta ley con el objeto de articular el modelo de Mecenazgo Cultural de la región, con la puesta en marcha de mecanismos favorecedores de la participación ciudadana y mediante procesos colaborativos al desarrollo cultural a través del mecenazgo en to-

das sus vertientes, dentro del marco legal estatal y en desarrollo de las competencias propias. Se pretende además del establecimiento de medidas fiscales, fomentar una serie de acciones y medidas que potencien las sinergias creando una situación favorecedora para la colaboración de los ciudadanos, las empresas y las administraciones en los procesos concluyentes en el desarrollo de la cultura. También con esta ley se pretende desarrollar una política activa de promoción de las industrias culturales como eje prioritario, entendiendo que la consecución de la industrialización del sector cultural tiene implícita su sostenibilidad, gracias a la autonomía, y al fruto de la diversificación de los recursos necesarios entre ellos los procedentes del mecenazgo.

Por tanto, esta ley pretende contribuir por un lado a la continuación de una política de apoyo global al desarrollo cultural de la región con especial atención a las Industrias Culturales y por otra a regular, sistematizar e incentivar, el fomento del mecenazgo, a través de un plan estructural de amplio alcance como estrategia prioritaria en materia de política cultural, estableciendo sus fuentes de financiación y estableciendo nuevas formas de incentivo fiscal, favorecedoras de su desarrollo.

La presente ley se estructura en cuatro títulos, veinticuatro artículos, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales. El Título I.- Disposiciones Generales. En él se establece el objeto y alcance de esta ley estableciendo los beneficiarios de la misma, y su ámbito de aplicación en referencia al objeto de la misma en materia de promoción de la cultura y fomento del Mecenazgo Cultural, se constituyen a su vez los principios de actuación y las definiciones pertinentes para su correcta aplicación. El Título II.- De la promoción y desarrollo del Mecenazgo Cultural, en él se establecen las diferentes medidas para el correcto desarrollo del Mecenazgo Cultural; para ello se articulan diferentes acciones encaminadas al establecimiento de un plan de mecenazgo regional, el establecimiento de medidas de reconocimiento a la labor de los mecenas, la vertebración de órganos de participación en forma de consejo regional y la creación de estructuras técnicas para la gestión de todo lo referido a esta materia. El Título III, De las modalidades de Mecenazgo Cultural, que establece los modos en que podrá realizarse el Mecenazgo Cultural conforme a esta ley, instaurando tres modalidades, a través de donaciones y legados, a través de préstamos de uso o comodato, y a través de convenios de colaboración. Y el Título IV.- Medidas tributarias, que determina la compatibilidad y requisitos para la aplicación de los beneficios fiscales y la base de las deducciones y de las reducciones de la base imponible a su vez establece la regulación de las medidas de beneficio fiscal a través del denominado crédito fiscal y su aplicación.

Ley 10/2019, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2020, expediente 10/PRE-00001.

DOCM núm. 254 (27-12-2019). BOE núm. 38 (13-02-2020)

Con la presente ley se establecen los presupuestos regionales para el año 2020. En ella, además de concretarse la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, se establecen también aquellas otras normas indispensables para responder a los criterios de política económica, así como aquellas que se dirigen a dotar de una mayor inteligencia o a promover la mejor ejecución del presupuesto.

Desde el punto de vista del principio de eficiencia, entendido como la necesidad de evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y de racionalizar la gestión de los recursos públicos, la tendencia ha sido la de eliminar cualquier duplicidad de informes de control presupuestario a emitir desde la consejería competente en materia de hacienda en un mismo procedimiento. Respecto de la racionalización de los recursos públicos, hay que precisar que dos de los criterios seguidos a la hora de elaborar los presentes presupuestos han sido, por un lado, presupuestar con la finalidad de promover la mejora de la eficiencia en la prestación de los servicios haciendo hincapié en la reducción de los gastos de funcionamiento no esenciales y en la mejora de los de carácter esencial; y, por otro, la austeridad en el funcionamiento de todos los órganos, organismos y entidades tanto administrativas, como instrumentales. Por último, en lo que concierne a la seguridad jurídica, basta con señalar que la presente ley es coherente con el resto del ordenamiento jurídico y, en especial, con el marco normativo en el que se inserta y que se expone a continuación.

De cara al ejercicio 2020, hay que puntualizar que al momento de la elaboración de la presente ley no ha sido aprobada la nueva senda de objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda para el periodo 2020-2022, por lo tanto, sigue vigente, la última senda de estabilidad presupuestaria vinculante para el conjunto de Administraciones públicas, que fue la fijada para el periodo 2018-2020 por el Consejo de Ministros el 7 de julio de 2017, y, aprobada por el Congreso de los Diputados el 11 de julio y por el Senado el 12 de julio de 2017.

Los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2020, los primeros de la X Legislatura, van a girar en torno al alcance de una serie de objetivos básicos que marcarán el desarrollo de la misma, y que no son otros que la cohesión social, la competitividad, la generación de confianza empresarial, la creación de empleo y la sostenibilidad. La hoja de ruta que guía-

rá las políticas en orden a la consecución de dichos objetivos fundamentales será el Pacto por el Crecimiento y la Convergencia Económica de Castilla-La Mancha 2019-2023, fruto del diálogo y consenso con los principales agentes económicos y sociales de la región.

Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha, expediente 10/PL-00006.

DOCM núm. 254 (27-12-2019)

Corrección de errores en el texto de la Ley de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha

BOCCLM núm. 38 (14-01-2020). DOCM núm. 255 (30-12-2019)

La presente ley viene a regular las diversas medidas de naturaleza administrativa y tributaria vinculadas a la consecución de los objetivos de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha para 2020, a la que acompañarán y complementarán, con el objetivo general de dinamizar la economía, incrementar la eficiencia y la eficacia en la prestación de los servicios de la Administración Pública castellano-manchega, así como mejorar la distribución más equitativa de las obligaciones tributarias competencia de la Comunidad Autónoma y la eficiencia en su gestión.

La ley está formada por dos capítulos. El primero de ellos, titulado “De Medidas Administrativas”, se refiere al conjunto de medidas administrativas a adoptar para garantizar un funcionamiento más eficiente de la Administración Regional. El segundo capítulo lleva por título “De Medidas Tributarias”, a través del cual se adoptan una serie de medidas tributarias que afectan tanto a los tributos cedidos como a los propios de esta Comunidad Autónoma.

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 2019.

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 2019.

KEY WORDS

Parliament, Autonomous Region and legislative activity.

**ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA
EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA.**

**ACTIVITY OF THE CASTILLA-LA MANCHA ADVISORY COUNCIL ON THE MATTER
CONSTITUTIONAL AND STATUTORY (2019).**

M^a Joaquina Guerrero Sanz
Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Recibido: 04-05-2020

Aceptado: 30-05-2020

En el año 2019, 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 nueve 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 35/2019, de 30 de enero, solicitado por la Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Desarrollo Rural, sobre el Anteproyecto de Ley de Evaluación Ambiental Castilla-La Mancha.

La memoria justificativa de la norma fue suscrita por el titular de la Viceconsejería de Medio Ambiente, exponiendo en la misma las razones que justifican el impulso de la iniciativa legislativa emprendida, asociadas principalmente a la necesidad de adaptación de la normativa autonómica preexistente -contenida en la Ley 4/2007, de 8 de marzo-, a las nuevas Directivas Comunitarias aprobadas o modificadas con posterioridad, así como a la regulación legal básica aprobada en el año 2013, afectada primero por la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2017, de 11 de mayo, y modificada por medio de la reciente Ley 9/2018, de 5 de diciembre.

El dictamen realizó la amplia consideración de carácter esencial que se pasa a exponer.

Se incidía en la reproducción masiva de la normativa básica estatal aplicable en la materia, contenida en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, “con el fin de ofrecer a los operadores jurídicos un texto único e integrador que proporcione una respuesta regulatoria completa a la materia medioambiental objeto de tratamiento, a pesar de las objeciones que con frecuencia suele suscitar el uso de dicha técnica normativa.

Esta práctica de la reiteración de normas estatales, básicas o no, ha venido siendo cuestionada por el Consejo en numerosas ocasiones -por ejemplo, en los dictámenes 168/2014, de 21 de mayo, o 333/2018, de 3 de octubre-, por el margen de inseguridad jurídica y error que introduce, incrementado cuando se incurre en transcripciones parciales de la norma. Para analizar la problemática que conlleva la utilización de dicha técnica normativa, conviene traer 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 -Sentencias 162/1996, de 17 de octubre, o 150/1998, de 2 de julio-, y de la cual se hacen eco otros pronunciamientos más cercanos en el tiempo, como son los de las Sentencias 18/2011, de 3 de marzo; 137/2012, de 19 de junio; 201/2013, de 5 de diciembre; o 54/2018, de 24 de mayo.

En concreto, el Alto Tribunal señala en la citada sentencia 341/2005, de 21 de diciembre: “[...] 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 Co-

munidades 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 ese planteamiento, el Alto Tribunal matiza su pronunciamiento distinguiendo dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas, a los que asocia diferentes 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, en el supuesto de operatividad de competencias compartidas según el esquema bases-desarrollo, circunstancia que se da en el presente caso, solo podrá hablarse de dicha inconstitucionalidad cuando el uso de dicha técnica reproductiva conlleve infracción de la seguridad jurídica. En tal sentido, cabe remitirse a lo señalado en el dictamen de este Consejo 258/2016, de 19 de julio, relativo a un Anteproyecto de Ley de transparencia, donde se significaba que este tipo de 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*), co-*

mo 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, o la indicación expresa de que un artículo es repetición de otra ley (Piedad García-Escudero Márquez, “Manual de técnica legislativa”) si bien esta última opción solo resulta aplicable, como más adelante se dirá, al caso de competencias compartidas”.

Partiendo de los criterios jurisprudenciales y doctrinales previamente expuestos, se abordaron cuestiones concretas planteadas por el texto legal proyectado, ante su falta de fidelidad al contenido de la normativa básica estatal objeto de reproducción, cuyo rasgo distintivo común era su apartamiento “*de las determinaciones estatales aprobadas con tal carácter y, con ello, una dudosa observancia de los criterios hermenéuticos de constitucionalidad anteriormente señalados, por eventual afectación del principio de seguridad jurídica*”.

Dichas observaciones se concretaron respecto al artículo 4 (Definiciones); Artículo 56 (Autorización del proyecto y publicidad); Artículo 57 (Modificación del informe de impacto ambiental); y Artículos 28, 48 y 55, relativos a la vigencia y prórroga de las evaluaciones ambientales estratégicas y de las evaluaciones de impacto ambiental (ordinaria o simplificada).

Respecto a estos tres últimos preceptos, en el dictamen se fundamentó que el artículo 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, “*establece en su párrafo segundo que “El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público”, añadiendo, como novedad no contemplada en la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que también tendrá efectos desestimatorios el silencio en aquellos procedimientos que “impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente”. Sobre esta innovación normativa explica el Consejo de Estado en su dictamen 275/2015, de 29 de abril, que en materia de silencio administrativo la regulación proyectada -finalmente aprobada en la Ley 39/2015, de 1 octubre-, mantiene “lo esencial de la regulación vigente del sentido del silencio en los procedimientos administrativos iniciados a solicitud del interesado con la única salvedad de extender el sentido negativo del silencio a aquellos procedimientos cuya estimación “implique el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente” (en línea con la jurisprudencia de la Unión Europea, así Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2001, asunto C-230/00) [...]”.*

Asimismo, continuaba indicando que “*el análisis de los tres procedimientos de prórroga de vigencia concebidos para las declaraciones ambientales estratégicas, declaraciones de impacto ambiental e informes de impacto ambiental emitidos por el órgano ambiental competente, parten de una premisa capital: que todos esos instrumentos tuitivos de control ambiental deben tener un plazo de vigencia determinado, dentro del cual ha de procederse a la aprobación del plan o programa promovido o al inicio de la ejecución del proyecto o actividad concernidos por el proceso de evaluación de impacto ambiental, permitiéndose, no obstante, que, antes de agotarse los plazos conferidos normativamente -dos o cuatro años- el promotor pueda solicitar una prórroga de su vigencia. Tanto en la regulación legal proyectada, como en la legislación básica de referencia, se ha insertado en tales procedimientos un trámite de consulta a las Administraciones públicas afectadas por razón de la materia, quienes deberán emitir informe en relación con la pretensión de prórroga suscitada. Es evidente, por tanto, que el sistema de vigencia de tales declaraciones e informes ambientales se asienta en el paradigma de su validez temporal, para un periodo inicial de tiempo en el que operaría una presunción de mantenimiento de las condiciones ponderadas al tiempo de su emisión, así como que, transcurrido ese plazo, han de reevaluarse sus efectos medioambientales, con atención, obviamente, de las indicaciones formuladas por parte del conjunto de Administraciones involucradas. De tal manera, resulta deducible que la obtención de una prórroga de vigencia mediante la mera aplicación de la figura del silencio administrativo positivo, para las declaraciones o informes ambientales referidos, puede conllevar que el interesado obtenga dicha prolongación de vigencia eludiendo los controles previstos normativamente y adquiriendo con ello facultades que conlleven el “ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente”.*”

Debe entenderse, por tanto, a juicio de este Consejo, que la contradicción detectable entre las normas básicas estatales de referencia y las soluciones desestimatorias analizadas acogidas en los artículos 28, 48 y 55 del Anteproyecto de Ley, debe resolverse en favor de estas últimas, en el entendimiento de que la alteración producida en la normativa estatal reguladora del procedimiento administrativo común -artículo 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre- ha provocado, de forma sobrevenida, una antinomia legal, por su falta de conformidad con las previsiones de signo contrario acogidas en los artículos 27.5 y 47.9 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre -sorprendentemente, ignoradas en la reciente reforma producida mediante la Ley 9/2018, de 5 de diciembre-. Tal conflicto normativo debe solventarse dando prevalencia al principio de cronología o temporalidad, que no es otro que el exteriorizado en la disposición derogatoria única, apartado primero, de la referida ley 39/2015, de 1 de octubre, donde se señala:

“Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley”.

Por las razones apuntadas con anterioridad, en relación con el sentido de los supuestos de silencio administrativo previstos en los tres artículos mencionados, cabe concluir que resulta procedente el señalamiento de su carácter denegatorio, a pesar de entrar en contradicción con las previsiones de la tan citada Ley 21/2013, de 9 de diciembre”.

Las observaciones esenciales efectuadas en el dictamen fueron recogidas en el texto definitivo finalmente aprobado, Ley 2/2020, de 7 de febrero, de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha, que fue publicada en el D.O.C.M. Núm. 30 de 13 de febrero de 2020.

Dictamen número 46/2019, de 6 de febrero, solicitado por la Consejería encargada del Plan de Coordinación de Garantías Ciudadanas, sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de Ingresos y Garantías Ciudadanas de Castilla-La Mancha.

La memoria inicial del Anteproyecto fue suscrita por la Consejera Encargada de la Coordinación del Plan de Garantías Ciudadanas, expresando en la misma la necesidad de la norma afirmando que *“el número de hogares con bajos ingresos en Castilla-La Mancha es de 131.000, lo que representa el 16,7% del total de hogares y el 15,4% de la población de la región. [...] En el caso de hogares cuyo sustentador principal es el hombre, el porcentaje de hogares con bajos ingresos desciende al 12,7%, mientras, en el caso de hogares que tienen como sustentador principal una mujer, el porcentaje de hogares con bajos ingresos aumenta al 24,5%”*. Destacaba como grupos de especial vulnerabilidad los hogares que cuentan con menores y los monoparentales, señalando que casi un 40% de hogares de la región afirman tener dificultades para llegar a fin de mes y que la carencia material severa se sitúa en el 7,8% tanto sobre el número de hogares como sobre el total de la población.

A la vista de tales datos señalaba como finalidad de la norma *“solucionar las carencias descritas y exigir a la Administración regional que facilite los recursos necesarios con el fin de proporcionar un nivel de vida mínimo adecuado para el disfrute de los derechos ciudadanos”*. Especificaba como objetivos *“El reconocimiento, como derecho subjetivo, a una prestación económica para cubrir las necesidades básicas de la unidad de convivencia que carezca de recursos. [] La aplica-*

ción de un modelo de intervención integral a las personas en su entorno habitual, que garantice la adaptación de las intervenciones a las necesidades de la persona o de la unidad de convivencia, proporcionándole un itinerario de atención propio. [] El reconocimiento a personas en situación de carencia o insuficiencia de recursos de unas acciones de acceso priorizado a unas garantías ciudadanas complementarias para el acceso a los servicios de empleo, formación, educación, vivienda y a los derechos sociales en igualdad de oportunidades”.

También se incluían como novedades del texto normativo proyectado “*que englobe todas aquellas intervenciones públicas destinadas a proporcionar de forma integral un mínimo vital a los hogares y particulares en situación de vulnerabilidad social sin que exista una contrapartida recíproca por parte de los beneficiarios, que facilite el disfrute de sus derechos ciudadanos*”; el ámbito subjetivo que alcanzaría a “*las personas y unidades de convivencia que residan de manera efectiva y continuada en cualquier municipio de Castilla-La Mancha, y que se encuentren en situación de carencia o insuficiencia de recursos para cubrir sus necesidades básicas*”; y el contenido de la norma, que describía.

El Consejo efectuó varias consideraciones de carácter esencial, al afectar a distintos aspectos o preceptos que presentaban indeterminaciones y vacíos no conciliables con el principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución, o determinar contravenciones de preceptos de legislación básica.

Los indicados reparos se agruparon en varios apartados, con el siguiente contenido:

“1.- Relación del sistema de garantías previsto con el sistema de servicios sociales de la Comunidad Autónoma.

Es objeto de la norma que se propone el establecimiento de un “sistema de garantías ciudadanas” entendido como un conjunto de derechos destinados a cubrir necesidades básicas de las personas en situaciones de carencia o insuficiencia de recursos económicos, reforzando su inclusión social y económica. Tales derechos se traducen en una serie de prestaciones

-económicas y de tipo complementario afectantes a educación, vivienda, transporte público, otras prestaciones económicas y técnicas e inclusión socio-laboral activa- que se garantizan a las personas que cumplan los requisitos establecidos.

En la memoria inicial que acompaña al Anteproyecto se concretan como principales objetivos de la norma que se propone: “El reconocimiento, como derecho subjetivo, a una prestación económica para cubrir las necesidades básicas de la unidad de convivencia que carezca de recursos. [] La aplicación de un modelo de intervención integral a las personas en su entorno habitual, que garantice la adaptación de las intervenciones a las necesidades de la persona o de la unidad de convivencia, proporcionándole un itinerario de atención propio. [] El reconocimiento a personas en situación de carencia o insuficiencia de recursos de unas acciones de acceso priorizado a unas garantías ciudadanas complementarias para el acceso a los servicios de empleo, formación, educación, vivienda y a los derechos sociales en igualdad de oportunidades”.

Se pretende establecer, por tanto, medidas de carácter eminentemente social que garanticen a los ciudadanos en situación de carencia de medios de vida los recursos básicos y necesarios para desenvolverse. La normación de tales medidas incide sustancialmente -como ya se ha indicado en la consideración previa- en el ámbito competencial contemplado en el artículo 31.1. 20ª del Estatuto de Autonomía, que recoge la competencia exclusiva de la Junta de Comunidades en materia de asistencia social y servicios sociales.

Dentro de dicho ámbito competencial constituye el referente normativo esencial en la Comunidad Autónoma la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, que previó entre sus objetivos garantizar el derecho universal a la protección social como derecho de la ciudadanía en el marco del Sistema Público de Servicios Sociales, ordenando y estructurando el mismo, así como determinando el acceso y asegurando la atención social a través de prestaciones garantizadas del sistema, definiendo los criterios y fijando los estándares de calidad en la prestación de servicios sociales. Tras definir los derechos y deberes de los usuarios y profesionales de los servicios sociales, determinaba los dos niveles de atención del sistema -Atención Primaria y Atención Especializada- concretando sus funciones, centros y equipamientos, y previendo la coordinación de ambos ámbitos a través de una única historia social para cada usuario y un plan de atención social que contemplara individualmente y de modo integral a cada persona, recogiendo en el mismo su valoración social personal y asignándole un profesional de referencia.

Dicha norma configuró, por ende, todo el engranaje de los servicios sociales existentes en la Comunidad Autónoma, y unificó en un único procedimiento el modo de acceder a las diversas prestaciones incluidas en el sistema, articulando la actuación coordinada y unidireccional de las distintas administraciones en este campo.

Las citadas prestaciones fueron definidas por la propia ley, distinguiendo entre técnicas, económicas y tecnológicas, configurando un mínimo que resultaba garantizado, y declarando expresamente en su artículo 34.3 que “Las prestaciones garantizadas en los términos establecidos en la presente ley serán exigibles como derecho subjetivo ante la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueden incurrir las entidades responsables de la gestión de dicha prestación”.

Pese a la vocación de generalidad de esta norma en lo que se refiere a servicios sociales y los evidentes puntos de conexión entre su ordenación y la pretendida con la iniciativa que se examina, esta última ha obviado la determinación del modo en que se coordinarán ambas regulaciones -ni siquiera la cita en la Exposición de Motivos-, y ello pese a afirmar en su apartado III que “cumple con los principios de buena regulación establecidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

Este precepto establece en su apartado 4 que “A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico [...] para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas”.

En relación al significado y la trascendencia del principio de seguridad jurídica, conviene señalar que el Tribunal Constitucional ha manifestado en la Sentencia 150/1990, 4 de octubre -RTC 1990\150- que “Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten. Sólo si, en el contexto ordinamental en que se inserta y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generan en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica”.

En la Sentencia 234/2012, de 13 de diciembre -RTC 2012\234-, incidía dicho Tribunal en que “hemos afirmado recientemente en la STC 136/2011, de

13 de septiembre, F. 9, sistematizando nuestra doctrina anterior respecto del principio de seguridad jurídica consagrado constitucionalmente en el art. 9.3 CE, dicho principio «ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero (RTC 1986,15), F.1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero (RTC 1991,36), F.5), o como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo (RTC 1990,46, F.4)». Exigencias, todas ellas, consustanciales al Estado de Derecho y que, por lo mismo, han de ser escrupulosamente respetadas por las actuaciones de los poderes públicos, incluido el propio legislador. Es más, sin seguridad jurídica no hay Estado de Derecho digno de ese nombre. Es la razonable previsión de las consecuencias jurídicas de las conductas, de acuerdo con el ordenamiento y su aplicación por los Tribunales, la que permite a los ciudadanos gozar de una tranquila convivencia y garantiza la paz social y el desarrollo económico. «De tal modo, que si en el Ordenamiento jurídico en que se insertan las normas, teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, F. 8; 142/1993, de 22 de abril, F. 4; 212/1996, de 19 de diciembre, F. 15; 104/2000, de 13 de abril, F. 7; 96/2002, de 25 de abril, F. 5; y 248/2007, de 13 de diciembre, F. 5)» [] La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas”.

Esta doctrina se ha reiterado en posteriores sentencias 84/2015, de 30 de abril -RTC 2015\84-; 270/2015, de 17 de diciembre -RTC 2015\270-; o 19/2016, de 4 de febrero -RTC 2016\19-.

Examinada la regulación planteada desde la perspectiva de la doctrina constitucional expuesta, considera este Consejo que la misma no reviste la certeza necesaria para dotar de seguridad jurídica a los destinatarios y aplicadores de la futura norma, pues plantea el sistema de garantías ciudadanas que contempla sin armonizarlo con el sistema de servicios sociales diseñado por la Ley 14/2010, de 16 de diciembre.

La Exposición de Motivos expresa que el Plan Integral de Garantías Ciudadanas, en el que se funda la iniciativa, “viene a complementar la protección social del Sistema Público de Servicios Sociales”; mas la nueva regulación planteada no deja claro el modo en que se articulará dicho complemento, ni cómo se producirá el acoplamiento del nuevo sistema en el ya vigente.

Esta incertidumbre se hace patente en los preceptos de la norma propuesta que se citan a continuación:

- Así, en primer término, cabe destacar que en el artículo 20.1 del Anteproyecto se consigna como prestación esencial la denominada “renta garantizada”, que se define como “prestación de naturaleza económica y percepción periódica, destinada a unidades de convivencia que no dispongan de los ingresos que les garanticen un mínimo vital para la cobertura de sus necesidades básicas, haciendo así efectivo el derecho a unos ingresos garantizados”; añadiendo su apartado 2 que “La prestación de renta garantizada es un derecho subjetivo en los términos establecidos en la presente ley”.

En la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, se incluye en el grupo de las prestaciones económicas en el artículo 38.1.a) la denominada “renta básica”, que conceptúa el precepto como “Prestación de carácter periódico destinada a hacer efectivo el derecho a la protección social en situación de necesidad social y carencia de recursos económicos, posibilitando a las personas la cobertura de sus necesidades básicas y proporcionándoles los medios necesarios para el ejercicio efectivo del derecho a la participación e integración en la comunidad”. Añadía el epígrafe señalado en un segundo inciso que “Esta prestación está garantizada a las personas en situación de exclusión social para facilitar su proceso de inclusión e integración social, cuando así se haya propuesto por el profesional de referencia, previa, en su caso, valoración conjunta con el equipo de profesionales en el marco de la prestación de prevención y atención integral ante situaciones de exclusión social, y de acuerdo a las condiciones que se establezcan reglamentariamente”. En estos términos y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.3 antes citado, se configuraba como derecho subjetivo.

La aprobación del Anteproyecto en los términos en que se ha planteado conllevaría la pervivencia de ambas figuras -no se pretende por el Anteproyecto la derogación de los preceptos que regulan la renta básica-, introduciendo gran incertidumbre en relación a las posibles diferencias que pudieran existir entre ellas, las especialidades en el procedimiento de reconocimiento de las mismas o la posibilidad de que ambas puedan ser materializadas indistintamente.

Tal situación no ha resultado clarificada en el expediente por la pretendida justificación introducida por la autoridad impulsora de la iniciativa en la memoria intermedia, en la que se pronunciaba por el mantenimiento de ambas figuras. Indicaba, en primer término, que la Ley de Servicios Sociales prevé la creación de nuevas prestaciones mediante ley; señalando, en segundo lugar, que desde la promulgación de aquella no se ha dictado norma alguna que regule una prestación económica como derecho subjetivo de renta básica. Afirmaba, por ello, que el Anteproyecto cumple el mandato legal contenido en dicha ley y que la propia Ley de Presupuestos para 2018 contempla en su disposición final cuarta –si bien la misma afecta a varios preceptos relativos al Decreto 179/2002, de 17 de diciembre, de desarrollo del ingreso mínimo de solidaridad, en concreto a su renovación y prórroga y a su cuantía

máxima-. De modo aparentemente inconexo concluía manifestando que “La denominación “Renta básica” que figura en el artículo 38.1.a) de la Ley de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, conforme a su naturaleza y a los requisitos descritos en dicho apartado, hoy día debe denominarse “Prestación de renta garantizada”, en identidad de criterio con lo que regula el Anteproyecto de Ley”; añadiendo que “la promulgación de la nueva Ley, no impone derogar un precepto que no ha sido desarrollado”.

Si, según parece, la renta básica viene a ser sustituida por la renta garantizada prevista en la nueva norma -aspecto que parece desprenderse de dicha conclusión, si bien no puede apreciar con seguridad este Consejo pues no llega a esclarecerse con certeza en el expediente, dado el impreciso razonamiento señalado-, carece de sentido el mantenimiento de la primera en la Ley de Servicios Sociales -aun cuando no haya sido desarrollada reglamentariamente-, pues solo contribuirá a generar dudas sobre las prestaciones existentes, cuya materialización paralela, por ende, puede ser solicitada por los interesados.

- El artículo 28 del Anteproyecto prevé que en supuestos de urgencia social -concepto que ya venía contemplado en el artículo 21 de la Ley de Servicios Sociales- se pueda acceder a la renta garantizada aun no cumpliendo alguno de sus requisitos y requiriendo la intervención de los profesionales del Sistema de Servicios Sociales. Tal situación resulta confusa pues no solo no se especifican los requisitos que pueden ser incumplidos -cuáles o cuántos-, sino que además no se concreta el modo en que entroncará con este último sistema.

- El artículo 40 del Anteproyecto prevé que “Las personas destinatarias del derecho tendrán acceso al sistema de prestaciones técnicas, integradas por ac-

tuaciones directas de atención a la persona, familia o unidad de convivencia, y realizadas por equipos profesionales, para ofrecer asesoramiento, información o intermediación, en las materias reguladas en la presente ley”. Tales funciones parece que se entrecruzan con las previstas en los artículos 15 y 19 de la Ley de Servicios Sociales, concernientes, respectivamente, a las funciones de los Servicios Sociales de Atención Primaria y Especializada.

- La garantía de inclusión sociolaboral activa que se contempla en el artículo 41 y siguientes del texto que se examina podría entenderse relacionada con la prestación técnica recogida en el artículo 36.g) de la Ley de Servicios Sociales, relativa a “Prevención y atención integral ante situaciones de exclusión social”.

- En el artículo 42 del Anteproyecto se han definido novedosamente las situaciones de “dificultad social”, si bien previendo que para determinar tal situación se apliquen las herramientas de diagnóstico que se elaboren y se utilicen por el Sistema de Servicios Sociales, aunque sin articular el entronque de tal actuación en el cauce en que se desenvuelve dicho sistema. Esta observación ha de hacerse extensiva al artículo 45.2 afectante a prestaciones o servicios y programas orientados a la inclusión social.

- El artículo 43 de la iniciativa prevé la existencia de planes de atención para la inclusión activa, cuya elaboración y contenido encomienda a un equipo interdisciplinar en materia de empleo y servicios sociales, haciendo entrar en juego nuevamente -aunque de modo genérico y sin articulación adecuada- al sistema regulado en la Ley 14/2010, de 16 de diciembre.

- La disposición adicional primera contempla la obligación del Consejo de Gobierno de aprobar planes estratégicos de inclusión social y laboral, lo cual tiene evidente relación con las previsiones de los artículos 44 y 45 de la Ley de Servicios Sociales, relativos al Plan Estratégico de Servicios Sociales y a los Planes Específicos.

Las incertidumbres que suscitan los preceptos aludidos se consideran vulneradoras del principio de seguridad jurídica, pues impedirán conocer con la necesaria certeza, tanto a los operadores jurídicos como a los ciudadanos, el alcance de la norma propuesta y el modo en el que habrán de conciliarse ambos ámbitos normativos.

No objeta este Consejo la posibilidad de que la Comunidad Autónoma regule mediante ley el sistema de garantías pretendido, sino las incertidumbres y os-

curidades que derivan del texto planteado. Por ello, considera que será necesario replantear la relación de las medidas plasmadas en el Anteproyecto con las contempladas en la norma reguladora de servicios sociales actualmente vigente, coordinando ambas regulaciones y evitando las distorsiones que de la coexistencia de las mismas pudieran derivarse.

Dicha coordinación pasaría, o bien por la inserción de las nuevas medidas en el citado sistema de servicios sociales, articulando en él de modo preciso las prestaciones planteadas -aun con sus propias especialidades conceptuales o procedimentales-; o bien por justificar debidamente en la norma propuesta la entidad propia y separada del nuevo sistema de garantías previsto. Esta última opción supondría determinar con precisión en su parte expositiva los límites que configuran el ámbito de regulación pretendido con la nueva iniciativa, los aspectos en los que se relaciona con el sistema previsto en la Ley de Servicios Sociales, la distinción rigurosa de las prestaciones que ambos comprenden -sustancialmente la renta garantizada y la renta básica-, determinando los efectos que su aprobación producirá sobre las que ya se encuentran vigentes por imperativo de aquella, y la significación del modo en que eventualmente la aplicación de la nueva norma requerirá del funcionamiento de la estructura del sistema de servicios sociales para su desenvolvimiento. Asimismo, habrá de contemplar paralelamente en el articulado las prescripciones que sean precisas derivadas de dicha interconexión entre ambos ámbitos y de los efectos que sobre la regulación ya en vigor pudiera producir la aplicación de la nueva norma legal.

2.- Título III. Procedimiento. - El procedimiento diseñado en los artículos 46 a 52 presenta imprecisiones y aspectos abstrusos que, asimismo, conculcan el principio de seguridad jurídica, vulnerando además en varios de sus apartados preceptos básicos recogidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, razones por las que deberían ser eliminados de la ley.

Una primera cuestión ha de referirse a la propia finalidad del procedimiento diseñado en el Anteproyecto, la cual resulta confusa.

Señala la Exposición de Motivos de la norma en el apartado IV en relación a este Título que “La Ley integra, en un único procedimiento, todas las actuaciones para el reconocimiento de las prestaciones contempladas en el nuevo sistema de garantías ciudadanas, lo que incrementa la seguridad jurídica de las personas interesadas. Cabe destacar la implantación de un Registro de Garantías Ciudadanas, que generaliza el uso de medios electrónicos”.

A la vista de lo indicado puede entenderse -lo cual resulta del todo lógico- que la finalidad del procedimiento que se regula sea el reconocimiento o concesión de las diferentes prestaciones establecidas en la ley, en definitiva, el reconocimiento de las garantías ciudadanas en ella previstas. Así se expresa con total claridad en los artículos 47.1 y 2, 51 y 52, -y parece inferirse también del artículo 5-

Sin embargo, tal finalidad resulta desdibujada cuando a continuación en el propio artículo 47.1 en su segundo inciso y en preceptos posteriores

-artículos 48.2; 49.1, 3 y 4; y artículo 50.1- se concreta el objeto del procedimiento en la inscripción en el Registro de Garantías Ciudadanas que se crea.

Aun cuando podría interpretarse que la resolución de inscripción en dicho registro será la que comprenda las prestaciones que se reconocen, es lo cierto que dicho reconocimiento tiene entidad como acto independiente -de hecho, ante una eventual denegación o estimación parcial, lo que se recurrirá no será la falta de inscripción sino la no concesión de las prestaciones solicitadas-, siendo la inscripción la consecuencia del mismo.

Considera, de este modo, el Consejo que resultaría necesario y clarificador distinguir ambos aspectos, plasmando que el procedimiento que se tramita tendrá por finalidad el reconocimiento de las garantías o prestaciones contempladas por la ley y que el mismo deberá culminar con una resolución en la que se concedan o denieguen aquellas, procediendo la inscripción en el registro en el primero de los casos.

Esta conclusión no emepece la pretensión del artículo 46 del Anteproyecto de que sea la propia plataforma del registro desde la que se efectúen las actuaciones necesarias de comprobación y verificación de información aportada por el solicitante, o que sirva como instrumento de intermediación de datos entre los diferentes departamentos de la Administración que se vean concernidos por las diferentes solicitudes según las prestaciones requeridas por cada interesado.

Un segundo aspecto atañe a la resolución del procedimiento prevista en el artículo 49. El apartado 1 dispone que “La Dirección Provincial competente en materia de garantías ciudadanas elaborará una propuesta de resolución para la inscripción en el registro, que incluirá las prestaciones a las que tendrá derecho la persona solicitante, o en su caso la denegación, en un plazo máximo de tres meses a partir de la fecha de presentación de la solicitud correspondiente. Transcurrido el plazo sin que hubiera recaído resolución expresa, se en-

tenderá desestimada la inscripción en el registro”. Añade en el apartado 3 que “En el supuesto de que la persona solicitante no esté de acuerdo con la propuesta de resolución de inscripción en el registro se le concederá un plazo de diez días hábiles para formular alegaciones debiendo aportar la documentación que estime conveniente para justificar el cambio de la información que figura en los registros de las administraciones públicas”. Finalmente, el apartado 4 expresa que “Una vez comprobada la nueva documentación aportada, o si no se hubiese manifestado discrepancia sobre la propuesta de resolución de inscripción en el Registro de Garantías Ciudadanas determinando los derechos reconocidos por parte de la persona titular de la Dirección Provincial competente en la materia, se emitirá resolución definitiva de inscripción, en su caso, en el registro, en el plazo de un mes”.

De tal dicción no se desprende con claridad que se contemple y exija en la norma la obligación de otorgar un trámite de audiencia a los interesados, según garantiza con carácter básico el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o el modo en que dicho trámite haya de articularse. Aun cuando podría entenderse que tal garantía se cubrirá con el traslado a la parte de la propuesta de resolución formulada -requisito que supondría una particularidad propia del presente procedimiento-, es lo cierto que la concesión del trámite para formular alegaciones aparece vinculada en el Anteproyecto al hecho de que la parte solicitante no esté de acuerdo con el contenido de dicha propuesta, situación, por otro lado, que la Administración no puede presuponer a priori en todos los casos sin riesgo de que resulten cercenados los derechos del interesado.

Se considera, por tanto, que debería expresar el precepto de modo preciso y contundente que, concluida la fase instructora, se sustanciará el preceptivo trámite de audiencia a los interesados con los requisitos previstos en el citado precepto básico. En dicho trámite habrá de ponerse el expediente de manifiesto a los solicitantes, de modo que nada obsta a que se prevea la inclusión en el mismo de modo obligado de un informe del órgano competente -de finalidad similar a la otorgada a la propuesta de resolución que prevé el artículo que se comenta- en el que se recojan las prestaciones a que tendrá derecho el solicitante o en su caso los motivos que fundamentan la denegación de su solicitud.

Continuando el examen de dicho artículo 49 no pueden dejar de mencionarse las disfunciones que devienen del hecho de que no se haya fijado con precisión un plazo para dictar y notificar la resolución del procedimiento, y de que no se hayan articulado adecuadamente la operatividad del silencio administrativo.

Ciertamente, en el apartado 1 transcrito se fija un plazo de tres meses a partir de la fecha de presentación de la solicitud para elaborar una propuesta de resolución, señalando con posterioridad el apartado 4 que tras la comprobación de la nueva documentación aportada tras conocer la propuesta de resolución -actuación para la que no establece plazo alguno- o si no se hubiese manifestado discrepancia con la misma, se emitirá resolución definitiva en el plazo de un mes. Aun cuando tales plazos podrían entenderse acumulativos, la indeterminación del tiempo intermedio destinado tanto a la notificación de la propuesta de resolución a la parte, como a la comprobación por la Administración de las alegaciones y documentación aportada por aquella, impide concretar un plazo final definitivo para notificar la resolución expresa del procedimiento al interesado.

Se considera, por ello, que dicho plazo de notificación de la resolución expresa del procedimiento deberá fijarse con absoluta precisión, a fin de dar cumplimiento a la exigencia prevista en el artículo 21.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, mencionada.

Será al mencionado plazo final del procedimiento al que, de acuerdo con el artículo 24.1 de la citada norma básica procedimental, deba vincularse el sentido desestimatorio del silencio, aspecto que el Anteproyecto en el último inciso del apartado 1 parece configurar de modo incorrecto ligándolo al transcurso del plazo fijado para dictar la propuesta de resolución.

En suma, recapitulando las observaciones efectuadas en relación al procedimiento, debería concretarse y homogeneizarse la finalidad del mismo -reconocimiento de las diferentes prestaciones-, contemplando la inscripción como consecuencia de la concesión acordada; debería arbitrarse claramente un trámite de audiencia para los interesados; y fijarse con precisión el plazo máximo para notificar la resolución expresa del procedimiento, aparejando al transcurso del mismo los efectos desestimatorios de un eventual silencio administrativo”.

A la fecha de conclusión del presente trabajo, el Anteproyecto de Ley descrito no había sido objeto de aprobación por las Cortes Regionales.

Dictamen 75/2019, de 20 de febrero, solicitado por la Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Desarrollo Rural, sobre Anteproyecto de Ley de Economía Circular de Castilla-La Mancha.

La memoria inicial del Anteproyecto, suscrita por el Viceconsejero de Medio

Ambiente, expresaba que la *“justificación del proyecto de Ley de Economía Circular de Castilla-La Mancha está en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, de 2 de diciembre de 2015, titulada “Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular”*.

Con fundamento en ello, señalaba como finalidad de la norma buscar *“la adaptación y modernización del sistema productivo de la economía castellano-manchega a las directrices de la lucha contra el cambio climático y el uso eficiente de los recursos, [...] fomentar el impulso a la competitividad y a la protección de las empresas contra la escasez de recursos, la creación de nuevas oportunidades empresariales basadas en la innovación, el ahorro, la eficiencia energética y el uso de energías renovables, favoreciendo la creación de puestos de trabajo, y facilitar por tanto, la integración y cohesión social, en el marco de los compromisos mundiales de la UE establecidos en la Agenda de Desarrollo Sostenible 2030 de las Naciones Unidas”*. Identificaba como objetivo principal de la norma proyectada el de *“conseguir el máximo valor y uso de todos los recursos, productos y residuos, fomentando la gestión racional y sostenible de los mismos, promoviendo su reducción, reciclaje, reutilización y valorización, el ahorro energético y reduciendo las emisiones de gases contaminantes y de efecto invernadero”*. Para la consecución de tal objetivo, indicaba ser *“imprescindible abarcar la totalidad del ciclo de vida del producto, desde la producción hasta el consumo, pasando por la gestión de residuos y el mercado de materias primas secundarias”*.

Asimismo, contenía una exposición de 16 objetivos (además del principal), 3 principios en los que se basa la economía circular y la definición del concepto, así como la cita de la normativa existente en la materia.

Seguidamente, se refería a la competencia de la Comunidad Autónoma para *“afrontar la regulación de la legislación básica, así como para establecer normas adicionales de protección ambiental, [...] el desarrollo legislativo y la ejecución en la protección del medio ambiente y de los ecosistemas, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca”*.

En último término, efectuaba un análisis sobre la financiación para la implementación de la norma, indicando que *“cuenta con financiación propia regional [...] independientemente del apoyo que pudiera recibirse de la Unión Europea a través de los fondos estructurales u otros fondos europeos para la investigación e innovación, la gestión de residuos y las inversiones en la economía circular”*.

El Consejo Consultivo, en su dictamen, realizó una única observación de carácter esencial al texto del Anteproyecto, que afectaba a la disposición final segunda, titulada “*Tributo depósito en vertedero*”. Establecía ésta que “*en el plazo de un año de la entrada en vigor de esta ley, la Consejería con competencias en materia tributaria regulará el tributo por el que se grave el depósito de residuos industriales peligrosos, residuos industriales no peligrosos y residuos de construcción y demolición en vertedero, así como la reinversión de su recaudación en mejorar la gestión de los residuos y en llevar a cabo actuaciones contempladas en la planificación de gestión de residuos de Castilla-La Mancha conforme a los postulados de la economía circular*”.

Se entendía en el dictamen que “*la disposición contiene un mandato dirigido a la Consejería con competencias en materia tributaria, para que en plazo de un año desde la entrada en vigor de la norma proyectada regule un específico tributo que grave el depósito en vertedero de determinado tipo de residuos. Vaya por delante que dicho tributo no existe actualmente en nuestro ordenamiento autonómico, por lo que deberá ser creado, y en este sentido debe entenderse el mandato de la disposición final segunda.*

Pues bien, según el artículo 49.a) del Estatuto de Autonomía, “Se regulan necesariamente, mediante ley de las Cortes de Castilla-La Mancha, las siguientes materias: [] a) El establecimiento, la modificación y supresión de los propios impuestos, tasas y contribuciones especiales y las exenciones o bonificaciones que les afecten”; en línea con lo dispuesto por el artículo 9.2.c) del propio Estatuto de Autonomía, al establecer las competencias de las Cortes de Castilla-La Mancha: “2. Compete a las Cortes de Castilla-La Mancha: [...] c) Establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución, el presente Estatuto y las correspondientes leyes del Estado”.

Ambos preceptos vienen por tanto a establecer el principio de reserva de ley, el cual postula la existencia de materias que sólo pueden regularse por ley, en este caso, la creación o establecimiento de tributos.

El principio de reserva de ley es además una exigencia constitucional, impuesta por el artículo 133.1 y 2 de la Constitución Española (CE) (“1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante Ley. [] 2. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes”), que debe ponerse en relación con el principio de legalidad tributaria del artículo 31.3 de la CE (“Sólo podrán establecerse prestaciones personales o pa-

trimoniales de carácter público con arreglo a la ley”).

Una aplicación conjunta de los anteriores artículos permite afirmar que cualquier tributo, sea estatal o autonómico, debe ser creado por una ley, en la que se establezca no sólo la regulación ex novo de aquel, sino también la de sus elementos esenciales (hecho imponible, sujeto pasivo), sin perjuicio de su posterior desarrollo reglamentario.

Poniendo en relación las disposiciones constitucionales y estatutarias trascritas con el artículo 9.2.a) del Estatuto de Autonomía que atribuye a las Cortes de Castilla-La Mancha la competencia para ejercer la potestad legislativa de la región, se desprende que los tributos sólo pueden ser creados mediante ley aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha, careciendo los Consejeros de competencia para ello, los cuales solo pueden adoptar decisiones bajo la forma de órdenes (artículo 37.1.e) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha).

En razón de lo hasta aquí expuesto, ha de concluirse que el titular de la Consejería competente en materia tributaria carece de competencia para regular un tributo que no se encuentra creado, como también carece de competencia para crear el tributo al que se refiere la disposición final segunda del Anteproyecto de Ley (que grave el depósito de residuos en vertedero), pues, por razón de su cargo, sólo puede dictar órdenes, cuando para el establecimiento de los tributos se requiere ley aprobada por las Cortes, por virtud del principio de reserva de ley impuesto por la Constitución Española y por el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. De esta manera, la disposición final segunda examinada, al encomendar a la Consejería competente en materia tributaria la regulación del tributo que grave el depósito en vertedero de determinados tipos de residuos, incurrir en vulneración del principio de reserva de ley, por infracción de lo dispuesto en los artículos 31.3 y 133.1 y 2 de la CE, y en los artículos 9.2.c) y 49.a), en relación con el artículo 9.2.a) del Estatuto de Autonomía. Por todo ello, deberá suprimirse o, en su caso, modificarse la redacción de la disposición final segunda en los términos expuestos en esta consideración, a fin de cumplir los principios de reserva de ley y de legalidad tributaria, y respetar los mandatos constitucional y estatutario”.

El texto legislativo definitivamente aprobado en Cortes se ajustó a la observación esencial formulada en el dictamen, siendo publicado en D.O.C.M. Nº 244 de 12 de diciembre de 2019, como Ley 7/2019, de 29 de noviembre, de Economía Circular de Castilla-La Mancha.

Dictamen 107/2019, de 20 de marzo, solicitado por la Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Desarrollo Rural, sobre Anteproyecto de Ley por el que se regula el Estatuto de las Mujeres Rurales de Castilla-La Mancha.

El Director General de Desarrollo Rural de la Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Desarrollo Rural suscribió la memoria de impacto normativo del Anteproyecto de Ley. En ella se decía que la finalidad de la norma era avanzar en el fortalecimiento de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el medio rural de Castilla-La Mancha como eje fundamental para conseguir un desarrollo sostenible y frenar el problema del despoblamiento de las zonas rurales de la Región, siendo preciso para ello mejorar la situación laboral de las mujeres, fomentar su presencia y participación en la toma de decisiones, así como visibilizar su trabajo, promoviendo su reconocimiento profesional y el acceso a los derechos derivados de la titularidad de las explotaciones agrarias. Añadía que, aunque dichos objetivos podrían procurarse con las medidas alternativas que exponía, dada la gravedad de la situación y la alta demanda social que existía, se consideraba que el instrumento normativo más adecuado era la aprobación de una ley que estableciera los mínimos a conseguir en esta materia.

Las principales novedades de la norma que se pretendía aprobar eran la definición de las áreas estratégicas en las que se deberían incluir las medidas para conseguir la igualdad de oportunidades en el medio rural, así como el compromiso de capacitación y formación de igualdad de trato tanto para el funcionario implicado en estas labores de coordinación como en el medio rural, avanzando en este sentido en lo ya previsto en el artículo 24 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha, como en el Reglamento (UE) n.º 1305/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) y en la Resolución de 4 de abril de 2017 del Parlamento Europeo sobre las mujeres y su papel en las zonas rurales.

El texto del dictamen contenía una consideración esencial al Anteproyecto sometido a su consideración, expresada de la siguiente manera:

“Artículo 3. Definiciones. - “b) Actividad agraria: De conformidad con el artículo 2.1 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias es el conjunto de trabajos que se requiere para la obtención de productos agrícolas, ganaderas y forestales”.

Este Consejo, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, ha efectuado

en numerosas ocasiones advertencia sobre los riesgos que tiene la reproducción de las normas básicas en la legislación autonómica, por la posible inconstitucionalidad sobrevenida de los preceptos autonómicos en el supuesto de que se produzcan alteraciones en la normativa básica. No obstante, también ha dicho que en ocasiones dicha reproducción puede resultar conveniente si con ello se dota al texto legal de una mayor inteligibilidad. Ahora bien, el respecto a la normativa básica exige que la reproducción autonómica de dicha normativa sea íntegra, ya que como ha dicho el Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad de la norma autonómica puede darse tanto por alteración de la norma básica como por la omisión de parte de ella que conduzca a un resultado que no resulta compatible con dicha normativa, entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 29/1986, de 20 de febrero (RTC 1986,29) y 40/1988, de 19 de febrero (RTC 1988,40), pues como remarcó en su posterior sentencia 172/1996, de 31 de octubre (RTC 1996,172), “omitir puede ser en ocasiones tanto como contradecir” sin que como dijo en la sentencia 222/2006 de 6 de julio (RTC 2006,222) “el silencio sobre una condición básica por parte del legislador autonómico pueda calificarse de inocuo, indiferente o neutro”.

En relación a la definición de “actividad agraria”, el Gabinete Jurídico, haciendo referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional, ya recomendó que en lugar de reproducir la definición que con el carácter de norma básica se encuentra incluida en el artículo 2.1 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, se efectuase una remisión a dicho precepto. A la vista de dicha observación, el redactor del último proyecto optó por mantener la definición que se contenía en el borrador del Anteproyecto de Ley, incluyendo con carácter previo la referencia a dicho artículo.

Sin embargo, el citado artículo 2.1 no sólo dice lo que se reproduce en la definición de la actividad agraria, sino que contiene un segundo párrafo con el siguiente tenor “Asimismo, a efectos de esta Ley y de las disposiciones correspondientes al encuadramiento en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se considerará como actividad agraria la venta directa por parte de agricultoras o agricultores de la producción propia sin transformación o la primera transformación de los mismos, cuyo producto final esté incluido en el anexo I del artículo 38 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, dentro de los elementos que integren la explotación, en mercados municipales o en lugares que no sean establecimientos comerciales permanentes, considerándose también actividad agraria toda aquella que implique la gestión o la dirección y gerencia de la explotación”. Es de-

M^º Joaquina Guerrero Sanz

cir, la actividad agraria no se limita exclusivamente a lo que el artículo 2.1 indica en el primer párrafo, sino que contiene otro ampliando dicho concepto, el cual no se encuentra reproducido en el texto del Anteproyecto de Ley que se examina, por lo que se produce un supuesto de inconstitucionalidad por omisión al haber silenciado la reproducción del segundo párrafo del artículo 2.1 de la Ley 19/1995, de 4 de julio”.

El reparo descrito fue aceptado en el texto definitivo de la Ley 6/2019, de 25 de noviembre, del Estatuto de las Mujeres Rurales de Castilla-La Mancha, aprobado en Cortes y publicado en el D.O.C.M. Núm. 235 de 28 de noviembre de 2019.

Dictamen 162/2019, de 30 de abril, solicitado por la Vicepresidencia Segunda, sobre Anteproyecto de Ley de Participación de Castilla-La Mancha.

El Director de la Oficina de Transparencia y Buen Gobierno suscribió memoria justificativa de la norma, en la que estimaba que hasta ahora las vías de la participación de la ciudadanía “*se han reducido a la creación de consejos, comisiones o comités de carácter sectorial, que responden a un modelo de participación orgánica, integrados en la estructura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*”. Consideraba que tal sistema resultaba insuficiente a la luz del moderno concepto de participación.

Añadía que la norma proyectada pretendía la inclusión de todos los actores sociales al objeto de lograr su acercamiento a las instituciones y de ese modo favorecer la información y la participación en las decisiones importantes que afectaran a su futuro.

Explicaba que el Anteproyecto “*opta, en primer lugar, por separar la participación de la transparencia, ya que el margen competencial normativo de las Comunidades Autónomas es distinto (en materia de transparencia existe legislación básica estatal); en segundo lugar, se aborda en un solo cuerpo normativo tanto la participación ciudadana como la institucional, al ser distintas modalidades en las que se manifiesta aquella*”.

Por otra parte, describía que el modelo elegido no se limitaba a un mecanismo de consulta dirigido por y desde la Administración, sino también contemplaba iniciativas de los ciudadanos como la formulación de propuestas y la contribución de estos al seguimiento y a la evaluación de las políticas públicas.

Igualmente, daba cabida a la participación institucional específica de los agentes económicos y sociales más representativos.

En cuanto a los impactos normativos, sostenía que el Anteproyecto respetaba escrupulosamente el marco de las competencias estatales y que tampoco suponía derogación formal de ninguna norma autonómica en concreto, si bien la disposición adicional primera preveía una evaluación de los órganos colegiados de participación ya existentes para sugerir las modificaciones necesarias.

En relación con el ámbito de aplicación, la memoria explica que el Anteproyecto se circunscribe al ámbito autonómico para *“no distorsionar en exceso el ámbito de la autonomía local”*.

Finalmente se pronunciaba sobre el impacto económico que derivaría de la aplicación de la norma proyectada, afirmando que no implicaría incremento del gasto público y que la mayor parte de las medidas previstas se asumirían con los medios personales y materiales ya existentes.

El dictamen emitido por el Consejo realizó una única consideración de carácter esencial referida al artículo 25 del texto proyectado, referido al *“Consejo del Diálogo Social de Castilla-La Mancha”*, al conculcar normativa básica.

El precepto disponía la creación de un nuevo órgano colegiado conformado por representantes de la Administración regional y de las organizaciones empresariales y sindicales que tuvieran la consideración de más representativas.

El Consejo reiteró la observación realizada por el Gabinete Jurídico de la Junta *“sobre la duplicidad que supone respecto del existente Consejo de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha, regulado en la Ley 9/2002, de 6 de junio de Creación del Consejo de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha, fundada en “la necesidad de establecer cauces institucionales de encuentro y participación de los agentes sociales entre si y de éstos con el Gobierno de Castilla-La Mancha” y configurado “como órgano consultivo de la Administración autonómica” con la finalidad de fomentar el “diálogo social en Castilla-La Mancha”*.

Si bien el órgano proponente de la norma ha justificado su creación en base a que el nuevo órgano tiene un carácter mucho más amplio, no puede obviarse que en ambos casos los órganos colegiados se encuentran adscritos a la misma Consejería y que los sujetos que los integran son los mismos. Además, las funciones que se asignan al de nueva creación no dejan de comprender las del órgano

ya existente, produciéndose de ese modo la duplicidad vetada por el artículo 5.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que determina que “No podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de estos. A este objeto, la creación de un nuevo órgano sólo tendrá lugar previa comprobación de que no existe otro en la misma Administración Pública que desarrolle igual función sobre el mismo territorio y población”.

El precepto propuesto no define con claridad un ámbito de actuación preciso, en el apartado a) se refiere a las “materias de su competencia”, sin concretar cuáles son estas, siendo obvio que las competencias propias de los sindicatos de trabajadores y de las organizaciones empresariales se centran en primer lugar en el ámbito laboral, pues el artículo 7 de la Constitución les encomienda la contribución “a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”.

El reparo esencial descrito fue acogido por la Ley 8/2019, de 13 de diciembre, de Participación de Castilla-La Mancha, aprobada en Cortes, publicada asimismo en el D.O.C.M. Núm. 253, de 26 de diciembre de 2019.

Dictamen 163/2019, de 30 de abril, solicitado por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, sobre Anteproyecto de Ley de Fomento y Coordinación del Sistema de Investigación, Desarrollo e Innovación de Castilla-La Mancha.

La memoria inicial del Anteproyecto fue suscrita por el Director General de Universidades, Investigación e Innovación. En la misma se analizaba la necesidad y oportunidad de la norma y sus antecedentes normativos tanto a nivel estatal como autonómico, señalándose que con el objeto de fomentar, coordinar y dar estabilidad presupuestaria al sistema castellano-mancheño de ciencia, tecnología e innovación, la ley seguía tres grandes líneas de actuación: “[...] 1) *La implantación de un sistema de planificación, seguimiento y evaluación conjunta que defina las líneas prioritarias de actuación en convergencia con los documentos estratégicos europeos y nacionales y que programe la utilización de forma estable, periódica y previsible, de los recursos disponibles de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha para la I+D+i.* 2) *La creación de la estructura institucional de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha encargada de la planificación en materia de investigación científica y técnica, desarrollo tecnológico e innovación, en base a objetivos previamente definidos.* [] 3) *El establecimiento*

de una serie de medidas sistemáticas dirigidas a promocionar e incentivar la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación”.

Se analizaban a continuación los impactos de la norma desde el punto de vista normativo y económico, señalando respecto de este último que con el Anteproyecto se pondrían en marcha dos nuevas iniciativas: el Consejo Asesor de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación en Castilla-La Mancha y la Agencia de I+D+i de Castilla-La Mancha, continuándose con la Comisión Regional de Ciencia y Tecnología y el Plan Regional de Investigación Científica, Desarrollo Tecnológico e Innovación. Seguidamente se analizaba la incidencia económica en el gasto de los diferentes títulos en los que se estructuraba la norma, así como en los ingresos.

Por último y en cuanto a otros posibles impactos se analizaba el de género, señalando que se esperaba un impacto positivo en el aumento de la presencia de mujeres en el sector; el referido a la integración de personas con discapacidad; y el de reducción de cargas administrativas, simplificación y centralización de procesos.

Las observaciones de carácter esencial realizadas en el dictamen al texto sometido a su consideración fueron las siguientes:

1. Artículo 23. Marco regulador. - En el apartado 3 del artículo se preveía la remisión a un futuro decreto la regulación de “[...] *la carrera investigadora y las figuras contractuales de investigadores indefinidos para que desarrollen su actividad en nuestra región* [...]”.

Se indicaba en el dictamen que “*La Ley 14/2011, de 1 de junio, regula en sus artículos 12 y 13, preceptos que ostentan el carácter de legislación exclusiva dictada por el Estado en ejercicio de lo establecido en el artículo 149.1.15ª de la Constitución, las disposiciones generales de aplicación al personal investigador señalando en su artículo 13.2 que este puede “[...] estar vinculado con la Universidad Pública u Organismo para el que preste servicios mediante una relación sujeta al derecho administrativo o al derecho laboral, y podrá ser funcionario de carrera, funcionario interino o personal laboral fijo o temporal, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”, (actualmente artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público).*

Asimismo, el artículo 13.4 establece el régimen de fuentes aplicable al personal investigador de carácter laboral disponiendo que se regirá “[...] por lo dis-

puesto en esta ley, en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, (actualmente Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) y sus normas de desarrollo, y en las normas convencionales. Asimismo, se regirá por los preceptos de la Ley 7/2007, de 22 de abril, que le sean de aplicación”.

En consonancia con ello la Ley, en sus artículos 14 al 19, establece las disposiciones generales aplicables a todo el personal investigador de su ámbito de actuación y en los artículos 20 al 23 se refiere, específicamente, al personal investigador que desarrolla su labor vinculado con una relación de carácter laboral, estableciendo las modalidades contractuales (artículo 20), y a continuación la regulación de cada una de ellas: contrato predoctoral (artículo 21), contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (artículo 22) y contrato de investigador distinguido (artículo 23); regulación toda ella dictada por el Estado en virtud de la competencia exclusiva sobre legislación laboral contemplada en el artículo 149.1.7^a de la Constitución, según se señala en la disposición final novena, apartado 3 de la Ley.

A la vista de este marco normativo que se acaba de resumir es objetable el precepto que se analiza por cuanto refiriéndose el precitado apartado 3 a “La carrera investigadora y las figuras contractuales de investigadores indefinidos”, pretende hacer objeto de regulación por vía reglamentaria materia que es de competencia exclusiva del legislador estatal según se acaba de exponer, y que ya ha sido objeto de regulación pues el citado artículo 20 establece precisamente las modalidades contractuales de trabajo específicas del personal investigador, previendo además en su apartado 2 que el personal investigador podrá ser contratado a través de dichas modalidades por “Los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado y los Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas”, así como por “Las Universidades Públicas, únicamente cuando sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I+D+i”.

Es cierto que el mismo apartado 2 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, prevé que su aplicación ha de entenderse sin perjuicio de que “[...] corresponde a las Comunidades Autónomas que hayan asumido estatutariamente la competencia exclusiva para la regulación de sus propios centros y estructuras de investigación la definición y regulación del régimen de contratación de personal investigador de sus propios centros y estructuras de investigación, en el marco de la legislación laboral vigente”; mas este no es el caso de la Comunidad Autónoma de

Castilla-La Mancha entre cuyas competencias reconocidas estatuariamente relacionadas con la investigación no se encuentra la referida a la regulación de sus propios centros y estructuras de investigación.

En suma, debiera eliminarse del texto del Anteproyecto el apartado analizado pues de mantenerse podría suponer una extralimitación competencial por constituir materia cuya regulación está reservada al Estado en virtud de la competencia exclusiva sobre la legislación laboral, correspondiendo a la Comunidad Autónoma únicamente la función ejecutiva de la misma, ex artículo 33.11 del Estatuto de Autonomía”.

2. Artículo 35. Incentivación de la explotación de los resultados de I+D+i.- Se contemplaba en este artículo la posibilidad de que el personal perteneciente o que desempeñara su actividad en los centros e instalaciones dependientes del sector público autonómico percibiera una incentivación especial cuando como consecuencia de la realización de actividades de I+D+i, hubiera obtenido un resultado protegido mediante un derecho de propiedad industrial cuya explotación por medio de la concesión de licencias reportara ingresos al titular. Posibilidad que, según prevenía el apartado 5 del mismo artículo, “[...] se reconocerá sólo en la medida que su beneficiario tenga la consideración de personal laboral de la Junta de Comunidades de Castilla-la Mancha, o, según proceda, de los centros dependientes del Sector Público Autonómico, mientras permanezca en dicha situación”.

El Consejo fundamentó que “la participación en los beneficios que obtengan las entidades para las que presta servicio el personal investigador; se halla reconocido como derecho del mismo en el artículo 14 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, en cuyo apartado 1.i) -artículo que, conforme ya se ha señalado, ha sido dictado por el Estado en ejercicio de la competencia exclusiva reconocida en el artículo 149. 1.15ª de la Constitución- lo recoge en los siguientes términos para todo el personal investigador con independencia de su condición de funcionario o de personal laboral: “A participar en los beneficios que obtengan las entidades para las que prestan servicios, como consecuencia de la eventual explotación de los resultados de la actividad de investigación, desarrollo o innovación en que haya participado. Dicha participación no tendrá en ningún caso la consideración de retribución o salario para el personal investigador”.

A la vista de ello dos objeciones cabe plantear al apartado 5 del artículo objeto de estudio:

- La primera, que habiendo sido reconocido a todo el personal investigador

el derecho a participar en los beneficios que obtengan las entidades para las que prestan servicios, no puede la Comunidad Autónoma, por carecer de competencia para ello, limitar su aplicación al personal laboral de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. En este caso la aplicación al personal funcionario investigador del derecho reconocido en el artículo 14.1.i) de la Ley 14/2011, de 1 de junio, habría de entenderse como legislación especial frente a la de carácter general contenida en el artículo 22.5 del Estatuto Básico del Empleado Público, que prohíbe la percepción de ingresos atípicos por los funcionarios, y también respecto de lo prevenido en el artículo 52 de la Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2018, que contempla idéntica prohibición.

- La segunda que, en todo caso y sin perjuicio de lo anterior, el derecho de incentiación que se reconoce en el artículo 14.5 del Anteproyecto a todo el “personal laboral de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha”, ha de circunscribirse, por imponerlo así la precitada legislación estatal, al personal laboral que tenga la condición de investigador”.

A la fecha de finalización del presente trabajo, no consta que el Anteproyecto fuera objeto de aprobación por las Cortes Regionales.

Dictamen 351/2019, de 25 de septiembre, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2020.

La Memoria del texto proyectado fue suscrita por el Director General de Presupuestos, haciendo alusión en la misma al marco normativo de los presupuestos generales de la Junta de Comunidades, al procedimiento de elaboración de la norma y al contenido del Anteproyecto, recogiendo las principales innovaciones que contempla en relación con la Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el ejercicio 2018 vigente. Dicho documento concluía señalando que el contenido del Anteproyecto respetaba los límites materiales establecidos por el Tribunal Constitucional, incluyendo las normas directamente relacionadas con la ejecución de los gastos e ingresos públicos que permitían el cumplimiento de los criterios de política económica definidos por el Consejo de Gobierno, incidiendo en que desde el punto de vista formal el procedimiento se venía llevando a cabo conforme a la legalidad vigente.

En el dictamen emitido por el Consejo Consultivo, se incluyó una observación de carácter esencial respecto a la Disposición Adicional Decimosexta del Anteproyecto, bajo el título de “reserva de contratos a centros especiales de empleo y empresas de inserción”. Se expresa al respecto que *“el apartado 1 de este artículo dispone que los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos deben reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos de servicios, suministros y gestión de servicios públicos, o de determinados lotes de los mismos, a centros especiales de empleo y a empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa, o bien reservar la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, “a condición de que al menos el 30 por ciento de los empleados de los centros especiales de empleo, de las empresas de inserción o de los programas sean trabajadores con discapacidad o en riesgo de exclusión social”*”.

El contenido de tal disposición ha de ponerse en inmediata conexión con lo señalado en la disposición adicional cuarta de 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, que regula la figura de los contratos reservados, apartado primero, en el que se establece que: “Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100”.

Esta disposición adicional cuarta en virtud de lo indicado en la disposición final primera, apartado 3, de la citada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, constituye

“legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1. 18º de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas”.

La normativa de referencia respecto a los centros especiales de empleo está conformada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo artículo 43, apartado segundo, prevé respecto a la plantilla que han de tener los centros especiales de empleo que “[...] estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla. A estos efectos no se contemplará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social”. Este porcentaje ha de cumplirse también por los centros especiales de empleo de iniciativa social para que tengan esta consideración según lo establecido en el apartado cuarto de este mismo artículo.

Este Real Decreto conforme señala la disposición final primera se dicta “al amparo de la competencia exclusiva del Estado 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”.

Por su parte, la propia normativa autonómica sobre discapacidad, la Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha, dispone en el artículo 52, relativo a la reserva de contratos a centros especiales de empleo que “La Administración Autonómica y sus organismos autónomos reservarán la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos de servicios, suministros y gestión de servicios públicos a centros especiales de empleo, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. En todo caso, será necesario que los contratos reservados se adecúen al objeto social y a las peculiaridades de estas entidades”.

Respecto de las empresas de inserción, su regulación se encuentra en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, cuyo artículo 5 apartado c) establece como requisito de composición laboral de personas con riesgo de exclusión lo siguiente:

“Mantener en cómputo anual, desde su calificación, un porcentaje de trabajadores en proceso de inserción, cualquiera que sea la modalidad de contratación, de al menos el treinta por ciento durante los primeros tres años de actividad y de al menos el cincuenta por ciento del total de la plantilla a partir del cuarto año, no pudiendo ser el número de aquellos inferiores a dos”.

Esta Ley fue dictada “al amparo de la competencia exclusiva del Estado, atribuida por el artículo 149.1. 7.ª de la Constitución, en materias de legislación laboral, y sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla en materia de Asistencia Social” según establece su disposición final quinta.

El contraste de lo dispuesto en las citadas normativas con la regulación proyectada revela que ésta no se adecúa ni a lo dispuesto por el legislador básico en el Ley 9/2017, de 8 de noviembre, ni al Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, ni a la Ley 44/2007, de 13 de diciembre. Así respecto a los centros especiales de empleo, por un lado, la disposición adicional cuarta de la citada LCSP prevé la reserva de contratos para los centros especiales de empleo de “iniciativa social”, requisito que ha sido omitido en la disposición del Anteproyecto que se analiza; y, por otro, la normativa de referencia, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, exige que el número de empleados con discapacidad o en situación de exclusión social con que han de contar los Centros Especiales de Empleo sea “en todo caso, del 70 por ciento”. Por tanto, el porcentaje de “al menos el 30 por ciento” que se prevé en esta disposición no se ajusta a lo dispuesto en la citada normativa.

En cuanto a las empresas de inserción el citado porcentaje de “al menos el 30 por ciento” de trabajadores con discapacidad que también deben cumplir estas empresas, según dispone su normativa reguladora sólo opera para los tres primeros años de actividad exigiéndose a partir del cuarto año el 50 por ciento, siempre que el número de trabajadores no sea inferior a dos. De esta forma, la exigencia de un 30 por ciento referido a empresas de inserción que se establece no siempre será acorde con la normativa específica.

En consecuencia, procede que se modifique la regulación prevista en esta disposición a fin de adaptar su contenido a lo establecido en la normativa básica estatal. Para ello se sugiere que en la regulación del porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social con que han de contar estos centros, empresas y programas se haga una referencia “al previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100”.

El texto definitivo del dictamen fue objeto de Voto Particular por el Ilmo. Sr. Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha D. Antonio Conde Bajén.

La Ley 10/2019, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2020, aprobada en Cortes, adaptó su texto a la observación descrita, siendo aquélla objeto de publicación en el D.O.C.M. Núm. 254, de 27 de diciembre de 2019.

Dictamen 418/2019, de 30 de octubre, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre Anteproyecto de Ley de Medidas Administrativas y Tributarias de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales de Castilla-La Mancha para 2020.

Como consecuencia del contenido del Anteproyecto, que recoge medidas de índole administrativa o tributaria de dispar materia y alcance, se elaboraron las siguientes cinco memorias justificativas:

a) Memoria redactada por la Secretaria General de la Consejería de Bienestar Social, en la que se proponía la modificación del artículo 80 de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, a fin de propiciar la creación de un Observatorio de Servicios Sociales y Dependencia, como organismo diferenciado del Instituto Regional de Investigación y Formación en Servicios Sociales.

El citado documento contenía el tenor de la reforma legal planteada, seguida de un breve análisis de sus diversos impactos en materia de simplificación administrativa, competencia en el mercado, unidad de mercado, impacto de género e impacto en la infancia, adolescencia y familia.

b) Memoria suscrita por la Directora General de Tributos y Ordenación del Juego, en la que se explicaban las propuestas de modificación legal promovidas desde dicho órgano gestor, referidas al ámbito tributario y que afectarían a varios artículos de la Ley 8/2013, de 21 de noviembre, de Medidas Tributarias de Castilla-La Mancha, con incidencia en los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), Sucesiones y Donaciones (ISD), Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD) y en los tributos sobre el juego, así como a la Ley 2/2013, de 25 de abril, del Juego y las Apuestas de Castilla-La Mancha.

La memoria incluía un breve análisis final sobre los efectos pretendidos por la reforma y los consiguientes impactos evaluables en materia económica, de cargas administrativas, competencia en el mercado, impacto de género e impacto en la infancia, adolescencia y familia. Por último, dicho documento expresaba sobre las repercusiones presupuestarias de las medidas tributarias promovidas: *“En relación a lo establecido en el artículo 23.1 de la Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2018 -prorrogados conforme con las condiciones específicas establecidas en el Decreto 95/2018, de 18 de diciembre-, todo proyecto de disposición de carácter general que implique gastos o minoración de ingresos en ejercicios presupuestarios futuros, requerirá con carácter previo, el informe favorable de la Dirección General competente en materia de presupuestos. Sin embargo, las modificaciones propuestas, por la naturaleza de su contenido, no implican gasto o minoración de los ingresos públicos, no siendo necesario el informe antedicho”*.

c) Memoria redactada por la Directora General de Turismo, Comercio y Artesanía, en la que se explicaba la necesidad de acometer algunas modificaciones en la Ley 8/1999, de 26 de mayo, de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha, con el fin de adecuar su contenido a innovaciones producidas en los últimos años en la normativa comunitaria y estatal en materia de empresas de intermediación turística.

El documento también trataba brevemente sobre la limitada trascendencia de las reformas proyectadas, atendiendo a sus posibles impactos económico y presupuestario, de género y sobre la competencia y competitividad de las empresas.

d) Memoria de la Consejería de Igualdad y Portavocía, en la que se describían varias propuestas de modificación legislativa con incidencia sobre la estructura, adscripción y organización del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha, regulado por la Ley 22/2002, de 21 de noviembre, creadora del mismo, así como sobre el artículo 34 de la Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha, relativo a la prohibición de obtener ayudas públicas en caso de incurrir en prácticas laborales discriminatorias.

También en ese documento se hacía una breve exposición sobre la repercusión de las reformas proyectadas, atendiendo a sus posibles impactos económico, de género, sobre cargas administrativas o la competencia y competitividad de las empresas.

e) Memoria redactada por el Secretario General del Servicio de Salud de Cas-

tilla-La Mancha (SESCAM), en la que se hacía una exposición sobre los cambios legislativos que se consideraba preciso incluir en la ley de medidas de acompañamiento en proceso de tramitación, con repercusión en las siguientes disposiciones legales del sector sanitario: Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha; Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales; Ley 6/2010, de 24 de junio, de creación de las categorías de personal estatutario de inspección y evaluación de servicios sanitarios y prestaciones. Asimismo, se proponía la inserción de otras dos disposiciones adicionales relativas a la dispensa del cumplimiento del requisito de nacionalidad para el personal estatutario de las categorías profesionales de licenciado sanitario y a la posible supresión del ejercicio práctico en las pruebas selectivas de acceso a las categorías de facultativo especialista de área.

La objeción de carácter esencial que realiza el dictamen al Anteproyecto viene referida al artículo 3 del texto proyectado, sobre *“Modificación de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha”*.

Explica el Consejo que *“este artículo acoge una modificación del artículo 33 de dicha norma legal, que afecta al primer párrafo de su apartado 1, adoptando la siguiente redacción:*

“Artículo 33. Inspección. [] 1. El personal que lleve a cabo funciones de inspección tendrá la consideración de agente de la autoridad y, en el ejercicio de sus funciones de inspección, la consideración de autoridad a los efectos de su protección penal. Dicho personal estará sometido a las leyes y autorizado para: [] a) Entrar libremente [...]”.

La comparación del referido precepto con la versión actualmente vigente denota que pretende añadirse el párrafo que ha sido subrayado, alusivo a la protección penal del personal que realice las referidas funciones de inspección.

Ya el Gabinete Jurídico en su informe de 27 de septiembre hace una observación sobre la inocuidad de esta reforma, recordando que la protección penal de los agentes de la autoridad es materia propia del Código Penal, siendo intrascendentes a tales efectos las declaraciones que puedan insertarse en legislaciones sectoriales, ya que lo relevante es el tipo de funciones realizadas por el colectivo de empleados objeto de regulación y la interpretación que se efectúe por los jueces del orden jurisdiccional penal. Ciertamente, esta observación ya desvela la problemática subyacente en el precepto analizado, la cual ha sido objeto

de un reciente análisis en la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 50/2018, de 10 de mayo, motivada por una cuestión de inconstitucionalidad planteada frente a determinaciones de una norma legal del Parlamento de Cataluña que se adentraban de forma improcedente en el ámbito de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal -artículo 19.1.6ª de la Constitución-. Así, habrá de tenerse en cuenta la doctrina establecida al efecto por el máximo intérprete de la Constitución para ponderar la viabilidad del precepto analizado.

Pues bien, en la referida Sentencia n.º 50/2018 se establece para fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos autonómicos cuestionados en sede judicial: “[...] más allá de que en el marco de sus competencias estatutarias la Ley 4/2006 atribuya la condición de agente de la autoridad, a quienes ejerzan determinadas funciones públicas, el núcleo del debate reside en que el precepto cuestionado, al establecer “si procede” la existencia de responsabilidad por las conductas a las que alude la norma cuando recaen sobre empleados del titular de la infraestructura y de las empresas ferroviarias, vulnera el artículo 149.1.6 CE. [] En suma, el problema planteado no es que la norma autonómica contenga directamente, como afirma el órgano judicial, un tipo penal. Se trata de una norma autonómica de otra naturaleza dirigida a regular un determinado sector material, el transporte de personas por ferrocarril, en el que la Comunidad Autónoma ostenta competencias conforme a su Estatuto de Autonomía. Pero cuando esta legislación administrativa sectorial concurre a la definición de la figura de agente de la autoridad, no se limita a su propio ámbito material de competencias sobre transporte de personas por ferrocarril. Por el contrario, lo que hace es poner en relación la atribución de la condición de agente de la autoridad con el carácter de tales agentes así definidos como sujeto pasivo de determinadas conductas que el legislador estatal, único competente para ello, ha tipificado como delictivas (arts. 550 y 556 del Código penal). En este caso, el elemento del tipo que el legislador administrativo establece no es la conducta propiamente dicha sino el sujeto pasivo de la misma. El precepto dispone, así, que las conductas expresamente contempladas en los artículos 550 y 556 sean consideradas en todo caso punibles cuando se realizan contra uno de los empleados del servicio de ferrocarriles a los que atribuye, a efectos administrativos, el carácter de agentes de la autoridad. Con ello, el ámbito de aplicación del precepto penal queda directamente ampliado, sin que medie interpretación judicial alguna tendente a determinar cuál ha sido la voluntad del legislador penal al utilizar el concepto de “agente de la autoridad”. La consecuencia es que el juez ya no puede interpretar tal concepto, que es autónomo, al no existir reenvío normativo, según las pautas exegéticas comunes pues tropieza con un mandato normativo expreso, situado extramuros de la norma penal, manda-

to que le obliga a considerar ope legis que esos empleados de ferrocarriles son sujetos pasivos del delito, esto es, que están comprendidos en los artículos 550 y 556 del Código penal como sujetos pasivos de la conducta punible. No se trata de que el juez no pueda llegar a esa misma conclusión, interpretando el concepto autónomo de agente de la autoridad de un modo determinado, sirviéndose incluso, para ello, de la normativa extrapenal que pueda entender relevante a estos efectos. Se trata, antes bien, de que la normativa autonómica -por carecer de competencia constitucional para determinar cualquier elemento del tipo penal, incluido el sujeto pasivo del mismo- no puede imponer, como mandato, esa concreta subsunción en el tipo. Así, el hecho de que, como ya se ha señalado, el de agente de la autoridad no sea un concepto definido de forma precisa a efectos penales no implica que, a dichos efectos, pueda el legislador autonómico asumir esa tarea, dada su notoria falta de competencia en la materia. [] No se trata, de que el precepto atribuya la condición de agente de la autoridad a determinadas personas en atención a la función que cumplen en el ejercicio de la competencia autonómica, del servicio de transporte de personas por ferrocarril. Es que, al atribuir tal condición a los empleados del titular de la infraestructura y de las empresas ferroviarias “a los efectos de la exigencia, si procede de la responsabilidad correspondiente a quienes ofrezcan resistencia o cometan atentado o desacato, de obra o de palabra, contra ellos”, el precepto cuestionado no se atiende a esa finalidad y supera el límite que supone el respeto a las exclusivas competencias estatales, de modo que el legislador sectorial autonómico se autoerige en legislador penal. [] Ese efecto se produce al hacer referencia explícita tanto a determinadas conductas identificadas indudablemente con tipos penales (resistencia, atentado o desacato, de obra o de palabra), como al determinar específicamente que la atribución de la condición de agente de la autoridad se hace a los expresos efectos de poder exigir responsabilidad por conductas que son indudablemente punibles, conforme a la legislación penal. De esta manera se tipifica de manera efectiva y concreta el supuesto de responsabilidad penal en la que pudieran incurrir quienes lleven a cabo determinadas conductas ilícitas contra los sujetos a los que se refiere el precepto autonómico. El artículo 38.4 de la Ley 4/2006 no sólo contiene la “advertencia”, sino que hace mención expresa a determinados tipos penales en los que potencialmente pueden incurrir quienes ofrezcan “resistencia o cometan atentado o desacato, de obra o de palabra” a los “empleados del titular de la infraestructura y de las empresas ferroviarias”. La norma autonómica atribuye así el carácter de potencial sujeto pasivo de esos delitos a los empleados del titular de la infraestructura y de las empresas ferroviarias en el ejercicio de sus funciones. Con ello, en cuanto que determina que ciertas personas pueden ser sujetos pasivos de algunos tipos penales, se adentra en un ámbito que la Constitución reserva en exclusiva al Estado.

Remite a la tipificación de las conductas de la norma penal e incide de ese modo en el establecimiento de las consecuencias punitivas correspondientes, materias propias de lo penal, conforme a las SSTC 142/1988, FJ 7, y 162/1996, FJ 4. No se limita a aludir a la potencial exigencia genérica de responsabilidad penal en la que se pudiera incurrir, sino que se concreta respecto de unos concretos ilícitos penales, lo que supone que el Parlamento de Cataluña al prever ciertos delitos en particular, como consecuencia de determinadas conductas de las que pudieran ser objeto los sujetos pasivos previstos en el artículo 38.4 de la Ley 4/2006, se ha arrogado una facultad que es competencia exclusiva del Estado de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.1.6 CE”.

A tenor de la doctrina enunciada en dicha Sentencia, aunque en el precepto analizado no se haga referencia explícita a concretos tipos delictivos cometidos contra autoridades, la genérica alusión a “los efectos de su protección penal” contenida en la norma autonómica proyectada presenta el aspecto de estar definiendo el elemento subjetivo de los tipos penales asociados a la circunstancia de que la víctima goce de esa condición de autoridad, configurados -principalmente- en los artículos 550 y 556 del Código Penal, cuanto tal definición en el ámbito penal ha sido ya fijada por el legislador estatal a través del artículo 24.1 de dicho Código Penal y ha de ser interpretada conforme a la jurisprudencia de ese orden jurisdiccional.

En consecuencia, se propone la supresión de la modificación proyectada”.

El texto definitivo aprobado por las Cortes Regionales, mediante Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha – publicada en el D.O.C.M. Núm. 254 de 27 de diciembre de 2019- se adaptó a la observación esencial formulada en el dictamen.

Finalmente, durante el año 2019, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha emitió en materia de carácter constitucional y estatutario el dictamen 251/2019, de 26 de junio, solicitado por la Consejería de Bienestar Social, sobre el Anteproyecto de Ley del Tercer Sector Social 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 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 2019, en la emisión de nueve dictámenes sobre anteproyectos de ley. En ocho de ellos el Consejo realizó consideraciones de carácter esencial que conviene recordar como doctrina más significativa, referida a la materia que nos ocupa.

El esquema que se sigue en cada uno de los apartados del presente trabajo se estructura, a su vez, en tres bien diferenciados, referidos a la finalidad del anteproyecto, consideraciones fundamentales emitidas por el Consejo y, en su caso, nivel de atención que dichas observaciones hayan tenido en el texto normativo aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha.

PALABRAS CLAVE

Reproducción de normativa básica, legislación básica, silencio administrativo, procedimiento administrativo, procedimiento sancionador, procedimiento de adjudicación, órganos colegiados, inspección, tipo penal, técnica legislativa, seguridad jurídica, medio ambiente, grupo de especial vulnerabilidad, renta garantizada, renta básica, economía circular, competencia tributaria, tributos, mujeres rurales, actividad agraria, investigación, innovación, personal investigados, presupuestos generales, ley de acompañamiento, centro especial de empleo, empresa de inserción.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL, AUTONÓMICO
Y PARLAMENTARIO. (1 ENERO DE 2019 A 1 DE ENERO DE 2020)

REVIEW OF PUBLIC LAW, AUTONOMIC AND PARLAMENTARY ACTIVITIES
(1ST JANUARY 2019, TO 1ST JANUARY 2020)

Dra. M^a Elena Rebato Peño
Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM

Recibido: 04-05-2020

Aceptado: 30-05-2020

SUMARIO

1. *Actividades sobre Derechos Fundamentales.*

1.1. *XXIV. Jornadas de Derecho Constitucional: “Los derechos de la esfera personal”, Ciudad Real, 21 y 22 de noviembre.*

2. *Actividades relacionadas con el Sistema Autonómico:*

2.1 *XXII. Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: “Partidos políticos y sistema de partidos”. Cuenca, 6 y 7 de marzo.*

3. *Actividades en materia de Justicia Constitucional.*

3.1 *V. Edición Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución. Toledo, 1 a 19 de julio.*

- *80 Años del exilio. Los juristas españoles acogidos en México. Toledo, 2 de julio.*

- *Jornada Especial sobre la “Paz y Derechos de la naturaleza”, 10 de julio.*

3.2. *XIX. Jornadas de Justicia Constitucional: El Tribunal Constitucional 40 años después. Toledo, 24 y 25 de octubre.*

1. Actividades sobre Derechos Fundamentales.

1.1. XXIV. Jornadas de Derecho Constitucional: “Los derechos de la esfera personal”, Ciudad Real, 21 y 22 de noviembre.

Una vez pasado el cuarenta aniversario de la Constitución Española, las jornadas y seminarios académicos retoman su pauta habitual y en el caso de las Jornadas de Derecho Constitucional organizadas por el área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real, reemprenden su línea ordinaria de estudios centrados en los derechos, en esta ocasión en los derechos de la esfera personal.

Las mencionadas Jornadas, dirigidas por el Dr. Tomás Vidal Marín, fueron inauguradas por D. Juan José Rubio, decano de la Facultad, quien destacó la importancia de la organización de estas actividades extracurriculares que completan la formación académica de los alumnos.

La primera de las sesiones corrió a cargo de D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, quien abordó el tema de la libertad religiosa, laicidad y poderes públicos. En su exposición se hizo referencia a los aspectos fundamentales de este derecho, así como a la aconfesionalidad del Estado español y a su “laicidad”, entendida ésta no como una laicidad plena, como ocurre en el Estado francés por ejemplo. También analizó la repercusión de esta característica en el ámbito de la enseñanza y particularmente en el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral para sus hijos.

Esta primera intervención se complementó con una comunicación a cargo de la Profesora Titular de Derecho Constitucional, D^a M^a Elena Rebato Peño, quien hizo referencia a un aspecto particular de la libertad religiosa, como es la dimensión externa de la misma, - la libertad de culto-, y en concreto la utilización de signos religiosos externos por parte de los ciudadanos y sus límites. En particular se abordó el problema del uso del velo islámico en los espacios públicos.

En la sociedad actual el flujo de datos personales es muy relevante. ¿Puede el ciudadano controlar el uso que se realiza de esos datos personales? ¿se trata de un nuevo derecho fundamental? Estos interrogantes fueron el punto de partida de la conferencia de D. Pablo Lucas Murillo de La Cueva, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdo-

ba. El ponente hizo un recorrido por las características del derecho y en cómo había pasado de ser considerado como un derecho incluido en el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18. 1 de la Constitución española, a ser definido por el Tribunal Constitucional como un derecho autónomo, cuyo contenido esencial va a ser la facultad del titular del derecho para controlar el uso que se realiza de sus datos personales. La primera sesión matutina terminaba con esta completa ponencia del Magistrado que motivó a los participantes de las Jornadas para realizar numerosas preguntas.

La sesión de tarde se organizó en torno a una Mesa Redonda denominada “Cuestiones problemáticas sobre los derechos de la esfera personal”, moderada por el director de estas Jornadas y en la que participaron los profesores de la Universidad de Castilla- La Mancha: D. Enrique Belda Pérez – Pedrero, D^a María Martín Sánchez, D^a M^a Pilar Molero Martín- Salas y D^a María Ruiz Dorado, doctoranda adscrita al área de Derecho Constitucional.

El derecho a la intimidad y a contraer matrimonio fueron los temas de estudio del segundo día. El profesor de la Universidad de Sevilla, D. Víctor Vázquez ya había retado a los asistentes a esta actividad al titular su intervención con una pregunta ¿Nos queda algo de intimidad?. El ponente destacó desde el primer momento de su disertación cómo el derecho a la intimidad tiene un contenido cambiante en función de las circunstancias sociales y de la relevancia o cargo público que ostente su titular; pero sobre todo lo más relevante en la actualidad es si ese contenido se está haciendo cada día más pequeño. Ningún derecho fundamental es ilimitado, pero no es posible que esas limitaciones desnaturalicen el contenido esencial del derecho fundamental, y este punto será en el que el profesor de la Universidad de Sevilla haría especial hincapié ante los nuevos requerimientos de seguridad y tecnológicos que estamos teniendo que enfrentar.

El Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Luis M^a Díez- Picazo Giménez, fue el encargado de clausurar estas jornadas con su conferencia sobre el derecho a contraer matrimonio. Sin lugar a dudas en su completa exposición no faltó una referencia especial al matrimonio homosexual como forma de configurar la institución del matrimonio que había sido considerada constitucionalmente admisible por el sumo intérprete de la Constitución.

2. Actividades relacionadas con el Sistema Autonómico:

2.1. XXII. Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla- La Mancha: “Partidos políticos y sistema de partidos”. Cuenca, 6 y 7 de marzo.

La proximidad de las elecciones regionales en mayo de 2019, ha sido sin duda una circunstancia tenida en cuenta por los directores de la vigésimo segunda edición de las Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla- La Mancha, los profesores de la UCLM, D. Fco. Javier Díaz Revorio y D^a Ana M^a Valero Heredia. Por ello en esta ocasión esta enseñanza se ha diseñado en torno a los partidos políticos, el sistema de partidos y el sistema electoral.

Durante los días 6 y 7 de marzo un centenar de estudiantes de Derecho y Periodismo tuvieron la ocasión de profundizar en temas de suma actualidad, oportunidad y proximidad al ámbito autonómico, en estas jornadas organizadas por el área de Derecho constitucional de las Facultades de Ciencias Sociales y Periodismo de Cuenca, con la financiación de las Cortes de Castilla- La Mancha y el apoyo del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha.

Tras la inauguración por la Vicerrectora de Cultura, Deportes y Extensión Universitaria, D^a M^a Ángeles Zurilla y otras autoridades académicas del campus de Cuenca, el co- director de las Jornadas, D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional, dio comienzo a la primera sesión académica. Su ponencia llevaba por título “Sistema de partidos y sistema electoral” y tras una panorámica inicial general de los distintos sistemas electores existentes, se centró en el sistema electoral autonómico que sería aplicado en apenas dos meses. En la ponencia el profesor Díaz Revorio anunció la posibilidad de que en las nuevas Cortes resultantes de los próximos comicios se pasara de un bipartidismo imperfecto a un multipartidismo. No fue así, ya que tras las elecciones del 26 de mayo, las Cortes de Castilla- La Mancha están formadas por 19 diputados del Grupo Parlamentario Socialista, 10 del Grupo Parlamentario Popular y 4 del Grupo Parlamentario de Ciudadanos. Como vemos no todos los partidos políticos obtuvieron representación.

Precisamente la representación política y su relación con los partidos políticos fue el tema elegido por el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado para participar en estas Jornadas. Prácticamente todos los sistemas democráticos actuales son sistemas representativos en los que los partidos políticos juegan un papel im-

portantísimo. Entre el representado (el ciudadano) y el representante político (diputado), existe un elemento que sirve de nexo vehicular entre ambos – el partido político-. No obstante esta relación está hoy en crisis debido entre otras cuestiones a que como afirma Blanco Valdés, los partidos políticos han dejado de ser los dioses para convertirse en la bestia negra de la representación y han terminado de romper el vínculo entre representante y representado. Todas estas reflexiones realizadas por el Magistrado del Tribunal Supremo dieron lugar a numerosas preguntas por parte de los presentes en la sesión.

El género y la representación política desde una interpretación evolutiva de la Constitución, fue el tema abordado por D. Marc Carrillo, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra. La presencia de la mujer en la vía política y las cuotas electorales fueron las cuestiones nucleares.

El mismo tema de fondo estuvo presente en la Mesa Redonda que finalizó la primera Jornada de esta vigésimo segunda edición y que llevaba por título “Mujer y Participación Política”. Moderada por Francisco Calvo Cirujano, Letrado de las Cortes de Castilla- La Mancha, intervinieron, D. Francisco Cañizares Jiménez, en representación del Grupo Parlamentario Popular; D^a Carmen Torralba Valiente, en representación del Grupo Parlamentario Socialista y D^a María Díaz García, del Grupo Parlamentario Podemos.

El jueves 7 de marzo la sesión académica se centró en el análisis del funcionamiento interno de los partidos políticos. En primer lugar intervino D. Victor Javier Vázquez Alonso, Profesor Contratado Doctor de la Universidad de Sevilla, quien hizo referencia a la cuestión de la exigencia de democracia interna en los partidos políticos. Concretamente en qué debe materializarse esta exigencia constitucional de que los partidos políticos tengan una estructura y funcionamiento democráticos y que no necesariamente tiene que ser sinónimo de primarias internas en los partidos para la elección de sus líderes.

También en la misma línea de control de la actividad de los partidos, pero en este caso desde la vertiente judicial, se desarrolló la conferencia de D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de la UCLM.

Puso fin a las Jornadas, la Mesa Redonda titulada “Participación política y libertad de información y expresión”, que fue moderada por la Co- directora de las Jornadas, D^a. Ana M^a Valero Heredia y en la que intervinieron; D. Jesús Maraña Marco, Director de InfoLibre; D. José Reig Cruañes, Profesor de la Facultad de Periodismo y D. Fco. Javier Martínez García, Director de la Tribuna de Cuenca.

3. Actividades en materia de Justicia Constitucional.

3.1 V. Edición Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución. Toledo, 1 a 19 de julio.

El día 1 de julio se inauguró la quinta edición de la Especialidad en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo. En el acto inaugural, los directores de este afianzado Título de Especialista, los profesores de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático y D^a Magdalena González Jiménez, Profesora Contratada Doctoral, estuvieron acompañados por la Vicerrectora del campus de Toledo de la UCLM, D^a Fátima Guadamillas; el Presidente del Consejo Consultivo de Castilla- la Mancha, D. Joaquín Sánchez Garrido y el decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, D. José Alberto Sanz Díaz- Palacios.

Al igual que en ocasiones anteriores, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo acogió a 130 cursantes, todos ellos juristas procedentes de Europa y América, que a lo largo de tres semanas recibirán una amplia e intensa formación en materias relativas a la Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución. Más de setenta ponentes integrantes de Tribunales Supremos, Constitucionales o Supranacionales serán los encargados de impartir esta docencia con la experiencia y calidad que sus currículos ameritan.

La inauguración concluyó con una conferencia magistral de Luigi Ferrajoli, Catedrático de la Universidad de Roma, considerado el máximo exponente del garantismo judicial. Su conferencia llevó por título “Contra la creación judicial: la “interpretación creativa” como una contradicción en los términos” y no sólo representó una crítica a las teorías principales de la ponderación, sino una magnífica apertura del programa.

Todo el acto, al igual que la mayor parte de las sesiones fueron retransmitidas en streaming, asegurándose así su mayor difusión a través de los canales de YouTube de la UCLM o de Derecho Constitucional Toledo.

A título únicamente de ejemplo intervinieron en esta edición expertos en Filosofía del Derecho como D. Manuel Atienza, D. Luis Prieto Sanchís, D^a Marina Gascón Abellán, D. Alfonso García Figueroa y D. Juan Antonio García Amado; y en derecho constitucional como D. Miguel Carbonell, investigador del Institu-

to de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México; D. Lucio Pegoraro, de la Universidad de Bolonia, D. Roberto Romboli, de la Universidad de Pisa o D. Roberto Gargarella de la Universidad de Buenos Aires.

Impartieron conferencias en el seno del programa, los magistrados: Hermógenes Bienvenido Acosta, del Tribunal Constitucional de la República Dominicana; D. Eloy Espinosa- Saldaña, del Tribunal Constitucional de Perú; D. Andrés Ollero del Tribunal Constitucional de España; D. Felipe de La Mata, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México). D. Luis López Guerra, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y D. Eduardo Ferrer Mac Gregor, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llevaron a cabo la conferencia de clausura.

Asimismo 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 e interpretación; y una Jornada Iberoamericana en la que los alumnos del Título fueron los ponentes y presentaron sus reflexiones acerca de temas conexos al programa.

Este completo programa, se vio enriquecido como es habitual con un **Seminario práctico de jurisprudencia constitucional**, en el que a partir de *leading cases* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Costituzionale italiana, del Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación de México, del propio Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Constitucional de Perú; los cursantes tienen la oportunidad de debatir sobre el caso en cuestión con los ponentes. Este Seminario se llevó a cabo en la Universidad de Cádiz durante los días 22 a 24 de julio y en él participaron profesores de la Universidad de Cádiz, D. Miguel Revenga; D. José Joaquín Fernández Allés; D. Juan Manuel López Ulla; de la Universidad de Castilla- La Mancha, D. Fco. Javier Díaz Revorio, D^a Magdalena González Jiménez, D^a M^a Elena Rebato Peño, D^a Adriana Travé Valls y D^a María Ruiz Dorado; y de otras Universidades como D. Nestor P. Sagües de la Universidad del Rosario, Argentina; D. Roberto Rómboli, de la Universidad de Pisa; D. Luis López Guerra, Magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; D. Eloy Espinosa- Saldaña, Magistrado del Tribunal Constitucional de Perú; D. Felipe de la Mata Pizaña, Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México; D^a Wendy M.

Jarquín Orozco, Profesora Investigadora de la Escuela Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ; D. Jorge Bercholc, Catedrático de Teoría del Estado de la Universidad de Buenos Aires y D. Rogelio Flores, Director del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Como novedad este año, se han acogido dentro del seno del programa oras actividades vinculadas con el mismo como por ejemplo, la Jornada sobre los 80 años del exilio desarrollada el 2 de julio y la Jornada sobre la “Paz y Derechos de la Naturaleza”, que tuvo lugar el 10 de julio.

- 80 Años del exilio. Los juristas españoles acogidos en México. Toledo, 2 de julio.

Cumplidas ocho décadas del final de la guerra civil española y del inicio del exilio de muchos españoles, entre ellos de cientos de juristas y profesores universitarios, se consideró sumamente oportuno dedicar una jornada en el seno de la Especialidad en Justicia Constitucional para de algún modo rendir homenaje y destacar el papel que muchos países de Latinoamérica, especialmente México, ocuparon como lugares de acogida de los exiliados españoles.

La jornada dirigida por los Catedráticos de la UCLM, D. Fco. Javier Díaz Revorio y D. Luis Arroyo Zapatero, tuvo lugar el 2 de julio con el principal objetivo de agradecer a México la acogida durante generaciones de los exiliados de la Guerra Civil, en concreto de los juristas, que tuvieron que huir por persecución del franquismo a partir del 1939. Según se puso de manifiesto a lo largo de las diferentes sesiones, fueron recibidos sobre todo por la Universidad Autónoma de México y diversas instituciones que les permitieron seguir con su vida de docentes y transmitir sus enseñanzas. Entre ellos se encontraba Niceto Alcalá Zamora y Castillo, hijo del presidente de la República y maestro de Hector Fix Zamudio, uno de los más prestigiosos constitucionalistas mexicanos y doctor honoris causa por la UCLM.

A su vez, la jornada ha querido reconocer la labor de los españoles exiliados que crearon escuela, hicieron grandes discípulos y publicaron obras que en la actualidad siguen siendo una referencia muy importante.

La clausura de la Jornada corrió a cargo del rector de la Universidad de Castilla-La Mancha, D. Miguel Ángel Collado, acompañado por los directores de la jornada, el presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha, D. Pablo Bellido, la presidenta de la Comisión Interministerial para la Conmemoración del Exilio Republicano Es-

pañol, D^a Cristina Latorre y la embajadora de México, D^a Roberta Lajous, quien como hija de abogado manifestó tener una deuda con España y con sus exiliados.

El acto de clausura finalizó con la lectura del poema “Entre España y México” de Pedro Garfias en la voz de D. Patxi Andión, Profesor Emérito de la UCLM y cantautor reconocido.

- Jornada especial sobre la “Paz y Derechos de la naturaleza”, 10 de julio.

La Universidad de Castilla-La Mancha con la colaboración activa del Área de Derecho Constitucional participa en el nuevo programa de postgrado para la formación de operadores transnacionales e interculturales para la defensa de la naturaleza y la construcción de la paz en la comunidad andina (Programa OPT-IN).

Se trata de una iniciativa cuyo objetivo es establecer un programa académico que aborde dos ejes fundamentales: La Defensa de la Naturaleza y La Construcción de la Paz. Las universidades que participan le dan un carácter transnacional que lo hace único en la región, ya que participan 8 universidades de la Comunidad Andina y la Unión Europea. Algunos de los representantes de estas ocho universidades que forman parte del proyecto, se encontraban cursando esta quinta edición del Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución, y en la Jornada vespertina del día 10 de julio expondrán sobre algunos de los temas del Programa Opt- In para ofrecer una visión íntegra sobre el objetivo y temática del mencionado Programa.

Así bajo la moderación de la profesora Titular de Derecho Constitucional, D^a M^a Elena Rebato Peño, intervinieron: por la Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador, D^a Maria Augusta león, D^a Gina Benavides y D^a Adriana Rodriguez Caguana; por la Universidad Flasco de Ecuador, D. Iván Narváez; por la Universidad Libre de Colombia, D^a Liliana Estupiñán, D. José Rory, y D^a Luz A. Gómez; y D. Manuel Alberto Restrepo Molina, del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario de Colombia.

En el seno del curso también hubo varias sesiones vinculadas a este programa con la siguiente temática:

- “Enfrentar el panjudicialismo epistémico: la escotomización de formas políticas de control de constitucionalidad” Ponente: Guillaume Tusseau, Miembro del Consejo Superior de la Magistratura (Francia).

- “Todo lo que necesitas para comparar es amor” Ponente: Silvia Bagni, Profesora Investigadora de Derecho Público Comparado del Departamento de Ciencia Jurídica de la Universidad de Bolonia.

- “Avances constitucionales y jurisprudenciales sobre los derechos de la naturaleza” Ponente: Rubén Martínez Dalmau, Profesor Titular de Universidad de la Universidad de Valencia.

- “La titularidad de los derechos de la naturaleza” Ponente: Roberto Viciano Pastor, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia.

- “Dignidad y fundamentación de los derechos” Ponente: Francisco Javier Díaz-Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM.

- “El proceso de paz en Colombia” Ponente: Gerardo José Ruiz-Rico Ruiz, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén.

- “Constitución y valor de la paz” Ponente: Marcos Criado de Diego, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Extremadura .

- “Método comparado, territorio y paz” Ponente- Contraponente: Giorgia Pavaní y Sabrina Ragone, Profesoras Titulares de Derecho Público Comparado de la Universidad de Bolonia.

3.2. XIX. Jornadas de Justicia Constitucional: el Tribunal Constitucional 40 años después. Toledo, 24 y 25 de octubre.

Cuarenta años, pero en esta ocasión de existencia no de nuestra Carta Magna como en 2018, sino de la presencia de nuestro Tribunal Constitucional. Este ha sido el tema sobre el que han pivotado las XIX Jornadas de Justicia Constitucional, celebradas en el Paraninfo Cardenal Lorenzana del campus de Toledo durante los días 24 y 25 de octubre y dirigidas por los profesores de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Fco. Javier Díaz Revorio y D^a. M^a Elena Rebato Peño.

Con el propósito de analizar cuál ha sido el funcionamiento del Tribunal Constitucional y la línea jurisprudencial del mismo durante estas cuatro décadas, el programa de la decimonovena edición de las Jornadas, abordó diferentes aspectos que se detallarán a continuación.

Tras la inauguración de las jornadas por el director de las mismas acompañado por las autoridades académicas del campus de Toledo, tuvo lugar la primera de las sesiones a cargo de la Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Bolonia, D^a Silvia Bagni, quien planteó el tema del Tribunal Constitucional español en perspectiva comparada, sobre todo relacionándolo con su homólogo italiano. Sólo con una visión comparada del sumo intérprete de la Constitución podemos tener una perspectiva más completa del funcionamiento de nuestro Tribunal, más allá del análisis en abstracto del mismo. D. Miguel Revenga, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz habló de los claroscuros de la justicia constitucional en la actualidad, la dificultad y al tiempo escepticismo, de encuadrar los actuales modelos de justicia constitucional en los patrones clásicos del control constitucional concentrado.

Sin lugar a dudas una de las competencias clásicas de los Tribunales Constitucionales es el del control de constitucionalidad de las leyes. En un modelo de control de constitucionalidad concentrado como el español, sólo el Tribunal Constitucional español puede declarar la inconstitucionalidad de la ley, pero ¿también su nulidad? ¿cabe la inconstitucionalidad sin nulidad? ¿y la nulidad diferida? Estos fueron algunos de los planteamientos e interrogantes que esbozó D. Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional y Ex Magistrado del Tribunal Constitucional en su ponencia.

Otro magistrado, en esta ocasión del Tribunal Supremo, D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, se encargó de reflexionar sobre las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional a lo largo de estos años. Tal y como manifestó el ponente, las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Supremo, en concreto, y el Tribunal Constitucional, son de una adecuada y fructífera colaboración, si bien es cierto que en ocasiones la confluencia en la interpretación conjunta de derechos y libertades puede provocar fricciones. Además señaló que otro elemento positivo de este periodo constitucional es que ha servido para desarrollar toda una serie de criterios constitucionales de cómo se debe administrar justicia, que ha sido asumida por todos los Tribunales de forma inmediata consiguiendo que la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos se encuentre en estándares muy aceptables.

La sesión vespertina de este primer día de las Jornadas se inició por D^a Camino Vidal Fueyo, Letrada del Tribunal Constitucional y Profesora Titular de la Universidad de Burgos, quien realizó un recorrido por las distintas actuaciones del Tribunal Constitucional en el ámbito del Derecho Parlamentario, con especial

referencia a los recursos de amparo “per saltum”, frente a actos sin valor de ley de las Asambleas legislativas.

La última de las sesiones del jueves 24 de octubre la constituyó la mesa redonda titulada “Tribunal Constitucional y Estado autonómico”, moderada por D^a M^a Elena Rebato Peño, co- directora de las Jornadas. En ella intervinieron, D. Fco. Javier Díaz Revorio, quien abordó la cuestión del papel del Tribunal Constitucional en el examen de la constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía; D^a M^a José Majano Caño, que analizó la función del Tribunal Constitucional en la configuración del modelo territorial indefinido que diseñó la Constitución y D^a María Ruiz Dorado, doctoranda en Derecho Constitucional.

Después de estas primeras sesiones, aún quedaban cuestiones muy importantes que exponer. Una de ellas tratada por D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM era cómo influye la composición y duración del mandato de los magistrados constitucionales en su independencia, así como analizar si la misma estaba en la línea de sus homólogos europeos.

El Magistrado del Tribunal Constitucional, D. Andrés Ollero fue el encargado de disertar sobre otra de las competencias nucleares del Tribunal Constitucional, - actuar como garante de los derechos fundamentales-. Para ello realizó un extenso y complejo repaso por los leading cases del Tribunal Constitucional en relación a los derechos fundamentales que gozan de la garantía del recurso de amparo en nuestro país. Su participación puso de manifiesto cuáles habían sido las líneas básicas del Tribunal en la configuración del contenido de los derechos fundamentales.

La mesa redonda moderada por D. Francisco Javier Díaz Revorio, que llevaba por título “El Tribunal Constitucional: pasado, presente y futuro”, puso fin a esta decimonovena edición de las Jornadas de Justicia Constitucional. En ella participaron los profesores de la UCLM, D. Enrique Belda Pérez- Pedrero, D^a M^a Elena Rebato Peño, D^a Adriana Trave Valls y D. Fco. Javier Díaz Majano, Doctorando de Historia del Derecho. El Tribunal de Garantías Constitucionales, la posibilidad de una reforma en las competencias del Tribunal Constitucional y el deseo de una composición paritaria del mismo fueron algunos de los temas cuyo debate clausuró estas Jornadas.

RESUMEN

Esta reseña recoge las principales actividades académicas de Derecho Público desarrolladas en la UCLM durante 2019.

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 2019. 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

LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DERECHOS DEL ART. 18 CE:
LAS CÁMARAS OCULTAS (STC 25/2019)

FREEDOM OF INFORMATION AND RIGHTS OF ART. 18 CE:
HIDDEN CAMERAS (STC25/2019)

Por Tomás Vidal Marín
Profesor Titular de Derecho Constitucional UCLM

Recibido: 04-05-2020

Aceptado: 30-05-2020

SUMARIO

Introducción.

Proscripción constitucional de la cámara oculta

Ejercicio legítimo de las libertades del artículo 20 CE.

Introducción.

El presente artículo tiene por objeto el comentario de la STC 25/2019, de 25 de febrero, en donde el TC reitera su jurisprudencia en lo que se refiere a la ponderación entre los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen reconocidos en el art. 18.1 CE y la libertad de información del art. 20 CE cuando esta última se ejerce a través de cámaras ocultas.

Los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento son los siguientes: en diciembre de 2010 dos periodistas acuden al despacho profesional del Sr. Hertlein quien ejerce como coach, mentor y consultor personal y al mismo tiempo es director ejecutivo y propietario de la empresa Homo Simplex, S.L. Los referidos periodistas se hicieron pasar por clientes, fingiendo uno de ellos que sufría de cáncer y grabaron la visita con una cámara oculta. El Sr. Thomas Erich Hertlein grababa todas las visitas de sus pacientes y al día siguiente les daba una copia. En este caso, los periodistas acudieron al despacho de este “sanador” para que les diera la copia de su visita y también grabaron con cámara oculta esta nueva visita.

Días después de hacer estas grabaciones con cámara oculta, el programa “Espejo Público” que emite la cadena de televisión Antena 3, publicó una serie de fragmentos de las grabaciones efectuadas en el despacho del Sr. Hertlein, iniciándose a continuación un debate sobre el tema entre los periodistas y los colaboradores de dicho programa; debate en el que los periodistas trataban de demostrar como este Sr., que carecía de titulación alguna relativa a la salud, sin embargo, se atribuía aptitud para curar todo tipo de enfermedades. Asimismo, en ese debate se le hicieron una serie de imputaciones relativas a su vida privada, calificándolo de mujeriego, afirmándose que en las terapias incluía “algo más que caricias”. Junto a lo anterior, el programa 3 D de Antena 3 emitió un reportaje titulado “¿Un falso gurú de la felicidad?” que versaba sobre el precitado Sr. Thomas y en el que se entremezclaban videos grabados por el mismo con entrevistas y material propio de Antena 3. Es más, en otros programas de noticias de Antena 3 se reprodujeron fragmentos de este reportaje; e incluso en la propia página web de Antena 3 bajo el sugerente título “El presunto sanador de Mallorca, al descubierto. Acudimos a su consulta en Mallorca”.

Junto a estas emisiones de Antena 3, la asociación para la prevención sectaria RedUne, publicó en su página web, junto a una fotografía del Sr. Hertlein, fragmentos de un artículo periodístico procedente de un periódico alemán y de un artículo periodístico del Diario de Mallorca. Además, esta asociación envió a su

grupo de colaboradores dos correos electrónicos en lo que se emplearon expresiones para referirse al precitado Sr. tales como extorsionador y gurú, afirmándose que había causado problemas mentales a algunas personas.

Como consecuencia de estas informaciones en relación a la actividad del Sr. Hertlein de la cadena de Televisión Antena 3 y de la asociación RedUne, aquel y la entidad de la que es propietario (Homo Simplex, S.L.) acuden a la jurisdicción ordinaria en busca de amparo por considerar que con dichas informaciones se había producido una intromisión ilegítima en su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Tras pronunciarse un juzgado de Manacor y la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, los hechos llegan en casación al Tribunal Supremo; alto Tribunal que dictará sentencia a favor de los demandados. Y ello porque el Tribunal Supremo estimó la prevalencia de la libertad de información sobre los derechos fundamentales de la personalidad puesto que tanto los reportajes de Antena 3 como los correos y la página web de la asociación RedUne tenían por finalidad poner en conocimiento público la actividad del Sr. Thomas Erich Hertlein y de su empresa la cual podía entrañar riesgos, tanto directamente para la salud pública puesto que una persona sin la titulación adecuada en medicina o cualquier otra ciencia de la salud prestaba servicios retribuidos como sanador o especialista en terapias alternativas sin base científica alguna, como relacionados con la propia influencia negativa en la libertad individual de los clientes habida cuenta que se sospechaba que el supuesto terapeuta podía estar usando conductas de dominio o de control propias de las sectas.

Así las cosas, el Sr. Hertlein y su empresa Homo Simplex deciden impugnar ante el TC la precitada sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por entender que la misma vulnera sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen puesto que la misma ha desconocido la doctrina del más alto Tribunal sobre la prohibición constitucional de la técnica de la cámara oculta; doctrina jurisprudencial establecida en las STC 12/2012 y 74/2012.

Proscripción constitucional de la cámara oculta.

Es justamente en la STC 25/2019, objeto de nuestro comentario, en la que el TC resuelve el amparo interpuesto por el Sr. Hertlein y su empresa contra la precitada sentencia del Tribunal Supremo.

Comienza el más alto de nuestros Tribunales justificando la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo constitucional interpuesto; justificación necesaria puesto que la LOTC ha configurado aquella como un requisito sine qua non para poder admitir a trámite un amparo. En este sentido, afirma el Tribunal que únicamente le compete a él apreciar si en cada caso concreto concurre esa especial trascendencia constitucional, o lo que es lo mismo, “si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”. Precisamente, en la providencia de admisión, los magistrados de la Sección correspondiente han considerado que la resolución del amparo planteado por el Sr. Hertlein podría dar lugar a que el Tribunal aclarase o cambiase su doctrina constitucional sobre el uso de la cámara oculta como técnica utilizada por determinados periodistas en su búsqueda de información. Y es que, efectivamente, el demandante del amparo “solicita la aclaración y el reforzamiento de la doctrina constitucional sobre el carácter constitucionalmente prohibido de la utilización periodística de la cámara oculta establecida en la STC 12/2012, de 30 de enero, y 74/2012, de 16 de abril, por entender que la sentencia recurrida la ha desatendido”.

Ahora bien, afirmado lo anterior, advierte el más alto Tribunal que, una vez admitido el recurso en base esa especial trascendencia constitucional relacionada con la aclaración o modificación de doctrina constitucional sobre el uso de cámaras ocultas, el objeto del recurso no queda limitado al solo examen de esa doctrina, sino que podrá el Tribunal entrar a conocer de cuestiones abordadas en la sentencia del Tribunal Supremo impugnada y que no haya satisfecho el requisito de la especial trascendencia constitucional. En suma, “la apreciación de la concurrencia de la especial trascendencia constitucional es condición necesaria para la admisión del recurso, pero, una vez admitido el recurso, ello no limita la extensión de su objeto, reduciéndolo al enjuiciamiento de las cuestiones que el Tribunal estime que revisten especial trascendencia constitucional, ni tampoco limita la razón de decidir sobre el fondo del recurso”.

Y esta advertencia la realiza el TC porque la controversia central que plantea el recurso de amparo constitucional del Sr. Hertlein tiene por objeto el conflicto entre la libertad de información de Antena 3 en tanto que medio de comunicación y los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen del que presenta la demanda de amparo. Esto es, el objeto central del amparo consiste en determinar si la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo vulneró los derechos fundamentales consagrados en el art. 18.1 CE del Sr. Hertlein. Sin embargo, no es menos cierto que en dicha demanda, este último también ale-

ga violación de sus derechos al honor y a la propia imagen por parte de la asociación RedUne y de su presidente, puesto que, como ya hemos manifestado en las páginas que nos preceden, dicha asociación publicó en su página web una imagen suya, sin consentimiento y sin distorsionar la misma, manifestando su identidad y asimismo, envió unos correos electrónicos a sus colaboradores que incluían acusaciones inciertas y expresiones ultrajantes para el Sr. Thomas E. Hertlein. Es por ello, pues, por lo que la sentencia de amparo no se limitará a resolver sobre el objeto principal del recurso, sino que también deberá a entrar a conocer de las vulneraciones que se imputan a RedUne y a su presidente.

Delimitado de esta forma el objeto del recurso, a continuación el TC pasa a recordar su doctrina jurisprudencial sobre el juicio de ponderación entre la libertad de información del art. 20.1 d) CE y los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.1 CE tales como el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. En este sentido, comienza afirmando el Tribunal la posición preferente del derecho a comunicar libremente información veraz en base a que sin comunicación pública libre no existe opinión pública libre ni soberanía popular. La especial posición de la libertad de información reside “en que no solo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado Democrático”. Sin embargo, dicha posición preferente de las libertades de expresión e información no es absoluta sino que la misma queda sujeta a ciertos límites; en el caso de la libertad de información, tales límites vendrían determinados por la veracidad de la información y la relevancia pública de la misma; límites que vienen tradicionalmente conceptuados como límites inmanentes, de tal forma que la ausencia de tales requisitos hace que la posición prevalente de la libertad de información se venga abajo. Pero además de estos límites inmanentes, el derecho a comunicar libremente información veraz también está sujeto a una serie de límites externos; límites externos que aparecen previstos en el apartado 4 del art. 20 CE, siendo de destacar el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. A través del ejercicio de la libertad de información podrá producirse una intromisión en el ámbito de estos últimos derechos fundamentales mencionados, sin embargo, si dicha intromisión es necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo y se lleva a cabo procurando una afectación mínima del ámbito garantizado por el derecho, la misma deberá conceptuarse como legítima.

Y en lo que respecta a la relevancia pública de la información en tanto que límite inmanente de la precitada libertad, señala el más alto Tribunal, reiterando, por lo demás, su doctrina al respecto, que “la Constitución solo protege la trans-

misión de hechos noticiables por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, debiendo versar tales hechos sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada. De manera que solo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático”. Si nos damos cuenta, esta doctrina del TC español es acorde con la doctrina mantenida al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que al interés público de la información se refiere. Como afirma en este pronunciamiento el propio TC, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene destacando el papel relevante que en la articulación entre la protección de la vida privada y la libertad de información desempeña la contribución que la información publicada realice a un debate de interés general, no debiendo confundirse el interés público digno de protección constitucional con la satisfacción de la curiosidad ajena, con la satisfacción de la curiosidad de una parte del público.

A renglón seguido dedica el TC unas páginas a analizar cada uno de los límites externos del derecho a una comunicación pública libre y que aparecen previstos en el art. 20.4 CE, puesto que la ponderación debe efectuarse entre la libertad del art. 20 CE y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del art. 18.1 CE. Estos últimos derechos fundamentales tienen, a juicio del alto Tribunal, sustantividad en nuestro Derecho como consecuencia de que cada uno de ellos tiene un contenido propio, de tal forma que ninguno de ellos queda subsumido en el otro. Es por ello por lo que “una determinada forma de captación de la información, o de presentación de la misma, puede llegar a producir al mismo tiempo tanto una intromisión ilegítima en la intimidad como una vulneración del derecho a la propia imagen o, incluso, una lesión al derecho al honor, o bien puede afectar únicamente a alguno de ellos”. Justamente, en el presente supuesto, puesto que se utiliza por unos periodistas, haciéndose pasar por clientes, una cámara oculta para grabar de forma íntegra en una consulta privada la imagen, la voz y la forma de conducirse de la persona que lo atiende, la dimensión lesiva de la conducta abarcaría a los tres derechos, de tal forma que lo que cobra “relieve aquí no es solo el contenido estricto de la información obtenida, sino también cómo se ha recogido y registrado mediante la grabación subrepticia, así como el lugar donde se ha llevado a cabo, el reducto reservado de una consulta profesional”.

A partir de estas consideraciones preliminares, se dedica el Tribunal a recopilar su doctrina sobre estos tres derechos fundamentales de la personalidad. En es-

te sentido, y por lo que se refiere al derecho a la intimidad, afirmará que el mismo tiene por objeto garantizar un ámbito propio y reservado frente al conocimiento de terceros; ámbito necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Y añade que, este derecho fundamental atribuye a su titular “el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (...) y, en consecuencia, el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”. Y en relación con el derecho a la intimidad, llama la atención el TC sobre el criterio de las expectativas razonables como criterio determinante a la hora de decidir si se ha producido una intromisión ilegítima en la intimidad; criterio de las expectativas razonables que es especialmente aplicable al caso que se enjuicia. Así, señala el Tribunal que “un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegibles frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno (...) Conforme al criterio de expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad (...)”

En segundo lugar, se centra el Tribunal en el derecho a la propia imagen, sobre el que se limita a reiterar su doctrina jurisprudencial. Así, señala que el precitado derecho consiste en “el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública y su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde y, por lo tanto, abarca la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental”. Y añade que “el derecho a la propia imagen garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona y que en la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz”.

Puesto que en el presente supuesto, con la utilización de la cámara oculta, no solo se captó la imagen de la persona sino que también se captó su voz, con lo cual, a juicio del más alto de nuestros Tribunales, se intensifica la conculcación del derecho a la propia imagen.

En fin, también el Tribunal se dedica a reiterar, si bien muy brevemente, su doctrina jurisprudencial sobre el derecho al honor destacando como el mismo garantiza “la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas”. De tal manera, que los reportajes obtenidos mediante el uso de cámara oculta se muestran idóneos para conculcar el derecho al honor cuando las imágenes que se difunden públicamente muestran a las personas grabadas en situaciones tales que pueden menoscabar su reputación o bien muestran comportamientos denigrantes o incluyen comentarios difamatorios de terceros. Y añade, teniendo en cuenta el supuesto de hecho concreto, que la Constitución también protege el honor profesional: “El honor que la Constitución protege es también el que se expone y acredita en la vida profesional del sujeto, vertiente de la actividad individual que no podrá ser, sin daño para el derecho fundamental, menospreciada sin razón legítima, con temeridad o por capricho”.

A continuación, el Tribunal recuerda los elementos en base a los cuales se puede sostener la especial idoneidad del uso de cámaras ocultas para conculcar los derechos fundamentales de la personalidad, tales como:

- En primer lugar, la cámara oculta impide que la persona grabada pueda ejercer la potestad de excluir dicha actuación, evitando la conculcación de los derechos del art. 18.1. “El carácter oculto que caracteriza a la técnica de investigación periodística llamada cámara oculta impide que la persona que está siendo grabada pueda ejercer su legítimo poder de exclusión frente a dicha grabación, oponiéndose tanto a su realización como a su posterior publicación o difusión, pues el contexto secreto y clandestino se mantiene hasta el mismo momento de la emisión y difusión televisiva de lo grabado, escenificándose con ello una situación o una conversación que, en su origen, responde a una previa provocación del periodista interviniente, verdadero motor de la noticia que luego se pretende difundir(...)”
- En segundo lugar, el uso de la cámara oculta permite al que hace uso de ella obtener información del ámbito de la vida privada de un tercero a través del engaño. “La utilización de un dispositivo oculto de captación de la voz y la imagen se basa en un ardid o engaño que el periodista despliega simulan-

do una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones así como registrar subrepticamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones (...)"

- En tercer lugar, la grabación con cámara oculta va destinada a difundirse a través de los medios televisivos de gran repercusión social. "La finalidad frecuente de las grabaciones de imágenes y sonido obtenidas mediante la utilización de cámaras ocultas es su difusión no consentida en el medio televisivo cuya capacidad de incidencia en la expansión de lo publicado es muy superior al de la prensa escrita (...)"

A tenor de estas consideraciones no puede resultar extraño que el Tribunal concluya señalando la necesidad de reforzar la protección de la intimidad y de la vida privada como consecuencia de la eficacia invasiva sobre la mismas del uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

Como ha quedado suficientemente expuesto hasta aquí, resulta evidente que el uso de la cámara oculta genera un conflicto de derechos, en concreto, de los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE y la libertad de información del art. 20.1 d) CE. Y como tal conflicto de derechos, la técnica empleada por el más alto de nuestros Tribunales para resolverlo es la de la ponderación. Y a estos efectos, el Tribunal recuerda los criterios de ponderación establecidos y consolidados a lo largo de su jurisprudencia cuando se plantea un conflicto entre las libertades del art. 20 CE y los derechos del art. 18. 1 CE. En este sentido, comienza señalando el TC que la veracidad es un criterio que sólo entra en juego cuando el conflicto se produce entre la libertad de información y el derecho al honor, pero en ningún caso cuando el conflicto se produce entre aquella libertad y el derecho a la intimidad. "La veracidad no es paliativo sino presupuesto de la lesión de la intimidad". Justamente, en el caso de conflicto entre estos últimos derechos, el criterio que entra en juego es la relevancia pública de la información. Y reitera el Tribunal que la preferencia o prevalencia de la libertad de información es relativa de tal forma que la misma decae cuando la información publicada carece de dicha relevancia. "Este derecho no ocupa una posición prevalente absoluta respecto del derecho a la intimidad y a la propia imagen: solo se antepone a estos derechos tras apreciar el interés social de la información publicada como fin constitucionalmente legítimo. Solo si tiene relevancia pública, alcanza la información su máximo nivel de eficacia justificadora frente a derechos subjetivos de la personalidad, como el que aquí se debate, los cuales se debilitan, proporcionalmen-

te, como límite externo de las libertades de expresión e información, pues así lo requieren el pluralismo político, propugnado por el artículo 1.1 de la Constitución como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (...)

Asimismo, y tratándose de obtención de información a través de cámara oculta, destaca el Tribunal que otro criterio decisivo a tener en cuenta es la ausencia de consentimiento de la persona grabada o fotografiada en ámbitos de su vida privada. A juicio del TC, “la inexistencia de consentimiento expreso, válido y eficaz a la utilización de la cámara oculta es lo que propiamente conforma la injerencia y, por consiguiente, origina la situación de conflicto de derechos fundamentales; en otras palabras, no predetermina el resultado de nuestro enjuiciamiento, sino que constituye su presupuesto”.

Y finalmente, aunque no por ello menos importante, sino todo lo contrario, llama la atención el alto Tribunal en el sentido de que cuando la información de relevancia pública se haya obtenido con cámara oculta, la resolución del conflicto debe incorporar un juicio de proporcionalidad específico. “La intromisión en los derechos fundamentales de terceros resultante del ejercicio de la libertad de información solo será legítima en la medida en que la afectación de dichos derechos resulte adecuada, necesaria y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libertad de información (...) allí donde quepa acceder a la información pretendida sin necesidad de colisionar con los derechos referidos, queda deslegitimada, por desorbitada o desproporcionada, aquella actividad informativa innecesariamente invasora de la intimidad o la imagen ajenos (...)”. En definitiva, para el más alto de nuestros Tribunales, “el enjuiciamiento constitucional del uso periodístico de la cámara oculta requiere un juicio específico de proporcionalidad que se proyecte sobre la existencia o no de medios menos intrusivos para obtenerla, y no sobre el interés general o la relevancia pública de los hechos sobre los que se quiere informar, que de no existir no podría justificar la publicación de la información, con independencia de cómo se hubiera obtenido. La relevancia pública de una información puede justificar su publicación, pero solo la inexistencia de medios menos intrusivos para obtenerla puede justificar que se utilicen, para su obtención, dispositivos tecnológicos altamente intrusivos en la intimidad y la imagen de las personas”.

Y esta doctrina jurisprudencial establecida en pronunciamientos anteriores del Tribunal como en las STC 12/2012, 74/2012 y 176/2013, es acorde con la jurisprudencia al respecto establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, el TC realiza un repaso de la doctrina establecida por el TEDH, doctrina que permite concluir que para el Tribunal Europeo el juicio de ponderación

cuando se utiliza una cámara oculta para conseguir la información está sujeto a criterios más estrictos los cuales están encaminados a impedir una injerencia desproporcionada y, en consecuencia, innecesaria en la vida privada de las personas.

Una lectura atenta de la jurisprudencia ahora expuesta mantenida por el TC en relación con la obtención de información por medios subrepticios como es una cámara oculta, permite concluir que la Constitución, como regla general, proscribela utilización periodística de este instrumento, “en cuanto que constituye una grave intromisión ilegítima en los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen; que, no obstante, su utilización podrá excepcionalmente ser legítima cuando no existan medios menos intrusivos para obtener la información; que la justificación constitucional de la libertad de información, en todo caso, solo alcanza a la información de relevancia pública, que constituye su límite inmanente; que los medios de comunicación social que difundan imágenes obtenidas mediante cámara oculta deberán distorsionar el rostro y la voz de las personas grabadas cuando su identificación no sirva al interés general en la información; y que tampoco podrán difundirse imágenes que muestren situaciones o comportamientos que menoscaben innecesariamente la reputación de las personas”.

Pues bien, establecida de forma tan prolija su propia jurisprudencia, comienza el Tribunal a resolver el concreto caso planteado, aplicando al mismo los criterios señalados. Y analiza las vulneraciones del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen alegadas por el demandante en amparo contra la sentencia del Tribunal Supremo de forma separada. En efecto, y por lo que respecta al derecho a la intimidad, afirma el TC que la sentencia de la Sala 1ª del TS concluyó la posición prevalente de la libertad de información de Antena 3 sobre la intimidad del Sr. Hertlein en base a la veracidad de la información divulgada y su elevado interés informativo. Y como ya hemos manifestado en las líneas que nos preceden, cuando el derecho conculcado es el derecho a la intimidad, el criterio determinante para resolver el conflicto es la relevancia pública de lo divulgado y no la veracidad de su contenido.

Por lo que respecta al interés público de la información divulgada, el más alto de nuestros Tribunales considera, al igual que el TS, que la finalidad de los reportajes y programas televisivos era difundir información de interés general porque trataba de denunciar prácticas fraudulentas e intrusivas en el ámbito de la salud. Ahora bien, a renglón seguido, y a diferencia del TS, considera el TC que dicha finalidad quedó desnaturalizada desde el momento en que se centró en la actuación de la concreta persona del demandante de amparo, sin que los reportajes permitieran concluir de forma decisiva que el mismo realizaba prácticas intrusi-

vas. “Bajo el pretexto de realizar una denuncia o contribuir a un debate general no se puede dirigir la atención del público a una persona que hasta ese momento carecía de notoriedad. Por tanto, no podemos compartir la valoración de la Sala de lo Civil sobre el elevado interés público de la información divulgada como segundo factor decisivo en la ponderación con el derecho a la intimidad”.

Pero además, el TC también tiene en cuenta la ausencia de consentimiento y el criterio de las expectativas razonables para llevar a cabo el enjuiciamiento constitucional del presente supuesto. Así, afirmará que “no puede olvidarse la circunstancia de que la información fuera captada subrepticamente en un ámbito privado como es una consulta profesional, en cuyo seno se desarrollan relaciones de naturaleza profesional que están también protegidas por el derecho a la intimidad y en las que, por consiguiente, existe igualmente una legítima expectativa de resguardo frente a la intromisión de terceros. En cambio, el hecho de que el propio demandante de amparo proporcionara -como a todos sus clientes- una grabación de la misma sesión que los periodistas filmaron con cámara oculta, al que la sentencia impugnada atribuye relevancia, no subsana en absoluto la ausencia de consentimiento para realizar la grabación subrepticia y divulgar las imágenes así obtenidas, ni implica un consentimiento expreso, válido y eficaz para difundir públicamente en un medio de comunicación social las imágenes contenidas en la grabación proporcionada; por el contrario, pone de manifiesto que la grabación oculta que llevaron a cabo los periodistas, así como su posterior difusión, no fue necesaria para obtener la información y difundirla”.

En definitiva, estos argumentos ahora expuestos llevan al alto Tribunal a sostener que los reportajes emitidos por Antena 3 constituyeron una clara conculcación del derecho a la intimidad del Sr. Hertlein, no habiendo realizado la sentencia del TS que se recurre en amparo el juicio de proporcionalidad estricto que exige el uso de la cámara oculta por los profesionales de la información, ni tampoco tuvo en cuenta que la captación de las imágenes se realizó en el despacho profesional de aquel que constituye un ámbito privado, ni que se focalizó la información en la actuación profesional del Sr. Hertlein ni que el reportaje no ofrecía pruebas concluyentes sobre la actuación fraudulenta de este “sanador”. El TS, en suma, no ponderó adecuadamente los derechos en conflicto: la libertad de información y el derecho a la intimidad.

En lo que se refiere al derecho a la propia imagen, el TC llega al mismo resultado: el TS no ponderó adecuadamente los derechos en conflicto, en este caso, la libertad de información y el derecho a la propia imagen. Y ello porque el demandante al ser grabado con tales artimañas no pudo prestar su consentimiento para

la captación de su aspecto físico y de su voz, que permiten su identificación personal. Es más, la emisión de esos reportajes se realizó sin distorsionar ni su imagen física ni su voz. Y al tratarse el Sr. Hertlein de un simple particular dicha difusión no estaría justificada. Tampoco tal difusión era estrictamente necesaria para contribuir al debate de interés general o debate público.

En definitiva, a juicio del TC, “con la difusión de la imagen y la voz del demandante de amparo en diversos programas televisivos no solo no se restringió, sino que se amplificó enormemente la injerencia inicial en el derecho fundamental a la propia imagen, sin que ello viniera requerido por la necesidad de contribuir a un debate de interés general o a la formación de la opinión pública”.

Y en lo que se refiere al derecho al honor del recurrente en amparo, también considera el TC que el mismo fue vulnerado por la cadena televisiva habida cuenta de la forma en que se presentó la información y las afirmaciones realizadas en los programas que se emitieron. En efecto, las imágenes fueron acompañadas de informaciones manipuladas (“a través de la voz en off que afirmó que el demandante se enojaba si sus clientes no seguían sus consejos o enseñanzas cuando en las imágenes en realidad aconsejaba a sus clientes sobre como debían reaccionar frente a otras personas”) y afirmaciones sobre su vida personal que no contribuían a formar una opinión pública libre (“mujeriego, siempre hay sexo y siempre hay dinero, a veces las terapias acaban en algo más que caricias”). “Bajo el pretexto”, afirma el Tribunal, “de realizar una denuncia o contribuir a un debate general no se puede hacer escarnio de una persona”.

En resumen, para el TC la sentencia del TS recurrida en amparo no llevó a cabo una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso que ahora se analiza, otorgando una prevalencia a la libertad de información que no le corresponde desde una perspectiva constitucional. Y ello porque “el método utilizado para obtener la captación intrusiva – la llamada cámara oculta- no fue necesario y proporcionado para el objetivo de averiguación de la actividad desarrollada por el demandante de amparo en su consulta profesional y, por tanto, para la realización constitucional del derecho a la libertad de información, para lo que hubiera bastado con realizar entrevistas a sus clientes; porque la emisión, en diversos programas televisivos y la página web de la cadena, de las imágenes y la voz no distorsionadas del demandante de amparo constituyó una actividad informativa innecesariamente invasora de la intimidad y la imagen ajenas; y porque el contenido de los programas televisivos emitidos incluyó aspectos manipulados y afirmaciones vejatorias que resultaban innecesarias para la actividad informativa”.

Ejercicio legítimo de las libertades del artículo 20 CE.

Todo lo hasta aquí expuesto por lo que se refiere a la vulneración de los derechos fundamentales de la personalidad del Sr. Hertlein como consecuencia de la grabación del reportaje a través de una cámara oculta y su emisión por Antena 3 TV, pero también el Sr. Hertlein recurre en amparo la sentencia del Tribunal Supremo porque considera que la misma no ha amparado sus derechos al honor y a la propia imagen conculcados en su origen por la asociación RedUne y su presidente al colgar en la página web de dicha asociación una imagen de aquel sin su consentimiento y sin distorsión y por enviar unos correos electrónicos que incluían acusaciones inciertas y expresiones ofensivas contra el mismo. Sin embargo, en este caso el TC va a confirmar en su integridad la sentencia de la Sala 1ª del TS que consideró que no existió vulneración por parte de la precitada asociación ni de su presidente de los derechos del demandante en amparo.

En efecto, en lo que se refiere a la vulneración alegada del derecho a la propia imagen del recurrente, la precitada sentencia del TS considera que la misma no existió habida cuenta del carácter accesorio que tenía la fotografía respecto de los artículos publicados en la página web de la asociación. El TC confirma esta conclusión en base a los siguientes razonamientos:

“ - La fotografía no constituía un documento de carácter estrictamente privado o familiar, extraído del ámbito propio y reservado de la esfera personal del demandante de amparo, y en ningún momento se ha alegado que fuera obtenida de manera clandestina.

- La fotografía se publicó en la página web de una asociación sin ánimo de lucro que se define como red de prevención sanitaria y del abuso de debilidad y que se sirve de ella como instrumento principal de su actividad informativa y preventiva sobre conductas altamente peligrosas para la dignidad humana y los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15, 17, 18.1 y 43.1 CE
- La finalidad de la publicación era identificar a una persona sobre la que se habían recogido sospechas de prácticas de abuso tanto por testimonios de familiares recogidos por la propia asociación como en medios de comunicación españoles y extranjeros.
- La publicación de la fotografía acompañaba a la reproducción de dos artículos periodísticos publicados en un diario español y un diario alemán, por lo que podía considerarse un medio necesario y proporcionado a fin de alertar eficazmente sobre esa persona.

- No consta, ni se ha alegado en ningún momento, que la publicación de la fotografía haya tenido consecuencias significativas para el demandante de amparo”

Son, justamente, estas razones las que llevan al Tribunal a considerar que la difusión de la fotografía del Sr. Hertlein en la página web de la asociación RedUne no constituyó una vulneración del derecho a la propia imagen de aquel.

De la misma forma, el más alto de nuestros Tribunales considera que el modo de proceder de la asociación al remitir correos electrónicos a sus colaboradores en los que se empleaban expresiones tales como gurú, extorsionador, causante de problemas mentales, tampoco constituyó vulneración del derecho al honor del demandante de amparo, el Sr. Thomas Erich Hertlein, confirmando también en este punto la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Y ello en base al siguiente razonamiento: “La asociación RedUne persigue un interés general de denuncia, que podría desalentarse con una protección del derecho al honor que fuera más allá de lo estrictamente necesario; la finalidad que animaba los correos en los que se incluyeron las expresiones era alertar, informar y recabar a su vez más información sobre las actividades de la persona denunciada; los correos no fueron objeto de una publicidad masiva, sino que se enviaron solo a los colaboradores de la asociación, generalmente víctimas de prácticas sectarias o sus familiares, por lo que su difusión fue reducida, considerablemente inferior en todo caso a la de un medio escrito de comunicación y, por supuesto, inferior a la de un medio televisivo; las expresiones utilizadas, aunque hirientes, estaban directamente relacionadas con las ideas y opiniones que se presentaban y podían considerarse necesarias para su exposición”.

En conclusión, el TC otorgó parcialmente el amparo, en concreto, en lo que se refiere a la conculcación de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del Sr. Hertlein a través de la grabación de un reportaje en su despacho profesional usando una cámara oculta.

Interesa llamar la atención sobre el hecho de que en este pronunciamiento el TC lleva a cabo una recopilación muy detallada de su jurisprudencia en materia de ponderación entre las libertades de expresión e información recogidas en el art. 20 CE y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen reconocidos en el artículo 18.1 CE. Recopilación detallada que consideramos necesaria porque de nuevo se pone de manifiesto la divergencia interpretativa entre el TC y el TS en lo que al enjuiciamiento constitucional de los conflictos entre estos derechos se refiere. De hecho, y a efectos de evitar una nueva guerra entre altos Tribunales, el TC, en lo que a la indemnización se refiere, no retrotrae las actuacio-

nes al Supremo para que sea este el que fije aquella que es lo que, en rigor jurídico, procede a efectos de garantizar la subsidiariedad del amparo, sino que, por el contrario, confirma la indemnización fijada por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares que también consideró que se habían conculcado los derechos fundamentales de la personalidad del demandante de amparo como consecuencia de la utilización de la cámara oculta.

PALABRAS CLAVE

Libertad de información, derecho al honor, derecho a la intimidad, derecho a la propia imagen, cámaras ocultas

KEY WORDS

freedom of information, right to honor, right to privacy, right to image, hidden cameras.

RESUMEN

En la STC 25/2019, el TC analiza el conflicto que se produce entre la libertad de información y los derechos del art. 18.1 CE cuando se hace uso de cámaras ocultas. Para resolver ese conflicto es necesario llevar a cabo un juicio de proporcionalidad más estricto que en el resto de supuestos. En cualquier caso, y como regla general, la CE prohíbe la utilización periodística de este instrumento en cuanto que constituye una grave vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen.

ABSTRACT

In STC 25/2019, the TC analyzes the conflict that occurs between freedom of information and the rights of art. 18.1 CE when using hidden cameras. To resolve this conflict, it is necessary to carry out a stricter proportionality judgment than in the other cases. In any case, and as a general rule, the CE prohibits the journalistic use of this instrument as it constitutes a serious violation of the fundamental rights to privacy and self-image.

SECCIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD

SUMARIO

- **Jesús Martín Blanco**, *“Los derechos humanos de las personas con discapacidad, una realidad precaria en España: Análisis del Informe España 2019 Derechos Humanos y Discapacidad”*.

“The Human Rights of Persons with Disabilities, a Precarious Reality in Spain: Analysis of the Spain 2019 Report on Human Rights and Disability”

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD,
UNA REALIDAD PRECARIA EN ESPAÑA:
ANÁLISIS DEL INFORME ESPAÑA 2019 DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD

THE HUMAN RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES,
A PRECARIOUS REALITY IN SPAIN:
ANALYSIS OF THE SPAIN 2019 REPORT ON HUMAN RIGHTS AND DISABILITY

Jesús Martín Blanco

Delegado de Derechos Humanos y para la Convención de la ONU

Recibido: 20-02-2020

Aceptado: 10-03-2020

SUMARIO

- 1. Introducción.*
- 2. Resultados.*
- 3. Conclusiones.*

1. Introducción.

La aprobación por parte de Naciones Unidas de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su ratificación por España, implica la materialización de una reivindicación antigua y sostenida del movimiento asociativo de la discapacidad y sus familias.

Este instrumento ha supuesto, además, importantes consecuencias para las personas con discapacidad, y entre las principales se destaca la “visibilidad” de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer nuestros los derechos.

El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), organización asociativa, con 9,000 asociaciones, que es la expresión del movimiento de personas con discapacidad y sus familias para la incidencia política en España. Nuestra misión principal es proteger y promover los derechos e intereses de las personas con discapacidad, respetando la ley que garantiza la inclusión, la igualdad y la no discriminación.

El CERMI fue designado oficialmente por el Estado español como un mecanismo independiente de seguimiento de la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en España. Esto le otorga una serie de poderes reforzados ante Naciones Unidas y el Estado español, como signatario de este Tratado Internacional de Derechos Humanos. Asimismo, desde 2011 el CERMI cuenta con el estatus consultivo especial en ECOSOC.

Para dar cumplimiento a este cometido el CERMI elabora y publica cada año el Informe Derechos Humanos y Discapacidad. Se trata de un documento que describe la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad en nuestro país. La inclusión de las personas con discapacidad como ciudadanas y ciudadanos de pleno derecho en igualdad de oportunidades, tal y como consagra la Convención, es una labor que le corresponde a toda la sociedad. Por ello, la información que contienen estos informes permite, a través de la denuncia y la reivindicación, que los operadores jurídicos en particular y la sociedad en general, tomen conciencia de estas realidades vulneradas, y que por tanto puedan conocer los ámbitos de actuación necesaria y de respeto obligado.

Estos Informes son una herramienta poderosa del cumplimiento legal porque la Convención es una Ley Española al amparo del artículo 96 de la Constitución Española, que dispone que los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente, forman parte del ordenamiento jurídico interno de España y en esa línea, cabe resaltar el artículo 10.2. de la Constitución española que señala que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

La sociedad civil de las personas con discapacidad y sus familias, articuladas en torno al CERMI Estatal, toma una vez más la voz como agente crítico, beligerante pero también propositivo y riguroso para denunciar los déficits en materia de inclusión y para aplaudir aquellas conquistas que se han alcanzado a lo largo del pasado año para situar a las personas con discapacidad en estándares de plena ciudadanía. En este sentido, este artículo trata de ofrecer los resultados y conclusiones que arroja el Informe España 2020 Derechos Humanos y Discapacidad.

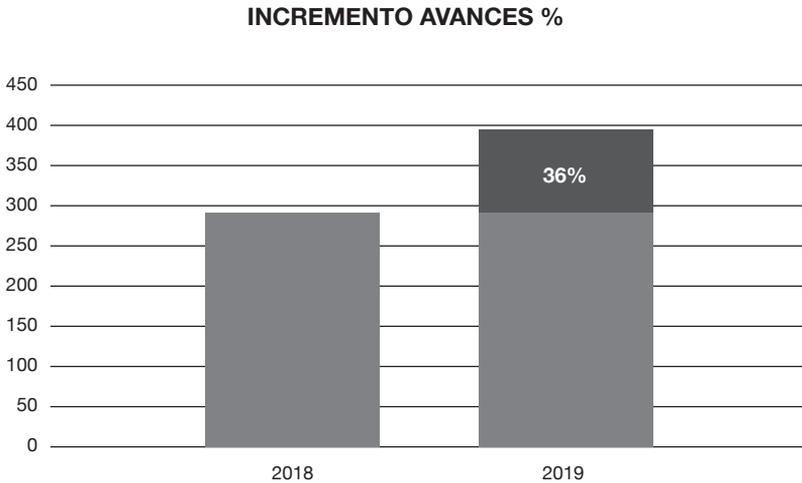
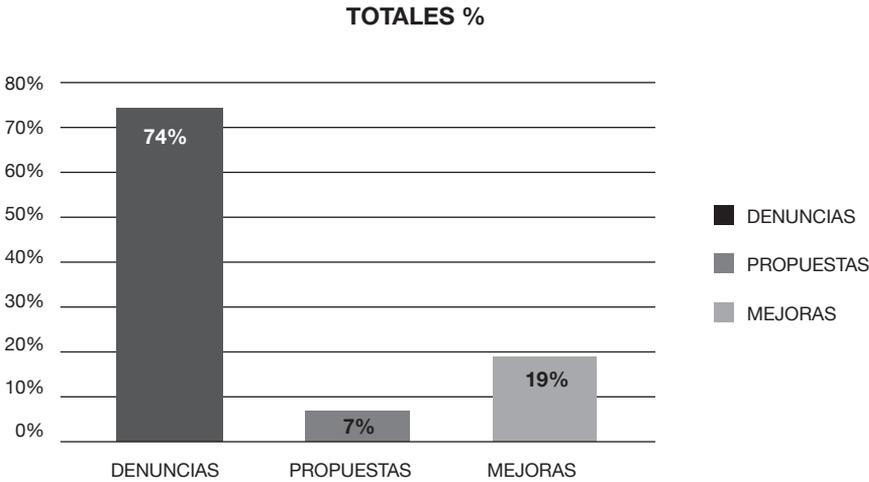
La elaboración de estos Informes parte de diferentes fuentes de conocimiento, si bien las principales son: las consultas recibidas en el propio CERMI, las acciones emprendidas como consecuencia del trabajo genuino de la entidad, las denuncias de personas y entidades colaboradoras, tanto del movimiento asociativo como pertenecientes a distintos ámbitos jurídicos, las noticias publicadas en prensa o difundidas en redes sociales que han originado una investigación por parte del CERMI, así como la actividad de los diferentes operadores jurídicos.

Este Informe es también la expresión de las organizaciones miembro de CERMI que este año han contribuido de manera extraordinaria aportando datos valiosos procedentes de su actividad de defensa activa de derechos.

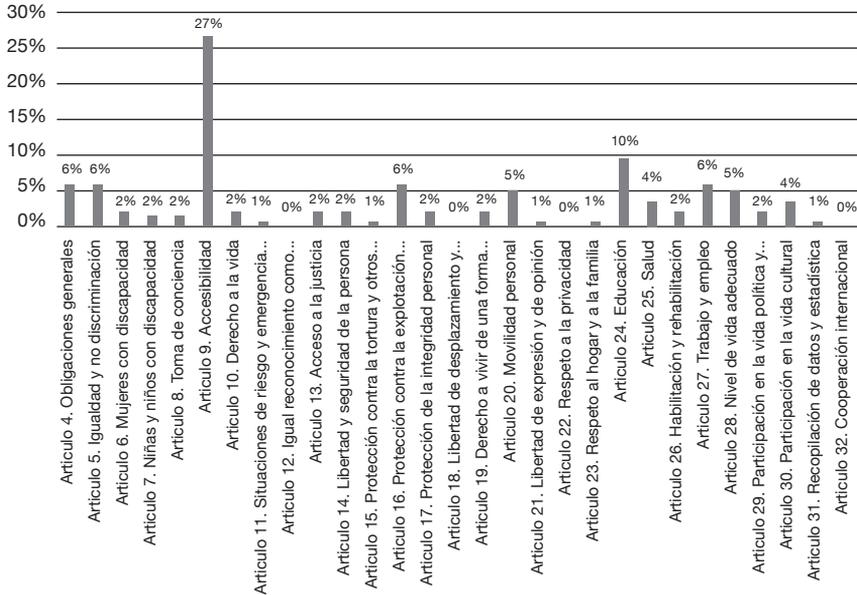
La información aquí contenida ofrece una foto nítida y ajustada a la realidad de los derechos de las personas con discapacidad en 2019; con el firme propósito de la utilidad a las legisladoras y legisladores, gobernantes, operadores jurídicos, medios de comunicación, movimientos cívicos y toda la ciudadanía reparar los errores cometidos al fundamento jurídico de este tratado y para que las conquistas alcanzadas allanen la senda de la igualdad.

2. Resultados.

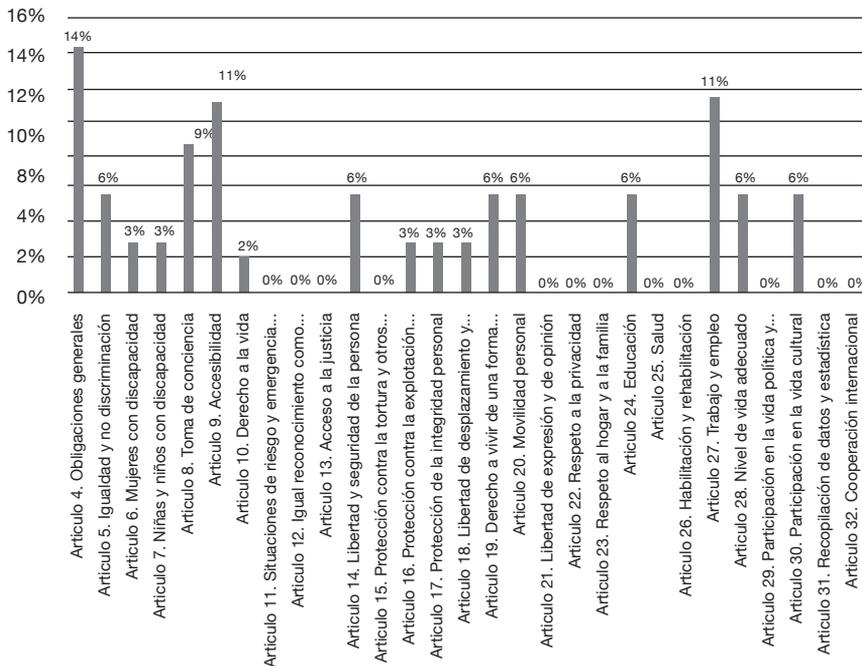
En este apartado y a modo de gráficos se muestran aquellos resultados más significativos para comprender en qué punto estamos. Una imagen que, junto a las conclusiones, permitirá identificar aquellas esferas más críticas para los derechos, la igualdad y de las personas con discapacidad de cara a que puedan ser corregidas:



DENUNCIAS POR ARTÍCULOS %

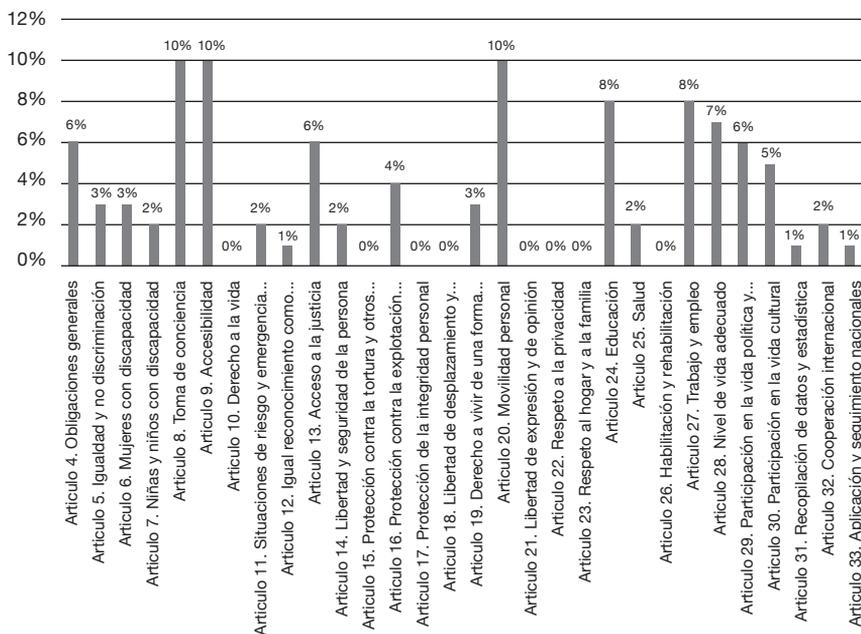


PROPUESTAS POR ARTÍCULO %

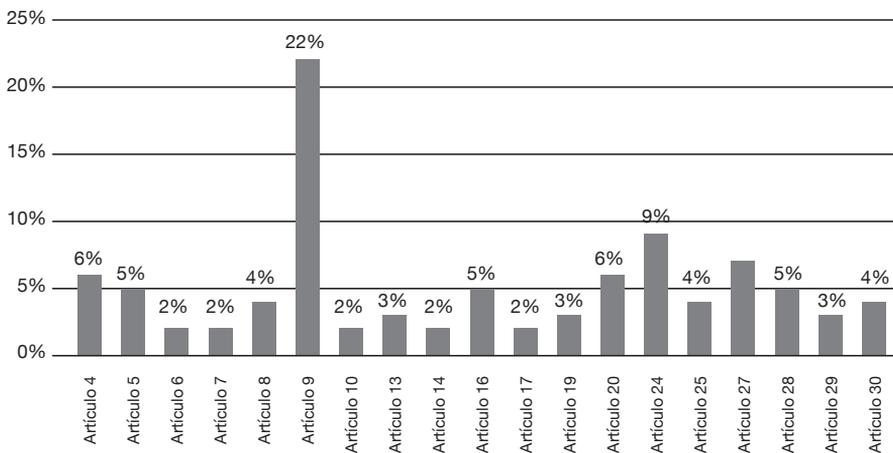


Jesús Martín Blanco

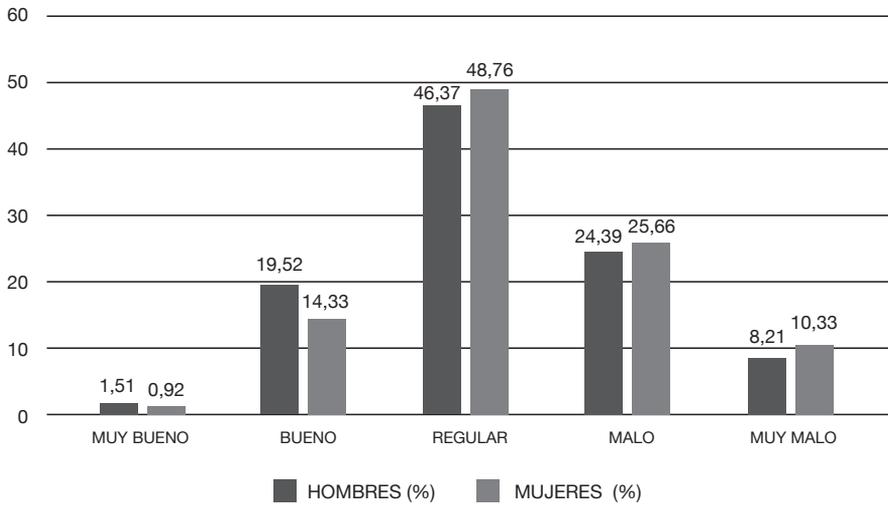
AVANCES POR ARTÍCULOS %



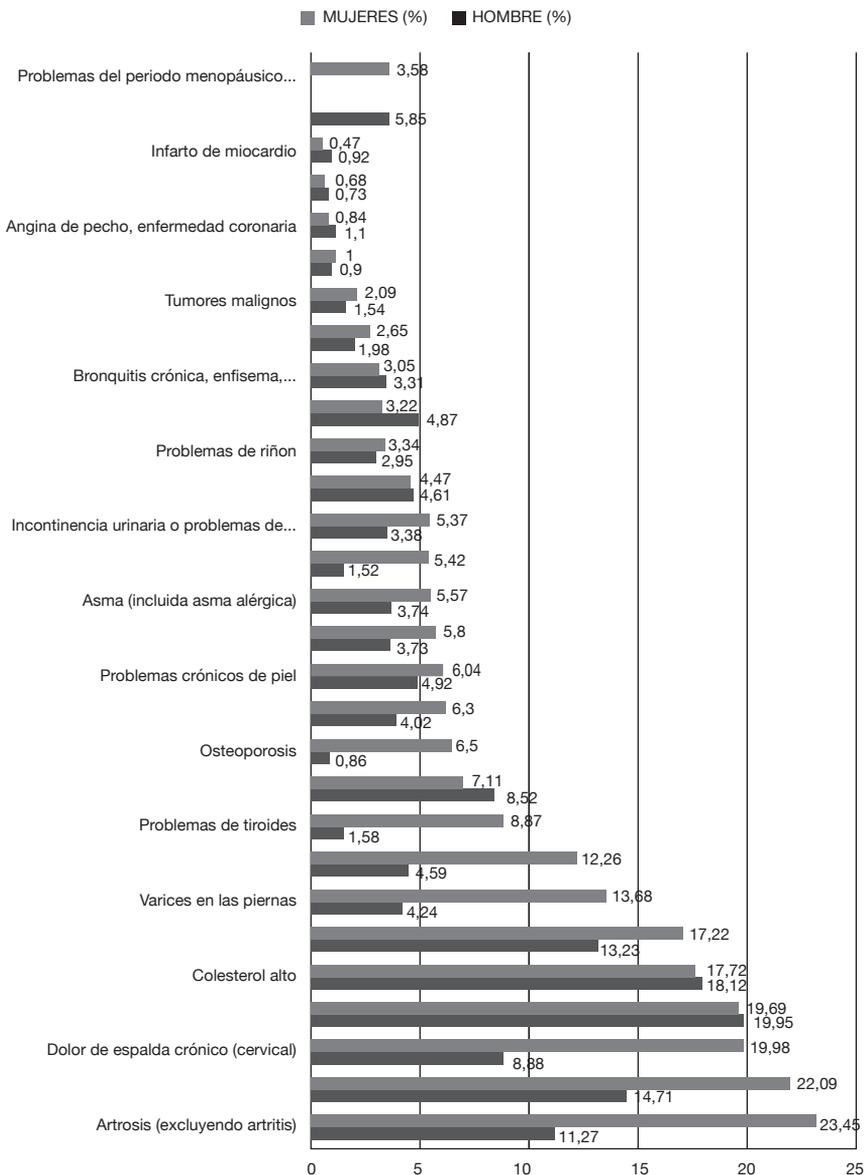
DERECHOS MÁS VULNERADOS%



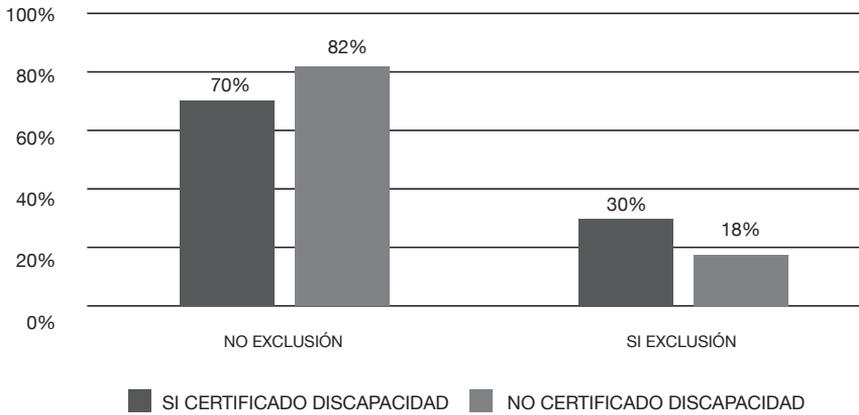
AUTOPERCEPCIÓN DEL ESTADO DE SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD



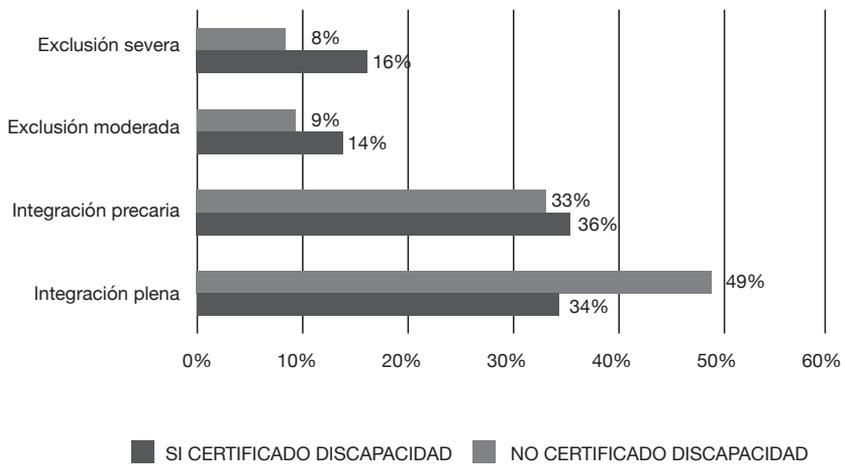
PREVALENCIA DE LAS ENFERMEDADES CRÓNICAS O DE LARGA EVOLUCIÓN PADECIDAS EN LOS ÚLTIMOS 12 MESES Y DIAGNOSTICADAS EN POBLACIÓN ADULTA SEGÚN SEXO.



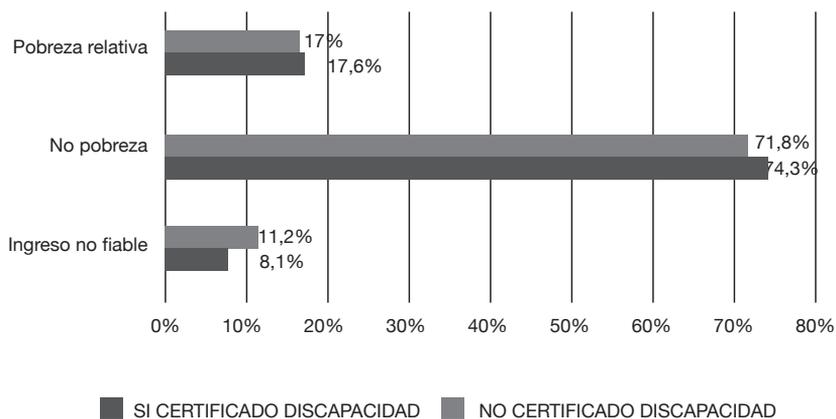
RELACIÓN EXCLUSIÓN SOCIAL Y DISCAPACIDAD



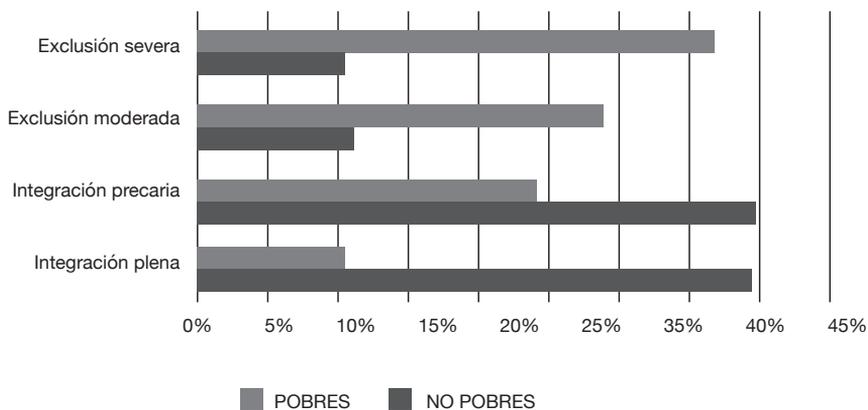
GRUPOS DE EXCLUSIÓN Y LA DISCAPACIDAD



SITUACIÓN DE POBREZA SEGÚN DISCAPACIDAD (TASAS DE POBLACIÓN)



RELACIÓN POBREZA RELATIVA Y GRUPO DE EXCLUSIÓN (EN COLECTIVO CON DISCAPACIDAD)



3. Conclusiones.

Las conclusiones que arroja este Informe debe contribuir a identificar y reparar aquellas quebras significativas que impiden el disfrute de los derechos humanos a las personas con discapacidad y también para reseñar y congratularnos de aquellos avances que como país hemos conquistado en el cumplimiento de este Tratado:

1. El año 2019 arroja un saldo terriblemente negativo para la igualdad de oportunidades. 24 denuncias constatan que la discriminación interfiere de manera estructural y sistemática en la vida de las personas con discapacidad y es capaz de mostrar su versión más lacerante en la expulsión de niñas y niños con discapacidad de campamentos de verano.

2. Resulta preocupante la inacción del Estado español a la hora dar cumplimiento a dictámenes de órganos de tratados de Naciones Unidas. Ninguna acción ni reacción ante la resolución condenatoria a España por violar el derecho a la educación inclusiva. Pero también se opone a un pronunciamiento de la ONU sobre la denuncia de un guardia urbano de Barcelona, que tras adquirir una discapacidad de manera sobrevenida, fue obligado a dejar el cuerpo por negársele la posibilidad de pasar a una segunda actividad. El informe de la ONU insta a España a adoptar medidas para evitar que se produzcan vulneraciones similares en el futuro e invita al Estado español a implementar la armonización de todas las normativas locales y regionales que regulan el pase a segunda actividad de quienes desempeñan como funcionarios en las Administraciones Públicas.

3. La vulneraciones a la Convención vuelven a superar a los avances en el cumplimiento de esta Ley. Un total de 395 denuncias registradas que hacen que este partido lo gane la discriminación. Pero debemos ser optimistas pues en 2019 se han incrementado el número de avances frente al 2018, un total de 105. En este caso han sido reacciones de administraciones ante denuncias por falta de accesibilidad e iniciativas de promoción de los derechos humanos impulsadas por asociacionismo CERMI. Hay que decir, que la situación de inestabilidad política y un gobierno en funciones han limitado considerablemente cambios significativos en nuestro ordenamiento jurídico.

4. La desigualdad y la pobreza son especialmente graves en el caso de las personas con discapacidad; se puede llegar a definir como “la exclusión dentro de la “exclusión”; ya que las tasas de pobreza y exclusión entre las personas con discapacidad son manifiestamente mayores que las del resto de la población; poniendo de nuevo de manifiesto la extrema vulnerabilidad social que trae consigo la discapacidad.

5. Este informe también pone de manifiesto la precaria realidad de la infancia con discapacidad, desprotegida ante la violencia y los abusos, con escasos recursos sociosanitarios que merman su habilitación y en la que se ceban las políticas segregadoras y de institucionalización, que los condenan, sin culpa, a un ostracismo social que marcará para siempre su itinerario vital.

6. La accesibilidad sigue sin asumirse como elemento esencial en el disfrute de todos los derechos humanos, tal y como se constata en el Informe los déficits de accesibilidad queda en suspenso nuestro derecho a la movilidad, a la educación, a la salud y a contar con una tutela judicial efectiva. Sin accesibilidad pasamos a ser, automáticamente, ciudadanas y ciudadanos de segunda.

7. También hemos documentado violaciones a la vida como bien supremo que protegen los derechos humanos. El suicidio, esa pandemia silenciosa, que es la primera causa de fallecimiento no natural en España desde hace 11 años, y que se lleva por delante 3.569 personas en España cada año. Carecemos de políticas públicas que prevengan y aminoren estas cifras de dolor. Pero nuestra vida también corre riesgo cuando las ayudas que garantizan nuestra salud no llegan o llegan tarde, y cuando los dispositivos de emergencia como el 112 o protocolos de evacuación ante catástrofes naturales u otro tipo de accidentes no consideran nuestra realidad, ganando probabilidades de ser víctimas.

8. La libertad, en el caso de las personas con discapacidad, se resiente de forma estructural por políticas que abogan por la institucionalización frente a dispositivos orientados a la vida independiente y a ser incluidos en la comunidad; prueba de ello es la falta de compromiso en la regulación de la figura del asistente personal. Pero en los casos de privación de libertad, nuestros derechos quedan muchas veces desdibujados, debido a una normativa penitenciaria que nos ignora y porque nuestra legislación sigue permitiendo que se interne en contra de nuestra voluntad personas con discapacidad psicosocial.

9. El derecho a la salud es el derecho a gozar de una vida sana, entendida como un “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Pero la realidad nos muestra que en todo el mundo las mujeres y niñas con discapacidad siguen teniendo un acceso muy restringido a la atención sanitaria, y muchas veces son directamente descartadas de los protocolos de salud establecidos, o sometidas a tratamientos farmacológicos, como la contención química y la sobremedicación, e intervenciones quirúrgicas sin que exista indicación médica para ello, y además sin ser informadas y sin mediar su consentimiento.

10. Preocupa especialmente la situación de las mujeres y niñas con discapacidad psicosocial, dado que se conoce poco la amplia gama de riesgos que corre desproporcionadamente la salud mental de las mujeres por efecto de la estigmatización y rechazo por motivo de género, de violencia, de pobreza y de otras formas de privaciones sociales, provocando un trato negligente, cuando no su condena al abandono.

11. Asimismo, se hace necesario exigir al Sistema Nacional de Salud la puesta en marcha de una estrategia de salud y género que recoja las especificidades de las mujeres con discapacidad y que también tome en cuenta las situaciones de las mujeres con fibromialgia, fatiga crónica, lupus, endometriosis y todas aquellas enfermedades orgánicas no reconocidas. Estas dolencias siguen estando silenciadas y puestas, además, bajo sospecha, precisamente porque quienes las padecen son mujeres. La falta de investigación y tratamientos adecuados puede llegar a producir discapacidades -no siempre reconocidas- como ocurre con la fibromialgia, o acabar en la extirpación, sin remedio, de los órganos reproductivos (útero, ovarios...) en el caso de la endometriosis.

12. Por otro lado, es preciso demandar que el personal médico y sanitario tome conciencia y se forme sobre la realidad de las mujeres con discapacidad para recibir una atención de calidad, sin dejar de lado su capacidad para tomar decisiones sobre su propio cuerpo y salud.

13. En 2019 vuelven a emerger situaciones que atentan con nuestra integridad y que denigran nuestra condición humana, vulneraciones que aunque resulte una paradoja son legales ya que nuestro ordenamiento jurídico las permite: desde las esterilizaciones forzadas a mujeres y niñas con discapacidad, incapacitadas judicialmente, a espectáculos de mofa a personas con displasias óseas (enanismo) y contenciones mecánicas a personas con problemas de salud mental.

14. Si 2018 se significó por la multitud de casos de violencia y abuso que se registraron, 2019 sigue la zaga constatando que nuestra vidas son vulnerables a las agresiones, de otra forma no se puede entender que tengamos 23% de las mujeres con discapacidad sufre violencia machista, que una mujer sufra una agresión sexual por su propios vecinos, o que sigamos en los primeros puestos de las estadísticas de delitos de odio.

15. Para asegurar la libertad de expresión, precisamos de mecanismos y apoyos para poder hacerlo, y para generar una opinión cualificada necesitamos poder acceder a la información en condiciones de igualdad. Este informe revela que la libertad de expresión y de opinión no están garantizadas, para cuando las pro-

pías campañas institucionales carecen de accesibilidad y cuando tenemos personas encerradas en instituciones.

16. Si hay algo que llama la atención a lo largo de 2019, son las 38 violaciones registradas al derecho a la educación, siendo el artículo 24 el más mancillado durante el pasado año. Además del enquistado empeño en denegar ajustes razonables y de no reparar los déficits de accesibilidad en los centros educativos, están las trabas y vetos a estos estudiantes para titular, todo ello redundando en la frustración de estas alumnas y alumnos a la hora de acceder y permanecer en la universidad, espacio en el que se repite con más intensidad las quiebras de las etapas educativas anteriores. Pero sobre todo resulta vergonzante la inacción del Estado español para garantizar la educación inclusiva, hasta el punto que parlamentos y gobiernos autonómicos se han significado en contra de este mandato legal.

17. En el bloque de derechos económicos, sociales y culturales, se siguen constatando casos de quiebras en el derecho humano a la vivienda, con personas encerradas en sus hogares por falta de accesibilidad, el impacto de la pobreza energética en las personas con discapacidad y la débil protección social a las familias con hijos con discapacidad. En trabajo, llama la atención las sanciones millonarias a empresas por no cumplir la cuota de reserva a la contratación o los casos en los que las personas con discapacidad tienen que litigar para que se mantengan sus derechos intactos en oposiciones o bolsas de empleo público. La salud se resiente y se viola, cuando hay injerencias del personal sanitario en los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad, cuando carecemos de una estrategia sólida de salud mental, y cuando la atención a personas con TEA, Enfermedades Raras o daño cerebral presenta déficits significativos. En la Cultura, nos encontramos leyes como de la del cine que no contempla cuestiones básicas como el subtítulo, audiodescripción o lengua de signos para que personas sordas y ciegas disfruten del cine español, o tarifas que no han considerado la realidad de las personas con discapacidad a la hora de visitar los monumentos nacionales.

18. Finalmente, resulta imprescindible que estas conclusiones se hagan eco de una nueva dimensión que es la emergencia climática y cómo ésta afecta a las personas con discapacidad. El CERMI ha denunciado ante Naciones Unidas y en la COP25 el impacto desfavorable del cambio climático en la discapacidad, en esferas como su salud, la accesibilidad en los desastres naturales, la pobreza energética, la seguridad e integridad de las mujeres y niñas con discapacidad en espacios devastados y la situación de las y los migrantes climáticos. De igual forma, el CERMI muestra su compromiso decidido para sumar fuerzas que promuevan la sostenibilidad del planeta conforme a lo estipulado en la Agenda 2030.

RESUMEN

Este artículo da cuenta de la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad en 2019 en base un análisis, realizado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, CERMI acerca cumplimiento efectivo de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en España. Un total de 395 denuncias registradas ponen de manifiesto la gravedad de discriminación en España. Pero debemos ser optimistas pues en 2019 se han incrementado el número de avances frente al 2018, un total de 105. En este caso han sido reacciones de administraciones públicas ante denuncias vulneraciones a los derechos humanos a este grupo humano impulsadas por asociacionismo CERMI.

Personas con discapacidad- Derechos Humanos - España

ABSTRACT

This article reports on the situation of the human rights of people with disabilities in 2019 based on an analysis, carried out by the Spanish Committee of Representatives of People with Disabilities, CERMI, on effective compliance with the International Convention on the Rights of People with Disabilities in Spain. A total of 395 registered complaints highlight seriousness of discrimination in Spain. But we must be optimistic because last year the number of advances increased over 2018, a total of 105; All of them have been reactions from public administrations to complaints of human rights violations against this group of people, promoted by association CERMI.

People with disabilities- Human Rights- Spain.

