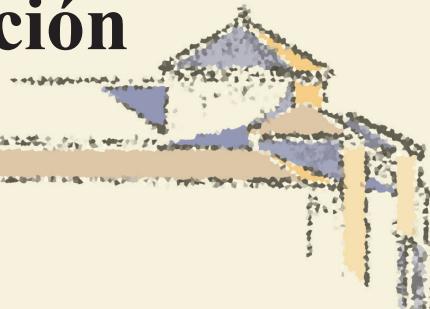


Parlamento y Constitución



Anuario

SUMARIO

I. ESTUDIOS

- Xavier Garaicoa Ortiz: "El modelo ponderativo de concordancia sistémica para un jurista intercultural".
Rafael Estrada Michel: "Soberanía y Constitución: Las categorías historiográficas de Maurizio Fioravanti en el análisis de la historia constitucional mexicana".
Sergio Siverio Luis: "Los límites de la lucha contra el transfuguismo: análisis sobre la constitucionalidad de la limitación de derechos políticos y económicos a los concejales no adscritos".
Ángel Patiño Amor: "Valoración constitucional de la disposición de la propia vida".

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

- Roberto Romboli: "Vacunas obligatorias y principios constitucionales: una importante decisión del Tribunal Europeo y una mirada a los problemas de vacunación contra el Covid-19".
M. Nieves Pacheco Jiménez: "Recorrido normativo por el derecho de acceso prioritario a vivienda protegida de las mujeres víctimas de violencia de género. Particular referencia a su regulación en Castilla-La Mancha".
Víctor Orozco Solano: "Competencia concurrente de la Sala Constitucional y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando se trata de la defensa del derecho protegido en el artículo 41 constitucional, en los casos denuncias o procedimientos ambientales".

III. RECENSIONES

- Alberto Oehling de los Reyes, al libro: David Delgado Ramos, "Problemas actuales del Derecho Parlamentario" (Thomson Reuters Aranzadi, 2018).
Jesús Padilla Gálvez, al libro: Hans Kelsen, "Hans Kelsen Werke" (Matthias Jestaedt en cooperación con el Hans Kelsen-Institut, 2020, 647 págs.).
María Ballester Cardell, al libro: Luis López Guerra, "El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo" (Tirant Lo Blanch, 2021, 391 págs.).
Miguel Ángel Sevilla Duro, al libro: Antonio López Castillo, "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia" (Tirant Lo Blanch, 2019, 1.720 págs.).
Rosa M. Fernández Riveira, al libro: Alberto Oehling de los Reyes, "Protección constitucional de la integridad personal del detenido y recluso. Medios de tutela jurídica nacional e internacional" (Aranzadi, 2019, 353 págs.).

IV. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

- María Martín Sánchez, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas* (2020).
M. del Pilar Molero Martín-Salas, *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha* (2020).
Joaquina Guerrero Sanz, *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria* (2020).
M. Elena Rebato Peño, *Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha* (2020).
Tomás Vidal Marín, *Libertad de información versus derecho a la propia imagen: comentario a la STC 27/2020, de 24 de febrero*.

V. NUEVO DERECHO TRANVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

- Francisco José Sierra Fernández: "El Estado de Alarma y el derecho a la información accesible a las personas sordas".

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

Santiago Gutiérrez Broncano

Vicerrector de Postgrado y Formación Permanente

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

Exletrado de las Cortes de Castilla-La Mancha

Francisco Javier Díaz Revorío

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM

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 Doctora 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

Francisco Javier Díaz Revorío

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM

SECRETARIA

María del Pilar Molero Martín-Salas

Profesora Contratada Doctora 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

Francisco Javier Díaz Revorío

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM.

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 Doctora 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 Diez-Picazo Giménez, Tribunal Supremo

Jorge de Esteban Alonso, Universidad Complutense de Madrid

Javier García Roca, Universidad de Valladolid

Ángel Garrone Morales, Universidad de Murcia

Ángel Gómez Montoro, Universidad de Navarra

Pedro J. González-Trevijano, Universidad Rey Juan Carlos

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

Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Tribunal Supremo

Luis López Guerra, Universidad Carlos III de Madrid

José Antonio Montilla Martos, Universidad de Granada

Joan Oliver Araujo, Universidad de las Islas Baleares

Alberto Pérez Calvo, Universidad Pública de Navarra

Javier Pérez Royo, Universidad de Sevilla

† Pablo Pérez Tremps, Universidad Carlos III de Madrid

Manuel Ramírez Jiménez, Universidad de Zaragoza

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Universidad de Jaén

Alejandro Saiz Arnaiz, Universidad del País Vasco

Remedio Sánchez Ferriz, Universidad de Valencia

Juan José Solozábal Echavarria, Universidad Autónoma de Madrid

Antonio Torres del Moral, Universidad Nacional de Educación a Distancia

Carles Viver Pi-Sunyer, Universidad Pompeu Fabra

Ernst Wolfgang Bückenförde, Universidad de Friburgo

Allan Brewer-Carias, Universidad Central de Venezuela

Ricardo Combellas, Universidad Central de Venezuela

Krystian Complak, Universidad de Wroclaw

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 Belaúnde, Pontificia Universidad Católica de Perú

Julietta Morales Sánchez, Facultad de Derecho de la UNAM

Peter Häberle, Universidad de Bayreuth

César Landa Arroyo, Pontificia Universidad Católica del 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 2021

Nº 22

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

Anuario



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 MariaPilar.Molero@uclm.es

Los originales remitidos irán acompañados del archivo informático, formato Word, espaciado interlineal 1,5. La extensión máxima será de 50 páginas. Los trabajos irán acompañados de las **referencias bibliográficas** y, en su caso, jurisprudenciales y legislativas, de acuerdo con los estándares académicos habituales. En todo caso se acompañará un breve **resumen** y enumeración de **palabras-clave** en 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: 1139-0026

Año: 2021

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2021 N° 22 —

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

ESTUDIOS

Xavier Garaicoa Ortiz

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

Rafael Estrada Michel

Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México con el nivel 2, adscrito al Instituto de Formación Profesional y Estudios Superiores de la Fiscalía General de Justicia de la Ciudad de México, y profesor en la Universidad de Quintana Roo.

Sergio Siverio Luis

Profesor Ayudante de Derecho Constitucional, en la Facultad de Derecho Universidad de La Laguna.

Ángel Patiño Amor

Doctorando en Derecho. Universidad de Castilla-La Mancha.

ARTÍCULOS Y NOTAS

Roberto Romboli

Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Pisa, Italia.

Mª Nieves Pacheco Jiménez

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha.

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

Alberto Oehling de los Reyes

Profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional de la UCM, Profesor contratado doctor de la Universidad de las Islas Baleares (en excedencia).

Jesús Padilla Gálvez

Profesor Ac. Titular de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha.

María Ballester Cardell

Universidad de las Islas Baleares. Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional de la Universitat de les Illes Balears.

Miguel Ángel Sevilla Duro

Profesor Universitario en formación y Doctorando en Derecho Constitucional. Facultad de Derecho de Albacete. Universidad de Castilla-La Mancha.

Rosa M^a Fernández Riveira

Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

CRÓNICAS Y COMENTARIOS

María Martín Sánchez

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

M^a del Pilar Molero Martín-Salas

Profesora Contratada Doctora 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.

NUEVO DERECHO TRANVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Francisco José Sierra Fernández

Licenciado en Derecho, en Ciencias Políticas y Sociología y Técnico Superior en Interpretación de Lengua de Signos.

ÍNDICE

I. ESTUDIOS

	<u>Págs.</u>
Xavier Garaicoa Ortiz: “ <i>El modelo ponderativo de concordancia sistémica para un jurista intercultural</i> ”.	11
Rafael Estrada Michel: “ <i>Soberanía y Constitución: Las categorías historiográficas de Maurizio Fioravanti en el análisis de la historia constitucional mexicana</i> ”.	47
Sergio Siverio Luis: “ <i>Los límites de la lucha contra el transfugismo: análisis sobre la constitucionalidad de la limitación de derechos políticos y económicos a los concejales no adscritos</i> ”.	77
Ángel Patiño Amor: “ <i>Valoración constitucional de la disposición de la propia vida</i> ”.	127

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

Roberto Romboli: “ <i>Vacunas obligatorias y principios constitucionales: una importante decisión del Tribunal Europeo y una mirada a los problemas de vacunación contra el Covid-19</i> ”.	177
Mª Nieves Pacheco Jiménez: “ <i>Recorrido normativo por el derecho de acceso prioritario a vivienda protegida de las mujeres víctimas de violencia de género. Particular referencia a su regulación en Castilla-La Mancha</i> ”.	201
Víctor Orozco Solano: “ <i>Competencia concurrente de la Sala Constitucional y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando se trata de la defensa del derecho protegido en el artículo 41 constitucional, en los casos denuncias o procedimientos ambientales</i> ”.	249

III. RECENSIONES

Alberto Oehling de los Reyes, al libro: David Delgado Ramos, “ <i>Problemas actuales del Derecho Parlamentario</i> ” (Thomson Routers Aranzadi, 2018).	271
Jesús Padilla Gálvez, al libro: Hans Kelsen, “ <i>Hans Kelsen Werke</i> ” (Matthias Jestaedt en cooperación con el Hans Kelsen-Institut, 2020, 647 págs.).	283
María Ballester Cardell, al libro: Luis López Guerra, “ <i>El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo</i> ” (Tirant lo Blanch, 2021, 391 págs.).	305
Miguel Ángel Sevilla Duro, al libro: Antonio López Castillo, “ <i>La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia</i> ” (Tirant Lo Blanch, 2019, 1.720 págs.).	317
Rosa Mª Fernández Riveira, al libro: Alberto Oehling de los Reyes, “ <i>Protección constitucional de la integridad personal del detenido y recluso. Medios de tutela jurídica nacional e internacional</i> ” (Aranzadi, 2019, 353 págs.).	331

IV. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

María Martín Sánchez, <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas</i> (2020).	339
Mª del Pilar Molero Martín-Salas, <i>Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha</i> (2020).	345
Joaquina Guerrero Sanz, <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria</i> (2020).	361
Mª. Elena Rebato Peño, <i>Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha</i> (2020).	393
Tomás Vidal Marín, <i>Libertad de información versus derecho a la propia imagen: comentario a la STC 27/2020, de 24 de febrero</i> .	405

V. NUEVO DERECHO TRANVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Francisco José Sierra Fernández: *“El Estado de Alarma y el derecho a la información accesible a las personas sordas”*.

421

TABLE OF CONTENTS

I. STUDIES

	<i>Págs.</i>
Xavier Garaicoa Ortiz: “ <i>The weighted model of systematic agreement for inter cultural justice</i> ”.	11
Rafael Estrada Michel: “ <i>Sovereignty and Constitution: The historiographical categories of Maurizio Fioravanti in the analysis of mexican constitutional history</i> ”.	47
Sergio Siverio Luis: “ <i>The limits of the struggle against transfugism: constitutional review of the restriction of unaffiliated councillors' political and economic rights</i> ”.	77
Ángel Patiño Amor: “ <i>Constitutional assessment of the disposal of own's life</i> ”.	127

II. ARTICLES AND NOTES

Roberto Romboli: “ <i>Compulsory vaccinations and constitutional principles: an important decision of the European Court and a look at the problems of vaccination against Covid-19</i> ”.	177
Mª Nieves Pacheco Jiménez: “ <i>Regulatory framework progress for the right of priority access to officially protected housing of women victims of gender violence. Particular reference to its regulation in Castilla-La Mancha</i> ”.	201
Víctor Orozco Solano: “ <i>Concurrent jurisdiction of the constitutional chamber and the administrative contentious jurisdiction, when it comes to the defense of the right protected in article 41 of the constitution, in the cases of complaints or environmental procedures</i> ”.	249

III. BOOK REVIEWS

Alberto Oehling de los Reyes, book review: David Delgado Ramos, “ <i>Current problems of Parliamentary law</i> ”. (<i>Thomson Routers Aranzadi</i> , 2018).	271
Jesús Padilla Gálvez, book review: Hans Kelsen, “ <i>Hans Kelsen Werke</i> ” (<i>Matthias Jestaedt in collaboration with Hans Kelsen-Institut</i> , 2020).	283
María Ballester Cardell, book review: LUIS LÓPEZ GUERRA: “ <i>The European Convention on Human Rights according to the case-law of the Strasbourg Court</i> ”. (<i>Tirant Lo Blanch</i> , Valencia, 2021).	305
Miguel Ángel Sevilla Duro, book review: Antonio López Castillo, “ <i>The Charter of Fundamental Rights of the European Union. Ten years of case law</i> ”.	317
Rosa Mª Fernández Riveira, book review: Alberto Oehling de los Reyes, “ <i>The constitutional protection of the personal integrity of detainee and prisoner: Means for the national and international legal protection</i> ”.	331

IV. CHRONICLES AND COMMENTS

María Martín Sánchez, <i>Jurisprudence of the Constitutional Court on autonomous communities (January 1, 2020 to December 31, 2020)</i> .	339
Mª del Pilar Molero Martín-Salas, <i>Legislative activity that Regional Parlament of Castilla-La Mancha (from january 1 to december 31 of 2020)</i> .	345
Joaquina Guerrero Sanz, <i>Activity of the Consultative Council of Castilla-La Mancha in constitutional and by-law matters</i> .	361
Mª. Elena Rebato Peño, <i>Constitutional, regional and parliamentary law activities review. (from january 1 to december 31 of 2020)</i> .	393
Tomás Vidal Marín, <i>Freedom of information versus the right to image: comment to the STC 27/2020, 24 of February</i> .	405

V. NEW TRANVERSAL RIGHT OF PEOPLE WITH DISABILITIES

Francisco José Sierra Fernández: *"The State of Alarm and the right to accessible information of deaf people"*.

421

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **Xavier Garaicoa Ortiz:** “*El modelo ponderativo de concordancia sistémica para un jurista intercultural*”.
- **Rafael Estrada Michel:** “*Soberanía y Constitución: Las categorías historiográficas de Maurizio Fioravanti en el análisis de la historia constitucional mexicana*”.
- **Sergio Siverio Luis:** “*Los límites de la lucha contra el transfuguismo: análisis sobre la constitucionalidad de la limitación de derechos políticos y económicos a los concejales no adscritos*”.
- **Ángel Patiño Amor:** “*Valoración constitucional del carácter fundamental del derecho a disponer de la propia vida*”.

EL MODELO PONDERATIVO DE CONCORDANCIA SISTÉMICA
PARA UNA JUSTICIA INTERCULTURAL

THE WEIGHTED MODEL OF SISTEMATIC AGREEMENT
FOR INTER CULTURAL JUSTICE

Dr. Xavier Garaicoa Ortiz¹

Universidad de Guayaquil, Ecuador

Recibido: 05-03-2021

Aceptado: 25-07-2021

¹ Ph.D. sobresaliente cum laude, Universidad de Castilla-La Mancha. Doctor en Jurisprudencia, Universidad de Guayaquil, Miembro numerario de la Academia de Historia. Profesor de post grado en Derecho Constitucional, Universidad de Guayaquil. xaviergaraicoa@yahoo.com

EL MODELO PONDERATIVO DE CONCORDANCIA SISTÉMICA

PARA UNA JUSTICIA INTERCULTURAL

Dr. Xavier Garaicoa Ortiz

"El racionalismo no es un valor universal sino el valor de una cultura determinada: la Occidental".

Adolfo Colombrés

Para garantizar el eficaz funcionamiento de una organización estatal plurinacional en su diversidad étnica y cultural, es preciso apelar a un supra ordenamiento de derechos humanos bajo el cual se preserve a favor de las comunidades y colectivos que cohabitán en su seno, una variedad de perspectivas para implementar el diseño propio que se ajuste a su desarrollo autónomo. Paralelamente, es indispensable que se fomente una libertad sin ingerencias ni interferencias en la vida interna de aquellas agrupaciones, para que sus integrantes puedan decidir ellos mismos la ruta a transitar hacia sus anheladas metas, permitiéndoles que hagan uso efectivo -en igualdad de condiciones- de su legítima capacidad para autodeterminarse.

Cabe sin embargo anotar que, previo a emprender cualquier ejercicio en torno a esa autonomía de afirmación identitaria para las raíces civilizatorias de los pueblos indígenas, es necesario recurrir al ejercicio conjunto de una hermenéutica intercultural de los derechos múltiples y variados en que se sustenta el ordenamiento social, de suerte que sea posible enfocar el alcance específico de los distintos dispositivos y mecanismos normativos que integran esa realidad compuesta. Para cumplir con dicho cometido integrador, una tal hermenéutica debería reunir los requisitos de ser pluritópica en la composición aglomeracional de las visiones que concurren a su formación desde diversos espacios, y, multi axiológica por las orientaciones diferentes que concurren a su constitución.

Una vez que hayamos dado cumplimiento con ambos requisitos, estaremos en capacidad de situarnos en un punto de enfoque caleidoscópico que nos permita avizorar de manera detallada y minuciosa, los componentes ineludibles requeridos para emprender en la construcción de un ordenamiento social flexible, acondicionado para recorrer en su trayecto las fluctuaciones de un curso caótico –con un patrón evolutivo no ordenado linealmente- por el cual suele transcurrir en su deriva. Tan sólo un ordenamiento del tipo señalado -edificado con los aparejos apropiados a su diseño pluricivilizatorio- podrá enfrentar los retos provenientes de las frecuentes turbulencias (*clinamen*), generadas mayoritariamente desde las potentes cuencas de atracción que se gestan alrededor de los centros de poder asincados en la globalidad, entre las cuales contamos entre otras: los efectos ambientales producidos por el cambio climático, el impacto mortífero de epidemias

virales, las fluctuaciones financieras y las constantes depreciaciones que sufren las materias primas, erosionando los términos de los intercambios globales y desestabilizando las finanzas públicas.

Para poder abordar críticamente la suficiencia que presentan las garantías en las condiciones sociales realmente existentes en nuestro país, concentremos nuestra atención sobre el tratamiento dado por la Constitución de la República del Ecuador (CRE en adelante) al derecho colectivo de los pueblos indígenas sobre sus territorios comunitarios, contemplado en el artículo 57 numeral 4 de la misma. Por medio de dicho texto se establece la propiedad sobre dichos territorios, consagrándola como el derecho a detentarla por las comunidades indígenas de manera imprescriptible, dándole para ello la calificación de propiedad comunitaria inembargable, inalienable e indivisible.

Mediante tal denominación de “tierras comunitarias” se configura una categoría extra dominial, provista de un estatus jurídico equivalente a una restricción impuesta sobre otro derecho, al que se le reconoce un carácter eminente en el sistema social y en las relaciones jurídicas, provocando una situación devaluatoria para la prevalencia normativa que le corresponde a la propiedad comunitaria en consideración a su carácter de sustrato material que permite ejercer una de las formas por la que se guía la organización de la producción conforme al artículo 319 CRE.

El mencionado aspecto principístico atinente a la propiedad territorial de los pueblos indígenas ve seriamente afectada su eficacia material por la disposición contenida en el numeral 5 del mismo artículo 57 CRE por la cual se la circscribe a una salvaguarda para la preservación del derecho de posesión, garantizada por su carácter de política pública regulada conforme a los preceptos del artículo 85 CRE. Como consecuencia de ello, pasa a convertirse en un resguardo tutelado administrativamente, cuya extensión debe ser delimitada mediante el respectivo acto institucional adjudicatorio.

Si de nuestra parte procedemos a considerar en su integralidad ambas perspectivas de la disposición invocada podemos constatar que, más allá de la cobertura otorgada por tan controversial precepto, corresponde a la comunidad como forma primigenia de organización social la titularidad sobre su territorio, al ser considerado elemento configurativo esencial del derecho colectivo a la autode-

EL MODELO PONDERATIVO DE CONCORDANCIA SISTÉMICA

PARA UNA JUSTICIA INTERCULTURAL

Dr. Xavier Garaicoa Ortiz

terminación para los pueblos indígenas² en virtud del principio constituyente de la plurinacionalidad, protegido a través de la garantía de inclusión y equidad por el que se rige el régimen del Buen Vivir, conforme dispone el artículo 340 CRE,

Examinemos ahora las disposiciones contempladas como Principios Generales del Régimen de Desarrollo en el Título VI de la norma suprema: En el artículo 277 CRE numeral 5 se prescribe como deber general del Estado: “Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y DEFIENDAN mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley” (los resaltados en el texto corresponden al autor).

Esta disposición invoca explícitamente un orden destinado a promover las “actividades económicas” e indirectamente, al omitir mencionar expresamente en su texto a las formas colectivas de trabajo y propiedad existentes en las comunidades, las excluye del orden social sistemáticamente juridificado. Se consagra así normativamente un inocultable tratamiento diferenciado a favor de las dos formas de propiedad plenamente desarrolladas en la modernidad: la pública y la privada, incluyendo en esas definiciones a las variantes de aquellas que van surgiendo en el desarrollo económico (consorcios asociativos entre ambas) y a sus derivaciones (empresas concesionarias de servicios).

2 Por sí misma, la propiedad jurídica sobre las tierras comunitarias no define la potencialidad que posee lo comunitario para desplegarse por el conjunto de las relaciones productivas y de forma global en la sociedad. Se trata de un espacio comunal donde se desarrolla un tipo de producción familiar ampliada, cuyo significado consiste en que sirve para expresar la resistencia colectiva al colonialismo sustentándola sobre el principio de autonomía. Tan sólo al convertirse en artefacto de movilización con proyección política destinada a alcanzar su presencia en instancias de representación estatal bajo la demanda de plurinacionalidad, la comunidad puede romper con su aislamiento y superar su dispersión e ir construyendo un sistema de autoridades comunales de rango nacional junto a una miríada de consejos o ayuntamientos al servicio de la liberación de los pueblos indígenas. En el transcurso de ese proceso emancipatorio se hará factible pasar a una producción colectivista de vasta escala como preveía Marx al referirse a la comuna rusa en el tercer borrador que elaborase en 1881 para responder a Vera Zasulich: “...la propiedad comunal de la tierra le ofrece la base natural para la apropiación colectiva, y su contexto histórico –su contemporaneidad con la producción capitalista- le suministra las condiciones materiales ya listas para implantar el trabajo capitalista en gran escala”. Véase el texto en SHANIN Teodor, 1990 p.157.

La consideración acerca del papel positivo que estaban llamadas a jugar las tradiciones comunitarias en la defensa de la posesión sobre la tierra y en el uso colectivo del agua y los pastizales, así como su conversión en propuesta básica para el desarrollo de nuevas formas sociales en la organización del trabajo, fue levantada en Ecuador desde mediados de los años veinte del siglo pasado por el fundador de la izquierda marxista, Ricardo Paredes (1898-1979) y por los históricos dirigentes indígenas, miembros del Partido Comunista, Jesús Gualavísi (1867-1962) y Dolores Cacuango (1881-1971). Véase sobre el particular “Una visión creativa e innovadora de la tradición marxista sobre la decolonialidad, la autonomía para los pueblos indígenas y el socialismo,” en: GARAICOA Xavier, 2019. Mucho más conocidos por lo demás, son los aportes teóricos hechos en el mismo sentido por el pensador peruano José Carlos Mariátegui (1894-1930) durante esos años.

La presencia en el texto constitucional ecuatoriano de esa norma nos conduce a una auténtica situación antinómica: Por una parte, tenemos la enunciación mediante la cual se consagra a la propiedad comunitaria como parte de un derecho colectivo (art. 57 CRE numeral 4) consagrado como fundamental por la propia configuración plurinacional que caracteriza al Estado ecuatoriano. Sin embargo, a pesar del mencionado aspecto principístico originario que acompaña a dicha norma en consideración a la naturaleza esencial de su contenido, la integridad de la misma se ve considerablemente mermada en su eficacia material a causa de su menoscabo frente a la disposición del art. 277 CRE, quedando reducida al papel de un resguardo territorial mediante su reconocimiento como título de restricción que limita al derecho absoluto de propiedad. En consecuencia, el papel que se le confiere dentro del ordenamiento constitucional es el de una garantía pública para asegurar una posesión territorial cierta dentro de linderos reconocidos, destinada al uso exclusivo de los pueblos indígenas.

Para su desenvolvimiento, se coloca a dicho territorio bajo la fuerza moral que le provee la tradición, costumbre ancestral consistente en el uso común de esas tierras. Sin embargo, para que la misma pueda consolidarse plenamente, precisa afianzarse en una permanencia prolongada de los vínculos colectivos de pertenencia, lo cual implica que se garantice la persistencia de éstos mediante el confinamiento del agrupamiento dentro de un preciso ámbito espacial, de tal suerte que se mantenga una sola identidad particular para los pobladores que habitan el mismo.

Por contraste, la citada prescripción normativa del art. 277 CRE al referirse a la propiedad privada y a la pública, las eleva al nivel de categoría económica central dentro de una relación social cabalmente juridificada en virtud de los derechos reales que se les atribuye a sus titulares. A causa de ese papel hegemónico que se le confiere dentro del conjunto de la sociedad, su ejercicio se despliega globalmente, sin encontrar ningún tipo de cortapisas, estructurándose para el efecto como una extensa trama integrada por un conjunto de nexos asociativos ciertos y precisos colocados bajo la regulación de la ley. Es precisamente recurriendo a esta cualidad que se los puede considerar como el núcleo duro del sistema económico mercantil capitalista que abarca el circuito producción-distribución-consumo; dentro de cuyo seno son celosamente custodiados en su ejecutoriedad por un conjunto de dispositivos e instituciones encargadas de velar por el derecho al resarcimiento de daños ocasionados y de sancionar el incumplimiento de obligaciones.

1. El ordenamiento normativo y el sujeto de derecho bajo las relaciones de poder en las condiciones del modelo jurídico colonial.

El conjunto compuesto por valores, categorías, principios, doctrinas, concepciones y normas que se articula como sistema jurídico organizado, impone sobre la sociedad un orden imperativo y coercible. Para cumplir con esa misión de dominio legitimado, dicho sistema remite su origen hipotético a un sujeto hipostasiado en su esencia sobre un sustrato atribuido de racionalidad y capacidad de discernimiento, identificable como característico de la civilización europea, al cual se lo conceptúa como si emergiese desde el común estado natural a través de su inserción en el respectivo orden jurídico contractual de ese continente, según aseveraba John LOCKE, 1689 (1985).

Tan *sui generis* sujeto jurídico abstracto, concebido como prototipo de una identidad homogénea excluyente dentro de la sociedad, en lo racial, en lo clasista y en lo concerniente al género -cuya contracara sería la difusa multiplicidad de individuos iguales que ocasionalmente en la vida pública activa la ciudadanía política durante los períodos electorales³-, no puede ser confundido con aquellos otros tantos sujetos múltiples y variados que existen y se manifiestan en la realidad concreta. Sin embargo, para mejor estereotipar el patrón que lo identifica e imponerlo modélicamente en las relaciones sociales, se considera para su desempeño como si el mismo estuviera condicionado por el espacio físico-natural y por el tiempo profano de la modernidad científica, en los cuales se circunscribe su actividad.

Con ese fin se sitúa la práctica formalizada que lo caracteriza dentro de un ámbito ficticio asignado como dispositivo judicial legalmente establecido, me-

3 De hecho, como consecuencia de la preponderancia que se le da en la vida política al método genérico de la representación electoral indiferenciada de la población que favorece el predominio de grupos selectos en la esfera pública, no sólo la mayoría de quienes alcanzan a ser calificados como ciudadanos aptos enfrentan una absoluta marginación en el acceso a los mecanismos diseñados para la participación decisoria de los asuntos públicos, sino que incluso en algunos casos, a ciertas categorías sociales se les priva injustificadamente de cualquier posibilidad de lograr su representación por efecto de disposiciones discriminatorias. Adicionalmente tomando en consideración otro plano, amplios sectores de la población debido a la precariedad en sus condiciones de existencia, se encuentran permanentemente sumidos en una situación de efectivo sometimiento originado en la posición subordinada que ocupan en las jerarquías funcionales, lo cual conduce a la pasividad en el ámbito político y a su invisibilidad social.

A todas esas formas de inequidad presentes en la actividad ciudadana se las considera por parte de los exégetas del capitalismo, como si fuesen el costo normal para mantener en funcionamiento al consenso complaciente con el *status-quo* y al equilibrio estable necesario para que permanezca inmóvil una gobernanza al margen del conflicto de intereses y a salvo de cualquier confrontación entre posiciones antagónicas que pudiera originar convulsiones graves al sistema.

diante el cual se puede establecer la vigencia actual de aquellos derechos reales que le permitan el dominio sobre las cosas; la prescripción que limita el tiempo para el ejercicio de su reclamo; los ámbitos territoriales donde se consagra su predominio; y, la preclusión dentro de los términos procesales fijados legalmente para su actuación reivindicatoria. Sin embargo, debido a que el derecho no agota sus efectos en el campo jurisdiccional, ese tiempo-espacio histórico-natural, formalizado normativamente en su asignación, no puede dejar de considerar entre sus coordenadas al transcurso de los acontecimientos provenientes de la actividad humana que se producen en la realidad, acarreando consecuencias jurídicas e impacto social.

El tiempo global instantáneo del que nos habla Virilio⁴ -sobrevenido por la concurrencia de los cambios científicos, tecnológicos, cognitivos y comunicacionales originados dentro de un proceso social de expansión ilímite en los intercambios (la “globalización”)- nos permite apreciar nuevas propiedades emergentes en la realidad como ser: la simultaneidad de las acciones desplegadas en campos continuos pese a la distancia que los separa, las iteractividades asimétricas entre sistemas diversos, la transitoriedad de las situaciones en los sistemas vivos y artificiales, la aparición-desaparición constante de vínculos inter e intra sistémicos que conducen al surgimiento de acontecimientos aleatorios con sus respectivos desenlaces socio-naturales, así como la multiplicación y diversificación de centros de poder y de jerarquías móviles.

Tomando en cuenta las condiciones anotadas, la previsibilidad subjetiva correspondiente a quien tiene el control de la acción sobre los efectos que pudiesen tener estas, y por tanto la determinación de las respectivas responsabilidades culposas, se torna incierta bajo ese entorno sistémico de complejidad, generándose por ende una confusa situación para la aplicación de la regulación jurídica, sustentada en preceptos que deben ser seguidos en las situaciones hipotéticas que fija la norma. Emerge a cambio la dimensión ética que alabares el cuidado debido hacia nuestros congéneres y a la naturaleza, expresada en cuanto servicio y función operativa bajo la multiplicidad de facetas y expresiones que adopta en la vida so-

4 “...allí donde el tiempo local supo ‘hacer la historia’ a partir de nuestra geografía, el tiempo mundial determina su abolición, al menos en su localización actual, puesto que el ESPACIO-MUNDO cede lugar al tiempo, pero al TIEMPO-MUNDO de una trayectoria instantánea y sin referencia al suelo o a la superficie; la interfaz de la emisión y de la recepción instantánea reemplaza al conjunto de las superficies constitutivas del espacio material.” VIRILIO Paul, 1997 p. 177: *La velocidad de liberación*. Ediciones Manantial, Buenos Aires.

cial (RODOTA Stefano: 2010)⁵, considerado como un elemento fundamental para la práctica del principio de solidaridad que impone el artículo 83 CRE, junto a los restantes deberes y responsabilidades.

Esta nueva perspectiva brinda un enfoque amplio por medio del cual se pueden valorar las actuaciones en función de la repercusión e impacto que eventualmente ocasionen sobre la igualdad y la dignidad colectiva, así como por la posibilidad de gestar desde el mismo un compromiso activo con la supervivencia de la humanidad y con la preservación de la naturaleza. Esos mandatos morales, convertidos en objetivos sistémicos de la inclusión y equidad social conforme al texto del artículo 340 CRE permiten construir un proyecto compartido, cuya meta consiste en alcanzar un régimen de convivialidad socio-natural designado como del buen vivir.

En un sentido contrario a las innovadoras exigencias éticas que demanda este espacio-mundo emergente, las añejas estructuras coloniales de poder continúan consagrando un espacio y un tiempo diferenciado para su desarrollo, consagrando una situación de injusticia epistémica⁶ para el tratamiento de los distintos tipos de saberes relacionados con el derecho.

En cuanto a la primera de esas categorías, constatamos que la misma hace referencia a la ubicuidad de un sujeto territorializado, situado en su calidad de productor de normas y de saberes jurídicos en localizaciones precisas: el Norte globalizante y el Sur globalizado. En la ocupación de alguno de los lugares correspondientes a esos emplazamientos contrapuestos, se expresa la relación diatópica en que se confina al sujeto en concordancia con su posición social; basculando su identidad entre una relación de dominación y otra de sometimiento que se le presentan cual posiciones contrapuestas dentro de un mismo campo de interacción social. Rastreando la huella del sitial donde se desenvuelve su actividad en

5 “...la sociología de las emergencias sustituye la idea mecánica de determinación por la idea axiológica del cuidado. La mecánica del progreso es, de este modo, sustituida por la axiología del cuidado”. SANTOS Boaventura de Sousa, 2010 p. 26. *Descolonizar el saber, reiventar el poder*. Ediciones Trilce, Montevideo

6 “...este tipo de injusticia epistémica emana de un vacío existente en los recursos hermenéuticos colectivos (es decir, de un vacío en las herramientas de interpretación social que compartimos), donde no es casual que la desventaja cognitiva producida por ese vacío afecte de manera desigual a diferentes grupos sociales. Más bien, la desigual desventaja se deriva del hecho de que los miembros del grupo más desfavorecido por este vacío quedan en cierta medida marginados hermenéuticamente; es decir, participan de forma desigual de las prácticas a través de las cuales se generan los significados sociales”. FRICKER Miranda, 2017 P.25: *Injusticia epistémica*. Herder editorial S.L. Barcelona.

dicho sistema, arribaremos a la matriz epistemológica de la que se sirve para encauzar su accionar, lo cual permite identificar la orientación cognitiva y valorativa que elige para su práctica a partir de la posición que ocupa en el sistema dado de las relaciones sociales.

En lo que respecta al tiempo –a contracorriente de las complejas tendencias que operan en la realidad⁷- se considera que el mismo transcurre en torno a la actividad característica de ese sujeto jurídico, adquiriendo en consecuencia un sentido exclusivamente lineal y unidireccional, cuyo punto de referencia asumido se ubica en el presente actual -tal cual éste se presenta en el campo de las relaciones jurídicas vigentes- concibiéndolo para el efecto, como si fuera la culminación lógica de una evolución proveniente del pasado, adonde se encontraría el origen para dichas relaciones en las proto instituciones consideradas como precedentes de las actuales. Así miradas las cosas, al futuro le correspondería únicamente asegurar de manera cierta que se produzca un movimiento de continuidad en sucesión causal encadenada silogísticamente como resultado de los procedimientos que garantizan el funcionamiento de las instituciones.

Otra de las variantes que adopta ese movimiento reiterativo proviene de las reformas efectuadas con la finalidad de llevar a cabo ciertos cambios en las relaciones jurídicas existentes, para mejor encuadrarlas dentro del marco conformado por valores ético-jurídicos -presuntamente inamovibles en su permanencia- sujetándolos en su eficacia a la aplicación de otros tantos principios, calificados a su vez como incuestionables. Con esa premisa resulta totalmente inadmisible cualquier posibilidad de recurrir a otra temporalidad diferente a la consagrada, que pueda servir como medida para fijar las referencias cronológicas dentro del campo en que se desenvuelve el Derecho. Igual consideración se aplica para descalificar cualquier indicio de cuestionamiento acerca del sentido en el que marcha su evolución, identificado con la sucesión lineal progresiva dentro del orden ya fijado.

Afianzándose en tales presupuestos, el presente para los saberes jurídicos en los sitios de reproducción colonial consiste en su relación con el mayor o menor grado de celeridad que se imprima a la actividad jurídica para llevar a cabo la imitación

⁷ "...Con la repentina pero discreta 'dilatación del presente', de un presente mundializado por las te-
le-tecnologías, el tiempo presente ocupa el lugar central, no solamente de la historia (entre pasado y
futuro) sino, sobre todo, de la geografía del GLOBO, al punto de que se acaba de introducir un nuevo
vocablo, el de GLOCALIZACION (glocalization), para designar esa recientísima centralidad del tiempo
real". VIRILIO Paul, 1997 p. 178 obra citada.

de los saberes consagrados⁸. Esta sería la única posibilidad existente de garantizar una correcta aplicación del paradigma jurídico de la modernidad colonial, y a futuro, una incierta e improbable homologación para la producción colonial derivada de este proceso de recepción y acogida de los principios considerados universales.

La contraposición existente entre los diversos postulados sobre lo jurídico -manifestada en los términos de la fundamentación que se les asigna desde la colonialidad epistémica en consideración a su actualidad presentista y a su ubicación privilegiada- se torna aún más evidente para el caso del derecho propio de los pueblos indígenas. Su comprensión de la realidad como un todo no separable del que forman parte la naturaleza, la comunidad y el mundo simbólico-espíritual, refuerza la visión colectiva de estos acerca de la unidad primigenia compartida por el tiempo y el espacio, indisolublemente ligados a esa realidad natural antropomorfizada con la que forman un anillo cósmico en perpetua dinámica regenerativa (ESTERMAN Josef, 1998).

Esa concepción les permite reorientar su perspectiva dentro de un horizonte que contiene un sentido regresivo hacia la reconstitución del originario orden dual del universo (*Pachakuti*), donde convergen momentáneamente los contrarios fusionándose en una unidad indistinta concebida como el punto de partida para un nuevo comienzo en espiral recursiva. Estaríamos ante una concepción narrativizada surgida de la observación del proceso espontáneo que persistentemente nos reconduce hacia el principio originario por el que se guía la realidad: el de la dualidad.

Las consideraciones señaladas nos colocan ante la presencia de una *tawa léctica*⁹ que versa sobre el movimiento circular en que se desenvuelve la reali-

8 "...Los jueces son gente de violencia. Dado que ordenan violencia, lo que caracteriza a los jueces no es crear derecho, sino destruirlo. El cargo que ocupan es jurispático: ante el florecimiento de un centenar de tradiciones legales, su tarea es la de afirmar que sólo una es derecho y destruir o tratar de destruir el resto". COVER Robert, 2002 p.88: *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destrutivo en la interpretación judicial*. GEDISA editorial, Barcelona.

9 *Tawa* significa cuatro en quichua. El término se refiere entonces a un movimiento de duplicación global dentro del cual se unen los opuestos confrontados en las distintas manifestaciones de la realidad: el hombre y la mujer, el lugar de arriba y el de abajo, la tierra cultivada y la naturaleza, los cielos y el mundo infra telúrico, etc. Con la reproducción de la fuente de la dualidad se inicia un nuevo momento de desarrollo para reintegrar el curso de la totalidad. Ese movimiento cíclico reproduce la rotación astral de las estrellas que componen la constelación de la Cruz del Sur representada en la tradicional *chakana* o cruz andina, conformando cuatro brazos de similar tamaño unidos por un escalón lateral en cada uno de ellos, construidos sobre dos ejes, el uno vertical y el otro horizontal, evidenciando así su armonía y proporcionalidad. En el centro, la *chakana* ostenta una espiral simbolizando la circularidad de la vida.

dad, a partir del vínculo conexo por partida doble existente dentro de esa totalidad: entre los contrarios inescindibles por un lado y de cada uno de ellos con los restantes elementos de la realidad, formándose de esa manera dos conjuntos difusos en torno a los principios que comparten la dualidad dentro de una constelación donde predomina temporalmente el equilibrio entre sus componentes. De allí la cuádruple relación que se conforma en ese movimiento de doble conexión dialéctica (*tetraléctica*): la que se da entre los dos contrarios, en relación de oposición, y, entre cada uno de ellos por separado con el universo natural y comunitario, en relación de complementariedad.

A partir de esa revisión en torno a sus creencias básicas que emprende la comunidad al dar comienzo a un nuevo ciclo con el *Pachakuti*, se replantean las bases de su actividad invocando para ello los principios a los que se considera deberá ajustar su accionar en lo sucesivo. Se trata en esencia de un renacer que, al reforzar sus tradiciones esenciales, innovándolas y reformulándolas para afrontar las nuevas condiciones, afianza y potencia los valores compartidos.

Como se aprecia, estamos en presencia de una base epistémica cosmogónica e innovable periódicamente que sirve para construir una relación conectiva con el pluriverso múltiple y variado¹⁰ en el que se desenvuelve la práctica comunitaria, proveyéndole de un sentido societario diferente al que consagra el derecho europeo en la sociedad de producción e intercambio mercantil.

2. El modelo colonial del derecho y la subordinación de los diversos saberes y prácticas jurídicas.

El modelo colonial del sistema jurídico es concebido de forma excluyente como una construcción racional erigida alrededor de un sujeto “natural,” productor de un tipo de derecho identificado dentro de un espacio euro-atlántico e integrado por dos

El estudio de las formas históricas que asume la dialéctica para comprender la racionalidad de la vida social, condujo por su parte a Hegel a formular una doctrina sobre el devenir del ser entendido desde su contradicitoriedad, como sostiene en *La Ciencia de la Lógica*, 1812-1816 (1956), libro I La doctrina del ser (véase en particular de la tercera sección, el capítulo tercero: El devenir de la esencia). Edgar Morin (1990) por su parte, nos habla del tetragrama epistemológico actual proveniente de la complejidad macro-cosmo-física que combina el orden, el desorden, la interacción y la organización.

10 “Un rasgo ontológico de lo que llamo pluriverso es que no se conoce todo de manera total, automática, sino que se avanza combinando especializaciones y articulando la unidad; es decir, no hay el conocimiento sino diversos conocimientos, que a veces pasan por la especialidad y en otros momentos por la articulación y unificación”. TAPIA Luis, 2014 p.16: *Universidad y pluriverso*. CIDES UMSA, La Paz.

EL MODELO PONDERATIVO DE CONCORDANCIA SISTÉMICA

PARA UNA JUSTICIA INTERCULTURAL

Dr. Xavier Garaicoa Ortiz

familias cercanas: romano-germánica la una, y anglo estadounidense la otra. Su estructura se fundamenta en la oposición entre un saber reputado como auto poiético por su suficiencia y completitud, y otro, reducido apenas a la consideración de una actividad mimética de reproducción¹¹. Al primero de ellos se le asigna un alcance universal mientras que al segundo, apenas un reconocimiento local. Aquel merecería la calificación de “ciencia jurídica” racional, en una pretensión que es llevada en ocasiones hasta los límites del paroxismo, mientras que para el otro alcanza simplemente con aplicarle la consideración de costumbre etno-cultural, reconocida para un grupo cuyo nivel civilizatorio se considera ínfimo e incluso inexistente.¹² Este exclusivismo de tipo epistemológico que data del periodo formativo de la modernidad colonial euro-atlántica (s. XVI-XVII), es la contraparte implícita del universalismo abstracto atribuido a la episteme científica y a sus derivaciones aplicadas por medio de las correspondientes tecnologías instrumentales.

Desde esa perspectiva tendríamos en consecuencia, un discurso sustentado sobre el lenguaje jurídico, consagrado estatalmente en su formalidad y validado

11 Juan David García Bacca, en el estudio introductorio que hace a *La Poética* de Aristóteles, s. IV a. c. (2000). deja sentado que, según el criterio del estagirita, entre los seres humanos (entes), la *poiésis* implica la actividad de un sujeto autónomo orientada hacia una creación artificial, fabricada siguiendo un plan que le imprime su orden, valiéndose de la palabra para lograr ese fin. La mimesis por su lado, sería una reproducción imitativa efectuada de tal manera que presencialice artísticamente lo artificial. No una mera copia, sino un auténtico retrato de la creación poética. Al respecto, viene a la mente en toda su dimensión la aseveración del insigne pensador peruano José Carlos Mariátegui, quien, con singular agudeza, tempranamente advertía que la revolución en los países latinoamericanos, no sería ni calco ni copia (*mimesis*), sino creación heroica (*poiésis*).

12 La disimilitud en el contenido del derecho considerando sus diferentes contextos históricos, se va evidenciando por parte de Marx en el transcurso del proceso cambiante durante el cual da forma a los métodos que emplea para llevar a cabo su investigación social concreta: La inversión crítica que opera sobre el idealismo trascendental hegeliano siguiendo el rastro de Feuerbach, lo lleva a concebir al lenguaje jurídico contemporáneo como expresión acabada de una lógica racional enajenada frente a la realidad de la vida social en los ensayos contenidos en *La ideología alemana*, 1845 (1968, pp.383 y 388), rescatando la potencialidad de los derechos al proyectarlos a la comunidad.

Al proponer como hipótesis su propio método dialéctico en su obra acerca de las *Líneas fundamentales de la crítica de la Economía Política*, 1846 (1978) y emplearlo profusamente en ella para examinar las formas precedentes al capitalismo en Europa, así como en el tomo I, capítulo XXIV de *El capital*, 1867 (1973) al estudiar la acumulación originaria del mismo, arriba en este último estudio a la conclusión de que se trata de una construcción argumental con fuerza estatal coercitiva, destinada a implementar un dominio clasista. Ya en su edad madura, volcado al examen de las consecuencias que acompañan a la expansión global del capitalismo, se enfrenta vigorosamente con el enfoque supremacista de los funcionarios coloniales ingleses al alegar estos como justificativo para sus desmanes, la supuesta superioridad de su régimen sobre el retraso de la India que se lo achacan al ordenamiento comunitario. Marx, al rescatar el igualitarismo colectivista en que se fundamentaba la comunidad, desecha expresamente su justificación por medio de la visión evolucionista progresiva que se le imputa al derecho (véase sus escritos sobre la comunidad ancestral editados por la Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2015).

académicamente en calidad de vehículo expresivo que permite el acceso a este tipo de saber racional ubicado en un rango cultural superior. Por contraste tenemos en el caso del derecho tradicional indígena, el uso consentido de lenguas calificadas como subalternas al ser consideradas infradesarrolladas por su limitada expresividad; clasificables tan sólo como sociolectos que cumplen un papel ségnico o simbólico entre aquellos grupos reputados como primitivos o retrasados.

En este caso, el vocabulario que refleja la experiencia costumbrista por la que se guía la tradición -previamente a ser considerado como comparable con el léxico jurídico- requeriría ser traducido a los conceptos contenidos en el mismo para que se dé consentimiento explícito a sus términos y se les reconozca por parte de la razón jurídica, un cierto nivel aceptablemente comprehensivo para su empleo. Ese ejercicio de traslación idiomática, al tolerar un uso restringido de las lenguas indígenas en la actividad judicial, les reconoce un rango de dialecto menor dentro del sistema jurídico imperante, dejando de lado su gran riqueza onomatopéyica¹³. Con esa finalidad, las correspondientes academias lingüísticas o científicas y los consejos de los pueblos indígenas que detentan la autoridad comunitaria, conformarían los respectivos círculos hermenéuticos para sus respectivos ámbitos, cuyas distintas capacidades para la producción de saberes se encuentran debidamente reconocidas para cada uno de ellos.¹⁴

Pero los efectos de la colonialidad en este específico campo del saber no sólo se manifiestan en la mencionada distinción asimétrica impuesta para diferenciar entre sí a los sistemas jurídicos moderno y tradicional, sino que también se extiende al “uso colonizado de la razón” (FORNET-BETANCOURT Raúl, 2004), abarcando a las múltiples manifestaciones “mestizadas” de producción jurídica.

13 “..La palabra restringe la posibilidad de entendimiento y la enmarca en lo conocido, esto desemboca en la imposibilidad de traducción de algunas palabras, pues su significado es asociado a un significante similar, aunque no en todos los casos llega a nombrarlo” BRIEGER VALENCIA Katerin s/f.”La toma de la conciencia lingüística: el pluralismo lingüístico.” En: *Pluralismos. II tesis*. Centro de Estudios Constitucionales, Universidad Católica Boliviana “San Pablo”.

14 Esos tipos sociales y cognitivos que se presentan como oposiciones insuperables y distancias insalvables, son característicos de la modernidad capitalista y del proceso de expansión colonial europea -iniciado con la conquista de Amerindia- cuyo contenido se expresa mediante una “dialéctica encubridora” entre amo y siervo, soberano y súbdito, la misma que permitiese construir categorías sociales en el marco de un debate referido a una esencialidad de la naturaleza humana definida desde una perspectiva eurocentrada, las cuales se consideraban atribuidas exógenamente en consideración a su pertenencia racial o de género, a sus creencias religiosas (monoteístas e idólatras) y a la clasificación asignada para su nivel cultural y organización social entre “civilizados y salvajes”: los colonos europeos y los indígenas, respectivamente. Véase al respecto de DUSSEL Enrique, 1994: *1492 El encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad*. Ediciones Abya Yala, Quito.

ca que se dan en torno al paradigma dominante. Junto al ya mencionado vasallaje institucionalizado al que se somete el saber jurídico tradicional, nos encontramos en la práctica jurisprudencial de nuestros países con otra faceta de la colonialidad para la producción jurisdiccional: aquella que adopta en nuestro medio la forma de subsunción doctrinaria ante las teorías metropolitanas del derecho. Esta subproducción conceptual se concreta mediante la recepción y adecuación del corpus teórico de aquellas para trasladar dicha “traducción” a la estructura de una discursividad reformulada mediante una lectura ecléctica de lo receptor, por medio de la cual se combinan variados elementos doctrinarios e incluso concepciones opuestas, extraídos tanto de ese corpus modélico preferente como de otras construcciones jurisprudenciales concurrentes.

Como consecuencia de tal mixtura, se abre paso a la producción de un hipertexto configurado como red abierta de enlaces que, al prolongar hacia otra realidad el discurso original, permiten una intertextualidad dentro de un particular campo semántico flexible (*stretchtext*)¹⁵, cuyo contenido semiótico variado y diversidad de sentidos simbólicos, lo torna disímil con su matriz original. La consagración del producto doctrinario derivado de esas lecturas se produce en el ambiente de recepción conformado por círculos hermenéuticos con una capacidad de interpretación y argumentación de menor intensidad productiva, por lo que su sinergia comunicativa lo conduce a girar concéntricamente, de manera exegética, en torno a la gran teoría previamente consagrada.

El producto de esta suerte de “palimpsesto” semántico (LOPEZ MEDINA Diego, 2004), aun cuando adquiera un carácter declaradamente post colonial¹⁶, mantiene sin embargo en su formulación y en su expresividad, la marca de origen metropolitano. Pese a ello, los efectos que producen tales “traducciones” sobre nuestros ordenamientos pueden variar en base a los distintos contextos socio-jurídicos adonde se los empleen y al sentido que se les asigne dentro de los mismos. Tendremos por una parte, determinadas lecturas y aplicaciones prove-

15 Contrariamente a lo que se cree, el hipertexto no es tan solo la designación con que se conoce a una aplicación informática que agrupa a bloques de textos enlazados (*lexias*) mediante vínculos electrónicos (*links*). Es también, y básicamente, una conexión directa entre distintas posiciones situadas en el texto de un mismo discurso, es decir, un modo de no linealidad en la comprensión de éste. La agregación de nuevos elementos lo torna complejo en su textura, permitiendo variadas lecturas intertextuales de orientación distinta e incluso contrapuestas entre sí. Véase de Espen J. Aarseth: “No linealidad y teoría literaria”, en LANDOW P. George, 1997: *Teoría del hipertexto*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona.

16 La emergencia de un nuevo cosmopolitismo global que actualiza los motivos del colonialismo epistémico, ha sido analizado por la investigadora india Gayati CHAKRAVORTY SPIVAK, 2015: *Critica de la razón poscolonial. Hacia una historia del presente evanescente*. Ediciones Akal S.A. Madrid.

nientes de esa fuente que, al ser desplegadas sobre las prácticas jurídicas promovidas desde el poder, debido a la complaciente visión de sometimiento y sumisión empleada en su enfoque, se convierten en doctrinas fuertemente funcionales al sistema de dominación y opresión¹⁷. Pero asimismo nos encontramos con otras tantas aplicaciones concretas que, aun cuando emergen igualmente del mismo sitio de producción híbrida, propician sin embargo con su enfoque crítico, ciertos usos alternativos para algunas de dichas prácticas, los mismos que podrían catalogarse como tendencialmente emancipadores.

En base a lo expuesto podemos concluir que el derecho, al ser reducido a la producción subjetiva y arbitraria de reglas provenientes de un sujeto abstracto, se ve convertido en un fetiche al que se venera por cuanto se le atribuye un supuesto poder para consagrarse la igualdad en derechos, reconocida por sus oficiantes exclusivamente para los fieles que le profesan obediencia.¹⁸

3. La conexión entre el derecho formalizado como norma y el derecho como expresión de la tradición en los pueblos indígenas.

En lo concerniente a las normas fundamentales -cuyo contenido se encuentra conformado por principios orientadores para la actividad regulada finalísticamente en un Estado constitucional- se presenta la necesidad insoslayable de configurar los significados a los que se debe atender para su práctica, asumiendo que conforman un conjunto semántico dúctil, indefinible a priori, modular y expandible por su maleabilidad¹⁹. Por tratarse de principios ordenadores del conjunto

17 “...cuando hay una participación hermenéutica desigual en algún(as) área(s) significativa(s) de la experiencia social, los miembros del grupo desfavorecido viven marginados hermenéuticamente. La idea de marginación es una idea político-moral que indica subordinación y exclusión de una práctica que tendría valor para el participante”. FRICKER Miranda, 2017 p. 246: obra citada.

18 Un importante papel en ese proceso consagratorio del derecho como fetiche lo juega la formación profesional del jurista, al atenerse para alcanzar las competencias pertinentes a los programas educativos vigentes a nivel superior y de post grado en la carrera de Derecho, cuyos currículos se guían por el patrón jurisprudencial románico y el anglo sajón. Sobre este importante aspecto véase de SALAMANCA SERRANO, Antonio, 2016: *El fetiche jurídico del capital: hegemonía global mediante los estudios de derecho*. Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito.

19 Consideramos como tal a un ordenamiento simbólico imaginado, construido en torno a las específicas categorías, convicciones y proposiciones presentes en el lenguaje designativo que se emplea para expresar lo jurídico, o en el figurativo al que recurre la tradición, cuya articulación se efectúa conforme a reglas establecidas socialmente sobre el significado que se le reconoce a cada uno de sus componentes dentro de los diversos saberes comunicacionales, lo cual permite que estos sean traducibles semióticamente en signos fonéticos y/o en señales icónicas representativas. Por medio de este conglomerado relativamente

EL MODELO PONDERATIVO DE CONCORDANCIA SISTÉMICA

PARA UNA JUSTICIA INTERCULTURAL

Dr. Xavier Garaicoa Ortiz

social, la dinámica contingente que los anima se ubica en el campo de interacción donde se despliega una relación fluctuante entre las diferentes magnitudes de poderío desencadenadas por cada una de las distintas fuerzas sociales (su potencia real), el cual encuentra su expresión en la orientación que prima circunstancialmente en las instituciones administrativas y jurisdiccionales. Se la puede también situar, simultáneamente, en los espacios instituidos para la producción del conocimiento social -copados por formaciones discursivas y todo tipo de relatos simbólicos-, lugares donde se consagra la hegemonía cultural de alguna o algunas de las concepciones ideológicas formadas en torno al contenido ético de los saberes político-jurídicos; entre los cuales podemos mencionar a los sitios de producción y difusión científica y académica, los medios de comunicación, los aparatos formativos y disciplinarios, etc.

La estructura de ese conjunto semántico dúctil será la resultante de la interpretación lógico-hermenéutica aplicada a un enunciado formulado prescriptivamente por medio de la disposición contenida en un texto vigente, cuyas regulaciones, por ser imperativas, se destinan a encaminar la actividad relacionante que estarían llamados a emprender los grupos sociales. Dicha enunciación configura una intencionalidad referenciada que debe ser perseguida en el contexto de un ordenamiento jurídico dado (el correspondiente al Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico; conforme lo define en sus componentes el artículo 1 CRE), y en concordancia con una fórmula política que cobije en su dispositivo diversos principios ideológicos y enfoques axiológicos, capaz de permitir la confluencia dentro de su enunciación para distintos proyectos de sociedad, promovidos por los actores sociales (CANOSA USERA Raúl, 1988).

En lo tocante a la fórmula política prevista por la constitución ecuatoriana podemos señalar que, según su Preámbulo, consistiría en el mandato de construir una nueva forma de convivencia ciudadana en diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir, el Sumak Kawsay, tomando como mecanismo para su implementación, a los principios de la democracia participativa contenidos en el artículo 95 CRE: igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. Sin embargo, dejamos sentado expresamente que, en base a los mismos principios proclamados pa-

cohesionado, se relacionan convencionalmente los integrantes de un grupo o comunidad con la realidad de su entorno y con la institucionalidad que construyen para preservar su convivencia. Véase sobre este tema CURBEIRA CANCELA Ana, compiladora, 2014: *Teorías lingüísticas: concepciones y corrientes*. Editorial Universitaria Félix Varela, La Habana.

ra la diversidad por la constitución ecuatoriana, el significado prescriptivo atribuido como normativa puede ser también extraído del sentido que se infiere de una praxis colectiva, convirtiéndose gracias a ella en normas sociales por las que se rigen los comportamientos característicos del agrupamiento (su *nomos*).

Dentro de este divergente conjunto de reglas opuestas (*paranómicas*) que confluyen dicotómicamente dentro del campo jurídico, le corresponde un sitio destacado al derecho indígena por el cuestionamiento integral que implica su permanente confrontación con la concepción que promueve el liberalismo acerca del derecho como producto tácito de un consenso contractualista del que derivaría la norma, y, por la resistencia que opone ante el empleo del positivismo jurídico como sustento para la actividad estatal. Gracias al contenido comunitario de su práctica y a la orientación colectivista de su consmovisión, sirve para mantener la cohesión a las estructuras comunales, facilitando su reproducción constante.²⁰

Apertrechándose en ese relato nómico con fuerza vinculatoria (COVER, 2002), los pueblos indígenas constantemente negocian con el poder las condiciones de su integración al interior del pacto colonial en el que se sustenta la diversidad como fundamento del Estado. Ello les permite mantener de manera recurrente en la agenda de la sociedad problemas como el de las identidades étnicas y la diferencia, los derechos colectivos y la relación con el entorno, la autonomía comunitaria y el control sobre los territorios, incluyendo los recursos naturales que contienen y el patrimonio que conforman sus saberes colectivos sobre aquellos.

La interculturalidad permite conectar los principios incommensurables de los sistemas jurídicos disímiles existentes en Ecuador -a diferencia del multiculturalismo cuyo objetivo es promover una integración subordinante de las culturas subalternas promoviendo con ese fin estándares construidos jerárquicamente-. Por el contrario, la interculturalidad, consiste en un diálogo entre saberes diferentes reconociendo que persiguen objetivos disímiles para alcanzar los cuales apelan en sus prácticas a instrumentos distintos y a explicaciones divergentes. La Corte Constitucional ecuatoriana lo formula de la siguiente manera:

el diálogo intercultural, como lo señala Oscar Guardiola Rivera, no es

20 Según sentencia de la Corte Constitucional No. 113-14-SEP-CC, caso No. 0731-10-EP, el objetivo que “...busca la runa justicia es la protección de la comunidad o el aylluna alli kausay, el buen vivir entre familias y el estar ‘integrado’ a la comunidad, el proteger la convivencia armoniosa, pacífica , amistosa entre todos y con todo lo que nos rodea” (...) “AYLLU, LLAKTA, PACHAMA, PACHA” (la comunidad, la tierra, la naturaleza y el cosmos, N. del A.).

otra cosa que 'el diálogo entre las diferencias epistémicas que, al existir posiciones hegemónicas, son luchas cognitivas que tienen que ver con el modo en que diferentes pueblos hacen uso de diversas formas de producir y aplicar conocimiento, para relacionarse entre sí, con otros, con la naturaleza, con el territorio, con la riqueza, con la sociedad diversa' (la cita se encuentra en el texto de la sentencia No. 0008-09-SAN-CC, caso No. 0027-09-AN).

Al hilo de lo expuesto y en referencia a la interpretación intercultural, el mencionado organismo de control constitucional dejó establecido que la misma “... no es otra cosa que la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aun tratándose de pueblos indígenas (ibíd.). Para dar más precisión y exactitud a los términos con que fundamenta su decisión, la Corte Constitucional no duda en enunciar ciertas reglas para una interpretación en clave intercultural, remitiéndolas en su formulación a la que dejase establecida mediante sentencia la Corte Constitucional colombiana. Ellas serían: “...a) *A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía; b) Las normas legales imperativas no deben ser invocadas por el solo hecho de existir como norma; c) Los usos y costumbres de una comunidad priman sobre las normas legales dispositivas*” (ibíd. supra).

Un conjunto de diálogos jurídicos se desarrollan en campos variados de la sociedad ecuatoriana, entrelazando diversos enfoques entre sí o yuxtaponiéndolos, desplegándose en distintas sedes judiciales con el objeto de compatibilizar lecturas diferentes en torno al derecho implicado, recurriendo para ello a la interpretación jurisprudencial sistemática, de conformidad con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.²¹ Estaríamos en consecuencia, ante una combinación de unidades tomadas de paradigmas diferente que da origen a un todo significante: el *sintagma* de la complejidad organizacional, de cuyo tejido intertextual articulado forman parte las distintas manifestaciones normativas, conjugándose con la multiplicidad de los nodos preceptivos en la dinámica co-ordenadora donde desenvuelven su iteractividad mutua²².

21 “...*El diálogo...asume la forma de un proceso deliberativo; de una discusión colectiva (...) a la búsqueda de una solución compartida por ser mutuamente aceptable (...) Se trata de alcanzar una interpretación compatible para todas las partes que participan en la conversación*”. SAIZ ARNAIZ Alejandro: “La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo”. Véase en SAIZ ARNAIZ Alejandro, SOLANES MULLOR Joan *et altri*, 2017 p.31: *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Tirant Lo Blanch, Valencia.

22 El *sintagma* que combina elementos de diversos paradigmas jurídicos: el tradicional, el moderno y el post moderno, se corresponde con una concepción historicista acerca de la transmodernidad que caracte-

4. El carácter conciliatorio y reparativo de la justicia indígena.

Las comunidades ancestrales se fundamentan en relaciones básicas de contenido colectivista, a partir de las cuales establecen aquellas regulaciones por las que se guían en la vida social en base a la reiteración constante y permanente de costumbres convertidas en tradiciones, las mismas que se expresan mediante prácticas vinculantes, cuya consagración se lleva a cabo en rituales iniciáticos y se refuerza a través de cultos ceremoniales. La obtención de productos recogidos de la naturaleza, además de satisfacer las necesidades materiales y espirituales de la comunidad, genera excedentes que se reparten entre los miembros de la comunidad en calidad de dones, por lo que en el transcurso de ese proceso se configura un principio al que podemos identificar como el de Reciprocidad (principio del *ayni* en quichua). El mismo abarca en primer lugar al grupo familiar y el entorno natural que lo rodea; se extiende a la respectiva comunidad consanguínea y a la tribal hasta llegar a vincular, incluso, a colectividades exógenas, distantes en su localización. Se va formando de esa manera un sistema comunal extenso de poder y prestigio en torno a esta relación primaria, cuya consagración se consolida ritualmente a través de celebraciones sacramentales.

El donante de algún bien propio o grupal, o de alguna prestación tanto personal como familiar, obtiene gracias a su acción un valor social (prestigio) que consolida su posición ante la colectividad, colocando al receptor en una situación de supeditación frente a él y su familia. Pese a quedarse con lo recibido o hacerse de los frutos provenientes de la prestación, convertido por ese motivo en don como señala Marcel Mauss (2009)²³ este último debe sin embargo retornarlo con una contraprestación suya o de alguien perteneciente a su núcleo familiar, o, mediante la entrega de algún objeto distinto al que recibió, pero el cual se lo considera simbólicamente como si fuese de similar utilidad al que obtuvo en el intercambio. Debe además, por su parte, hacer entrega de algún don a otro u otros, construyéndose así un vasto tejido de ofrendas entregadas y de óbols recibidos sobre cuyos nexos de reciprocidades extendidas se erige la estructura social común.

riza a la ética para la liberación latinoamericana –cuyos antecedentes datan de la ante modernidad expresada en las culturas indígenas ancestrales- atravesando transversalmente a la modernidad colonial como su cara oculta o excluida y proyectando su potencial emancipador descolonizante más allá de aquella y de su secuencia, la post modernidad europeo-estadounidense.

23 Véase también al respecto de Maurice GODELIER, 1998: *El enigma del don*. Editorial Paidós Ibérica S.A. Barcelona. Asimismo de Dominique TEMPLE, 2003: *Teoría de la reciprocidad*. Tomo I. *La reciprocidad y el nacimiento de los valores humanos*. Editorial Garza Azul, La Paz

EL MODELO PONDERATIVO DE CONCORDANCIA SISTÉMICA

PARA UNA JUSTICIA INTERCULTURAL

Dr. Xavier Garaicoa Ortiz

Pero el don es tan sólo una de las facetas en la concepción dual de la reciprocidad. Junto a esta expresión positiva –la cual incluye, por cierto, a las ofrendas entregadas ritualmente a la Pacha Mama por los dones que ella a su vez generosamente brinda- nos encontramos con una reciprocidad negativa que consiste en la restauración de la armonía de la vida colectiva mediante el castigo comunitario en los casos de quebrantamiento de los códigos tradicionales por los que se rige ésta²⁴. La imposición del mismo permite recuperar el valor afectado: la cohesión armónica del ser social-natural. Podemos por ende reconocerle al mismo la calidad de medida sanacional que conduce a restañar la originaria armonía, devolviéndole la proporcionalidad en sus equivalencias como corresponde a un orden colectivo percibido como natural.²⁵ La purificación se realiza mediante el baño ritual que implica el retorno a la fuente primigenia de la vida: el agua (*yaku* en quichua). El flagelo propinado con la ortiga de su parte, tiene un poder curativo por las aplicaciones medicinales y riqueza nutricional de la planta, además del conocido efecto urticante que provoca la acción del ácido fórmico que desprende al contactarse con la piel.

Por tanto, el fin que persigue la justicia indígena es reforzar y promover la estructura comunitaria de las relaciones en que se sustentan las naciones y pueblos recurriendo a sus costumbres ancestrales y a los saberes acumulados. Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que el juzgamiento y sanción en los casos que ella se aplica, responde a tal necesidad “...en tanto (aquellos) genera(n) un conflicto múltiple entre las familias y la comunidad, que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía en la comunidad” (sentencia No. 113-14-SEP-CC caso No. 0731-10-EP)²⁶.

24 “...los símbolos dramatizan tanto los valores positivos como negativos: recalcan la existencia del bien y del mal y el conflicto entre ellos”. MORENO YANEZ Segundo, 2017 p.155: *Simbolismo y ritual en las sublevaciones andinas*. Universidad Andina Simón Bolívar- Corporación Editora Nacional, Quito.

25 “El hecho de que el ser social pueda nacer, tanto de la reciprocidad positiva como de la reciprocidad negativa y que las dos formas de reciprocidad sean equivalentes, conduce a la idea de que la reciprocidad es, por ella misma, la sede del ser.” TEMPLE Dominique, 2003 p.19: obra citada.

26 Para comprender el significado auténtico que le dan a sus palabras los integrantes de las comunidades indígenas y poder entender el carácter vinculante que les atribuyen, no podemos guiarnos por las reglas del lenguaje prescriptivo específico al que apela para su traducción la lengua española. Veamos a manera de ejemplo el tratamiento que da el texto del artículo 83 numeral 2 de la CRE, al precepto indígena *Ama killa, llulla y ama shwa*, traduciéndolo literalmente como “*no ser ocioso, no mentir, no robar*”. Los términos empleados para referirlo al español le restan eficacia al auténtico significado mandatorio que posee dentro de la vida comunitaria, si lo consideramos en el sentido relacionante que le asigna su lenguaje con el conjunto de aspectos que conforman la realidad socio-natural. Aplicando de manera asertiva esa conectividad de las expresiones vertidas en el texto constitucional, obtendríamos la siguiente alocución preceptiva proveniente del quichua: Ajustarse a la verdad y a la justicia propia de sus tradiciones comu-

Siendo ese principio de armonía comunitaria el que guía la práctica de justicia indígena como derecho colectivo garantizado por el texto del artículo 57 CRE en sus numerales 1 y 8 referentes al uso de medidas destinadas a ese fin, radicaría precisamente lo característico de la justicia practicada por ellos. En ese sentido es que la Corte Constitucional acogió el informe pericial antropológico emitido por el presbítero Pedro Torres y lo reprodujo en su fallo:

aunque son los bienes ‘particulares’ o personales los que muchas veces están en juego: robos, linderos, herencias, hijas, hijos, etc. (...), lo que se busca proteger o amparar es en cuanto son ‘bienes comunales’ no de común propiedad pero sí de la comunidad o de alguien de la comunidad. Lo mismo pasa con el valor de la vida, no se le da un valor en sí mismo como un ser personal o un ente individual sino en cuanto es partícipe de la familia (ayllu) o comunidad, en cuanto lleva una vida de ayllu o de familia y de comunidad y lo que se busca proteger es precisamente esto: la vida en cuanto un valor de convivencia en común, de entendimiento social y de armonía con los que les rodean. Cuando alguien mata o asesina a alguien, se busca antes que nada, la solución del ‘problema’ social o de la ‘problemática familiar’ bien del fallecido así como del hechor; son dos familias que quedan ‘huérfanas’, desmembradas, ‘el uno en el cementerio y el otro en la cárcel’ y aunque en la mayoría de las veces he visto que entregan la causa a la justicia ordinaria tratan de encontrar primero una solución a lo ‘social’ a lo ‘familiar’ y luego sí entregan a la justicia ordinaria o en algunos casos como dicen ellos: ‘dejamos a Diosito él ha de ver’ (ibidem).

Se trataría entonces de una composición reparadora de contenido restaurativo comunitario: “...la justicia indígena es esencialmente conciliatoria y reparatoria, teniendo en la noción del prestigio el principio ordenador de las conductas y de la convivencia comunitaria” (ibidem).

nitarias; cumplir con el intercambio de dones entre sus congéneres; y, asumir las obligaciones respecto a las prestaciones debidas para con la naturaleza y la comunidad.

Aventurándonos a realizar un ejercicio comparativo con las obligaciones ciudadanas, quizá pudiera asemejarse este precepto con la responsabilidad que les asigna a éstos el artículo 83 CRE en su numeral 9, consistente en “...practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de los derechos y en el disfrute de bienes y servicios.”

5. La jurisdicción y competencia penal ordinaria aplicable para los casos de atentados contra la vida.

La vida debe ser considerada desde cualquiera de las perspectivas con que la enfoquemos, como un presupuesto indispensable para los derechos, por lo que su tutela constituye un elemento esencial para las garantías de estos. Nuestra Constitución consagra este precepto como antesala de los derechos de libertad en el numeral 1 del artículo 66: “*Se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte*”.

Partiendo de esta consideración la Corte Constitucional ha dejado establecida la siguiente conclusión:

en virtud del artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República, el conocimiento de todos los casos de muerte siempre le corresponderán al Estado, y en consecuencia, le compete a la justicia penal ordinaria indagar y realizar las investigaciones correspondientes, ya sea de oficio o a petición de parte, y juzgar y sancionar el hecho punible de conformidad con la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes de la materia, preocupándose de aplicar los debidos, oportunos y previos mecanismos de coordinación con las autoridades indígenas concernidas en el respectivo caso, a fin de determinar el o los responsables de los hechos atentatorios de la vida (...) la justicia penal ordinaria, en el conocimiento de casos que involucren a ciudadanos indígenas, y en cumplimiento de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente el Convenio 169 OIT, de manera obligatoria y en todas las fases procesales tendrá en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta, el juez o jueces deberán de perseverar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso (sentencia No. 113-14-SEP-CC).

Obsérvese la especial mención que se hace acerca de la opción preferente que debe hacer el juez por alguna sanción que no incluya la privación de libertad, coordinando sus términos con las correspondientes autoridades indígenas. Se abre paso así a una cierta posibilidad de interacción normativa y de cooperación entre ambos sistemas jurisdiccionales, propiciada por el propio carácter plurinacional del Estado y por el principio de construcción intercultural, desechando de paso, soluciones que partan de cualquier forma de enclaustramiento “solipsista” empleada por cualquiera de ellas para encasillarse en su lógica.

Recurrir a esta suerte de monólogo jurídico, sin considerar las diferencias en los contenidos que presentan los sistemas al ser confrontados, daría pábulo a que se implantase una artificiosa “traducción” literal destinada a obtener estándares mediante la homologación de términos absolutamente disímiles en cuanto al sentido que se les da dentro de contextos divergentes. Una tal práctica isomórfica conduce, inevitablemente, a una trasposición conceptual arbitraria de sentidos conformados en y para la vida comunitaria al lenguaje calificado de la ciencia jurídica, ejercicio semántico que conduce al opacamiento de los principios propios de la justicia tradicional indígena y a la imposición esencialista de una hermenéutica científica que se afianza en los cánones principísticos consagrados jurisprudencialmente por el sistema jurídico del Estado.

6. La combinación de la intervención estatal con las medidas comunitarias para la reparación integral pluri sistémica.

Siguiendo el rastro emprendido por nuestro análisis sobre la importancia que adquiere la construcción jurisprudencial de rango constitucional -orientada a formular soluciones conectivas entre sistemas jurídicos distintos- resaltamos en primer lugar el papel que están llamados a cumplir para salvaguardar y desarrollar el carácter plurinacional del Estado ecuatoriano, combinando medidas de intervención estatal destinadas a solventar la vigencia de las garantías para los derechos vulnerados -por tratarse de un deber primordial del Estado conforme al artículo 3 CRE numeral 1- con otras tantas medidas orientadas a lograr la restauración de la integridad comunitaria.

Examinemos esta vez el contenido de una sentencia de casación de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (Resolución No. 0011-2015, juicio No. 1553- 2014). Por medio de ella se procede a revisar una sentencia condenatoria emitida contra los progenitores de dos menores indígenas por uno de los tribunales penales ante el delito de trata de personas y explotación laboral de aquellos, perpetrada al someterlos a ocupaciones inapropiadas llevadas a cabo en la urbe, por la cual se les condenase a dieciséis y doce años de reclusión mayor extraordinaria a la madre y al padre, en ese orden, así como al pago de sendas multas.

En sus consideraciones la Sala de Casación de la Corte Nacional de Justicia, tras un recuento de la doctrina constitucional y convencional formulada para estos casos, deja sentado que “...el conflicto actual ha de entenderse y decidirse en el derecho doméstico y en el internacional de los derechos de las personas indí-

genas, en lo que atañe a la sanción, vistos otros elementos presentes en la relación agresor-victima; y los derechos de las niñas, niños y adolescentes". Concluye en su parte resolutiva declarando la revocatoria de las penas privativas de libertad, dictada contra los padres, sustituyéndolas por la imposición de realizar el trabajo comunitario que determine su comunidad durante el lapso que se les fije para llevarlo a cabo, así como la aplicación de cualquier medida de sanación a que se los someta con el fin de lograr la restauración de los lazos primordiales al mantenimiento de los principios colectivos.

Complementariamente, la Sala encomienda en su decisión que uno de los jueces de la Unidad Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de Quito deberá ejercer la vigilancia sobre la ejecución obligatoria de cumplir con una terapia familiar prestada por el Estado como tratamiento para los involucrados, con la finalidad de restaurar las relaciones afecto-parentales. Así mismo, ratifica la decisión previamente dictada por el juez *a quo*, sobre la prohibición para los padres encausados de enajenar bienes durante un periodo de cinco años, con la intención de reservar el uso de los recursos patrimoniales en la reparación económica de las víctimas, para el caso de fracaso de la terapia sicológica y social por causa imputable a los sentenciados. Finalmente encomienda a la comunidad de origen el proceso destinado a la reintegración entre los miembros de la familia y de ésta con la comunidad.

Por medio de la susodicha sentencia se consolidan de manera plural e intercultural las variadas relaciones jurídicas y sociales en su diversidad, colocándolas bajo la tutela compartida entre autoridades estatales y comunitarias, mediante un proceso combinado de reparación integral sujeto a los estándares jurídicos vigentes y a la restauración comunitaria de la matriz societal, en un ejercicio que preserva la autonomía de cada sistema y robustece la plurinacionalidad.

7. La ponderación sistemática para una concordancia armoniosa entre principios epistémicos incommensurables.

Del análisis de las sentencias examinadas, va emergiendo una fórmula de solución que, partiendo de la diferencia entre principios jurídicos no contrastables *prima facie* por su carácter incommensurable, encuentra sin embargo una vía para llevar a cabo su homologación. El primer mecanismo utilizable para ello es el que se refiere a la jurisdicción privativa del Estado destinada a garantizar la tutela de la vida y la integridad de las personas. El otro tendría como objetivo la protección de uno de los principios fundamentales del Estado -garantizados en cuan-

to tales de manera ineludible- (Título I, capítulo primero artículo 1 CRE). Nos referimos en este caso al de la plurinacionalidad del Estado, la cual a través de la multiculturalidad social alcanza el grado de eficacia necesario para los derechos de autonomía que la acompañan (artículo 57 CRE).

Encuentra así expresión la comprensión distinta dada a los actos que se llevan a cabo dentro del espacio colectivo para establecer una responsabilidad que se la concibe como extensa y compartida por todos los integrantes de la comunidad. La sanción para cualquier caso en examen debe basarse por tanto, en las tradiciones ancestrales convertidas en reglas reconocidas en torno a la retribución correspondiente a las víctimas en correspondencia con el daño que se les hubiere infringido, y concomitantemente, con la necesidad de curación del mal desencadenado sobre la vida de la colectividad apelando para ese fin a rituales destinados a darle tratamiento al victimario para lograr su reconciliación consigo mismo y con el entorno natural y comunitario.²⁷

Nos encontramos en presencia de un tipo nuevo de ponderación que persigue efectuar un ajuste de proporcionalidades entre principios incommensurables a causa de las distintas temporalidades y espacialidades que les caracterizan, cuya escala de valores sigue siendo desigual pese a ser confluientes en un mismo plano, lo cual provoca una distorsión sobre las representaciones simbólicas imperantes en las relaciones jurídicas. Aunque ambos términos no serían intercambiables en su valoración ni traducibles en su significado, por cuanto ello implicaría un ejercicio de subordinación conceptual que reproduce una inveterada práctica colonial, es factible establecer una equivalencia homeostática entre ambos tomando en consideración la función que cumplen en calidad de clave hermenéutica dentro del correspondiente ordenamiento al que cada uno pertenece, por lo que pueden considerarse susceptibles de homologación tal cual lo hemos señalado.

Dicha ponderación tendría un carácter “sintomático” a causa del diverso contenido semiótico de los principios articuladores confrontados con que ella debe manejarse -indicativo de la diferencia relevante que se le reconoce constitucionalmente a la diversidad nacional, la cual potencia en su eficacia a los derechos colectivos cobijados bajo el principio de autonomía-. En consecuencia, el tipo de

27 En su artículo 34, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobada en el 61 periodo de sesiones por la Asamblea General del 7 de setiembre de 2007, establece el derecho de dichos pueblos a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

ponderación al que nos referimos, no sería reductible ni semejable con la técnica consistente en asignarles un peso específico distinto a los principios opuestos dentro de un caso (ALEXY Robert, 2008), con la finalidad de obtener una solución que distribuya proporcionalmente, de forma equitativa, las salvaguardas correspondientes a cada uno de los derechos confrontados, sin afectar la vigencia que comparten en el sistema normativo.

Otras serían las condiciones a considerar bajo una situación de pluralismo jurídico asimétrico si tenemos presente el específico patrón organizacional rizomático, acentrado y no jerarquizado que caracteriza a su estructura (DELEUZE Gilles y GUATTARI Felix, 2012 p. 26) mediante el cual guía de manera compleja su comportamiento caótico; por lo que para dar cuenta del mismo, correspondería sustituir al pensar lineal abstracto de la experiencia por el de espiral relacionante. Considerando esas circunstancias, la ponderación “sintomática” a la que nos hemos venido refiriendo, persigue obtener una conjunción constelacional²⁸ donde convivan armoniosamente los diversos sistemas jurídicos, con el objeto de construir una justicia intercultural de contenido restaurativo, desde la cual proyectar caleidoscópicamente el conjunto de los derechos hacia el heterogéneo conglomerado que conforma la plurinacionalidad.

La confluencia en torno a un objetivo ordenador común del conjunto de las prácticas juridificadas por cada sistema –disímiles entre sí al estar fundamentadas en sus particulares experiencias sociales y cognitivas- posibilita un replanteo de sus contenidos al calor del diálogo en condiciones de igualdad y del entendimiento mutuo atribuido a sus postulados diferentes, lo cual permitiría comprender los principios básicos a los que ellas remiten, intercambiar recíprocamente los respectivos significados que se les da a cada uno de ellos por parte de la colectividad que los enuncia, y, evaluar el sentido normativo del que están provistos, contribuyendo al ordenamiento común del conjunto de la organización societal.

28 Este tipo de conjunciones cuyos confines se tornan imprecisos, pueden ser entendidos desde lo que se denomina como lógica difusa (*fuzzy*), la cual nos permite apelar a un criterio de “vaguedad” al enfocar la relación entre elementos de diversa composición que, sin embargo, comparten un espacio de entrelazamiento mutuo por medio de características comunes, lo cual no les lleva a perder sus específicas identidades ni las conexiones estructurantes que les permiten a cada uno de ellos mantener vínculos orgánicos con otros sistemas. Las conjunciones combinatorias de normas así conformadas nos permiten superar el criterio de rigidez tradicionalmente asociado a los sistemas lineales arborecentes y autovalidables que se consideran completamente definidos en sus rasgos e invariables en su funcionalidad. Este último tipo de sistemas ha servido como sustento de las concepciones jurídicas desde el siglo XIX a partir de Savigny, en su intento de justificar mediante ese modelaje la pretensión de científicidad y racionalidad para un orden normativo jerarquizado y autosuficiente.

Para alcanzar tal finalidad el juzgador, en base al principio de interpretación integral de la constitución, debe configurar en torno a la dignidad humana y a la autonomía colectiva, un dispositivo hermenéutico diatópico, generativo de conectividades intrasistémicas, de manera que permita producir variaciones en el enfoque con el cual alumbría sus contenidos, tomando en consideración el alcance intercultural requerido para garantizar la diversidad de tratamientos al aplicar los derechos fundamentales.

En el caso que nos ocupa, dicho dispositivo a tomar en consideración sería el fenómeno natural de la vida²⁹ -y por ende el de su correlato, la muerte³⁰ en conexión con los correspondientes entornos sociales dados y tomando en cuenta las narraciones con que se construyen así como el medio socio-natural en que ambas se desenvuelven. Cabe también considerar, conforme a las disposiciones del Preámbulo y de los artículos 11 numeral 7 y 57 numerales 8, 9 y 12 de la constitución, que la vida adquiere un sentido colectivo trascendental en correspondencia con la dignidad propia de la existencia humana, la cual demanda para su plena eficacia de un conjunto de tutelas y protecciones específicas para su aseguramiento, como lo prevé la enumeración que trae el texto del artículo 66 CRE numeral 2 al disponer con ese fin el aseguramiento para los derechos a la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social así como otros servicios sociales.

8. Metodología intercultural para construir los derechos en una justicia plural.

El modelo epistémico al que recurrimos para emplear este enfoque intrasistémico de conectividad entre formas de justicia diferentes, se fundamenta entonces, en un nuevo tipo de experiencia social móvil y fluctuante que se desplaza con una trayectoria constelacional entre diversos nodos jurídicos principísticos y vínculos organizacionales de relaciones ordenadoras, para construir con su trazo

29 La vida no es un mero dato biológico aislado, sino que constituye también un conjunto de circunstancias y de relaciones estructuradas material y espiritualmente de manera histórico-concreta, constituyéndose en el núcleo para un modo de vida específico propio de cada comunidad, dentro del cual confluyen hábitos, costumbres, comportamientos y relatos conteniendo normas de conducta, los cuales sirven para fijar los criterios usados al valorar socialmente la trayectoria vital de los grupos humanos.

30 “...La muerte se irradia sobre el existir para el otro. Un cierto existir para morir corre parejo con un cierto existir para el otro.” BYUNG-CHUL Han, 2018 p.12: *Muerte y alteridad*. Herder editorial S.R.L. Barcelona.

el diseño de una arquitectónica intercultural compuesta de principios co-determinantes³¹. Este carácter traslaticio del conocimiento nos conduce a considerar que “... la esencia de las cosas no es un punto, sino una trayectoria.” Por tanto, “... el gesto de conocer debe de ser algo parecido a surcar rápidamente por lo inteligible humano.” (BARICCO Alessandro, 2008 pp. 110-111).

Sustentando desde la antropología filosófica nuestra visión sobre el papel de la dignidad humana y la autonomía presente en su actividad social, orientada hacia la consecución de un proyecto compatible con ella, asumimos que: “*El hombre se define (...) por su proyecto. Este ser material supera perpetuamente la condición que se le hace, descubre y determina su situación trascendiéndola para objetivarse, por el trabajo, la acción o el gesto (...) Como este impulso hacia la objetivación toma diversas formas según los individuos, como nos proyecta a través de un campo de posibilidades, algunas de las cuales realizamos, excluyendo a otras, también lo llamamos elección o libertad*” (SARTRE Jean Paul, 1979 p.119).

Aplicando dicho principio sobre la autonomía presente en la multifacética práctica humana, lo procedente es examinar a la luz del mismo las estrategias colectivas de vida conformadas por las tradiciones de los pueblos indígenas, las cuales sirven como fundamento para su derecho al autogobierno y al empleo de sus propias costumbres jurídicas. Mediante el recurso a estos elementos definitorios, podremos comprender todo el alcance que podemos dar a los artículos 4 y 34 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de estos pueblos, tomando en consideración al marcado acento que ponen dichas disposiciones sobre los mencionados aspectos (el artículo 4 consagra el derecho a la autonomía o el autogobierno en ejercicio de su libre determinación, en tanto que el artículo 34 se refiere a la promoción, desarrollo y mantenimiento de sus estructuras institucionales y de sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos y prácticas, incluidas las de carácter jurídico).³²

En virtud de ese principio de autonomía, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en sus artículos 6 y 7 ha consagrado el derecho a la consulta para los pueblos indígenas en lo que atañe a sus territorios y a lo que pudiere afectar a su modo de vida tradicional. De su lado, la constitución ecuatoriana en su artículo 57 numeral 7, establece con ese mismo fin, el derecho a una

31 DUSSEL Enrique, 2009: *Política de la liberación*, Volumen II *Arquitectónica* Editorial Trotta S.A. Madrid.

32 ALVAREZ MOLINERO Natalia, 2009: *Declaración de los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*. Los libros de la catarata, Madrid.

consulta previa, libre e informada con carácter de obligatoria y oportuna realización por parte de las autoridades estatales competentes, para garantizar a través de todos los medios una deliberación participativa que permita arribar al consentimiento por las comunidades indígenas para la actividad de intervención estatal dentro de su ámbito, sobre la base de acuerdos beneficiosos para las partes y a soluciones equitativas, fundamentada en la voluntad conjuntamente expresada y en el respeto a los intereses cardinales de las mismas.³³

Para alcanzar una cabal comprensión de la dignidad colectiva a la que se refiere el texto del artículo 11 de nuestra constitución en su numeral 7, es necesario considerar que ella no agota su contenido en la capacidad subjetiva de elegir y alcanzar un proyecto de vida particular dentro de la variedad de opciones que ofrece una sociedad plural³⁴. Esta interpretación acerca de la dignidad atribuible a las personas como seres humanos, sería tan sólo una entre las muchas posibilidades a desarrollar dentro de una realidad marcadamente diversa en sus manifestaciones bióticas que exige una relación acorde con nuestros deberes ante la naturaleza o Pachamama (artículo 71 CRE), y con respecto a la variedad de formas de convivencia presentes en la organización social.

9. Conclusiones.

Como hemos constatado para las condiciones del Ecuador, estamos en presencia de una multiplicidad de visiones hermenéuticas que se dan en las sociedades plurinacionales donde coexisten aglomeradas múltiples prácticas cognitivas y diversos tipos de discursos congregados en una “ecología de saberes” (SANTOS Boaventura de Sousa, 2010), las mismas que van acompañadas por una serie de estrategias de convivencia, originando entre estos pueblos y los colecti-

33 Consultar al respecto la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio del 2012) en el caso Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Véase asimismo de AGUINDA SALAZAR Wilson, 2011: *El consentimiento previo, libre e informado. Un derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas*. Colegio de Jurisprudencia USFQ, Cevallos editora jurídica, Quito.

34 El jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, refiriéndose al daño perpetrado al proyecto de vida, sostiene que “... *la libertad, en su vertiente subjetiva, es la capacidad de decisión del ser humano. Esta íntima decisión generada en el mundo de la subjetividad supone preferir una determinada opción entre un abanico de posibilidades existenciales que le ofrece el mundo. El ser humano en cuanto libre es, por ello, un ser proyectivo*”. La cita es de Osvaldo R. Burgos “El hombre como promesa: tiempo y libertad. El daño al proyecto de vida y el daño existencial. ¿Son asegurables?.” Véase la cita que hace el autor mencionado en: CALDERON PUERTAS Carlos Alberto *et altri*, 2009 p.314: *Persona, derecho y libertad. Nuevas perspectivas*, Motivensa S.R.L. Lima.

vos sociales apreciaciones múltiples en torno a las vías y tendencias del desarrollo social, a partir de las experiencias obtenidas por cada uno de ellos en su específica práctica social.

La conjunción creciente de saberes y experiencias se manifiesta incluso en el ámbito de las ciencias, pese a que el corpus conceptual sobre el que construyen sus conclusiones responde al criterio de homogeneidad reconocida para sus prácticas experimentales y al de completitud asignado a las explicaciones obtenidas deductivamente de sus resultados. Sin embargo, no han permanecido inmunes ante el influjo que ejerce esta tendencia a flexibilizar y permeabilizar los límites existentes entre los diversos campos que la integran. Desafíos inéditos se le presentan ante la emergencia de concepciones que se abren paso exigiendo se tomen seriamente en consideración los enfoques que promueven en la formulación de los paradigmas empleados para las indagaciones y en la elaboración de conclusiones. Tales son los casos de las epistemologías de género (feministas), las de la corporalidad sexual (*queer*); o, las descoloniales (también denominadas del “Sur”).

En vista de ello se torna irrecusable para llevar a cabo una interpretación ecosistémica, apelar al empleo de un enfoque dialógico con lecturas sintomáticas entrecruzadas sobre los mecanismos de los sistemas jurídicos, con la intención de llegar a desentrañar los encadenamientos mutuos que se producen en el transcurso de sus prácticas, aun cuando permanezcan ocultos o encubiertos bajo la maraña ideológica que los recubre³⁵.

Más allá de su uso en la práctica judicial, el objetivo a alcanzar sería marchar hacia la construcción colectiva de una nueva política intercivilizatoria de la verdad expresiva de la plurinacionalidad constitutiva (FOUCAULT Michel, 1981) para facilitar a partir de ella, el acceso a una comprensión integradora, post imperial, acerca de los derechos humanos que recoja, junto a la tradición humanista ilustrada del renacimiento europeo y a la democrática revolucionaria euro-americana, a la concepción dualista originaria de la realidad socio-natural característica de las culturas autóctonas de los pueblos amerindios.

35 “...no existe una realidad neutral dentro de la cual ocurran las brechas, dentro de la cual los marcos aislen dominios de apariencias. Todo campo de realidad (todo mundo) ya está siempre enmarcado, es visto a través de un marco invisible (...) una vez que las cosas (empiezan) aparecen, no solo aparentan ser lo que no son, creando una ilusión: pueden aparecer también solo por aparecer, ocultando el hecho de que son lo que aparentan”. ZIZEK Slavoj, 2006 pp.45-46: *Visión de paralaje*. Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires.

Con tan importante aporte proveniente de las relaciones jurídicas se haría factible dar un gran impulso a la construcción de una política de lo común entendida como un nuevo modo solidario e inclusivo de vivir y de organizar las prácticas, llamado a reconfigurar al conjunto de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales en concordancia con los objetivos trazados para el Buen Vivir y el Sumak Kawsay, partiendo al efecto del autogobierno en los espacios públicos así como de la planificación y gestión colectiva de los asuntos de interés compartido.

Evidentemente que para abordar exitosamente tal mutación, necesitaríamos referirnos a un nuevo tipo de ciudadanía, post-nacional e intercivilizatoria. En ese sentido podríamos sostener que ella se define como la expresión de un proceso para la creación de sujetos trans-identitarios, activos y autónomos, conectados de abundantes maneras a un conjunto de colectividades de distinta índole y a una diversidad de imaginarios sustentados en una variedad de creencias, cuya igualdad simbólico-cultural se afianza a través de una pluralidad organizacional fluctuante, diferenciándose de la que se articula en torno a la centralidad estatal.

Referencias Bibliográficas.

Aguinda Salazar, Wilson: El consentimiento previo, libre e informado. Un derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito (serie tesina). Cevallos editora jurídica, Quito 2011.

Alexy, Robert: Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008.

Álvarez, Natalia: Declaración de los derechos de los pueblos indígenas. Los libros de la catarata. Madrid 2009.

Aristóteles: La poética (versión de Juan David García Bacca). Editores mexicanos unidos S.A. México D.F. 2000.

Baricco, Alessandro: Los bárbaros. Un ensayo sobre la mutación. Editorial Anagrama S.A. Barcelona 2008.

Byung-Chul Han: Muerte y alteridad. Herder editorial S.L. Barcelona 2018.

EL MODELO PONDERATIVO DE CONCORDANCIA SISTÉMICA
PARA UNA JUSTICIA INTERCULTURAL
Dr. Xavier Garaicoa Ortiz

Calderón Puertas, Carlos *et alt.* Persona, Derecho y libertad. Nuevas perspectivas. Motivensa S.R.L. Lima 2009.

Canosa Usera, Raúl: Interpretación constitucional y fórmula política. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988.

Centro de Estudios Constitucionales, Universidad Católica Boliviana “San Pablo”: Pluralismos. 11 tesis, La Paz s/f.

Cover, Robert: Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial. GEDISA editorial, Barcelona 2002.

Curbeira, Ana (compiladora): Teorías lingüísticas: Concepciones y corrientes. Editorial Universitaria Félix Varela, La Habana 2014.

Chakravorty Spivak, Gayati: Crítica de la razón postcolonial. Hacia una historia del presente evanescente. Ediciones Akal S.A. Madrid 2015.

Deleuze, Gilles y Guattari, Félix: Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia. Pre-textos, Valencia 2012.

Dussel, Enrique: 1492: El encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad. Ediciones Abya Yala. Quito 1994.

Dussel, Enrique: Política de la liberación. Volumen II: Arquitectónica. Editorial Trotta S.A. Madrid 2009.

Esterman, Josef: Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina. Editorial Abya Yala, Quito 1998.

Fornet-Betancourt, Raúl: Crítica intercultural de la filosofía latinoamericana actual. Editorial Trotta S.A. Madrid 2004.

Foucault, Michel: Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones. Editorial Tecnos, Madrid 1981.

Fricker, Miranda: Injusticia epistémica. Herder editorial S.L. Barcelona 2017.

Garaicoa Ortiz, Xavier: Descolonialidad de los saberes e interpretación intercultural de los derechos en el estado plurinacional. Soluciones gráficas Chong, Guayaquil 2019.

Godelier, Maurice: *El enigma del don*. Editorial Paidós Ibérica S.A. Barcelona 1998.

Hegel, G.W.F. *Ciencia de la Lógica*. Librería Hachette S.A. Buenos Aires 1956.

Ladow, P. George: *Teoría del hipertexto*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. Barcelona 1997.

Locke, John: *Ensayo sobre la sociedad civil*. Ediciones Orbis S.A. Barcelona 1985.

López Medina, Diego: *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica Latinoamericana*. Legis editores S.A. Bogotá 2004.

Marx, Karl: *La ideología alemana*. Ediciones Pueblos Unidos S.A. Montevideo 1968.

Marx, Karl: *Líneas fundamentales de la crítica de la economía política*. Grupo editorial Grijalbo S.A. Barcelona 1978.

Marx, Karl: *El Capital*. Editorial de Ciencias Sociales, La Habana 1973.

Marx, Karl: *Escritos sobre la comunidad ancestral*. Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz 2015.

Mauss, Marcel: *Ensayo sobre el don. Forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*. Katz editores, Buenos Aires 2009.

Moreno Yáñez, Segundo: *Simbolismo y ritual en las sublevaciones indígenas*. Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional. Quito 2017.

Morin, Edgar: *Introduction a la pensée complexe* ESF éditeur, Paris 1990.

Rodotá, Stefano: *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*. Editorial Trotta, Madrid 2010.

Salamanca, Antonio: *El fetiche jurídico del capital: hegemonía global mediante los estudios de derecho*. Instituto de Altos Estudios Nacionales. Quito 2016.

EL MODELO PONDERATIVO DE CONCORDANCIA SISTÉMICA
PARA UNA JUSTICIA INTERCULTURAL
Dr. Xavier Garaicoa Ortiz

Santos, Boaventura de Sousa: Descolonizar el saber, reinventar el poder. Ediciones Trilce, Montevideo 2010.

Sartre, Jean Paul: Crítica de la razón dialéctica. Editorial Losada S.A. Buenos Aires 1979.

Shanin, Teodor (editor): El Marx tardío y la vía rusa. Marx y la periferia del capitalismo. Editorial Revolución S.A.L. Madrid 1990.

Solanes Mullor, Joan *et al.*: Diálogos judiciales en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017.

Tapia, Luis: Universidad y pluriverso. CIDES UMSA, La Paz 2014.

Temple, Dominique: Teoría de la reciprocidad. Editorial Garza Azul. La Paz 2003.

Virilio, Paul: La velocidad de liberación. Ediciones Manantial. Buenos Aires 1997.

Zizek, Slavoj: Visión de paralaje. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. Buenos Aires 2006.

Sitios de Jurisprudencia citada.

Corte Constitucional: portal.corteconstitucional.gob.ec:8994/Buscador Relatoria.aspx.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/

Corte Nacional de Justicia: cortenacional.gob.ec/cnj/indexphp/servicio/145-08-sistema-de-busqueda.

Organización Internacional del Trabajo: ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/jur/legal-instruments/WCMS_450485/lang--es/index.htm

RESUMEN

Un régimen como el del Buen Vivir y el Sumak Kawsay, a causa de su configuración donde se articulan múltiples sistemas societales y diferentes formas emergentes de agrupamiento flexible en torno a diversos principios homeomórficos -cuyas dimensiones resultan incommensurables unas con otras- constituye un hipersistema de composición compleja.

Ese ordenamiento plurinacional requiere para su eficacia garantista, la construcción de una hermenéutica intercultural que permita aplicar métodos de ponderación entre los principios epistémicos diversos en que se fundamentan cada uno de sus componentes, preservando simultáneamente la autonomía funcional de estos, como una alternativa ante la imperante traducción interpretativa de las normas y de los estándares para la aplicación de los derechos.

PALABRAS CLAVE

Colonialidad, episteme, interculturalidad, ponderación intrasistémica.

ABSTRACT

A regime such as that of Buen Vivir and Sumak Kawsay, due to its configuration where multiple societal systems and different emerging forms of social grouping are articulated, because of its configuration around various homeomorphic principles –the dimensions of which are incommensurable with each other-, constitutes a hypersystem of complex composition.

That multinational ordering requires for its guaranteeing effectiveness, the construction of an intercultural hermeneutic that allows applying weighting methods between the diverse epistemic principles on which each of its components are based, while simultaneously preserving their functional autonomy, as an alternative to the prevailing interpretative translations of the norms and standards for the application of collective rights.

KEYWORDS

Coloniality, episteme, interculturality, intrasystemic weighting.

SOBERANÍA Y CONSTITUCIÓN: LAS CATEGORÍAS HISTORIOGRÁFICAS DE MAURIZIO FIORAVANTI EN EL ANÁLISIS DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL MEXICANA

SOVEREIGNTY AND CONSTITUTION: THE HISTORIOGRAPHICAL CATEGORIES OF MAURIZIO FIORAVANTI IN THE ANALYSIS OF MEXICAN CONSTITUTIONAL HISTORY

Rafael Estrada Michel¹

Recibido: 10-01-2021

Aceptado: 15-06-2021

SUMARIO

I. M. Fioravanti, el texto y el contexto.

*II. Los Elementos constitucionales de Ignacio López Rayón:
la primacía del legislador.*

*III. El modelo constitucional de balance entre potestades: el Reglamento
del Congreso de Anáhuac y los Sentimientos de la Nación.*

IV. Conclusiones.

¹ Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México con el nivel 2, adscrito al Instituto de Formación Profesional y Estudios Superiores de la Fiscalía General de Justicia de la Ciudad de México, y profesor en la Universidad de Quintana Roo.

I. M. Fioravanti, el texto y el contexto.

En 2015 fue publicado en los *Quaderni Fiorentini* un ensayo que, a pesar de referirse al mayor intento de ordenación constitucional que experimentó el México insurgente y no obstante contener las consideraciones de quien probablemente se halle a la cabeza de la historiografía constitucional europea, pasó desapercibido en los círculos académicos del país americano. Me refiero, por supuesto, a la “relectura” de la Constitución de Apatzingán con que, bajo el título “La ‘República’ como ideal constitucional”, nos obsequió Maurizio Fioravanti con ocasión del 200 aniversario del Decreto constitucional que pretendía la libertad de la América Mexicana (22 de octubre de 1814)².

El trabajo de Fioravanti debió leerse en un Coloquio a celebrarse en Jiquilpan, Michoacán, durante aquel 2014 de conmemoraciones bicentenarias y circunstancias difícilísimas para el Estado mexicano, en guerra perpetua contra un enemigo apenas visible y reducido al conveniente nombre de “El Narco”. El profesor Fioravanti no tuvo ocasión de leer en Jiquilpan su ponencia, en razón de “motivos organizativos”, pero analizó con singular perspicacia los caracteres regulatorios del célebre Decreto independentista. Sostengo que a partir de sus caracterizaciones de lo que implican las categorías de “Soberanía” y de “Constitución”³ dentro de las tradiciones iuspublicísticas noratlánticas⁴ es posible analizar de manera tan útil cuanto inédita los caracteres no sólo del *Decreto* de 1814, sino del modo mexicano de hacer nacer Constituciones, tan distinto (y tan paradójicamente parecido al mismo tiempo) a los mecanismos estadounidense, francés y español en las últimas décadas del Setecientos y al despuntar el siglo decimonono⁵.

2 FIORAVANTI, Maurizio, “La ‘Repubblica’ come ideale costituzionale (Rileggendo la *Constitución de Apatzingán*), *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, no. 44, 2015, II, pp. 1111-1123.

3 Con expresa referencia a Fioravanti ha tratado el tema del Constitucionalismo de la Insurgencia HERNÁNDEZ DÍAZ, Jaime, “La división de poderes y la administración de Justicia en el Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana”, en IBARRA, Ana Carolina, LANDAVAZO, Marco Antonio, ORTIZ ESCAMILLA, Juan, SERRANO, José Antonio y TERÁN, Marta (coords.), *La Insurgencia Mexicana y la Constitución de Apatzingán (1808-1824)*, (Universidad Nacional, México, 2014), pp. 247-262.

4 Contrapunto presente en tres de sus obras mayores, afortunadamente traducidas al castellano por Manuel Martínez Neira y publicadas por la editorial madrileña Trotta: *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones* (1996); *Constitución: de la antigüedad a nuestros días* (2001); *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales* (2014). En este último caso la traducción la realizó conjuntamente Adela Mora Cañada.

5 Es importante que se haga, pues la ingente literatura, incluso reciente, que se ha escrito sobre el Constitucionalismo mexicano de la Insurgencia tiende a apreciar todos los instrumentos de los que hablaremos como si respondiesen a idénticas coordenadas de un mismo proceso “liberal”: un eje que podríamos denominar,

Sostiene Fioravanti que el *Decreto*, una “verdadera y auténtica Constitución”, se nutre de ideales republicanos a pesar de que la palabra “República” no aparece mencionada ni una sola vez en él⁶. Su republicanismo, sin embargo, no es el de la Constitución de Filadelfia de 1787, esto es, el del modelo que realiza el equilibrio y balance entre las potestades públicas, sino el modelo de República que responde a la creación del pueblo soberano y que establece el “príamo del Legislador”.

Conocemos bien el discurso fioravantiano de esta bifurcación, que data los orígenes modernos del primer modelo en el Maquiavelo de los *Discursos* titolivianos y que analiza sus cierres normativos en la sede de los papeles del *Federalista*, al otro lado del Atlántico y en pleno Siglo de las Luces, previa estancia larga y fructífera en las Islas británicas de Harrington, Locke, Burke y Bolingbroke, tan afortunadamente analizada por Montesquieu. Ninguno de los Poderes debe, siguiendo este modelo, ceder ante la “tentación de afirmarse como *suprema potestas*”⁷. El otro modelo, el de la primacía del Legislativo, hunde sus raíces en la célebre tríada Bodino-Hobbes-Rousseau, y hace radicar la soberanía popular o nacional en el órgano representativo del elemento democrático, sin posibilidad de matices, balances o compromisos, como quedó claro en la República revolucionaria de Robespierre (sobre todo con la Constitución del año I) y en Cádiz, con su Carta constitucional panhispánica de 1812. A este modelo, que niega validez a la multicentenaria concepción de la “Constitución mixta o moderada”⁸, pertenece Apatzingán.

Y pertenece a este modelo porque, para conseguir la Independencia y terminar con la “opresión” que la “Nación española” y su testa coronada ejercían, trescientos años ha, sobre la “Nación mexicana”⁹, los diputados constituyentes con-

incurriendo en errores evidentes, “Zitácuaro-Chilpancingo-Apatzingán-Ario”. Como tendremos ocasión de mostrar, los *Elementos constitucionales* de Rayón, la Constitución de Cádiz y el *Decreto constitucional* de 1814 se corresponden con modelos muy distintos al de los *Sentimientos de la Nación* y el *Reglamento del Congreso*. Para acceder a algunos análisis cfir. MARTÍNEZ PICHARDO, José, *Morelos y la Constitución de Apatzingán. Expresión del Humanismo revolucionario*, (El Colegio Mexiquense, Zinacantepec, 2017); INFANTE PADILLA, Ricardo, CIENFUEGOS SALGADO, David y GARZA GRIMALDO, José Gilberto (coords.), *Los Sentimientos de la Nación. Su contexto histórico y trascendencia*, (Instituto de Estudios Parlamentarios “Eduardo Neri” / Congreso del Estado de Guerrero, Chilpancingo, 2016); IBARRA PALAFOX, Francisco, (estudio introductorio y selección), *El Congreso de Anáhuac y la Constitución de Apatzingán. Obra documental*, (Instituto de Investigaciones Jurídicas / Universidad Nacional, México, 2016).

6 FIORAVANTI, “La Repubblica...”, pp. 1111-1112.

7 *Idem*, p. 1113.

8 Concepción desarrollada a lo largo de los tres capítulos de FIORAVANTI, *Constitución... cit.*

9 “El Supremo Congreso Mexicano deseoso de llenar las heroicas miras de la Nación, elevadas nada menos

sideraban que en nada les valía “la moderación, la templanza, el equilibrio”, la *aequabilitas* ciceroniana¹⁰, modelo que había sido explorado ya por el Congreso de Anáhuac y por el generalísimo “encargado del Poder Ejecutivo” José María Morelos, y que había sufrido tremendos descalabros en las ciudades michoacanas de Valladolid y Puruarán a fines de 1813 y principios de 1814.

Los constituyentes de Apatzingán, que despojaron al cura Morelos de su potestad ejecutiva unipersonal, buscaban volver al modelo original de la Revolución de Independencia, es decir, al modelo de la Suprema Junta Nacional Americana reunida desde 1811 en Zitácuaro bajo el liderazgo del abogado Ignacio López Rayón. Este modelo es el de la deriva radical del modelo soberanista, el que busca “afirmar una sola fuerza, que es aquella de la Nación mexicana como sujeto soberano”. Una fuerza nacional que se expresa a través de una sola potestad: la legislativa.

Si bien es cierto que los tres poderes de la teoría clásica (Ejecutivo, Legislativo, Judicial) aparecen divididos en el texto de Apatzingán (artículo 12), no lo es menos que no lo hacen equilibradamente, por cuanto la soberanía (“imprescriptible, inenajenable e indivisible” por naturaleza, artículo 3) se predica constitutiva o entitativamente de “la facultad de dictar leyes y de establecer la forma de gobierno que más convenga a los intereses de la sociedad” (artículo 2), en tanto que las facultades de hacer ejecutar las leyes y de aplicarlas a los casos particulares son sólo “atribuciones”, ya no constitutivas, de la soberanía (artículo 11).

Así las cosas, teniendo por origen a “la América Mexicana”, la soberanía popular será ejercida por el Congreso nacional a título de Poder legislador (artículo 5), muy en la tónica gaditana de la Cortes generales previstas en la Constitución de 1812: una cuestión de fondo que no podía presentarse en el primer tipo de República, la del juego equilibrado de poderes.

que al sublime objeto de substraerse para siempre de la dominación *extranjera* y sustituir al despotismo de la monarquía en *España* un sistema de administración que *reintegrando a la Nación* misma en el goce de sus augustos imprescriptibles derechos, la conduzca a la gloria de la independencia, y afiance sólidamente la prosperidad de los ciudadanos, decreta la siguiente forma de gobierno, sancionando ante todas cosas los *principios* tan sencillos como luminosos en que puede solamente cimentarse *una constitución justa y saludable*”. Las cursivas nos pertenecen. Consultamos y citaremos por el facsímil del *Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana sancionado en Apatzingán a 22 de octubre de 1814*, (Imprenta Nacional, 1814) publicado en 2014 por la Cámara de diputados y por Testimonio, compañía editorial.

10 FIORAVANTI, “La Repubblica...”, pp. 1113.

“¿Quién representa el poder soberano dentro de la Constitución?”¹¹ Queda claro que es el Congreso quien encarna a la potestad soberana originaria y que, por lo tanto, no se conformará con ser uno más entre los tres poderes autorizados por la Constitución. El profesor Fioravanti hace notar, perspicazmente, que el artículo 44 del Decreto postula la “permanencia” del “cuerpo representativo de la soberanía del pueblo” a título de “Supremo Congreso Mexicano”, en tanto que las otras dos “corporaciones” serán “creadas” *ex novo* tan pronto como entre en vigor el texto constitucional, y recibirán el nombre de “Supremo Gobierno” y de “Supremo Tribunal de Justicia”, sin ser considerados, al menos en este sitio, “Mexicanos” o “del Anáhuac”¹². Por lo demás, las “tres corporaciones” habrían de residir en un mismo sitio, determinado por el Congreso (artículo 43) y, aunque cada una de ellas gozaría de guardia de honor, “la tropa de guarnición estará bajo las órdenes del Congreso” (artículo 47).

Cuestión curiosa y altamente sintomática ésta, la de la permanencia constitucional del Congreso de Anáhuac que inauguró Morelos en Chilpancingo el 14 de septiembre de 1813 escuchando la lectura de los célebres *Sentimientos de la Nación*, y no así la de los Poderes Ejecutivo y Judicario regulados en los propios *Sentimientos* y en el *Reglamento del Congreso*, obra del propio Morelos, puesto que estos, Ejecutivo y Judicial, recaerían ahora en corporaciones nuevas, no originarias y, por tanto, subordinadas a la potestad soberana originaria del Constituyente. Estamos, puntualmente, ante la deriva radical revolucionaria de un Marat o de un Robespierre, que terminará por negar capacidad constituyente a la obra de Morelos: tanto los *Sentimientos* como el *Reglamento* correrían suerte análoga a la de la Constitución francesa de 1791.

En Apatzingán, es el Congreso el que elige a “los individuos del Supremo Gobierno” y a los “del Supremo Tribunal de Justicia”, así como a los “secretarios de estas corporaciones” (artículo 103). Tiene como atribuciones “sancionar las leyes, *interpretarlas* y derogarlas en caso necesario (artículo 106), lo mismo que “resolver las dudas de hecho y de derecho que se ofrezcan en orden a las facultades de las supremas corporaciones” (artículo 107), atribución que convierte al Legislativo en incontestable *suprema potestas* capaz de decidir “los confi-

11 *Idem*, p. 1114.

12 Debe señalarse, sin embargo, que “luego que estén completamente libres de enemigos las provincias” se convocaría a la “representación nacional” en quien “resignará en sus manos el Supremo Congreso las facultades soberanas que legítimamente deposita, y otorgando cada uno de sus miembros el juramento de obediencia y fidelidad, quedará disuelta esta corporación” (artículos 234 y 235). Con todo, puede interpretarse como un mero cambio de Legislatura en ejercicio, aunque la redacción no es muy feliz.

nes de su propio dominio” competencial. Es la “competencia sobre las competencias”¹³ que se combina con la imposibilidad expresa para el Gobierno de “diseñar la observancia de las leyes bajo pretexto de equidad, ni interpretarlas en los casos dudosos” (artículo 169). Una prohibición enteramente diferente al espíritu de contrapesos que poseía el *Reglamento del Congreso* en su artículo 27, como tendremos oportunidad de apreciar.

Diferente al *Reglamento* es, también, el contenido del artículo 129 del *Decreto* que, como sostiene Fioravanti, se halla bien distante del ejercicio de un poder efectivo de veto sobre las determinaciones legislativas¹⁴. El Ejecutivo y el Judicial, que carecen de facultad para iniciar leyes, pueden “representar” contra una ley del Congreso dentro de los veinte días siguientes a aquel en que reciban el proyecto aprobado (artículo 128). Si lo hace cualquiera de las dos “corporaciones”, el Congreso analizará sus reflexiones “bajo las mismas formalidades que los proyectos de ley y calificándose de bien fundadas a pluralidad absoluta de votos se suprimirá la ley” (artículo 129). Así, la misma mayoría capaz de aprobar la iniciativa para convertirla en ley sería suficiente para superar el frágil voto. Una situación que el Constitucionalismo mexicano volverá a padecer, andando el tiempo, con la Constitución liberal de 1857: el legislador es un virtuoso intérprete de los deseos y aspiraciones de la Nación, y si comete algún error basta con hacérselo ver. Ya sabrá él si lo corrige o no. Hoy diríamos que es, *per se*, un legislador “racional”.

Y es que, como también destaca Fioravanti, en el 1814 mexicano están presentes los dos argumentos principales del republicanismo radical a lo Rousseau: el *contractualístico*, que hace caso omiso de cualquier fundamentación historicista de las libertades y los regímenes políticos, como ilustremente sistematizó el ius-historiador florentino en sus *Apuntes de historia de las constituciones*¹⁵, y que resulta suficiente para evitar cualquier recaída en un fórmula monárquica, así fuese moderada o templada por una Constitución como la de Cádiz; y el argumento de la *voluntad general*, siempre susceptible de una correcta interpretación a través de ese ser extraordinario que es el legislador hercúleo¹⁶ capaz de aterrizar y consolidar una “sociedad justa” a través de los derechos sociales que *in nuce*, aguardarán un largo siglo a su cristalización en los textos de Querétaro (1917) y Weimar (1919)¹⁷.

13 FIORAVANTI, “La Repubblica...”, p. 1115.

14 *Idem*, p. 1116.

15 FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...*, pp. 31-32.

16 FIORAVANTI, *Constitución...*, pp. 82-85.

17 FIORAVANTI, “La Repubblica...”, p. 1118. El ejemplo que pone es el del artículo 39: “La instrucción, como necesaria a todos los ciudadanos, debe ser favorecida por la sociedad con todo su poder”, tan cercano

Al respecto del argumento de la voluntad general, resulta de imprescindible lectura el Capítulo IV del Decreto constitucional de Apatzingán, titulado simplemente, con una precisión llamada a revolucionar el sistema de fuentes normativas en México, “De la ley”. En este capítulo se incluyen referencias muy claras al principio de reserva de ley en lo tocante a persecuciones penales (artículo 21) y al principio de proporcionalidad de las penas y lesividad de las conductas (artículo 23), así como a la garantía de las personas frente a los rigores excesivos (artículo 22), pero también tres definiciones importantísimas a la hora de apreciar el constitucionalismo de la primacía legislativa que Apatzingán está tomando del modelo radical revolucionario francés¹⁸ (propio, también, de algunas declaraciones constitucionales de ciertas colonias angloamericanas, como Pensilvania¹⁹):

“Ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común: esta expresión se enuncia por los actos emanados de la representación nacional” (artículo 18).

“La ley debe ser igual para todos, pues su objeto no es otro que arreglar el modo con que los ciudadanos deben conducirse en las ocasiones en que la razón exija que se guíen por esa regla común” (artículo 19).

“La sumisión de un ciudadano a una ley que no aprueba no es un comprometimiento de su razón, ni de su libertad; es un sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general” (artículo 20).

En todos los casos las cursivas me pertenecen y tienden a destacar lo cerca que se encuentran los constituyentes de Apatzingán a las ideas racional-voluntaristas de Rousseau y lo lejos que pretenden colocarse respecto del mode-

al numeral 22 de la Declaración de derechos jacobina del 1793, que viene del numeral XIII del proyecto presentado a la Convención por Robespierre el 24 de abril del propio año. *Cfr.* DUCANGE, Jean (selección), *Robespierre, Virtud y terror*, introd. S. ZIZEK, trad. Juan María LÓPEZ DE SA, (Akal, Madrid, 2010), p. 159.

18 De nuevo, el proyecto declarativo de Robespierre es referencial. Ver artículos XV-XVIII en *Ibidem*.

19 A la Declaración de derechos del 28 de septiembre de 1776 en Pensilvania Fioravanti la llama “el texto radical por excelencia” dentro del primer Constitucionalismo angloamericano. El artículo V es prácticamente idéntico al 4º del Decreto de Apatzingán. El IV influyó, es evidente, a Morelos que, al asumir como Generalísimo y encargado del Poder Ejecutivo, en septiembre de 1813, se negó a aceptar más tratamiento que el de “Siervo de la Nación”. Dice la Declaración de Pensilvania que “todo el poder es originalmente inherente al pueblo y por tanto deriva de él; por lo que todos los oficiales del gobierno, ya sean legislativos o ejecutivos, son sus fideicomisarios y *siervos*, y en todo momento responsables ante él”. Utilizamos la versión incluida en FIORAVANTI, *Los derechos...*, p. 155.

lo historicista que todavía en Cádiz alcanzó a alzar algunas de sus banderas, por más que no fuera propiamente la del pluralismo de fuentes. Se trataba de desmontar al antiguo régimen, y a ello se avocaba sin mayor discusión y sin parar demasiadas mientes en los obstáculos, la presunta “voluntad general” de los mexicanos. El constitucionalismo insurgente finalmente triunfante, el de periplo Iguala-Córdoba en 1821, será mucho más prudente al momento de abrazar el modelo rousseaniano, como también lo había sido el multicitado Constitucionalismo del cura Morelos, a quien Apatzingán le parecía una Constitución “mala por impracticable”²⁰. No obstante ello, la respetó denodada e institucionalmente. El día que se juró fue, según dijo, el “más feliz de su vida”: reconocía en ella un instrumento para la emancipación definitiva de la América mexicana.

Todo ello responde a una serie de circunstancias históricas que procedemos a narrar.

II. Los Elementos constitucionales de Ignacio López Rayón: la primacía del legislador.

El movimiento de la Independencia mexicana respecto de la Monarquía española comienza en 1808, con la representación del Ayuntamiento de la Ciudad de México en contra de las abdicaciones de Carlos IV y Fernando VII en favor de Napoleón, pero no se consolida con un llamado a las armas sino hasta el “Grito de Dolores” formulado el 16 de septiembre de 1810 por el cura de aquel pueblo, Miguel Hidalgo. Ocho días después, el día 24, se inaugurarían las Cortes generales y extraordinarias de la Monarquía en el andaluz puerto de Cádiz, último bastión de la España que resistía al invasor francés.

Con la asunción de la jefatura del movimiento de Independencia a la caída de Hidalgo y su compañero Ignacio Allende en 1811, el abogado michoacano Ignacio López Rayón logra integrar una “Suprema Junta Nacional Americana” situada en Zitácuaro, y con el tiempo propone, como vía alterna a la Constitu-

20 Al respecto consultese, ante todo, al autor que mejor ha expresado el contrapunto. HERREJÓN PEREDO, Carlos, *Los procesos de Morelos*, (El Colegio de Michoacán, Zamora, 1985); HERREJÓN PEREDO, Carlos, *Morelos. Documentos inéditos de vida revolucionaria*, (El Colegio de Michoacán, Zamora, 1987); HERREJÓN PEREDO, Carlos, *Morelos*, (Clio, México, 1996); HERREJÓN PEREDO, Carlos (introducción, selección y notas), *Morelos. Antología documental*, (Cien de México / SEP Cultura, México, 1985), pp. 176-177: “Acusaciones del fiscal de la Inquisición y respuestas de Morelos”.

ción de Cádiz promulgada el 19 de marzo de 1812, un ordenamiento constitucional que intituló *Elementos de nuestra Constitución*²¹.

Los *Elementos* que propone Rayón son principialistas: poseen una notable carga axiológica. Los principios “podrán modificarse por las circunstancias, pero de ningún modo convertirse en otros”, dice el gran abogado de la Nación, como lo ha llamado Octavio Martínez Camacho²².

Una lectura paralela a los *Sentimientos de la Nación* y a la Constitución de Cádiz nos permite advertir de inmediato que, a diferencia de ambos instrumentos, los *Elementos* mantienen al Tribunal de la Inquisición. Que la América aparece como una nación en sí misma, sin dar crédito a la Nación transoceánica e interhemisférica planteada en Cádiz. Que la Soberanía es originaria, residente en Fernando VII y ejercida por el “Consejo”, que es llamado en ocasiones “Congreso” y “Junta”, y regulado como un Legislativo propio y peculiar de la Nación mexicana.

México oficializa con esta disposición su movimiento juntista, el mismo que había abortado ante los golpes de Estado dados en 1808 por el comercio peninsular en contra del virrey Iturriigaray y del Ayuntamiento de la Ciudad de México, fernandistas de ocasión, y con ello se integra plenamente a lo que Marta Lorente y José María Portillo han llamado el “momento gaditano” de las revoluciones hispánicas²³. En el sentido de Fioravanti, no cabe duda que lo que plantea Rayón es la preeminencia incontestable del legislador soberano, depositario de las potestades de un rey que difícilmente retornaría de su cautiverio napoléonico.

Los tres vocales de la Suprema Junta Nacional Americana, José María Liceaga, José Sixto Berdusco y el propio Rayón, lo seguirían siendo hasta la conformación definitiva del ordenamiento mexicano, esto es, hasta la obtención de la Independencia. “El momento glorioso de la posesión de México” (se refiere a la Ciudad de ese nombre, y no al Reino) habría sido el de la sustitución de los miembros de la junta de Zitácuaro, que casi siempre obraron en notoria discordancia y con enfrentamientos inocultables. Huelga decir que tal “momento glorioso” no llegaría sino hasta 1821, muchos años después de la disolución de la Junta.

21 LÓPEZ RAYÓN, Ignacio, *Primer proyecto constitucional para el México independiente*, (Comisión de Derechos Humanos del estado de Hidalgo / Miguel Ángel Porrúa, México, 2012).

22 MARTÍNEZ CAMACHO, Octavio, *Rayón, el gran abogado de la Nación. Entre la gloria y el olvido*, (Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo / Miguel Ángel Porrúa, México, 2019).

23 LORENTE, Marta y PORTILLO, José María (dirs.), *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, (Cortes Generales, Madrid, 2012).

Los *Elementos* regulan un Ejecutivo débil, dependiente de la Junta. No se aprecia obsesión alguna con la división y el equilibrio de poderes. Se distingue, con ecos cronwellianos, un “Protector nacional” con facultad de iniciativa de leyes y para “cualquiera negocio que interese a la Nación”, pero no de veto sobre las decisiones legislativas. La iniciativa de ley la presenta el Protector “ante el Supremo Consejo” en sesión pública, pero la decisión definitiva se deja al Legislativo.

El Consejo de Estado, que no debe confundirse con el Congreso o Junta, acuerda para declarar la guerra y ajustar la paz, sin que la Junta pueda *decidir* en esta materia sin consultarlo. Se integra por oficiales “de brigadier arriba”. Acuerda también para gastos extraordinarios, disposición de bienes nacionales y asuntos inherentes “a la causa común de la Nación”. Lo expuesto por los “representantes” (de la Junta, debemos entender) debía tenerse “muy en consideración”.

Los Despachos del Ejecutivo “y sus respectivos Tribunales” se “sistemarán (*sic*) con conocimiento de las circunstancias”. Como puede apreciarse, el antiguo régimen prevalece: no se distingue entre potestades y los Despachos se distribuyen conforme a las antiguas funciones: Gracia y Justicia, Guerra y Hacienda.

“Todos los de fuera”, con tal de que favorezcan la Independencia, son bienvenidos y entran bajo la protección de las leyes. Los empleos, sin embargo, corresponden “sólo a los patricios”, sin que carta de naturalización o privilegio alguno puedan hacerse valer. La naturalización la concede la Suprema Junta con acuerdo del Ayuntamiento correspondiente y “disensión del Protector Nacional”.

Como ocurrirá dos años después en Apatzingán, los tres poderes son “propios de la Soberanía”, pero sólo el Legislativo se entiende inherente a ella y es, por tanto, incomunicable. Así, las Cortes de Cádiz se entienden ilegítimas por extralimitadas: legislan sobre naciones que les son ajenas, invaden una soberanía que no tiene nada que ver con ellas. Podía compartirse entre las Españas la persona del Rey, pero no la del Congreso, por cuanto el proceso político de cada una de las naciones integrantes del conglomerado de la Monarquía hispánica debería discurrir a través de sus “Cortes” o “Juntas” peculiares y adaptables a cada reino. Con ello se niega legitimidad a cualquier intento de reunir Cortes “generales”.

Los “representantes” (debe entenderse: al órgano Legislativo) serán nombrados cada tres años por el Ayuntamiento respectivo, compuesto éste último por “las personas más honradas y de proporción, no sólo de las capitales sino de los pueblos del distrito”. La esclavitud queda “enteramente proscrita”.

Se prohíben las distinciones de linaje, aunque en un esquema paulatino, distinto al de los morelianos *Sentimientos de la Nación*: sólo para quienes “hubieran nacido después de la feliz Independencia de nuestra Nación” o bien hubieren servido en los ejércitos americanos con graduación de capitán arriba o acrediten servicios singulares a la patria. Sólo “la cobardía y la ociosidad” infamarán al ciudadano.

Menos xenofóbicos que otros documentos insurgentes, los *Elementos* abren los puertos del reino a las naciones extranjeras, sin más limitación que la garantía de la pureza del dogma católico. Los perjurios contra la Nación, sin embargo, incurren en infamia y pierden sus bienes. Los peninsulares y los criollos contrarios a la Independencia en forma pública e incontestable perderían sus puestos.

La libertad de imprenta es absoluta en Ciencias y en Política, siempre que en este último caso se ejerza sin zaherir las “legislaciones establecidas”. Los exámenes de artesanos quedan abolidos. Un duro golpe anti gremial, que puede entenderse, aquí sí, plenamente revolucionario.

El domicilio se declara “asilo sagrado”. Se “administrará, con las ampliaciones y restricciones que ofrezcan las circunstancias” el *Habeas Corpus* que, sintomáticamente, se menciona como “ley de Inglaterra” más que como recurso procesal. Sin posibilidad alguna de discusión posterior, la tortura queda proscrita para siempre jamás. Los 16 de septiembre (día del *Grito de Dolores*), 12 de diciembre (día que conmemora las apariciones de la Virgen de Guadalupe en el cerro del Tepeyac, 1531) y días de San Miguel (onomástico de Hidalgo) y San Ignacio (onomástico de Allende) son solemnizados “como los más augustos de la Nación”. Las cuatro órdenes militares (Guadalupe, Hidalgo, Águila y Allende) pueden ser obtenidas también por civiles (magistrados y ciudadanos beneméritos), aunque sólo en casos extraordinarios.

La Nación que delinea Rayón poseerá cuatro Capitanes generales y un Generalísimo para los casos de guerra, no encargado del Poder Ejecutivo sino en pocos supuestos: los casos “ejecutivos” y “de combinación”. Muy limitado, el Generalísimo es nombrado por el Supremo Congreso a propuesta de los oficiales a partir de brigadier, y del Consejo de Estado. La investidura no conferiría graduación ni aumento de renta, cesaría concluida la guerra y estaría sometida a remoción a partir de procedimiento idéntico al de la designación. Así, el jefe de las armas se hallaría siempre sometido al Legislativo. Poseería poca capacidad de realizar nombramientos y, por supuesto, no podría interferir en la vida interna del Congreso. Todo lo contrario ocurrirá con el *Reglamento del Congreso* que, como

veremos, permitirá incluso el nombramiento, por el Generalísimo, de dos secretarios para proveer “en las cosas del Congreso”.

A diferencia también de lo que prescribirá el *Reglamento* expedido en Chilpancingo, los tres vocales de la Suprema Junta Americana serían designados Capitanes generales perpetuos. Las “circunstancias” definirían el nombramiento del cuarto.

Se conoce sobradamente lo que el cura Morelos respondió a los *Elementos* en noviembre 7 de 1812, y sabemos que las respuestas provocaron que Rayón no publicara siquiera su documento, pero la historiografía se ha centrado excesivamente en la controversia relativa a la “máscara de Fernando VII”, es decir, a lo genuino o no del reconocimiento al rey de España por parte del movimiento insurgente. No ha reparado demasiado en el comentario de Morelos que quiere hacer operativo al Consejo de Estado, ciñendo el número de sus integrantes a ciertos oficiales (diez a lo más) para obtener prontitud en la reunión y vigor en la decisión para “los casos de paz y guerra”. Pareciera que Morelos asimila el Consejo de los *Elementos* a una potestad ejecutiva efectiva.

El o los Protectores nacionales (sugiere Morelos que haya uno en cada Obispado del Reino) se ve como un funcionario de Justicia, propio de esquemas de gracia y justicia más que de legalidad. Los protectores debían ser sustituidos cada cuatro años.

Los extranjeros debían admitirse “muy pocos, y sólo al centro del reino”. El Generalísimo y los Capitanes generales, que deberían aumentar en número “según las provincias episcopales”, permanecerían en sus cargos “sin más alternativa que la que pida su ineptitud, por impericia, enfermedad o edad de setenta años”. Morelos buscaba, evidentemente, el fortalecimiento y estabilidad de la potestad ejecutiva.

Rayón cada día encontraba “más embarazos” para publicar sus *Elementos*. Las críticas y propuestas de Morelos, un general más exitoso que él, le molestaban. La división de potestades le perturbaba por encima de todo, pues le parecía “inconscuso” que en el Congreso que había de reunirse para sustituir a la Suprema Junta debían recaer todos los poderes, aunque “separado sea útil a hacer ésta o aquella división”, sin especificar cuál. En temas de Justicia, el licenciado de Tlalpujahua justifica por qué sus *Elementos* eran tan poco específicos: ya “que la legislación que nos ha regido está fundada en el derecho divino, natural y de gentes, y que por tanto quitamos los abusos que la hacían gravosa, debemos sujetarnos a ella en el orden de los juicios entretanto se establece la que bajo los mis-

mos principios deba regirnos con consideración a las circunstancias, porque ya ve Vuestra Excelencia, ¿qué avanzamos con publicar esa Constitución que realmente nada alivia para la administración de justicia y régimen interior? Y así que los jueces se arreglen a la práctica de las leyes: que los Tribunales sisteman (*sic*) el orden de cada ramo *mutatis mutandi* conforme a las instrucciones que regían en cada uno de ellos, hasta que podamos dar una Constitución que sea verdaderamente tal, porque la extendida (se refiere a los *Elementos*) cada día me disgusta más y veo que (como digo) no nos alivia en nada. Sin embargo, si Vuestra Excelencia quiere que ésta se dé a luz, se publicará en la hora misma que tenga su aviso; pero creo, repito, nada avanzamos sino que se rían de nosotros y confirmen el concepto que nos han querido dar los gachupines de unos meros autómatas: que juzguen los jueces según las leyes, y en los casos extraordinarios consulten para ir introduciendo la variedad que deba adaptarse en la práctica”²⁴.

Morelos tiene otra idea: una Justicia de nueva planta fundada no tanto en el dogma, sino en los beneficios de la distribución de poderes. Las desavenencias entre los otros vocales de la Suprema Junta Americana (ante sus conquistas militares, Morelos había sido designado cuarto integrante) así como la negativa de Rayón a publicar los *Elementos*, le brindan la ocasión para replantear todo el esquema constitucional de la insurgencia. Desde Acapulco, cerca ya de la instalación del Congreso llamado a sustituir a la Suprema Junta, afirma que “la ilustración de los habitantes del reino, y la dolorosa experiencia de que las armas de la Nación padecen con frecuencia tal retroceso que casi las deja lânguidas y en inacción, siendo nuestros anhelos que cubran las provincias con la rapidez de un nublado y brillen de tal suerte en contorno de nuestros enemigos que cuando no los destrocen, a lo menos los acobarden e intimiden, ha obligado a todo buen patrício a meditar con la más detenida reflexión sobre el origen de tan desgraciados sucesos, y tan poco conforme al grueso número de nuestras tropas y a los deseos de la Nación; y después de agotar los más útiles discursos, *no han hallado otra causa que la reunión de todos los poderes en los pocos individuos que han compuesto hasta aquí la Junta Soberana*”²⁵. Por todo ello el “Reino” (esto es, la comunidad de realidades territoriales y corporativas novohispanas) “ha exigido de mí con instancia repetida, la instalación de un nuevo Congreso, en el que no obstante ser más amplio por componerse de

24 Rayón a Morelos, Puruarán, 2 de marzo de 1813. En: MORELOS, José María, *Documentos inéditos y poco conocidos*, (Publicaciones de la Secretaría de Educación Pública, México, 1927), II, pp. 159-160.

25 “Disposición dictada en Acapulco en Agosto 8 de 1813 por Morelos, para la formación de un Congreso Nacional y nombramiento de la persona que debía ejercer el Poder Ejecutivo” en *Idem*, II, p. 164. Las cursivas me pertenecen.

mayor número de vocales, no estén unidas (todas, se entiende) las altas atribuciones de la soberanía”.

En resumen, el general Morelos está buscando moderar el afán de primacía soberanista que el Legislador rayoniano apenas ocultaba. Tenía, además, una especial preocupación por generar un Poder Judicial de novísima planta, inédito en Nueva España. Y, con ello, procuraba integrar el movimiento insurgente al segundo modelo del que nos ha hablado Maurizio Fioravanti: el del equilibrio entre poderes.

III. El modelo constitucional de balance entre potestades: el Reglamento del Congreso de Anáhuac y los Sentimientos de la Nación.

No cabe duda de que los *Elementos*, y el análisis de los mismos, influyeron en la redacción presidencialista del Reglamento del Congreso de Anáhuac. Este instrumento, que Ezequiel A. Chávez²⁶ y Alonso Lujambio²⁷ consideraron una auténtica y primera Constitución mexicana, se preocupa por eliminar el asambleísmo que tanto los *Elementos* de Rayón como la Constitución de Cádiz prescribían como adecuado²⁸. Es, junto con los *Sentimientos de la Nación*, la expresión más acabada del talento constitucional del cura Morelos.

Morelos, único capitán insurgente que obtenía y consolidaba victorias sólidas, se manifiesta en contra de las discordias de “vuestras excelencias”, es decir, de los pleitos entre los otros miembros de la Junta. En mayo del año trece reforma al órgano con miras a integrar en él un vocal representante de la provincia de Oaxaca, liberada por su Ejército del Sur. Durante el verano se decide a sustituir la Junta por un Congreso que, en paralelo al de Cádiz, habría de reunirse en Chilpancingo, cerca de Acapulco, para representar a la nación: a la verdadera nación que existía en lo que se llamó Nueva España, un “reino” que le exigía “un nuevo Congreso”, o más bien un auténtico Congreso puesto que la Junta de Zitácuaro no lo era ni lo había sido nunca.

26 CHÁVEZ, Ezequiel A., *Morelos*, (Jus, México, 1977), p. 116.

27 LUJAMBIO, Alonso y ESTRADA MICHEL, Rafael, *Tácticas parlamentarias hispanomexicanas*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012), pp. 35-45.

28 La Constitución de Cádiz hacia pasar la práctica totalidad del proceso político a través del cauce de las Cortes generales, y subordinaba al Rey a la categoría de un Magistrado encargado del Ejecutivo bajo estricto control parlamentario. Los miembros de su Gabinete, por ejemplo, incluso el de Ultramar, tenían el deber de concurrir a las discusiones legislativas correspondientes a su ramo.

Las dos provincias emancipadas por Morelos, Tecpan y Oaxaca, pudieron elegir a sus diputados. El resto de los representantes, por disposición del propio Morelos quien no ocultaba la influencia de una eminencia gris, Carlos María de Bustamante, bien impuesto de lo que había sucedido en Cádiz, tendrían el carácter de suplentes hasta en tanto las condiciones permitieran celebrar elecciones en términos de normalidad.

Los miembros de la Suprema Junta serían considerados diputados natos al nuevo Congreso, con una excepción: Morelos se cuidó bien de no fungir como miembro del Legislativo (no lo será sino hasta 1814, tras sus terribles derrotas michoacanas y su defenestración como Generalísimo). Sabía bien que el esquema de división de poderes lo colocaba a las puertas de la potestad ejecutiva.

En efecto, una vez reunido el Congreso, los generales y oficiales con mando tendrían que ocuparse de la elección del Generalísimo, que conforme a la prescripción moreliana se hallaría también “encargado del Poder Ejecutivo”. Ni Li-ceaga ni Berdusco ni Rayón, diputados como ha quedado dicho, podrían presentarse a la elección. La elección castrense resultaba obvia y natural.

Aun sin ser diputado, Morelos inauguró de viva voz los trabajos del Congreso de Anáhuac, en Chilpancingo, el 14 de septiembre de 1813. Fue designado Generalísimo de las armas y titular del gobierno, contrariando así el espíritu doceañista que buscaba consolidar la revolucionaria distinción entre lo castrense y lo administrativo. Como se resistiera a aceptar el cargo, el neonato Congreso declaró inadmisible cualquier renuncia o dimisión y le confirió el título de “Alteza”. Como ya hemos señalado, Morelos no aceptó más distinción que la de ser llamado “Siervo de la nación”. En su participación del nombramiento a los pueblos de la Nueva España, fechada el día 18, el siervo asegura que “en Junta general celebrada en 15 de septiembre corriente por voto universal de la oficialidad de plana mayor y demás vecinos del mayor número de provincias ha recaído en mí el cargo de Generalísimo de las armas del reino y la autoridad del Supremo poder Ejecutivo”. Queda clara su preocupación por la legitimidad en el nombramiento, aunque no la participación que propiamente haya correspondido al Congreso en él puesto que “los representantes de las provincias de la América Septentrional” reconocían lo militar y depositaban lo administrativo en un Morelos nombrado “por la oficialidad del Ejército y el cuerpo de electores”, que no de diputados.

La preocupación más constante en el *Reglamento* es la preservación de una estricta división de poderes. El artículo 39 establece que “cada uno de los tres poderes tendrá por límite su esfera, sin salirse de ella, si no es en caso extraordinario y de

apelación”. Es posible advertir de inmediato que el *Reglamento* no es sólo un conjunto de preceptos y reglas para el proceder congresional. Va mucho más allá en lo orgánico y pretende estructurar un Estado que poco a poco va dejando de ser imaginario. En realidad “era ya una Constitución... ciertamente fue la primera que por medio de uno de los más grandes de sus héroes, el país se dio a sí mismo: aunque inspirada en ideas que Morelos haya tomado de diversas personas, la hizo totalmente suya y a él por lo mismo puede y debe atribuirse. En ella se delinea él mismo con fuerza como un demócrata que procura que se equilibren las funciones de los elementos directivos del gobierno y que trata de que no se sacrifique a ninguno de los tres poderes subordinándolo a los otros dos”.

Con todo, el propio Ezequiel Chávez, a quien pertenece el anterior análisis, reconoce que el caudillo llevó a extremos inusitados el error gaditano de crear un Congreso permanente, tan embarazoso para las empresas propias de un país en guerra. Morelos lo pagará en carne y dignidad propias en el oscuro bienio que se abre con la Navidad de 1813 y se cierra con la del año quince.

Siguiendo al *Reglamento*, la junta para elegir a los diputados de las “respectivas provincias” se llevó a cabo en la iglesia parroquial de Chilpancingo “la mañana del día trece del corriente” (artículo 1º) y fue presidida por Morelos “como el más caracterizado oficial del ejército” (artículo 2º). En el mismo sitio y al otro día, disuelta la junta de electores, se reunirían los diputados y, en ese momento, “se tendrá por instalado el *gobierno (sic)*” (artículos 5º y 6º).

Hallamos también, por supuesto, normas típicas de un Reglamento estrictamente parlamentario. El despacho de los asuntos congresionales se dividiría entre un vicepresidente y un presidente, nombrados por la asamblea, y dos secretarios (artículo 16). En estos últimos encontramos un nuevo *quid* del pensamiento moreliano, por cuanto serían nombrados, “en propiedad” por el Generalísimo para un periodo de cuatro años (artículo 24). Sólo pasado tal cuatrienio podrá el Congreso nombrar a sus propios secretarios. Entre tanto, los diputados tendrán que consentir la evidente invasión de sus esferas. Una medida que Morelos, a no dudar, estimaba indispensable para controlar la buena marcha de la guerra.

El Ejecutivo contaría, además, con dos secretarios que durarían en su encargo “todo el tiempo que exijan las circunstancias”, y no tan sólo cuatro años (artículo 26).

Realizadas las designaciones, la Asamblea debía proceder, “con preferencia a toda otra atención” a declarar la Independencia “de esta América respecto de la Pe-

nínsula española; sin apellidarla con el nombre de alguna monarquía, recopilando las principales y más convenientes razones que le han obligado a este paso y mandando se tenga esta declaración por ley fundamental del Estado” (artículo 17). La Declaración de Independencia no se expedirá sino hasta noviembre del propio año trece sobre las bases contenidas en este precepto, entre las que destacan la distinción tajante entre la nación de “esta América” y la “Península española”, así como el empecinamiento en motivar las decisiones que se van tomando y la elevación de la Declaración al carácter del ley constitucional del nuevo Estado.

El régimen de la insurgencia muta, en efecto, pero también lo hace el novohispano, y Morelos levanta la partida de fe correspondiente. La división de poderes y el combate a la invasión hacia las esferas ajenas son, como hemos visto, principios prácticamente inflexibles, salvo en aquello que pueda beneficiar a la causa bélica insurgente. Los diputados, obligados a concurrir diariamente a las sesiones, no deben sufrir embargo “por encargos o comisiones, pues no puede haber comisión preferente a las que les ha confiado la patria” (artículo 42). Deben abstenerse de ejercer mando militar “aun cuando se alegue conocimiento práctico de los lugares” y no deberán desperdigarse “por distintos rumbos” (artículos 43 y 44).

Por supuesto que si los diputados han de tener un plazo determinado para su encargo, el Generalísimo no: durará en el encargo del Poder Ejecutivo todo el tiempo que permanezca apto para su cabal desempeño, esto es, en tanto no sobrevengan “muerte, ineptitud o delito”. La disposición, que recuerda a los Ejecutivos vitalicios que más tarde promoverá Bolívar en la América meridional, se complementa con el mecanismo de substitución. En caso de falta absoluta, el Generalísimo “se elegirá” (el *Reglamento* no aclara *por quién*) “otro del cuerpo militar a pluralidad de votos, de coronel arriba” (artículo 45). Un Ejecutivo muy poderoso, que tan sólo deberá “dar cuenta” a un Congreso en absoluto soberano²⁹, por cuanto se halla obligado a prestarle “cuantos subsidios pida de gente o dinero para la continuación de la guerra” (artículos 46 y 47).

Por lo que hace al Poder Judicial, Morelos vuelve por los acentos a la división de poderes. No será el Legislativo, sino una “junta general de letrados y sabios de todas las provincias” la que deberá elegir a los jueces del “Tribunal de reposición o Poder Judiciario” (artículo 51), quienes tendrían la muy importante facul-

29 No obstante que merezca el tratamiento de “Majestad” o “Alteza”, correspondiendo el de “Excellencias” a sus integrantes (artículo 50).

tad de aplicar las leyes “consultando en las dudas *la mente* del legislador”, aunque no al legislador mismo (artículo 52). El contraste con el *Decreto* de Apatzín-gán difícilmente podría ser mayor.

Quedaba así delineado, en el *Reglamento*, el esquema de balance entre las potestades con un Ejecutivo castrense, sólido y permanente, un Legislativo actuante aunque acotado y un Judicial independiente en la formación de sus criterios e impecable en cuanto a la técnica que se esperaba de él.

Parece, pues, que el *Reglamento* estuvo en vigor a partir del 13 de septiembre de 1813, apenas inaugurado el Congreso en Chilpancingo, sirviéndole los *Sentimientos de la Nación*, el documento aspiracional y principalista que Morelos presentó a la Asamblea, como una suerte de preámbulo o parte dogmática. En cualquier caso, no cabe dudar acerca de la vigencia efectiva del Reglamento del Congreso de Anáhuac durante varios meses y en toda su extensión equilibrista de las potestades públicas. Ignacio López Rayón en carta a su hermano Ramón fechada en Huajuapan el 3 de febrero de 1814, refiere exultante que el Congreso le ha restituido en el “ejercicio y mando de las armas”, restitución que no tenía que consultar con el general Morelos, aunque lo haría por “miramiento” dado que “el Supremo Congreso en el tiempo de su unión resolvió por Acta solemne reasumir en sí los tres poderes, recogiendo del señor Morelos el ejecutivo que indebidamente se había separado, (y) declaró que la Declaración de Guerra, ajuste de paz y Leyes de Comercio le pertenecían privadamente, como que en él reside la soberanía de la Nación”. Como hemos visto, Rayón nunca fue muy amigo de la división tajante de poderes y en sus *Elementos constitucionales* pretendió establecer un mecanismo de corte anglo-parlamentario en el cual el Ejecutivo (el Consejo de Estado y el “Protector Nacional”) respondiera directa e inmediatamente a una Junta o Congreso encargada del ejercicio de la soberanía a nombre de Fernando VII.

Desde Puruarán, en marzo de 1813, Rayón había escrito a Morelos que le parecía “inconcluso” que en el Congreso que habría de reunirse “recaigan todos los poderes”³⁰. A Morelos la idea le perturbaba y obsesionaba. Desde Acapulco, en agosto, afirmaría que las desgracias de la Nación mexicana encontraban su explicación en “la reunión de todos los poderes en los pocos individuos que han compuesto hasta aquí la Junta Soberana”. Por ello, persuadido el “reino”, que el cura identifica con la acéfala comunidad política novohispana, de “esta verdad, ha exigido de mí

30 MORELOS, *Documentos inéditos...II*, p. 159.

con instancia repetida, la instalación de un nuevo Congreso, en el que no obstante ser más amplio por componerse de mayor número de vocales, no estén unidas las altas atribuciones de la soberanía”. Todas, se entiende³¹. Sólo algunas, pocas según hemos visto, habrán de corresponder al Poder Legislativo. Estamos ante el modelo del balance potestativo en los precisos términos de Fioravanti.

Pues bien, la carta de 1814 de Ignacio a Ramón Rayón prosigue señalando que el Congreso “declaró nulo e insubsistente aquel Reglamento que en el tiempo de las juntas primeras de Chilpancingo se dio al público como interno por el gobierno”³². Aunque no sabemos cuándo se declaró la nulidad y la insubsistencia del Reglamento, el relato de Rayón es consistente con la carta que Morelos envió a Andrés Quintana Roo, a la sazón diputado. La existencia de la misma la ha destacado Carlos Herrejón Peredo. En ella, quien fuera Generalísimo encargado del Poder Ejecutivo reclamaba al joven congresista la ausencia de defensa de un texto normativo que él, el novel jurista, había redactado y que, tras los desastres bélicos de las Lomas de Santa María y de Puruarán, estaba siendo sometido con singular alegría a cuanta reforma anti presidencial (*ergo*, anti Morelos) se les ocurría a los constituyentes: “el reglamento bajo cuyo pie se regeneró nuestro Gobierno y reinstaló el Congreso, V.E. lo dictó. Haga por su parte se cumpla e influya todo lo posible para que con la integridad que nos caracteriza se vaya reformando con la solemnidad de las actas, para que el pueblo no anule lo practicado, conforme al reglamento o lo que se haga con este. En el reglamento se queda el Congreso de representantes con sólo el Poder Legislativo, y en el día quiere ejercer los tres poderes, cosa que nunca llevará a bien la nación”, escribe desde Huacura en mayo de 1814 Morelos a Quintana Roo, según apuntó Guillermo Prieto³³.

¿Por qué importaba tanto a los congresualistas que el *Reglamento* no subsistiera en sus términos? Además de la obviedad manifiesta en el carácter marcadamente presidencial del fundamental texto destaca el hecho de que la definición de “ley” contenida en los *Sentimientos de la Nación*, así como los instrumentos procesales llamados a matizar, en el *Reglamento* moreliano, la legolatría, resultan asaz distintos respecto de lo establecido poco antes en Cádiz y en Zitácuaro, así como de lo que después se estatuiría en Apatzingán.

31 *Idem*, II, p. 164.

32 *Idem*, II, pp. 206-207.

33 PRIETO, Guillermo, como coautor de los *Episodios históricos de la guerra de Independencia*, tomo I, edición facsimilar de la de 1910, (INEHRM, México, 2008), pp. 60-63.

Para Morelos es la “buena ley” (y no la “ley” a secas) la que resulta “superior a todo hombre”³⁴, y por lo tanto, en su opinión, el Congreso, depositario de la Soberanía popular (numeral 5 de los *Sentimientos de la Nación*) no es en sí mismo soberano, pues se halla sujeto a una serie de vínculos principalistas, a un catálogo de obligaciones normativas, a un bloque de referencia valoral. En efecto, sus leyes deben obligar “a constancia y patriotismo”, moderar “la opulencia y la indigencia” y aumentar “el jornal del pobre” de suerte tal que éste, el indigente, “mejore sus costumbres, alejando la ignorancia, la rapiña y el hurto”. Para ello, el dictado de las leyes debía responder a la reunión “de una junta de sabios en el número posible, para que proceda con más acierto y exonere de algunos cargos que pudieran resultarles” (Sentimiento 14). De hecho, el 25 de octubre de 1813, con Quintana Roo como presidente y Cornelio Ortiz de Zárate como secretario, el Congreso “convencido de que la verdadera libertad consiste en que los pueblos sean gobernados por leyes suaves y benéficas y para que de todos modos contribuyan estos (los pueblos) a su establecimiento” decretó que “cualquier individuo, sin excepción alguna, tiene derecho a formar planes, hacer reparos y presentar proyectos que ilustren al Gobierno en toda clase de materias”, con lo que la participación popular en la formación de la voluntad del nuevo Estado pretendía quedar asegurada³⁵.

En lo tocante a esta temática, es interesante el cambio que se aprecia entre la versión de los *Sentimientos* leída por el secretario del Congreso, Juan Nepomuceno Rosains, en la sesión inaugural, y las “tachaduras y enmendaduras con caligrafía diversa” que sufrió. Estas “tachaduras” eliminaron el artículo 6º (“Que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial estén divididos en los cuerpos compatibles para ejercerlos”) para fundirlo con el 5º (“Que la soberanía dimana inmediatamente del pueblo, el que sólo quiere depositarla en el *Supremo Congreso Nacional Americano*, compuesto de representantes de las provincias en igualdad de números”).

El resultado es de llamar la atención, y permite especular que la mano que incorporó las “enmendaduras”, al menos en este punto³⁶, fue la de Morelos. Dice

34 Numeral 12 de los *Sentimientos de la Nación* en LEMOINE, Ernesto (estudio histórico y paleografía), *Documentos del Congreso de Chilpancingo hallados entre los papeles del caudillo José María Morelos, sorprendido por los realistas en la acción de Tlacotepec el 24 de febrero de 1814*, 2ª ed., (Gobierno del Estado de Guerrero / Secretaría de Gobernación, México, 2013), p. 178.

35 *Idem*, p. 196.

36 El 14, en cambio, fue enmendado para suprimir la discusión previa de un proyecto legislativo “en junta de sabios”, discusión tan cara al Morelos de varias exposiciones y escritos.

el definitivo numeral 5 de los *Sentimientos de la Nación*: “Que la Soberanía dimana inmediatamente del pueblo, el que sólo quiere depositarla *en sus representantes*, dividiendo los *poderes de ella* en Legislativo, Executivo y Judiciario, eligiendo las provincias sus vocales, y éstos a los demás, que deben ser sujetos sabios y de probidad”³⁷. Los poderes de la Soberanía serán ahora los tres. Los tres representarán al pueblo. El Legislativo, único elegido por “las provincias”, será el encargado de nombrar a los vocales que ejercerán las otras dos potestades (ya hemos visto que en el *Reglamento* no ocurre así). En cualquier caso... ¡se trata del paso del primer al segundo modelo de Fioravanti en un mismo instrumento constitucional!

Ahora bien, derecho sin garantías es mera retórica, y es por ello que Morelos en el *Reglamento* concibe un mecanismo procesal orgánico para asegurar no sólo el balance entre Poderes, sino que las leyes sean buenas y legítimas. Si en el artículo 25 se dispone que “el Poder Ejecutivo de la Soberanía Nacional” mandará se guarden, cumplan y ejecuten en todas sus partes los decretos del “Congreso pleno”, el 27 establece, a la letra, que “el Generalísimo de las Armas, como que ha de adquirir en sus expediciones los más amplios conocimientos locales, carácter de los habitantes y necesidades de la Nación, tendrá la iniciativa de aquellas leyes que juzgue convenientes al público beneficio, lo que decidirá por discusión el cuerpo deliberante; y asimismo podrá representar sobre la ley que le pareciera injusta o no practicable, deteniéndose el cúmplase de que habla el artículo 25”.

Si se considera que la “representación” se hará ante el Congreso, se entiende que estamos ante un veto presidencial, de suyo superable por la Asamblea, aunque no se establezca el cómo. Pero hay algo más en esta figura de constitucionalismo analógico y circunstanciado. De hecho, no es claro que la representación tenga que dirigirse al Congreso. Quizá, en cambio, estemos ante algo mucho más cercano al modelo de balance potestativo que al de primacía del Legislativo. Algo que, acaso, viniese del antiguo Derecho castellano trasplantado a las Indias.

Como ha señalado Francisco de Icaza, el recurso de “obedézcase pero no se cumpla” constituía un “eficaz medio de defensa en contra de los posibles actos de injusticia del Rey”³⁸. Un Rey que se entendía lejano y tendente a concentrar las potestades normativas aun en contra de “derecho comunal de algún pueblo”, se-

37 HERREJÓN, Carlos, *Morelos. Revelaciones y enigmas*, (El Colegio de Michoacán / Debate, México, 2017), pp. 322-324.

38 ICAZA, Francisco de, *Plus Ultra. La Monarquía Católica en Indias (1492-1898)*, (Escuela Libre de Derecho / Porrúa, México, 2012), pp. 257-258.

gún establecían las *Partidas* de Alfonso X. Al soberano se le acata, como que representa a la comunidad política y a su ánimo justiciero, pero sus disposiciones no se obedecen si ignoran las circunstancias locales y resultan, por tanto, contrarias a la justicia y a la equidad.

Así, el pueblo, representado por sus autoridades constituidas, posee un recurso procesal para salvarse a sí mismo y para salvar al Rey de su propia ignorancia. Activado el recurso, se suspendía la aplicación del precepto hasta en tanto el mandato no fuese confirmado por las potestades metropolitanas. Se obedecía, se acataba por respeto la orden del Rey, pero no se cumplía, no se “completaba”, si no llegaba la reiteración desde la Península.

En concordancia con tal imaginario, el Generalísimo Presidente, conocedor de las circunstancias de pueblos y comunidades, protegería al Congreso de su faltitud, ignorancia e incompetencia. Recuriría las leyes injustas o impracticables, las “malas leyes” a las que hace referencia el numeral 12 de los *Sentimientos de la Nación*, “suspendiéndose el cumplase” hasta que se confirmase la disposición. Más que un veto a lo gaditano, estamos frente a un mecanismo de control de la bondad de las leyes, hoy diríamos que de su regularidad constitucional, bien fuese que se presentara ante un Tribunal o bien ante el propio Congreso para que éste ratificase su posición. Reiteremos que el *Reglamento* es omiso en lo relativo al destinatario de este recurso.

Es cierto que el Congreso de Anáhuac, desde el primer momento, había sido concebido por Bustamante como una reunión “de sabios” compuesta por “un crecido número de individuos que aunque suplentes representen los derechos de sus provincias pero sujetos a un juicio inexorable de residencia que repremia la ambición y rapacidad y les haga temer el terrible fallo de una Nación justa”³⁹. Así pues, a diferencia de la Junta de Rayón, el Congreso podía equivocarse y debía estar sujeto a procedimientos que aseguraran que obrara con Justicia (la *iurisdic-tio*, obsesión muy propia del Antiguo Régimen) y en garantía de los derechos de la Nación: una Nación mexicana, distinta a la bihemisferica que se proclamaba en Cádiz, pero distinta también a las diversas que se iban formando de este lado del Atlántico más allá de Panamá.

En Cádiz, en posición completamente contraria, el diputado quiteño José Mexía Lequerica había sostenido que el “obedézcase pero no se cumpla” tenía

39 MORELOS, *Documentos inéditos...*, II, p. 34.

caso cuando las leyes las hacían malos favoritos, pero no ahora en que las fraguaban buenos diputados, conocedores de las circunstancias de sus pueblos y distritos⁴⁰. Como puede observarse, Morelos no tenía tanta confianza depositada en la sapiencia y buena fe de los “sabios” de Bustamante.

Caído el gobierno unipersonal de Morelos, en Apatzingán la ley aparece acríticamente como “expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común”. Una expresión que, según hemos visto, afianza el imaginario revolucionario radical al prescribirse que debe ser igual para todos y al exigirse una sumisión incondicional para que la voluntad general se mantenga íntegra. ¿Dónde quedó el análisis circunstanciado y crítico sobre la mala ley, la injusta o no practicable? En el basurero de la Historia del Derecho Indiano. Al Supremo Gobierno le está vedado dispensar la observancia legal, así como interpretar las leyes (recuérdese el artículo 169), mientras que a los triunviros ejecutivos y a los magistrados del Supremo Tribunal les queda solamente un débil potencial de voto, una facultad de representación “en contra de la ley”, en absoluto asimilable al “obedézcase pero no se cumpla”.

En cuanto al voto, la representación contraria a la ley se formula ante el Congreso (aquí hay más claridad que en el *Reglamento moreliano*) y las “reflexiones que promuevan (Gobierno y Tribunal) serán examinadas bajo las mismas formalidades que los proyectos de ley y calificándose de bien fundadas a pluralidad absoluta de votos, se suprimirá la ley y no podrá proponerse de nuevo hasta pasados seis meses. Pero si por el contrario se calificaren de insuficientes las razones expuestas, entonces se mandará publicar la ley, y se observará inviolablemente, a menos que la experiencia y la opinión pública obliguen a que se derogue o modifique” (artículo 129). Huelga recordar que ni Ejecutivo ni Judicial poseen facultad de iniciar leyes (artículo 123). Estamos ante el clímax del modelo radical revolucionario de Soberanismo congresional.

El esquema es parecido al gaditano (artículos 142-152 de la Constitución de 1812), con la diferencia de que al Supremo Gobierno lo elige directamente el Congreso (artículos 151-158 del *Decreto*, diferencia obvia con el Rey, designado por la naturaleza), de que el Rey conserva un poco de su antigua fuerza y obliga a trámites más engorrosos para superar su voto y de que Apatzingán, curiosamente doceañista en lo que respecta al régimen de organización de las elecciones, no articula territorialmente al reino mexicano en Diputaciones provinciales, encarga-

40 *Diario de sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias que dieron principio el 24 de setiembre de 1810, y terminaron el 20 de setiembre de 1813*, (Imprenta de J.A. García, Madrid, 1870), sesión del 8 de junio de 1812. IV, p. 3279.

das por el texto de Cádiz de conocer y denunciar a las Cortes las infracciones a la Constitución (artículo 335, 9a facultad), sino que reproduce el viejo y reduccionista mapa de las intendencias, que entre otras cosas se olvida del Nuevo México, de Texas y de las Californias, como si anunciara el trauma venidero para México a la mitad del Diecinueve.

Las leyes, en Cádiz, debían ser “sabias y justas” para garantizar “la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos” de los individuos que componían la Nación española (artículo 4), pero eran estos los obligados al amor de la Patria, a ser “justos y benéficos” y a observar la Constitución y las leyes (artículos 6 y 7). La Nación era soberana, sin tacha posible, como también intachables se entendían sus auténticos representantes, los diputados a Cortes. Se comprende la debilidad de los esquemas de control circunstanciado de la constitucionalidad, aunque no pueda justificarse en una Monarquía que se extendía por cuatro Continentes y que requería interpretaciones dúctiles y amoldadas a la compleja multiplicidad de las circunstancias.

En Cádiz y en Apatzingán toda ley, no sólo la buena, se entendía superior a todo hombre. A Morelos, en cambio, las Cortes españolas le merecían el calificativo de “extraordinarias y muy fuera de razón (que) quieren continuar el monopolio con las continuas metamorfosis de su gobierno, concediendo la capacidad de Constitución que poco antes negaba a los americanos, definiéndose como brutos en la sociedad”⁴¹.

Unas Cortes que privaron, por ministerio de ley constitucional, de la facultad de figurar en los censos de la Monarquía a seis millones de españoles, los pertenecientes a las castas afroamericanas⁴². De ahí a confundir constitucionalidad con legalidad, cualquiera que sea el contenido de la Ley, no hubo más que un paso simplificante y reduccionista: el paso que dimos durante el Ochocientos y que consolidó el modelo de primacía del legislador. Sorprende, sin embargo, el legicentrismo⁴³ de un texto como el apatzingano cuando se repara en que presumiblemente fue redactado y discutido con base en un *Reglamento*, el del Congreso, en absoluto lególatra.

41 Morelos desde Tlacosautitlán, noviembre 2 de 1813, en DE LA TORRE VILLAR, Ernesto, *La Constitución de Apatzingán y los creadores del Estado mexicano*, (Universidad Nacional, México, 1978), p. 317.

42 ESTRADA MICHEL, Rafael, *Monarquía y Nación entre Cádiz y Nueva España*, (Porrúa, México, 2006), en especial Capítulo IV.

43 Para el desarrollo reciente de esta expresión y otras igualmente plásticas cfí: GROSSI, Paolo, *Derecho, sociedad, Estado*, (El Colegio de Michoacán / Escuela Libre de Derecho / Universidad Michoacana, Zamora, 2004); *Europa y el Derecho*, (Cátedra, Barcelona, 2008); *Mitología jurídica de la modernidad*, (Trotta, Madrid, 2003); *L'invenzione del diritto*, (Laterza, Bari-Roma, 2017).

La explicación puede darse si se contempla la necesidad igualatoria en una Nueva España que, como advertía el cardenal Lorenzana a finales del Setecientos, no poseía un solo tipo de hombres, sino varios⁴⁴: como en Cádiz, la ley se sueña igualadora de hombres⁴⁵ y no parece proclive a devaneos de Gracia y arbitrio jurisdiccional. La igualdad habría de generarse por decreto, y no “a golpe de jurisprudencia” ni a través del balance de potestades.

La llamada “Constitución de Apatzingán” es, a diferencia de los *Sentimientos* y del *Reglamento del Congreso*, un Decreto constitucional provisional, destinado a conducir la guerra de Independencia por un sendero de decidida legalidad⁴⁶. Entre los *Sentimientos de la Nación* y la Constitución de Apatzingán no existió la relación que hubiera deseado Morelos. Los *Sentimientos*, mucho más realistas y menos legolátricos, no llegan a ser el preámbulo del *Decreto*. Tampoco hay relación apreciable de este último con el *Reglamento*, sobre todo en los puntos atinentes al equilibrio entre los Poderes.

Recordemos que en el *Decreto* de Apatzingán resultan especialmente importantes los preceptos relativos a la soberanía popular; la preponderancia del Legislativo al lado de un Ejecutivo tripartito y con presidencia rotativa; destaca también la indefinición territorial y la práctica ausencia de instrumentos para el control de la regularidad constitucional de las leyes.

No deja de ser curioso que el último viaje de Morelos, tras sus desastres bélicos, se haya originado en consideraciones propias del gobierno dividido. Como se ha dicho con sentimentalismo pero sin exageración, el cura fue apresado por el coronel realista Concha en Temelaca cuando llevaba las instituciones nacionales (Congreso y Tribunal) literalmente a cuestas. Se le acusó de alta traición por combatir al gobierno del Rey, no al de las Cortes que habían sido disueltas por Fernando VII a su vuelta de Francia, en 1814. Increíblemente se sostuvo que las

44 LORENZANA, F.A. de, arzobispo de México., *Historia de Nueva España escrita por su esclarecido conquistador Hernán Cortés, aumentada con otros documentos y notas por...*, edición facsimilar de la publicada en México por la imprenta del superior gobierno, 1770, (Universidad de Castilla-La Mancha / Miguel Ángel Porrúa, México, 1992), s/p.

45 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel y BIGLINO CAMPOS, Paloma (coords.), *Las huellas de la Constitución de Cádiz*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2014); OLVEDA, Jaime (coord.), *Los rostros de la Constitución de Cádiz*, (El Colegio de Jalisco, Zapopan, 2013). Ambas obras colectivas dan buena cuenta de semejante legolatría.

46 Destaca la idea LEMOINE, Ernesto, *Morelos. Su vida revolucionaria a través de sus escritos y de otros testimonios de la época*, (Universidad Nacional, México, 1991). El propio Congreso de Anáhuac llamó a la de Apatzingán “Constitución interina”. Cfr. *Manifiesto del Congreso a la Nación (15 de junio de 1814)* en DE LA TORRE VILLAR, *La Constitución....*, p. 378.

Cortes habían engañado a Morelos y a otros americanos “de buena voluntad”. Increíble, sí, puesto que el cura fue uno de los pocos insurgentes que inequívocamente criticó al miope gobierno regencial del Congreso doceañista.

Morelos se defiende de la acusación apelando a su ideario de Nación: combatía a la España peninsular (nación extraña e invasora representada por Cortes y Regencias, que no dejaba que la América emancipada defendiese a Fernando) pero no al Rey. Unos instantes antes de su hora atroz aparece el *leit motiv* de la división de potestades, de la indebida soberanía de los órganos legislativos y de la legitimidad de la Jefatura del Estado-Nación.

En la defensa moreliana destaca, como en los *Sentimientos de la Nación*, la importancia superlativa concedida a la división de poderes. Podría decirse, en contraste, que el legicentrismo y la legolatría apreciables en Apatzingán se derivan del empeño congresualista contrario al equilibrio de poderes. En 1814, Ra yón se había apuntado una transitoria victoria.

Los constituyentes de Apatzingán parecen contentos con la idea de asambleas omniscientes y omnipotentes, muy poco proclives a reconocer la autoridad de Ejecutivos conecedores “por sus viajes” de las “circunstancias” de pueblos y habitantes. No sorprende, por lo tanto, que hayan procurado reconcentrar las potestades en un solo poder, generalizante y abstraído de las complejidades: el Poder Legislativo de la Nación⁴⁷. Una idea, por cierto, que el mismísimo Kant habría calificado de tiránica⁴⁸. En su momento, a principios de nuestro Novecientos, Toribio Esquivel Obregón llamó al modelo “el absolutismo irresponsable del Legislativo”.

IV. Conclusiones.

¿Era el gobierno insurgente delineado en Apatzingán una mera fantasía legolátrica? No. Con una buena estrategia militar (tomar Puebla, Valladolid o Toluca, olvidarse de la obsesión por Acapulco, concentrar las fuerzas para tomar la capital del Reino) pudo haber funcionado y consumado la Independencia. De hecho, el Tribunal de Justicia, establecido en la villa de Ario de conformidad con las prescripciones de la ley fundamental de 1814, llegó a dictar sentencias de cierta trascendencia.

47 Ello no podía hallarse ayuno de consecuencias. *Vid.* ANDRADE CASTILLO, Juan Carlos, *Insurgentes contra insurgentes. La disolución del Congreso de Anáhuac en la Hacienda de San Francisco Altepexi*, (Senado de la República, México, 2013).

48 FIORAVANTI, *Constitución...*, p. 123-127.

Del otro lado, las elecciones a Cortes y para la conformación de Ayuntamientos llevadas a cabo bajo la vigencia de la Constitución de Cádiz fueron ganadas abrumadoramente por los criollos novohispanos al grito de “Viva Morelos”. Ni qué decir de las convocadas para la integración del Congreso de Anáhuac, recientemente estudiadas por Virginia Guedea⁴⁹. Quizá pudo llegarse a un compromiso entre los dos modelos, a un entendimiento entre Morelos y Rayón, que hubiera no sólo asegurado la victoria, sino desarrollado las bases para un Constitucionalismo mexicano de signo pluralista y dialogante, consciente de las limitaciones de cada uno de los poderes y desmitificador, a través del control constitucional, de la primacía incontestable del Soberanismo legislativo.

Principios con vigencia positiva inmediata. Ello es lo que se percibe en el *Reglamento de Congreso* pero no desde una ingenua legolatría, sino desde un concepto de “ley” harto complejo⁵⁰. El Congreso compuesto como “cuerpo soberano de propietarios elegidos por los electores y de suplentes nombrados por mí, procederá en la primera sesión a la distribución de poderes, reteniendo únicamente el que se llama legislativo” (artículo 13). El Ejecutivo “lo consignará al General que resultase electo Generalísimo” (artículo 14), mientras que al Judicial “lo reconocerá en los Tribunales actualmente existentes, cuidando no obstante según se vaya presentando la ocasión de reformar el absurdo y complicado sistema de los Tribunales españoles” (artículo 15). Pocas pruebas más sólidas habremos de encontrar para adscribir el pensamiento moreliano al modelo que Fioravanti ha venido caracterizando como propio del “balance entre Poderes”.

En otros términos, puede decirse que conforme al *Reglamento* al Judicial lo reconoce la tradición, al Legislativo lo elige la modernidad y al Ejecutivo las imperiosas circunstancias de la guerra. Fue por ello importante que Morelos se alejara del modelo parlamentarista de Rayón y de la Junta zitacuarense. El encargado del Poder Ejecutivo no es un delegado de la Asamblea soberana sino un participante, en plenitud, de la porción de ejercicio soberano que le transmite la Nación. Apatzingán no quiso comprenderlo.

Hermosa enunciación de valores y principios a ser desarrollada normativamente, el *Sentimiento 12* ha sido motivo bicentenario de discursos, prédicas y

49 GUEDEA, Virginia, “Las elecciones para diputados al Supremo Congreso Nacional Americano” ponencia en el *Encuentro académico El primer congreso mexicano: forjando el Estado nacional (Chilpancingo, 1813)*, (Instituto Nacional de Antropología e Historia, Museo Nacional de Historia, México, 6 de agosto de 2013) ahora en IBARRA, Ana Carolina *et al* (coords.), *La Insurgencia Mexicana...* pp. 15-28.

50 LUJAMBIO, Tácticas... cit.

brindis varios, pero no se ha estudiado como lo que es: el puente entre el antiguo *Ordo Iuris*, derivado de la recepción del *Ius Commune* europeo en Indias operada a través de las Leyes dictadas para estos reinos, y el nuevo sistema regulatorio propio del Estado liberal, con sus poderes divididos y sus Legislativos galopantes. Es la clave, en juego con el artículo 27 del *Reglamento*, del ideario justicista de Morelos. Para él, sólo la ley buena (no cualquier legislación atrabilíaria) es superior a los hombres. Y la bondad, justicia y operatividad de las leyes deben determinar su pertenencia al sistema de fuentes. El renovado régimen no puede tolerar la maldad o insensatez de la norma.

Queda claro en el pensamiento constitucional del cura que aquellas leyes que no incentiven la disciplina y el trabajo, que no repartan equitativamente el ingreso y que no aumenten las expectativas vitales de los pobres con vistas a mejorar la vida en sociedad, deben ser expulsadas del ordenamiento propio del país emancipado, así provengan de una voluntad general que no tardará en hallar su apoteosis merced al legolátrico *Decreto constitucional* de Apatzingán que imposibilitó, como hemos procurado mostrar, el control de la regularidad normativa en el México que nacía.

Una cuestión, diría Fioravanti, perfectamente compatible con el modelo radical revolucionario que asigna una preeminencia incontestable al Poder Legislativo. Acaso por eso “el Sentimiento más innovador (que) es el 12” no volverá a aparecer en ninguna Constitución mexicana sino hasta 1917. Y es que apunta axiológicamente “hacia la equidad socioeconómica, mediante leyes que moderen la opulencia y la indigencia aumentando los salarios de los pobres”. Resultaba, por lo tanto, controlable desde el punto de vista de una jurisdicción protoconstitucional. Quizá en razón de ello “ningún caudillo o constitución alguna lo había considerado, tampoco el Congreso de Anáhuac lo tomaría en cuenta, ni ninguna constitución del siglo XIX”⁵¹.

Tendremos que esperar al siglo XX, siglo de renovadas revoluciones, para encontrar su espíritu en la primera Constitución social de Occidente, la de 1917. La consagración del principio resultaría tardía por cuanto la “exacta aplicación de la ley” había sentado sus reales entre nosotros, en forma aparentemente definitiva, a todo lo largo del tormentoso Ochocientos mexicanos. Los modelos constitucionales adoptados y abandonados desde la época de la Independencia tuvieron mucho que ver en ello.

51 HERREJÓN, Morelos. *Revelaciones* ..., p. 326.

RESUMEN

Al contrastar, como propone Maurizio Fioravanti, las dos experiencias constitucionales fundamentales de finales del siglo XVIII con las determinaciones tomadas en el seno de la insurgencia independentista mexicana entre los años 1811 y 1814, es posible corroborar que tanto el modelo de primacía del legislador soberano propio de la Revolución francesa y del momento gaditano, como el correspondiente a la moderación de potestades en el sentido angloamericano triunfante en Filadelfia estuvieron presentes en la expresión mexicana de las llamadas Revoluciones hispánicas, sobre todo por lo que toca a sus promotores más destacados: el abogado Ignacio López Rayón y el clérigo José María Morelos.

ABSTRACT

By contrasting, as Maurizio Fioravanti proposes, the two fundamental constitutional experiences of the late eighteenth century with the determinations made within the Mexican independence insurgency between 1811 and 1814, it is possible to corroborate that both the model of primacy of the sovereign legislator of the French Revolution and the Cádiz moment, as well as that corresponding to the moderation of powers in the triumphant Anglo-American sense in Philadelphia, were present in the Mexican expression of the so-called Hispanic Revolutions, especially as far as their most prominent promoters are concerned: the lawyer Ignacio López Rayón and the cleric José María Morelos.

PALABRAS CLAVE

Soberanía; Primacía; Legislador; Nación; Independencia; División; Poderes; Balance; Potestades; Fioravanti; Rayón; Morelos; Apatzingán; Cádiz; Chilpancingo; Reglamento; Congreso; Juntismo; Revoluciones; Filadelfia; Elementos constitucionales; Sentimientos de la Nación.

KEY WORDS

Sovereignty; Primacy; Legislator; Nation; Independence; Division; Powers; Balance; Departments; Fioravanti; Rayón; Morelos; Apatzingán; Cádiz; Chilpancingo; Regulation; Congress; Juntismo; Revolutions; Philadelphia; Constitutional elements; Feelings of the Nation.

**LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN DE DERECHOS
POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS¹**

**THE LIMITS OF THE STRUGGLE AGAINST TRANSFUGUISM:
CONSTITUTIONAL REVIEW OF THE RESTRICTION OF UNAFFILIATED
COUNCILLORS' POLITICAL AND ECONOMIC RIGHTS**

Sergio Siverio Luis²
Universidad de La Laguna.

Recibido: 07-01-2021

Aceptado: 01-06-2021

SUMARIO

- 1. Introducción.*
- 2. Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales.*
- 3. El derecho fundamental de participación en los asuntos públicos: elementos configuradores.*
- 4. Los concejales no adscritos y la limitación de sus derechos en las legislaciones estatal y autonómicas.*
- 5. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la problemática de los cargos representativos no adscritos.*
- 6. Análisis sobre la constitucionalidad de la restricción de derechos a los concejales no adscritos en algunas legislaciones autonómicas.*
- 7. Conclusiones*
- 8. Bibliografía*

1 Este trabajo forma parte del proyecto de I+D+i denominado “Vulnerabilidad, precariedad y brechas sociales. ¿Hacia una redefinición de los derechos fundamentales?” (PID2020-114718RB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

2 Profesor Ayudante de Derecho Constitucional, Universidad de La Laguna. Dirección: Camino de la Hornera, 37, 38200 - San Cristóbal de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife. Correo electrónico: sergio.siverio.09@ull.edu.es

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

1. Introducción.

El artículo 23 de la Constitución Española de 1978 establece el derecho fundamental de la ciudadanía para la participación en los asuntos públicos, también proclamado en otros instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos³. De la configuración de este derecho fundamental consagrado como tal en nuestra Carta Magna han surgido numerosos conflictos jurídicos y políticos, dando lugar a una prolífica jurisprudencia, que ha venido a delimitar su contenido esencial. En concreto, en el presente trabajo abordaremos la introducción de determinadas restricciones de este derecho fundamental para los cargos públicos que, habiendo obtenido su acta como representante en alguna institución local por haber ejercido su derecho de sufragio pasivo en un proceso electoral en una determinada candidatura, resultan expulsados disciplinariamente del partido político con el que concurrieron a las urnas. De esta forma, los cargos públicos representativos pasarían a ostentar la condición de *no adscritos*, cuyo concepto abordaremos en este trabajo. En definitiva, nos adentraremos en un fenómeno que, en el ámbito político, conocemos bajo el nombre de *transfugismo* y que ha generado y sigue generando importantes polémicas en nuestro país.

Pues bien, algunas regulaciones autonómicas relativamente recientes han introducido restricciones importantes en los derechos de los concejales *no adscritos*, cuya constitucionalidad ha sido cuestionada por algunos sectores de la doctrina. Un ejemplo de ello es la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, que establece en su artículo 28 un impedimento a los concejales *no adscritos* para ostentar “la condición de miembros con dedicación exclusiva ni parcial, ni ser designados para el desempeño de cargos o puestos directivos en las entidades públicas o privadas dependientes de la corporación”. En este sentido, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Santa Cruz de Tenerife llegó a plantear una cuestión de inconstitucionalidad contra el citado artículo 28 de la Ley de los municipios de Canarias, por considerar que contravenía el artículo 23 de la Constitución Española, aunque ésta finalmente ha sido inadmitida recientemente por el Tribunal Constitucional.

Dicho esto, lo que se pretende con este trabajo no es otra cosa que dar algunas respuestas a este conflicto jurídico-político, a través de un análisis que, a la vista de la doctrina y jurisprudencia aplicable en el marco del derecho fundamental de

³ Artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

participación en los asuntos públicos, marque un criterio respecto de la constitucionalidad o no de las regulaciones autonómicas existentes en esta materia. Para ello, abordaremos los fundamentos jurídicos aplicables para el análisis sobre su constitucionalidad desde el punto de vista doctrinal, a la luz de las legislaciones autonómicas tachadas de inconstitucional, haciendo hincapié en el paradigmático caso de la Ley de los municipios de Canarias. Para poder dar una respuesta jurídica a este asunto, hemos tenido que estudiar jurídicamente otros casos similares planteados con respecto a la participación de cargos públicos denominados como *no adscritos* en las instituciones de representación, por la incidencia decisiva que tiene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para las conclusiones a las que llegaremos en este trabajo. En este sentido, hemos estudiado, por ejemplo, las regulaciones legales anteriores que limitaban el derecho de los concejales *no adscritos* a participar en las mociones de censura o a formar parte de las comisiones informativas de los ayuntamientos.

A la vista de la actual problemática, resulta de una importancia crucial hacer un análisis de estas regulaciones que esté alejado de los mayoritariamente sesgados estados de opinión sobre esta cuestión y que aplique fundamentación exclusivamente jurídica. Así, entendemos que sería muy interesante determinar si algunas legislaciones autonómicas vigentes vulneran lo establecido en el artículo 23 de la Constitución Española, en cuyo caso resultaría muy peligrosa su permanencia en el Ordenamiento Jurídico, por los conflictos jurídicos y políticos generados y por el daño que causaría a la calidad democrática de nuestras instituciones.

2. Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales.

El Acuerdo sobre un Código de Conducta Política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales⁴, llamado en la práctica política *Pacto Anti-transfuguismo*, fue firmado por diferentes partidos políticos del arco parlamentario español⁵ y reeditado en varias ocasiones -la última de ellas en el año 2006-. El Acuerdo pretende introducir medidas concretas para “frenar y reducir a la menor

4 Acuerdo sobre un Código de Conducta Política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales, 23 de mayo de 2006. Disponible en: <https://bit.ly/36eHb2U>.

5 PSOE, PP, IU, Convergencia Democrática, Unió Democrática, Esquerra Republicana, Iniciativa Per Catalunya, PNV, Eusko Alkartasuna, BNG, Coalición Canaria, Unió Valenciana, Xunta Aragonesista, Partido Aragonés, Partido Andalucista y Unión del Pueblo Navarro, según la página web del Ministerio de Política Territorial y Función Pública del Gobierno de España. Disponible en: <https://bit.ly/36eFO4e>.

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

expresión posible el condenable fenómeno de deslealtad política conocido como transfugismo”⁶, un fin que es considerado como legítimo por parte del Tribunal Constitucional para la limitación de los derechos de los concejales *no adscritos*⁷. A la vista de esta conducta, propia de lo que en la normativa se ha atribuido al concejal *no adscrito* y considerada condenable por los partidos que suscriben el acuerdo, se establecen una serie de medidas que se comprometen a cumplir a la luz de lo dispuesto en el artículo 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, en su redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local, que estudiaremos.

Por tanto, es patente el compromiso de los partidos políticos de aquel entonces a la hora de condenar los actos que consideran desleales y garantizar así el respeto a la voluntad de la ciudadanía y a la lealtad política en los gobiernos locales⁸. En este sentido, no tendría cabida una valoración ética o moral sobre la actuación de determinados representantes que incumplen las directrices de sus partidos, llegando a pactos con otras fuerzas que les otorguen una situación de especial relevancia en la nueva estructura de la corporación, por más que nos pareciera deleznable o reprochable desde un punto de vista ético, político o moral algunas de esas conductas⁹. Lo que sí tiene cabida es aportar una perspectiva jurídica respecto del estatuto de los concejales *no adscritos*, independientemente de

6 En este acuerdo se define el concepto de tránsfuga con la siguiente expresión que reproducimos literalmente: “Los representantes locales que, traicionando a sus compañeros de lista y/o de grupo - manteniendo estos últimos su lealtad con la formación política que los presentó en las correspondientes elecciones locales-, o apartándose individualmente o en grupo del criterio fijado por los órganos competentes de las formaciones políticas que los han presentado, o habiendo sido expulsados de éstas, pactan con otras fuerzas para cambiar o mantener la mayoría gobernante en una entidad local, o bien dificultan o hacen imposible a dicha mayoría el gobierno de la entidad”. Sobre el concepto de tránsfuga, véase FERNÁNDEZ ESQUER, C., “Acabar con el transfugismo sin deteriorar la democracia”, *El Confidencial*, 31 de mayo de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3wN7BGa>.

7 Por todas véase SSTC 9/2012, de 18 de enero, fundamento jurídico cuarto y 32/1985, de 6 de marzo, fundamento jurídico segundo.

8 Recientemente, se han planteado encuentros entre algunos de los partidos más representativos del Congreso de los Diputados, ante la preocupación por el creciente número de casos de transfugismo en la política local. De hecho, CIUDADANOS ha solicitado al PARTIDO POPULAR y al PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL, pactar un documento de mínimos que desemboque en una iniciativa legislativa en el Congreso a la que se unieran otros partidos políticos. Véase ESTEBÁN, P., “Cs busca un pacto antitránsfugas con PSOE y PP tras los casos de Santa Cruz y Málaga”, *El Confidencial*, 7 de julio de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3043rei>.

9 Conviene traer a colación aquí las palabras de GARCÍA ROCA cuando expone que “bajo el llamado transfugismo político se encierran (...) una pluralidad de realidades muy diversas que merecen distintos juicios y no siempre condenatorios”, en GARCÍA ROCA, Javier (1999), *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona: Aranzadi.

este acuerdo político que no es fuente del Derecho, sino, como decimos, un mero acuerdo de partidos que, además, podemos suponer que se posicionarán legítimamente de forma distinta en función de lo que les beneficie o no en cada caso.

Sin embargo, debemos dejar claros los límites que establece nuestra Constitución respecto del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos en condiciones de igualdad, que podría resultar cuestionado en un acuerdo de estas características, como veremos. PRESNO LINERA se muestra crítico con algunas declaraciones contenidas en el citado Acuerdo, por cuanto “se podría pensar que lo que preocupa a los firmantes no es, en realidad, asegurar la expresión de la representatividad política, sino estabilizar el control de las instituciones de poder mediante el aseguramiento de una estricta disciplina de partido, de forma tal que las medidas dirigidas contra la patrimonialización del cargo por los representantes no conducirían más que a la sustitución de estos últimos por los propios partidos”¹⁰. En la misma línea, CATALÀ I BAS al respecto de las relaciones entre representantes, partidos políticos y electorado indica:

«Los partidos políticos anteponen la lealtad del cargo con el partido a la lealtad del cargo con el electorado. Olvidan que no son sino instrumentos para canalizar la voluntad política de la ciudadanía. El verdadero tránsfuga es el que traiciona al electorado, pero este fenómeno es difícil de normativizar y los partidos políticos no se muestran interesados en ello, pues sólo desean atajar, cuando les conviene, la traición al partido. Este segundo transfuguismo puede ser hasta cierto punto normativizado, aunque la experiencia nos muestra que si el Pacto Antitransfuguismo no funciona es por falta de voluntad de los propios partidos políticos.

Valorar el grado de lealtad o deslealtad de un cargo electo es una cuestión política no jurídica. Por ello, la única posibilidad de regular la cuestión es objetivarla lo más posible sin dejar margen al partido para apreciar discrecionalmente si se ha roto o no dicha lealtad»¹¹.

10 Para PRESNO LINERA “debe rechazarse todo intento dirigido a insistir en el traslado de la organización y funcionamiento de los partidos a las instituciones de expresión de la representatividad democrática, fomentando así una total confusión entre las mismas, y entre el ámbito político y el institucional”. Véase PRESNO LINERA, Miguel Ángel (1998), “La superación del transfuguismo político en las corporaciones locales como exigencia de una representatividad democrática”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, número 277, pp. 117-136.

11 CATALÀ I BAS, Alexandre H. (2014), “Transfuguismo y régimen jurídico de los concejales no adscritos. ¿Puede, y debe, el Derecho sancionar la deslealtad política?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 101, p. 71. A juicio del autor, nuestra regulación adolece de grandes defectos que

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

A la vista de lo analizado, resulta clave destacar que obviamente el presente acuerdo político y, en definitiva, la lucha contra el *transfuguismo*, es la principal motivación que late para la elaboración por parte del legislador de las normas estatal y autonómicas que analizaremos en este trabajo¹². Sin embargo, ello no nos debe apartar de la necesidad de aplicar rigurosamente lo establecido en la Constitución Española y, por consiguiente, los elementos esenciales de los derechos fundamentales consagrados en ella, que han sido convenientemente fijados, como veremos, en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y que deben ser plenamente respetados por el legislador, independientemente de los acuerdos puntuales y legítimos que alcancen los partidos políticos.

3. El derecho fundamental de participación en los asuntos públicos: elementos configuradores.

El artículo 23.2 de la Constitución Española de 1978 establece que los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”. Este precepto constitucional, que configura el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos¹³, encuentra su correspondencia en algunas normas supranacionales, como el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁴, de 10 de diciembre de 1948, que debe servir como guía interpretativa de los derechos fundamentales en virtud del artículo 10.2 de la Constitución.

Este precepto constitucional configura un derecho fundamental de contenido cívico-político que facilita a las ciudadanas y ciudadanos de nuestro país a participar en los asuntos públicos¹⁵, bien de forma directa o indirecta. De hecho, PÉ-

se resolverían con una reforma mucho más amplia sobre la democracia interna de los partidos políticos. 12 Recientemente la doctrina ha propuesto cambios normativos para evitar el *transfuguismo*, si bien no compartimos las propuestas que van en la línea de continuar restringiendo estos derechos. Véase RUIZ ROBLEDO, Agustín, “Los cromos de sus señorías”, *El País*, 4 de mayo de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3p24sPW>.

13 Para un estudio doctrinal pormenorizado de este derecho fundamental véase la monografía GARCÍA ROCA, Javier (1999), *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona: Aranzadi.

14 El citado precepto dispone lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.— 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

15 El legislador constitucional ha dejado indeterminado el concepto de *asuntos públicos*, para lo cual debemos acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en primera instancia, nos dice que no podemos entender esta participación en un sentido amplio que abarque cualquier fórmula. En este senti-

REZ ROYO nos dice que “es el único derecho exclusivamente ciudadano que existe en la Constitución. Más todavía: es el derecho constitutivo de la ciudadanía”¹⁶. Además, el precepto está ubicado en la Sección primera del Capítulo segundo del Título Primero de la Constitución, por lo que forma parte del bloque de derechos que gozan del máximo nivel de protección y garantías, en tanto que, no solo se debe respetar su contenido esencial, sino que además está dotado de garantías procesales específicas para su protección¹⁷.

En cuanto a la naturaleza de este derecho fundamental, entendemos que existe una doble naturaleza: es *un derecho democrático*, por ofrecer una respuesta normativa a la legitimación del poder político; y también *un derecho de libertad o autonomía del representante*, en tanto que sirve de contrapeso al posible ejercicio antidemocrático del poder y protege las minorías políticas¹⁸. En palabras de SANTAMARÍA OSSORIO, el derecho de participación política supone “la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado”¹⁹, en tanto que este derecho resulta una legitimación del sistema democrático que redonda en que la voluntad popular es la base de la autoridad del poder público, tal como precisamente establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La participación ciudadana en los asuntos públicos, en sus diversas vertientes -directa e indirecta- es, pues, el elemento legitimador del poder político y, por consiguiente, del principio democrático que configura nuestro Estado. Se trata, en palabras de GARCÍA ROCA, “de un derecho democrático de participación y constitutivo de un verdadero derecho subjetivo, del que gozan los ciudadanos”²⁰.

Cuando decimos que este derecho fundamental es también un derecho de autonomía o libertad del representante, ello entraña directamente con lo establecido en el artículo 67.2 de nuestra Constitución que establece que “los miembros

do, la STC 119/1995, de 17 de julio, en su fundamento jurídico segundo nos dice lo siguiente: “La expresión «asuntos públicos» resulta aparentemente vaga y, a primera vista, podría llevar a una interpretación extensiva del ámbito tutelado por el derecho que incluyera cualquier participación en asuntos cuyo interés trascienda el ámbito de lo privado. Esta interpretación literalista de la expresión no es, desde luego, la única posible, y no parece tampoco la más adecuada cuando se examina el precepto en su conjunto y se conecta con otras normas constitucionales”.

16 PÉREZ ROYO, Javier (2010), *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, p. 371

17 TAJADURA TEJADA, Javier (2015), *Los Derechos Fundamentales y sus garantías*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 44

18 GARCÍA ROCA, Javier (1999), *Cargos públicos representativos..., ob. cit.*, pp. 101-107.

19 SANTAMARÍA OSSORIO, Julián (2011), “El artículo 23”, en GARRIDO FALLA, Fernando, *Commentarios a la Constitución*, Madrid: Civitas, p. 512

20 GARCÍA ROCA, Javier (1999), *Cargos públicos representativos..., ob. cit.*, p. 117.

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo”²¹. Por tanto, siguiendo a GARCÍA ROCA, el mandato libre y no vinculado del representante refuerza la naturaleza de este consabido derecho de autonomía o libertad del cargo público representativo²². A este respecto, resulta ciertamente interesante hacer un análisis sobre la transición histórica que ha tenido lugar en las Constituciones contemporáneas, al pasar del mandato imperativo de los partidos al mandato representativo de los cargos públicos²³.

En este sentido, ha sido el Tribunal Constitucional el que ha venido a especificar el contenido material de este derecho fundamental, con el establecimiento de las siguientes limitaciones:

- La titularidad subjetiva de este derecho corresponde exclusivamente a los ciudadanos individualmente considerados como personas físicas, con una clara exclusión de las personas jurídicas, pues tal como nos dice ALMAGRO CASTRO estamos ante “un derecho reconocido exclusivamente a las personas físicas y que por su propia naturaleza no es susceptible de atribución a las personas jurídicas”²⁴.
- Solo los ciudadanos españoles serán titulares del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, salvo lo establecido en normas supranacionales, atendiendo al criterio de reciprocidad, para el ejercicio del derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales (art. 13.2 CE).

21 Se entiende que ello es aplicable a cualquier cargo público representativo, cuyo mandato debe ser libre, no vinculado, general, nacional y político que se diferencia también así del mandato propio del derecho privado. Véase NAVARRO MARCHANTE, Vicente J. (2018), “La revocación de senadores de designación autonómica, (la Ley valenciana 10/2016 y la STC 123/2017)”, en *Revista de Derecho Público* UNED, nº 101, p. 142.

22 GARCÍA ROCA, Javier (1999), *Cargos públicos representativos...*, ob. cit., p. 123.

23 En este sentido, para profundizar sobre las diferencias entre el mandato libre y el mandato -imperativo- de partido, véase CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo Luis (1988), “La representación como posibilidad en el Estado de Partidos”, en *Revista de Derecho Político*, número 27-28, pp. 23-44. Y para un interesante análisis histórico y jurídico del paso del mandato imperativo al representativo, véase TORRES DEL MORAL, Antonio (1982), “La crisis del mandato representativo en el Estado de Partidos”, en *Revista de Derecho Político*, número 14, pp. 7-30. Para obtener un análisis más reciente sobre este asunto véanse las siguientes obras: HOLGADO GONZÁLEZ, María (2017), “El estatuto jurídico-político del diputado: entre la lealtad al partido y la lealtad a su electorado”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 111, pp.45-65 y TORRES DEL MORAL, Antonio (2011), “Réquiem por el mandato representativo”, en *Revista de Derecho Político*, número 81, pp.11-60.

24 ALMAGRO CASTRO, David (2018), *Democracia y participación política en la CE 1978: repensando paradigmas para una democracia avanzada*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 104. Este planteamiento ha sido corroborado también por el Tribunal Constitucional en SSTS 5/1983, 53/1982, 23/1983, 217/1988 y 63/1987, entre otras.

Esto es, este derecho corresponde, salvo excepciones, al pueblo español²⁵.

- Se opta por un modelo estricto de representación basado en la elección libre de representantes en elecciones periódicas y mediante sufragio universal²⁶ (democracia electiva o representativa). Esto último ha sido objeto de no pocas críticas por parte de algunos sectores de la doctrina partidarios de una visión extensiva de este derecho²⁷, en las que no entraremos porque supondría alejarnos del núcleo del trabajo.

Para la concreción constitucional y el desarrollo legal del derecho fundamental reconocido en el artículo 23 de nuestra Carta Magna, tendremos que hacer una obligada referencia al derecho de sufragio -tanto activo, en el derecho de ejercer el voto, como pasivo, en el derecho de resultar elegido representante-, determinado entre otros por los artículos 68, 69 y 140 de la Constitución Española y desarrollado mediante la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Eso en cuanto a la participación indirecta, que, como hemos dicho, ha encontrado el mayor desarrollo normativo por conformar el modelo referente de participación del legislador constitucional, pero también se han reconocido las formas de participación directa y semidirecta, por medio de la regulación del derecho a participar en referéndums (art. 92 CE) y la Iniciativa Legislativa Popular (art. 87 CE), con desarrollo legal en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum y la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular, respectivamente.

Por otro lado, se entiende que la noción de *cargo público representativo* es el bien jurídico protegido por este derecho, que atiende a la finalidad de garantía institucional de la representación²⁸. En palabras de GARCÍA ROCA “la representación es el fundamento del mismo concepto de cargo público representativo, el bien jurídico protegido por el derecho fundamental y la finalidad a la que la garantía atiende”²⁹. Y esta cuestión gira precisamente en torno al debate

25 El artículo 13.2 CE expone: “Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”. Se trata de un artículo de la Constitución que fue modificado en el año 1992, fruto de la contradicción del precepto anterior con el Tratado de la Unión Europea, en el incipiente nacimiento de una *ciudadanía comunitaria*.

26 ALMAGRO CASTRO, David, *ob. cit.*, p. 90. El legislador opta, además, por un sistema de listas electorales cerradas y bloqueadas, en la que los partidos políticos escogen a sus candidatos individuales.

27 Véase SANTAMARÍA OSSORIO, Julián, *ob. cit.*, pp. 511 y ss.

28 ALMAGRO CASTRO, David, *ob. cit.*, p. 123

29 GARCÍA ROCA, Javier (1999), *Cargos públicos representativos..., ob. cit.*, p. 57.

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

de a quién encarga el legislador constitucional el mandato representativo presente en este derecho fundamental, esto es, a los representantes individuales y no a los partidos políticos. Así, deberemos determinar los elementos configuradores de la *teoría de la representación política*, que han sido delimitados por la doctrina científica y el Tribunal Constitucional y que podemos sintetizar en los siguientes³⁰:

- El derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE) supone el derecho a permanecer en éste y a su ejercicio³¹, de conformidad con la legislación vigente.
- La permanencia en un cargo público depende exclusivamente de la voluntad de los electores, a través de su derecho al sufragio activo en elecciones periódicas, y, eventualmente, de los representantes que pueden renunciar por voluntad propia.
- Los partidos políticos no pueden revocar a los cargos representativos.
- Los representantes son de los electores -y no de los partidos- en su conjunto como únicos titulares del derecho de participación política.
- Si bien los partidos políticos cumplen una función esencial en el sistema democrático español³², no son titulares del derecho de participación política.

Por tanto, en el ámbito de la administración local, los concejales, una vez acceden a dicho cargo público en unas elecciones locales, son titulares exclusivos de su derecho fundamental a la participación política. De esta forma, tienen derecho a permanecer en éste, al menos hasta el próximo proceso electoral, sin que el partido político en cuya candidatura se presentaron a las elecciones pueda revocarles, sin perjuicio de las medidas disciplinarias que el partido pueda tomar

30 *Ibidem.*, pp. 125-126. Siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en STC 5/1983, de 4 de febrero, fundamento jurídico cuarto.

31 Es lo que se ha venido llamando la triple dimensión objetiva del derecho fundamental: acceso, permanencia y ejercicio del cargo, según GARCÍA ROCA, Javier (1999), *Cargos públicos representativos...*, *ob. cit.*, p. 190.

32 En este sentido, el artículo 6 CE expone: “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política”. Sobre la función constitucional de los partidos políticos en la representación, véase BASTIDA FREIJEDO, Francisco José (1987), “Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 21, pp. 216-220. En este sentido, GARCÍA ROCA nos dice que “la consideración del artículo 23.2 de la Constitución como fundamento de un derecho de autonomía del representante no se contrapone al lugar que corresponda a los partidos en una moderna teoría de la representación. La vigencia del artículo 23.2 tampoco puede impedir la efectividad de las funciones que a los partidos políticos atribuye el artículo 6. Es simplemente un límite para momentos de conflictos de intereses”. Cfr. GARCÍA ROCA, Javier (1999), *Cargos públicos representativos...*, *ob. cit.*, p. 75.

internamente frente a sus afiliados³³, que están sometidas, como no podía ser de otra manera, al control judicial.

Dicho esto, debemos indicar que algunos sectores de la doctrina han sido especialmente críticos con respecto a la actuación de los partidos políticos pues, en la práctica, pretenderían desvirtuar el mandato constitucional expresado en los artículos 23 y 67.2 de la Carta Magna. En este sentido, ALMAGRO CASTRO indica que “la distorsión entre la realidad política y el marco jurídico vigente impide afirmar que la representación política se articule en base a una presunción de voluntades entre representante y representado construida al margen de los partidos”³⁴, con una feroz crítica a los estatutos “intervencionistas” de los partidos políticos de los que, según su criterio, no hay ninguno que no contravenga el mandato constitucional. En este sentido, cree que a este problema ha contribuido la configuración de un sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas, que ha terminado por quebrar la prohibición de mandato imperativo de los cargos públicos representativos, al interponerse los partidos políticos en la elección de representantes por parte del representado³⁵.

Así las cosas, debemos recordar que el artículo 53.1 de la Constitución Española, establece que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...).” En este sentido, se establece, por un lado, un principio de reserva de ley para la regulación de los derechos y libertades reconocidos en este apartado de la Constitución (que, con respecto al núcleo de los derechos fundamentales se convierte en una reserva de ley orgánica, según el artícu-

33 De hecho, ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL expone que “deben limitarse los poderes de los partidos políticos frente a la actuación de los electos locales con el fin de garantizar la representatividad popular obtenida por éstos, así como también evitar- se excesos que podrían llevar a un resultado constitucionalmente ilegítimo como es el mandato imperativo (art. 67.2 CE). Y ello, principalmente, porque nuestro sistema democrático se basa en la libertad de los representantes que, una vez elegidos, representan a todos los ciudadanos y no a unas concretas formaciones políticas”. Para un estudio más detallado entre el estatuto del concejal no adscrito y el derecho fundamental del artículo 23.2 CE, véase ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL, M. Àngels (2009), “El estatuto del concejal no adscrito y el derecho fundamental del artículo 23.2 CE”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, número 12, pp. 155-168.

34 ALMAGRO CASTRO, David, *ob. cit.*, p. 134.

35 *Ibídem*, pp. 133-145. Hay algunas posiciones doctrinales que se inclinan por un cambio en el modelo de gobierno municipal como fórmula para resolver los problemas del llamado transfuguismo político, por ejemplo, a través de la elección separada, por un lado, de la persona titular de la alcaldía y, por otra, de los concejales. Véase RIDAO I MARTÍN, Joan, GARCIA I MARTÍNEZ, Alfons (2015), “La elección directa del alcalde por los vecinos. Criterios para un régimen presidencialista en los gobiernos municipales”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, número 3, pp. 77-93.

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

lo 81.1 CE); y, por otro lado, el imprescindible requisito que debe guiar al legislador en la regulación de los derechos fundamentales y las libertades públicas: el respeto del contenido esencial e indisponible de éstos.

Por tanto, existe una limitación clara para el legislador en la regulación de los derechos fundamentales y las libertades públicas que debe tener en cuenta en todo caso: el riguroso respeto de su contenido esencial. Con respecto a este asunto, existen diferentes posiciones no necesariamente contrapuestas sobre lo que debe entenderse por *contenido esencial* de los derechos fundamentales, pero el Tribunal Constitucional ha seguido habitualmente una concepción *absoluta*, que consiste en la delimitación de dos partes bien diferenciadas de los derechos, una de las cuales jamás podrá atravesar el legislador por considerarse el núcleo duro e intangible de un derecho determinado; y otra cuyas facultades puede limitar el legislador en su configuración. Para ello, el Alto Tribunal ha establecido los criterios de *recognoscibilidad* del derecho y el de los intereses jurídicamente protegidos, que se deben aplicar de forma complementaria para la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales³⁶, lo que analizaremos en los próximos apartados con respecto a la concreta problemática que abordamos en este trabajo.

4. Los concejales no adscritos y la limitación de sus derechos en las legislaciones estatal y autonómicas.

El concepto de concejal no adscrito.

El artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que “los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan *con excepción de aquéllos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos*”³⁷. Algunas Comunidades Autónomas han sistematizado las causas por las que se pasaría a ostentar la condición de concejal *no adscrito*, como se hace, por ejemplo, en el artículo 134.4 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen

36 TAJADURA TEJADA, Javier, *ob. cit.*, pp. 92-94

37 La cursiva es nuestra. Para un análisis más profundo acerca de la tipología de representantes locales *no adscritos* y las consecuencias derivadas de la adquisición de dicho *status*, véase ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo (2015), “Medidas contra el transfuguismo en el ámbito local: el caso de los representantes locales «no-adscritos»”, en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, número 6, pp. 273-294.

men local de la Comunitat Valenciana:

«Pasarán a tener la condición de concejales no adscritos aquellos miembros de la corporación en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) No haber constituido Grupo Municipal dentro de los plazos establecidos en el párrafo anterior.*
- b) No haberse integrado en el Grupo Municipal constituido por la formación electoral que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones.*
- c) Haber abandonado o haber sido expulsados mediante votación del grupo municipal. En este último supuesto deberá quedar constancia escrita del acuerdo adoptado.*
- d) Haber abandonado o haber sido expulsados de la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones. Esta circunstancia será comunicada por el representante general de la formación política, coalición o agrupación de electores correspondiente al secretario municipal, quien lo pondrá en conocimiento del Pleno de la corporación, para que de oficio se proceda en consecuencia».*

Así, diremos que las causas por las que un concejal electo puede convertirse en *no adscrito* pasan, en primer lugar, por el abandono voluntario del grupo político de la formación electoral por la que resultaron elegidos; o, en segundo lugar, por la no integración en éste, cualquiera que fuera la causa que la motive, entre las que podemos encontrar, por ejemplo, la expulsión disciplinaria del partido político que presentó su candidatura o la disolución e ilegalización de éste³⁸, entre otras. Efectivamente, como hemos dicho, algunas regulaciones autonómicas, como las de Canarias, Comunidad Valenciana o Baleares, sistematizan más concretamente las diversas causas por las que un concejal electo pasaría a ser *no adscrito*, para luego regular las bases de su estatuto jurídico en las administraciones locales³⁹.

38 Sobre la causa de ilegalización véase la STSJ Comunidad de Madrid, de 15 de marzo de 2007.

39 Para un análisis distinto sobre el estatuto jurídico de los representantes no adscritos en los parlamentos autonómicos, véase NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio (2000), “Patología del transfuguismo político: grandes males, pero ¿buenos remedios?”, en *Revista de las Cortes Generales*, número 49, pp. 7-55. Para un pronunciamiento reciente del Tribunal Constitucional sobre este asunto véase STC 159/2019, de 12 de diciembre, comentada en GRECIET GARCÍA, Esteban (2020), “Los diputados no adscritos en el laberinto: comentario a la STC 159/2019, de 12 de diciembre”, en *Revista del Parlamento Vasco*, número 1, pp. 142-163.

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

A este respecto, nos centraremos especialmente en la causa de expulsión del partido político con el que un cargo público se presenta a las elecciones locales y es elegido, por suponer el elemento que mayor conflictividad política y jurídica genera en el ámbito de la administración local, desde la perspectiva del llamado *transfuguismo*. Así, la doctrina ha expresado que, para que pueda obligarse al concejal disidente a ser *no adscrito*, debe ser expedientado y expulsado de su partido político⁴⁰, pero que esa decisión propia del ámbito interno “en modo alguno, afectan a su derecho a ejercer su cargo de acuerdo con el art. 23 CE y al no aparecer menoscabadas, con independencia de que el concejal quede o no integrado en un grupo *ese derecho prevalece y debe ser, en todo caso, respetado*”⁴¹.

En cuanto a las formalidades previstas por la legislación para la expulsión de este concejal del partido político, considerada en todo caso como una decisión de naturaleza civil y no administrativa, se establece que debe acordarse en el procedimiento establecido estatutariamente y ser motivada, lo cual es un elemento propio del funcionamiento democrático que deben tener los partidos⁴². Sin embargo, es evidente que en este ámbito disponen de una amplia discrecionalidad material, propia de la casuística por la que se puede expulsar a un afiliado, sea o no cargo público, del partido en el que milita o con el que concurrió a las elecciones, en su caso. Con respecto a la fecha de efectos, dependerá de lo establecido en el Reglamento Orgánico Municipal, aunque normalmente tiene lugar cuando se produce la comunicación efectiva por escrito de dicha expulsión por registro de entrada en el Ayuntamiento, de la que debe darse cuenta en el Pleno⁴³.

Los derechos de los concejales no adscritos y su tratamiento diferencial en las normativas autonómicas.

Ya hemos visto que la falta de pertenencia de un concejal al grupo municipal que constituyó el partido político con el que concurrió a las elecciones no es óbice para la garantía plena de respeto a su derecho fundamental de participación

40 CUERDA MÁS, Jorge (2010), “Régimen Jurídico de los concejales no adscritos”, en *Revista del Centro de Estudios Municipales y Cooperación Internacional*, número 9, pp. 7-31, pp. 8-9.

41 *Ibidem*, p.10. La cursiva es nuestra.

42 Art. 6 CE: “Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”. Véase el artículo 3.2.s) Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, que exige que los estatutos de los partidos tengan un régimen de infracciones y sanciones que “deberá instruirse de forma contradictoria y en el que deberá garantizarse el derecho del afiliado a ser informado de los hechos que dan lugar a su incoación, a ser oído con carácter previo a la imposición de sanciones y a que el eventual acuerdo sancionatorio sea motivado”.

43 CUERDA MÁS, Jorge (2010), *ob. cit.*, pp. 11-12.

política. Sin embargo, el apartado tercero del artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que “los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación”.

Este apartado del precepto, incluido prácticamente de forma literal en las legislaciones sobre administración local de prácticamente todas las Comunidades Autónomas, deja entrever que el concejal que adquiere la condición de *no adscrito* por dejar de pertenecer al grupo político del partido con el que obtuvo el acta, tiene un impedimento para ostentar derechos superiores a los que les correspondían antes de serlo. Así, parece claro que el objetivo de la norma no es otro que el de evitar que el concejal denominado *tránsfuga* obtenga un provecho económico personal por su deslealtad a la formación política con la que concurrió a los comicios. En este sentido, algunas de las legislaciones reguladoras de la administración local de las Comunidades Autónomas, se limitan simplemente a reproducir este apartado literal de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, como es el caso de las leyes del País Vasco y de la Comunidad Valenciana. Estas normas aclaran de forma genérica que los derechos políticos y económicos de los miembros *no adscritos* no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia⁴⁴, una cuestión obvia si tomamos conciencia de que los concejales *no adscritos* no conforman ningún grupo municipal, lo cual se complementa con que no podrán tener asignadas otras ventajas económicas por razón de tal condición. Otras regulaciones van un poco más allá, como las de la Comunidad de Madrid y Cataluña, al indicar de forma positiva los derechos que sí le corresponden al concejal *no adscrito*, aclarando que “*tendrá los derechos que individualmente le correspondan como miembro de la Corporación pero no los derivados con carácter exclusivo de su pertenencia a un grupo político*”⁴⁵. Incluso, algunas legislaciones indican que participan en las actividades propias del ayuntamiento de manera análoga a la del resto de concejales⁴⁶, estableciendo que podrán participar con plenitud de dere-

44 Art. 34.1 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (BOPV núm. 70, de 14 de abril 2016).

45 Art. 32.4 *in fine* de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 65, de 18 de marzo de 2003).

46 Art. 50.7 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (DOGC núm. 3887, de 20 de mayo de 2003) y art. 76.7 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears (BOIB núm. 186, de 27 de diciembre de 2006).

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

chos en las comisiones informativas⁴⁷, fruto de la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, que analizaremos posteriormente.

Sin embargo, otras Comunidades Autónomas son mucho más restrictivas de los derechos de los concejales *no adscritos*, como es el caso de La Rioja o Aragón, que establecen que “el miembro de la Corporación que deje de pertenecer a su grupo de origen perderá el puesto que ocupara en las comisiones para las que hubiera sido designado por dicho grupo, *así como la posibilidad de tener reconocida dedicación exclusiva*”⁴⁸, lo cual tiene unos efectos económicos y jurídicos muy importantes en el estatuto del concejal *no adscrito*. Y, sin duda, la regulación más dura en este ámbito es la de la Comunidad Autónoma de Canarias, que no solo les impide ostentar dedicación exclusiva, sino también parcial y añade de que no podrán ser designados como cargos directivos de organismos dependientes de la corporación; un caso particular que analizaremos en el apartado siguiente, por la importancia que tiene de cara al estudio de la cuestión de inconstitucionalidad que fue planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Santa Cruz de Tenerife.

Por lo tanto, en estas normativas de Aragón, La Rioja o Canarias se les retira directamente a los concejales *no adscritos* de facultades que ni tan siquiera están en conexión con los derechos que podía ostentar antes de ser *no adscritos*. Y es que la limitación de estas facultades no está vinculada, pues, a la pertenencia o no a un grupo municipal como si lo están otras como la de participar en la junta de portavoces, sino que, por el mero hecho de ser *no adscritos*, tienen vetada esta posibilidad, lo cual nos hace plantearnos su posible contradicción con lo establecido en el artículo 23 de la Constitución Española. Las consecuencias prácticas de la aplicación de esta norma es que, una vez haya tenido constancia el Pleno de la expulsión definitiva de un concejal del partido político en cuya candidatura concurrió a las elecciones locales, tras los correspondientes trámites administrativos, debería abandonar el grupo en el que se integra para convertirse en *no adscrito* y perdería así el derecho a ostentar dedicación exclusiva, por lo que se daría la paradoja de que podría seguir teniendo delegaciones de áreas del gobierno municipal, pero sin tener derecho a una retribución por dedicación exclusiva, ni tan siquiera parcial en el caso de Canarias, por ser titular de dichas responsabilidades⁴⁹.

47 La normativa de las Islas Baleares aclara que podrán participar con voz, pero sin voto.

48 La cursiva es nuestra. Art. 111.6 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (BOA núm. 45, de 17 de abril de 1999) y art. 122.6 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja (BOR núm. 30, de 11 de marzo 2003).

49 Este caso se ha dado en el municipio de Valle Gran Rey (La Gomera, Canarias), donde el alcalde y

Sobre este aspecto, inicialmente ALONSO MAS, tras el análisis de la regulación estatal no ve inconveniente para que los concejales *no adscritos* puedan ostentar dedicación exclusiva o parcial, y, además, expone: “Pensemos que la dedicación exclusiva o parcial irá normalmente ligada a la condición de miembro de la Junta de Gobierno local o de concejal-delegado. En estos casos, nos encontramos con una relación de estricta confianza con el alcalde, que se puede dar perfectamente (aunque no sea lo habitual) con quien no pertenece a su grupo”⁵⁰. Esta idea corroboraría que se trata de un aspecto totalmente desconectado de la pertenencia del concejal al grupo político con el que concurrió a las elecciones en las que resultó elegido, siendo una cuestión de exclusiva confianza entre la persona que ostenta la alcaldía y el concejal al que propone al Pleno para ostentar dedicación exclusiva.

Sin embargo, ALONSO MAS va un poco más allá al cuestionarse si resulta adecuado y proporcionado “el recorte de los derechos de participación de los concejales por el hecho de no estar adscritos a ningún grupo” que se establece en la legislación estatal, entendiendo que no existe adecuación en el caso de que este hecho se produzca como consecuencia de la expulsión del partido político con el que concurrieron a las elecciones, por suponer una quiebra del principio de igualdad ante la ley. Pero, a su juicio, tampoco resulta proporcionado si el hecho determinante de la adquisición de la condición de *no adscrito* se produce por abandono voluntario del partido, porque debemos tener en cuenta que la titularidad del mandato representativo es del concejal y no del partido político⁵¹. En este sentido, al analizar la STC 151/2017, que estudiaremos posteriormente, indica que “no debe olvidarse, además, que estamos ante la representación política, donde prima la relación representante-representados -todo el cuerpo electoral, no los concretos votantes-, que no se rompe por el hecho de que, habitualmente, la participación política se encauce mediante partidos. Siendo así, es razonable entender que la no adscripción, aunque puede justificar limitaciones al estatus del concejal en aspectos ajenos al núcleo de su función representativa, no puede hacerlo sobre facultades integrantes en dicho núcleo”⁵².

una concejala fueron expulsados del partido político con el que concurrieron a las elecciones locales (PSOE), motivo por el cual llegaron a tener máximas responsabilidades de gobierno, pero sin derecho a retribución alguna, por no poder ostentar dedicación exclusiva, ni parcial, de acuerdo con la legislación autonómica vigente. Véase: “El alcalde de Valle Gran Rey se queda sin sueldo tras ser expulsado del PSOE por negarse a darle el poder a ASG”, *Canarias Ahora*, 6 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/38CFr5y>.

50 ALONSO MAS, María José (2005), “El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos”, en *Revista de Administración Pública*, número 168, pp. 112.

51 *Ibidem*, pp. 122-124.

52 ALONSO MAS, María José (2018), “Los miembros no adscritos de las entidades locales ante la

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

Así, a los efectos meramente descriptivos, de acuerdo con las diversas regulaciones de las Comunidades Autónomas y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el estatuto jurídico del concejal *no adscrito* vendría constituido por los siguientes derechos⁵³:

A. DERECHOS DE CONTENIDO POLÍTICO:

- Derecho a asistir y participar con plenos derechos en las comisiones informativas y otros órganos complementarios⁵⁴.
- No tienen derecho a asistir a la Junta de Portavoces, pues tiene un carácter deliberante y en sus sesiones no pueden adoptarse acuerdos ni resoluciones con fuerza de obligar a terceros.
- Derecho a asistir y participar en el Pleno, con intervenciones fijadas de forma proporcional a lo previsto para los grupos políticos.
- Derecho a resultar elegido alcalde o alcaldesa, si hubiere sido el cabeza de lista o el siguiente, aunque hay un sector de la doctrina que considera que no, porque al abandonar el partido político en el que estaba pierde su privilegio como cabeza de lista en las últimas elecciones⁵⁵.
- Derecho a participar con plena igualdad en la votación de mociones de censura, sin necesidad de contar con un quórum reforzado.

B. DERECHOS DE CONTENIDO MATERIAL O ECONÓMICO:

- Solo pueden tener los derechos reconocidos a todos los concejales individualmente.
- Pierde todos aquellos derechos propios del grupo municipal al que pertenece, como posible atribución de despacho, teléfono, secretarios, asesores, dirección de correo electrónico, etc.
- Según algunas normativas autonómicas, como la de La Rioja, Aragón o Canarias, se pierde la posibilidad de tener reconocida dedicación exclusiva.
- En el caso de Canarias, también se impide ostentar dedicación parcial y ser designado para un puesto directivo de una entidad dependiente de la corporación.

formulación de la moción de censura: una discutible aplicación del principio de proporcionalidad”, en *Revista de Administración Pública*, número 206, pp. 168-169.

53 CUERDA MÁS, Jorge, *ob. cit.*, pp. 15 y ss. En los siguientes apartados analizaremos la jurisprudencia al respecto.

54 Salvo en la regulación de Baleares donde, inexplicablemente, los concejales *no adscritos* podrán participar solo con voz, pero sin voto, lo cual es contrario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

55 CUERDA MÁS, Jorge, *ob. cit.*, p. 21. Siguiendo la doctrina fijada por STC 185/1993, de 31 de mayo, fundamento jurídico quinto.

C. DERECHOS CON CARÁCTER GENERAL:

- No podrán tener derechos políticos y económicos *superiores* a los que les correspondería de permanecer en el grupo político al que ha dejado de pertenecer, con la adquisición de la condición de *no adscrito*.

El caso particular de la Ley de los municipios de Canarias.

El apartado cuatro del artículo 28 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, establece que los concejales no adscritos “no podrán ostentar la condición de miembros con dedicación exclusiva ni parcial, ni ser designados para el desempeño de cargos o puestos directivos en las entidades públicas o privadas dependientes de la corporación”. Efectivamente, a la vista de lo planteado anteriormente, podríamos señalar sin ambages que la legislación canaria es la más restrictiva del país en materia de derechos de los concejales *no adscritos*, lo que ha motivado que su constitucionalidad haya sido puesta en duda por numerosos operadores jurídicos y que ha acabado con el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad que finalmente ha sido inadmitida a trámite por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, algunos operadores jurídicos se han mostrado críticos contra la Ley de los municipios de Canarias por considerar que el artículo 28.4.c) es inconstitucional. En primer lugar, como paradigma de éstos encontramos a Francisco Hernández Spínola, Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias durante la legislatura en que se elaboró y aprobó la Ley de los municipios de Canarias y la Ley de Cabildos Insulares⁵⁶, de las que se confiesa promotor. Sin embargo, Hernández Spínola, cuatro años después de la aprobación de la norma, considera que, a la luz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC 151/2017, de 21 de diciembre (que analizaremos más adelante), dicho artículo de la ley territorial canaria resulta manifiestamente inconstitucional y propone su derogación inmediata antes de que sea el Tribunal Constitucional el que proceda a anularla “pasados unos años, con el consiguiente perjuicio para el sistema y para los afectados”⁵⁷.

56 Hernández Spínola se confiesa promotor de ambas normas en un artículo de opinión publicado en la Tribuna del Diario de Avisos en 2019. Véase HERNÁNDEZ SPÍNOLA, F., “Las leyes de cabildos y municipios de Canarias y los no adscritos”, *Diario de Avisos*, 11 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2SBxEyW>

57 En el artículo de opinión previamente citado Hernández Spínola expresa que “el sostén jurídico que habilitaba a la comunidad autónoma de Canarias para mantener la regulación de los consejeros y concejales

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

A estas tachas de inconstitucionalidad de la norma territorial canaria también se ha sumado el Secretario General del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, Luis Fernando Prieto González, que en un informe al que hemos tenido acceso sobre la aplicación de este precepto a una situación sucedida durante el mandato 2019-2023, a la par que expresa la obligación de aplicar la Ley de los municipios de Canarias privando a los concejales *no adscritos* de la dedicación exclusiva, añadía que “*no obstante, obiter dicta, se comparte esta tacha de inconstitucionalidad de la norma autonómica*”⁵⁸. Por tanto, el Secretario General del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, PRIETO GONZÁLEZ, comparte la tacha de inconstitucionalidad de la Ley de los municipios de Canarias, al entender que la normativa autonómica no puede privar de derechos a los concejales *no adscritos* que forman parte de su estatuto jurídico individual, sino únicamente aquellos que tengan relación directa con su no pertenencia a un grupo municipal concreto de cuyo partido político ha sido expulsado, tal como expone la normativa estatal básica en esta materia. Pero, como era previsible, aún compartiendo la tacha de inconstitucionalidad de la que hablamos, en su informe se debe a la aplicación estricta de la norma jurídica que, aunque entiende que no es conforme a la Constitución Española, es la norma vigente y debe aplicarse, máxime ante el silencio del Reglamento Orgánico Municipal, pero, aclara, debe hacerse “*evitando una aplicación rigorista que impida o dificulte el ejercicio de los derechos de representación política de los concejales...*”.

Si analizamos los antecedentes de la aprobación de la norma, veremos que el Consejo Consultivo de Canarias emitió el 29 de enero de 2015 un Dictamen favo-

no adscritos, completando el marco legal establecido en el artículo 73.3 de la Ley de Bases de Régimen Local, ha desaparecido a la vista de los fundamentos jurídicos de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 151/2017, de 21 de diciembre, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 197.1.a) párrafo tres de la LOREG, que, como se ha dicho, agravaba los requisitos para presentar una moción de censura por los concejales *no adscritos*”. De esta forma, considera que el Estado no ha acertado en la regulación del artículo 73.3 de la LBRL, pues se ha demostrado “*insuficiente, inadecuada e ineficaz*” para afrontar lo que verdaderamente late en el impulso normativo de estos preceptos: el *transfugismo* político.

58 Informe del Secretario General del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife al que hemos tenido acceso para la redacción de este artículo, de 20 de septiembre de 2019, p. 21. “*Dichas facultades constituyen, obviamente, el núcleo indisponible de las funciones representativas que corresponden a los concejales [...] Ahora bien, ello no significa en modo alguno que estos sean los únicos derechos que pueden corresponder a los concejales no adscritos. Es, simplemente, el límite que la Ley no puede franquear en la configuración de su estatuto básico (...). Las consecuencias de la aplicación de estos principios al estatuto jurídico individual de los concejales no adscritos son claras. Así, podrán percibir las dietas e indemnizaciones que les correspondan por asistencia a órganos colegiados en igualdad de condiciones con el resto de concejales. [...] de igual modo, podrán ostentar delegaciones, tenencias de Alcaldía o de Distrito, nombramientos que no tienen porqué vincularse a la pertenencia a un determinado grupo municipal...*” . *Ibidem*, p. 17. La cursiva es nuestra.

rable respecto de la proposición de Ley de los municipios de Canarias, que aseguraba que ésta se ajustaba al Ordenamiento Jurídico, con las observaciones y reparos expresados en el documento⁵⁹. En este sentido, respecto del artículo que regula el ámbito de los concejales *no adscritos* (que, suponemos, se situaba en la proposición en el artículo 27 y no en el 28, como finalmente quedó incorporado en la Ley aprobada), el Dictamen se refiere exclusivamente a una posible vulneración de la Constitución Española respecto del número de comisiones informativas a las que permitía asistir la proposición de ley con plenitud de derechos a estos concejales (exclusivamente una), por lo que señala el Dictamen que ello “va en contra del principio de proporcionalidad que rige la participación de los concejales en los órganos municipales y que tiene especial incidencia en su derecho a voto en el citado órgano (SSTC 169/2009 y 20/2011)”⁶⁰. Es por ello por lo que, como ya vimos, el artículo 28.4.a) de la Ley de los municipios de Canarias aprobada no restringe el número de comisiones informativas en las que pueden participar los concejales *no adscritos*. Pero el Dictamen en ningún caso se refiere al apartado relativo a la restricción del derecho a ostentar dedicación exclusiva o parcial y cargos en entidades dependientes de la corporación, por lo que debemos entender que, de forma tácita, considera que éste se ajusta a la Constitución Española.

Por otro lado, de la revisión del diario de sesiones del Parlamento de Canarias en la sesión plenaria en la que se aprobó dicha proposición de ley⁶¹, podemos extraer que se valora de nuevo la posible inconstitucionalidad del apartado relacionado con la limitación de la participación de los concejales *no adscritos* en las comisiones informativas, tal como había reflejado el Consejo Consultivo de Canarias, por lo que se aprueba una enmienda de los Grupos Nacionalista Canario y Socialista, para desplazar esta cuestión a la regulación que contenga el reglamento orgánico municipal. Pero en el debate parlamentario de aprobación de la Ley, nada se menciona respecto del artículo 28.4.c) y su asumida concordancia con la Constitución Española, por lo que, tras la transacción de algunas enmiendas menores de los grupos parlamentarios, la proposición de ley resulta aprobada por unanimidad.

Esta restrictiva regulación de la Ley de los municipios de Canarias ha generado, como ya hemos comentado, un importante número de controversias jurídicas.

59 Dictamen 34/2015, en relación con la Proposición de Ley de los Municipios de Canarias, Consejo Consultivo de Canarias, 29 de enero de 2015. Disponible en: <https://bit.ly/39E7ulhn>.

60 *Ibidem*, p. 12.

61 Diario de Sesiones del Parlamento de Canarias, VIII Legislatura, Número 164, 26 de marzo de 2019, pp. 16-24. Disponible en: <https://bit.ly/37BBzQQ>. Especialmente en la página 19, respecto de concejales *no adscritos*.

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

cas, teniendo especial relevancia las producidas en los Ayuntamientos de Santa Cruz de Tenerife y Valle Gran Rey, que han evidenciado las dudas razonables sobre la constitucionalidad de la norma territorial canaria⁶². En ambos municipios, ha habido concejales con la condición de *no adscritos* que han contado con responsabilidades de gobierno (incluso en uno de ellos ha llegado a ostentar la alcaldía) y, en aplicación de esta norma, no pueden tener dedicación exclusiva, ni parcial, ni tampoco ser elegidos cargos directivos de organismos dependientes de la corporación local. Las dudas sobre la constitucionalidad de la norma han generado, además, un proceso de judicialización del conflicto jurídico y político, en el que los representantes afectados han solicitado al poder judicial el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad que finalmente se ha planteado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Santa Cruz de Tenerife⁶³, en aplicación del artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. En el auto del Juzgado, de 2 de junio de 2020, el magistrado Roi López Encinas entendió que existen razones suficientes para entender que el precepto de la Ley de los municipios de Canarias vulnera derechos constitucionales. En concreto, dice que el artículo 28.4 de la normativa territorial canaria vulnera el artículo 23.2 de la Constitución en su dimensión del ejercicio del cargo público, por cuanto “estando vinculada legalmente tal retribución (artículo 196.2 de la Loreg), a la dedicación efectiva de las funciones vinculadas a cada cargo, y resultando las mismas, por su propia condición, incompatibles total o parcialmente con la actividad privada, su supresión avoca a los afectados a renunciar al cargo público, para asegurarse una retribución digna”.

Sin embargo, finalmente dicha cuestión de inconstitucionalidad ha sido inadmitida a trámite por el Tribunal Constitucional mediante el Auto número 126/2020, de 21 de octubre, con respecto al cual mantenemos una posición crítica. Así, a pesar de la inadmisión a trámite, el Alto Tribunal entra al fondo del asunto en profun-

62 Este asunto ha llegado también al Pleno del Parlamento de Canarias que, en sesión celebrada el 24 de septiembre de 2019, tuvo como uno de sus puntos del orden del día una pregunta al Consejero de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias, Julio Manuel Pérez Hernández, sobre el pacto antitransfuguismo y la Ley de los municipios de Canarias. De hecho, en la respuesta del Consejero, se desliza la posibilidad de que el Consejo de Gobierno de Canarias comparte la tacha de inconstitucionalidad que se ha expresado por algunos sectores respecto de la Ley de los municipios de Canarias e incluso se afirma en una segunda intervención que se va a estudiar la derogación de la norma, atendiendo a la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en la STC 151/2017, de 21 de diciembre. Para acceder a la intervención completa del Consejero véase el Diario de Sesiones del Parlamento de Canarias, X Legislatura, Número 8, 24 de septiembre de 2019, pp. 22-24. Disponible en: <https://bit.ly/35671oF>.

63 “Un juez plantea cuestión de inconstitucionalidad a la ley canaria de municipios por la expulsión del alcalde y una concejala de Valle Gran Rey”, *Canarias Ahora*, 2 de junio de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3iKylEM>.

didad para fundamentar que las restricciones de derechos a los cargos *no adscritos* responden a un fin legítimo para frenar el *transfuguismo político*, tal como ha indicado en pronunciamientos anteriores. Además, entiende que la norma autonómica “no impone limitaciones que restrinjan el ejercicio de la función representativa propia del cargo de concejal y tampoco se afecta a la garantía del art. 23.2 CE, en lo relativo al desempeño de las funciones de alcalde o teniente de alcalde”⁶⁴, por lo que los derechos restringidos quedarían fuera del núcleo de la función representativa, a diferencia de lo que sí sucedía en el supuesto de la STC 151/2017. Incluso argumenta el Tribunal Constitucional que “no ha quedado acreditado que el régimen retributivo derivado de la aplicación de la norma cuestionada origine perjuicios en el núcleo de la función representativa del concejal, ni que las responsabilidades ostentadas en el caso concreto requieran la dedicación exclusiva o parcial”⁶⁵. Como hemos dicho, discrepamos profundamente del contenido de este Auto, pues, a nuestro juicio, la regulación autonómica tiene vicios de inconstitucionalidad que merecían ser estudiados en detalle por el Alto Tribunal y que han sido despachados en un auto que extrañamente inadmite a trámite la cuestión, mientras que se entra en el fondo del asunto que inadmite.

5. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la problemática de los cargos representativos no adscritos.

Cesación del cargo de concejal por la expulsión de su partido político.

Una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional sobre el asunto que estamos desarrollando en el presente trabajo, se centró en lo establecido en el artículo 11.7 de la hoy derogada Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales, que obligaba a cesar en el cargo al candidato electo que dejara de pertenecer al partido político que presentó su candidatura a las elecciones. La interpretación literal de este precepto suponía aceptar que la representación era titularidad de los partidos políticos que presentaban las candidaturas y no de los cargos públicos que resultaban electos por la ciudadanía, obligando de esta forma a cesar en el cargo si por cualquier motivo dejara de pertenecer a aquél. Una anomalía que chocaba frontalmente con los elementos esenciales del derecho fundamental de participación ciudadana en los asuntos públicos, establecido en el artículo 23

64 ATC núm. 126/2020, de 21 de octubre, fundamento jurídico quinto.

65 *Ibídem*, fundamento jurídico sexto. Recordemos que el asunto se refiere a un concejal no adscrito que ejerce el cargo de alcalde en un municipio, sin poder ostentar dedicación exclusiva por la normativa autonómica.

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

de la Constitución Española; un derecho que, como ya se ha dicho, es de titulidad individual y corresponde al representante, junto con un derecho de permanencia en el cargo una vez es elegido.

Esta cuestión llegó al Tribunal Constitucional de la mano de la expulsión de algunos cargos públicos pertenecientes al PARTIDO COMUNISTA DE ESPAÑA (PCE), que eran concejales del Ayuntamiento de Madrid, que inmediatamente fueron cesados de sus cargos por la Junta Electoral de Zona de Madrid en aplicación del artículo 11.7 de la Ley de elecciones locales, ante lo cual los afectados interpusieron un recurso que fue resuelto en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 10/1983, de 21 de febrero, en la que se pretenden marcar las notas esenciales del concepto de representación política en tanto que elemento nuclear del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos. La STC 10/1983, de 21 de febrero, en un primer momento hace un análisis general sobre lo establecido en el artículo 23 de la Constitución Española, expresando en su fundamento jurídico segundo lo siguiente:

«El derecho que la Constitución (art. 23.1) garantiza a todos los ciudadanos de participar en los asuntos públicos mediante representantes libremente elegidos es un derecho que corresponde a cada ciudadano y que puede ser vulnerado por actos que sólo afecten a cada uno de éstos en particular. La vulneración que resulta del hecho de privar al representante de su función les afecta, sin embargo, a todos simultáneamente, y es también una vulneración del derecho del representante a ejercer la función que le es propia, derecho sin el cual se vería vaciado de contenido el de los representados».

Y al analizar el contenido del precepto cuya inconstitucionalidad se pretende declarar, el Tribunal Constitucional expresa en su fundamento jurídico cuarto:

«Al otorgar al partido la facultad de privar al representante de su condición cuando lo expulsa de su propio seno, como en el presente caso ocurre, el precepto infringe sin embargo, de manera absolutamente frontal, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes. Una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral, y titulares, por tanto, de una función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades que no son órganos del Estado, en el sentido más amplio del término. Pero aunque se entendiera, violentando el ordenamiento, que representaban sólo la voluntad de sus propios electores y que éstos quisieron otorgar su representación a todos y cada uno de los integrantes de la lista propuesta, de

tal modo que la sustitución operaría siempre en favor de personas a quien también los votantes de la lista desearon conceder su representación, seguiría siendo cierto que ésta implica la necesidad de que fueran personas concretas las elegidas y que lo fueron para el desempeño de una función que exige que la libre voluntad del representante y por ende su permanencia en el cargo no quede subordinada a ningún poder que no emane también de la voluntad popular»⁶⁶.

A la vista de lo expuesto, el Tribunal Constitucional procedió a anular el acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Madrid en virtud del cual se cesaba a los concejales de su cargo por la expulsión de su partido, y, aunque considera que el artículo 11.7 de la Ley de elecciones locales resulta manifiestamente constitucional -al contrario de lo que opinan los magistrados que emiten un voto particular-, no se pronuncia sobre ello, porque se trata de una norma preconstitucional que puede ser inaplicada por cualquiera de los tribunales, entendiéndola pues derogada por su oposición frontal a la Constitución Española de 1978. El contenido de la Sentencia ha sido objeto de multitud de aclaraciones posteriores para la fijación concreta de algunos de sus planteamientos⁶⁷.

Sobre el derecho a participar y votar en las comisiones informativas del ayuntamiento.

Otra de las situaciones que se han dado en nuestro país con respecto a este asunto son aquellas en las que las corporaciones municipales impedían a los concejales *no adscritos* participar en las comisiones informativas. De esta forma, se les permitía asistir a dichos órganos con voz, pero sin voto, una cuestión que fue objeto de diversos recursos de amparo que obligaron a pronunciarse en sendas ocasiones al Tribunal Constitucional, entre las cuales destacaremos las más relevantes. En el primero de los supuestos que vamos a abordar, tres diputados provinciales del PSPV-PSOE, fueron expulsados de sus partidos y, mediante un acuerdo del Pleno de la Diputación Provincial, obligados a abandonar el grupo mixto, para pasar a ser *no adscritos*, con la pérdida de su derecho a participar en la Junta de Portavoces, tener dedicación exclusiva y participar con voto en las comisiones informativas, de las que solo podían participar con voz, ante lo cual, tras agotar la vía judicial previa, se presenta un recurso de amparo resuelto en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 169/2009, de 9 de julio.

66 La cursiva es nuestra.

67 Véase ALMAGRO CASTRO, David, *ob. cit.*, pp. 126-128

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

Con respecto a las dos primeras cuestiones, el Tribunal Constitucional considera que no se ha vulnerado su derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, fundamentalmente porque la privación de los derechos de participar en la Junta de Portavoces (órgano que no ejerce competencias decisorias de ninguna clase, ni resulta determinante para el control o la obtención de información para el ejercicio del cargo representativo) y el de tener dedicación exclusiva (por el mero hecho de ser portavoz del grupo mixto), por cuanto se tratan de consecuencias derivadas de la falta de pertenencia al grupo municipal que da cabida a ambos derechos, pasando a ostentar la condición de *no adscritos*, no contraviene lo establecido en la Carta Magna. No obstante, con respecto a la participación de los cargos *no adscritos* en las comisiones informativas, que, como ya dijimos, se les permitía asistir con voz, pero sin voto, el Tribunal Constitucional es claro en la STC 169/2009, de 9 de julio, fundamento jurídico cuarto:

«A la vista de la relevancia de los dictámenes o informes adoptados en su seno de cara al ejercicio de la función de control así como a la formación de la voluntad de la corporación a través del Pleno, ha de concluirse que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones, pero no el derecho a votar en las comisiones informativas, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial, lo que determina que se haya producido la lesión de los derechos contenidos en el art. 23.2 CE alegada por los recurrentes»⁶⁸.

Y continúa la STC 169/2009, de 9 de julio, en su fundamento jurídico quinto haciendo alusión a una cuestión que consideramos fundamental, respecto de la interpretación del artículo 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, por cuanto considera que este precepto ampara las decisiones de privación a los cargos *no adscritos* de aquellas facultades o beneficios que se derivan de su mera pertenencia al grupo, pero “*no habilita a la corporación para privar a los diputados provinciales a los que se considere como no adscritos de los derechos de ejercicio individual que les correspondan en virtud de su condición de representantes políticos*, tal y como ocurre con derecho a votar en el Pleno y en las divisiones de éste que en su caso se constituyan”⁶⁹. A la vista de lo expuesto, el Tri-

68 Para resolver este asunto tiene muy en cuenta el criterio fijado en la STC 32/1985, de 6 de marzo.

69 La cursiva es nuestra.

bunal procede a anular el acuerdo del Pleno, al entender que se ha vulnerado su derecho a la participación política en condiciones de igualdad.

Pero no bastó esta Sentencia para frenar los intentos de algunas instituciones de vulnerar este derecho fundamental a los cargos públicos representativos, pues en apenas dos años se sucede un caso muy similar en el que dos concejales del Ayuntamiento de Majadahonda son expulsados del PP y pasan a tener la consideración de *no adscritos*, sin posibilidad de conformar el grupo mixto, pudiendo participar en las comisiones informativas con voz pero, de nuevo, sin derecho a voto, por lo que los concejales acuden sin éxito a la vía judicial, procediendo a interponer un recurso de amparo que se resuelve en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 20/2011, de 14 de marzo, que amplía lo expuesto en la analizada anteriormente. Con respecto a la participación con plenos derechos en comisiones informativas, el Tribunal Constitucional insiste en las consideraciones expuestas en la STC 169/2009, de 9 de julio, haciendo referencia a esta sentencia para la resolución del supuesto de hecho como una evidente vulneración del derecho fundamental de participación política en condiciones de igualdad -de la que, además, no puede restaurarse a los afectados porque había terminado el mandato-, aunque nos gustaría hacer hincapié en uno de los planteamientos que hace el Alto Tribunal en el fundamento jurídico cuarto respecto del impedimento de formar parte del grupo mixto:

«Entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación municipal se encuentran la de participar en la actividad de control del gobierno municipal, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación y la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores funciones. Ninguna de estas facultades se ve necesariamente comprometida como consecuencia de la imposibilidad de constituirse en grupo mixto o de integrarse en algún otro grupo político».

Por tanto, parece quedar claro que el hecho de que algunos concejales pasen a ostentar la condición de *no adscritos*, sin formar parte de ninguno de los grupos, no implica que éstos pierdan su derecho a participar con plena igualdad -aunque ello no significa que su voto cuente igual que el del resto de miembros de la corporación- en las comisiones informativas, porque ello forma parte del núcleo inherente a la función representativa de los miembros de la corporación. En este sentido, podemos concluir que la regulación contenida en el apartado siete del ar-

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

título 76 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears, resulta manifiestamente inconstitucional por cuanto expone que los concejales no adscritos “serán informados y podrán asistir a las comisiones informativas y otros órganos colegiados en que estén representados los grupos políticos municipales, con voz y sin voto”, una cuestión que contradice expresamente los pronunciamientos del Tribunal Constitucional a este respecto.

Sobre los derechos políticos y económicos de los concejales no adscritos.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Alicante planteó una cuestión de inconstitucionalidad del 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local. Este proceso fue fruto de unos hechos acontecidos en el Ayuntamiento de Benidorm, por una petición de la Generalitat Valenciana no satisfecha por el Consistorio, para que “procediera a la disolución del Grupo municipal Socialista, así como a la anulación de todos los derechos políticos y económicos de los miembros no adscritos”. En la STC 30/2012, de 1 de mayo, se desestima la cuestión de inconstitucionalidad, haciendo hincapié en su fundamento jurídico cuarto, en lo ya resuelto por la STC 9/2012, de 18 de enero:

«A la luz de esta doctrina, debemos rechazar la inconstitucionalidad del tercer párrafo del art. 73.3 LBRL, propugnada en el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, definiendo en los términos ya señalados el sentido del precepto legal cuestionado, es claro que la garantía que proporciona el art. 23.2 CE no se ve vulnerada en un supuesto como el planteado por el órgano judicial promotor de esta cuestión de inconstitucionalidad. El órgano judicial considera que el precepto cuestionado vulnera el art. 23 CE, en la medida en que impide al representante no adscrito ser elegido, por el Alcalde de la corporación, miembro de la Junta o comisión de gobierno y Teniente de Alcalde, cuando el resto de concejales de la corporación pueden optar a dichos cargos. Como señala el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, los aspectos a los que se refiere concretamente el Auto de planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad —pertenencia a la Junta o comisión de gobierno y designación como Teniente de Alcalde— no están incluidos en el núcleo básico del mandato representativo y constituyen aspectos de la organización y estructura consistorial dentro de las potestades, no ilimitadas, del Alcalde. En efecto, tales nombramientos dependen de la voluntad de un tercero, el Alcalde de la corporación, voluntad que ha de ser ejercida en los términos y condiciones determinados al respecto por la Ley de bases de régimen local (arts. 23.1 y 125.1).»

Por cuanto antecede, hemos de concluir que el nombramiento para cargos relacionados con el gobierno y la administración del municipio no se integra en el núcleo esencial de las funciones representativas del concejal. Se trata de ámbitos ajenos al ejercicio de la función representativa atribuida al mismo, lo que determina que el art. 23 CE no se vea aquí vulnerado».

El Tribunal Constitucional ha avalado en múltiples ocasiones lo establecido en el artículo 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, reproducido en las legislaciones autonómicas, que impide la adquisición de los concejales *no adscritos* de derechos superiores a los que les correspondían al pertenecer al grupo municipal que ya no integran. Y, concretamente en esta sentencia, se entiende que no existe una vulneración del derecho fundamental de participación política en aquellas decisiones que no impidan el ejercicio de las funciones representativas del concejal, entendiendo que es ajena a éstas el nombramiento para cargos de gobierno del municipio.

Distribución desigual de los derechos a concejales no adscritos respecto de aquellos otros incorporados a un grupo municipal.

Ante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 32.4 y 33.3 la Ley 2/2003, de Administración local de la Comunidad de Madrid, que básicamente expresaban, por un lado, que los concejales *no adscritos* tendrán los derechos que le correspondan como miembro de la corporación, pero no la de su pertenencia a un grupo político (al igual que establecen algunas normativas autonómicas), así como que solo podrían integrar las comisiones informativas aquellos concejales que sean designados por los distintos grupos políticos, restringiendo su participación a los *no adscritos*, a pesar de lo que ya disponía la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional al respecto.

A la segunda de las cuestiones no nos vamos a referir, por cuanto resulta evidente su inconstitucionalidad (art. 33.3) a la vista de lo que hemos visto en los apartados anteriores, pero nos centraremos en la distribución desigual de derechos a concejales *no adscritos* respecto de los que están incorporados a un grupo municipal, cuestión que fue ya resuelta en la STC 246/2012, de 20 de diciembre, con unos esclarecedores párrafos en su fundamento jurídico séptimo:

«Cuanto antecede permite llegar a la conclusión de que lo establecido en el cuestionado segundo párrafo del art. 32.4 de la Ley madrileña 2/2003, precepto que reconoce a los concejales no adscritos los derechos que individualmente les correspondan como miembros de la corporación,

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

pero no aquellos derechos derivados con carácter exclusivo de la pertenencia a un grupo político, es conforme al art. 23.2 CE siempre que se interprete en el sentido de que los derechos que le corresponden al concejal no adscrito son precisamente aquellos de los que es titular como miembro electo de la corporación municipal y que forman parte del núcleo esencial de la función representativa que constitucionalmente corresponde a los representantes políticos conforme a nuestra doctrina; derechos entre los que se encuentran, como ya se dijo, el de participar en la actividad de control del gobierno local, el de intervenir en las deliberaciones del Pleno de la corporación, el de votar en los asuntos sometidos a votación en el Pleno y el de obtener la información necesaria para poder ejercer los anteriores derechos, así como, por su conexión con los anteriores derechos y en los términos que más adelante precisaremos al enjuiciar la constitucionalidad del art. 33.3 de la Ley madrileña 2/2003, el derecho de participar en las comisiones informativas.

De los restantes derechos, tanto económicos como políticos, asociados de forma exclusiva a la pertenencia del concejal a un grupo político, pueden ser legítimamente excluidos por el legislador los concejales no adscritos, sin que ello suponga infracción del art. 23 CE, pues ninguno de los derechos antes relacionados, que forman parte del núcleo esencial de la función representativa que constitucionalmente corresponde a todos y cada uno de los concejales en cuanto miembros electos de la corporación, se ve necesariamente comprometido como consecuencia de la prohibición legal a los concejales no adscritos de constituirse en un nuevo grupo o de integrarse en otro grupo político (art. 73.3 LBRL y art. 32.2 y 4, primer párrafo, de la Ley madrileña 2/2003), por lo que, interpretado en el sentido expuesto, el segundo párrafo del art. 32.4 de la Ley madrileña 2/2003 no puede reputarse contrario al art. 23.2 CE».

Por lo anterior, se inadmita la cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 32.4 de la ley territorial madrileña, avalando la distribución desigual de derechos entre los concejales *no adscritos* y los de los grupos municipales, pero además fija un criterio respecto de los supuestos en los que se daría una eventual vulneración del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, pues lo que se debe respetar es el núcleo esencial de la función representativa, teniendo libertad el legislador para privar del resto de derechos “asociados de forma exclusiva a la pertenencia del concejal a un grupo político” que no formarán parte de dicho núcleo esencial, lo cual tendremos que analizar profundamente para comprobar la constitucionalidad de las normas territoriales de Aragón, La Rioja o Canarias que estudiamos en este trabajo.

Establecimiento de un quórum específico para promover mociones de censura cuando medien desvinculaciones del grupo municipal.

En este punto nos vamos a referir a una cuestión de inconstitucionalidad planteada frente al artículo 197.1.a) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, que, con el fin de evitar que los denominados *tránsfugas* afectaran a la vida política municipal⁷⁰, establecía un quórum específico para promover mociones de censura cuando medien desvinculaciones del grupo municipal⁷¹.

La Sentencia del Tribunal Constitucional número 151/2017, de 21 de diciembre⁷², resuelve la cuestión de inconstitucionalidad que, además, trae causa de una situación acontecida en el Ayuntamiento de Tacoronte, en Tenerife, fruto de una moción de censura en la que participaron cinco concejales del Grupo Municipal Socialista, que fueron posteriormente expulsados, ante lo cual el Alcalde censurado recurrió a los tribunales que, en aplicación del artículo 197.1 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, entendía que la propuesta de moción de censura debía ser apoyada por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación, incrementada en el mismo número de concejales que los que dejaron de pertenecer al Grupo Municipal Socialista. Tras el recurso de los concejales *no adscritos*, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias plantea una cuestión de inconstitucionalidad.

La STC 151/2017, de 21 de diciembre, partiendo de la delimitación esencial del derecho fundamental reconocido en el artículo 23 de la Constitución Española, entiende que el ejercicio de control al gobierno local mediante la promoción de una moción de censura forma parte del núcleo del derecho de participación política. Según el fundamento jurídico sexto de la sentencia citada, para analizar

70 En su exposición de motivos se destaca lo siguiente: “probablemente con esta reforma no se podrá evitar que sigan existiendo ‘tránsfugas’, pero sí que con su actuación modifiquen la voluntad popular y cambien gobiernos municipales”.

71 El citado precepto de la LOREG establecía concretamente lo siguiente: “En el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde cuya censura se propone, la mayoría exigida en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias.—Este mismo supuesto será de aplicación cuando alguno de los concejales proponentes de la moción haya dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato”.

72 Para un análisis más profundo sobre esta Sentencia véase ARROYO GIL, Antonio (2019), “La moción de censura al alcalde a la luz de la jurisprudencia constitucional (Comentario a la STC 151/2017, de 21 de diciembre)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 116, pp. 329-363.

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

la constitucionalidad del artículo que exige un quórum reforzado para los casos en que participen concejales *no adscritos* en las mociones de censura, según el Tribunal Constitucional deberíamos tener en cuenta tres consideraciones:

«(i) que el legislador no puede imponer en el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) restricciones que, más allá de los imperativos del principio de igualdad y desde la perspectiva constitucional, no se ordenen a un fin legitimo (por todas, STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6); (ii) que el artículo 23.2 CE determina, una vez dispuesta la facultad representativa de que se trate (aquí la moción de censura en el ámbito local), que su regulación no podrá conllevar restricciones ilegítimas contrarias a la garantía de igualdad, puesto que, como recordara la STC 10/1983, de 21 de febrero, la libertad del legislador para desarrollar el artículo 23.2 CE cuenta, entre otras limitaciones que aquí no están a debate, con las generales que derivan de ese principio; (iii) adicionalmente, en los términos de la STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2, que en los cargos que se alcanzan a través de elección popular y tienen, por tanto, naturaleza representativa, ‘los requisitos que señalen las Leyes’ a que se refiere el artículo 23.2 C.E. sólo serán admisibles en la medida en que sean congruentes con su naturaleza y que «su carácter de derecho de configuración legal no nos puede hacer olvidar que los derechos del art. 23.2 son derechos fundamentales», debiendo, por tanto, este Tribunal revisar si ha quedado afectada su integridad. De no ser así, concluimos entonces, los derechos fundamentales de configuración legal quedarían degradados al plano de la legalidad ordinaria».

Y para continuar esta línea argumental, el Tribunal Constitucional, en la STC 151/2017, de 21 de diciembre, fundamento jurídico sexto, define por mandato libre de los representantes, del que ya hemos hablado a lo largo de este trabajo, como la “exclusión de todo sometimiento jurídico del representante, en cuanto tal, a voluntades políticas ajena y proscribe por ello, en particular, que sobre él se hicieran pesar tanto instrucciones vinculantes en Derecho que pretendieran disciplinar su proceder, como asimismo cualquier tipo de sujeción, jurídicamente impuesta, a la confianza de sus electores (expresada del modo que se pretendiera) o de las organizaciones o grupos políticos en que se integre o en cuyas listas hubiera concurrido a las elecciones”.

En este sentido, para analizar la constitucionalidad del artículo citado de la LO-REG, el Alto Tribunal considera imprescindible realizar un juicio de idoneidad, de

necesidad y de proporcionalidad de éste, que iremos desgranando a continuación⁷³:

- Juicio de idoneidad: el Tribunal Constitucional entiende que la moción de censura en el ámbito local, según está configurada en la redacción de la LO-REG, es idónea y adecuada para el fin perseguido.
- Juicio de necesidad: también entiende que es una medida necesaria, pues únicamente establece un reforzamiento del quórum para que prospere la moción de censura, sin que se altere la dinámica del procedimiento. En este sentido, el precepto pretende dificultar a los concejales *no adscritos* promover mociones de censura, para no intervenir en la vida política municipal, pero no restringe su derecho en la fase de decisión.
- Juicio de proporcionalidad: entiende que la medida no es proporcional, porque parte de que cualquier desvinculación del grupo político municipal merece una intervención de regeneración democrática, y porque opera desde un criterio puramente subjetivo.

El Tribunal Constitucional, en la STC 151/2017, de 21 de diciembre, fundamento jurídico sexto, concluye expresando una cuestión que nos parece muy relevante destacar en la línea del contenido esencial del mandato representativo de los concejales electos:

«De todo ello se concluye que «la anomalía que ha incidido negativamente en el sistema democrático y representativo y que se ha conocido como ‘transfugismo’» no puede intervenirse por el legislador con restricciones al ius in officium (STC 9/2012) que impacten en el ejercicio natural del cargo público al amparo de la libertad de mandato con base en razones asociadas, sin adjetivos, a la vinculación orgánica o política, sin fundamentos añadidos. Sencillamente porque no es cierto que la desvinculación orgánica o política del grupo de origen desestabilice por defecto o sin excepción la vida municipal o modifique la voluntad popular».

Además, en el fundamento jurídico séptimo de la misma sentencia, el Alto Tribunal indica en última instancia que el precepto citado de la LOREG “sujeta al concejal al grupo político de origen bajo advertencia de restricción de las funciones representativas básicas, sin que ese efecto responda inevitablemente a una defraudación de la voluntad popular o a un hacer que busque la desestabilización de la diná-

73 DE LA TORRE MARTÍNEZ, Lourdes (2018), “De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 151/2017, de 21 de diciembre)”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, número 9, pp. 121-122.

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

mica municipal”. Lógicamente, una vez analizadas las cuestiones previamente comentadas, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del apartado tercero del artículo 197.1.a) de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, por vulneración del artículo 23.2 de la Constitución Española, aunque difiere su alcance hasta la convocatoria de unas nuevas elecciones generales por los efectos que podría producir en las situaciones que se han consolidado al amparo de la norma. Debemos comentar que esta Sentencia contó con diversos votos particulares discrepantes.

Conviene traer a colación aquí los planteamientos que ALONSO MAS hace sobre la Sentencia, pues, según su criterio, resulta ciertamente cuestionable fundamentar la inconstitucionalidad de la norma sobre el juicio de proporcionalidad⁷⁴:

«En suma, debe plantearse si la proporcionalidad podría justificar un trato diferenciado entre concejales, en aspectos atinentes al núcleo de la función representativa; considerando que el art. 23.2 exige la igualdad en su desempeño, sin que la misma resulte lesionada cuando la diferencia de trato se fundamenta sobre una diferenciación objetiva de los supuestos de hecho y resulta proporcionada. La LO 2/2011 así lo había entendido, tanto en relación con los no adscritos como en cuanto a los pertenecientes al grupo del alcalde cuya censura se pretende. Y es que no le falta razón al voto discrepante, cuando afirma que, en alguna ocasión, la moción de censura se ha utilizado por quien inicialmente había sido compañero de grupo del alcalde censurado, y a cambio consigue un cargo con dedicación exclusiva y un cuantioso salario».

En este sentido, alerta ALONSO MAS del peligro que plantea este planteamiento del Tribunal Constitucional por cuanto la sentencia, “al apelar a la proporcionalidad, podría crear la sensación de que en algún caso serían viables limitaciones al contenido esencial de la función representativa por razones subjetivas, siempre que se cumpliera el test de proporcionalidad. Y esto debe evitarse”⁷⁵. Sin embargo, para otros sectores de la doctrina la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está yendo muy lejos al limitar las restricciones de derechos políticos y económicos de los concejales *no adscritos*, por su afectación al funcionamiento eficaz de la democracia representativa. También se muestran críticos con esta línea jurisprudencial los magistrados Conde Púmpido y Montoya Melgar que emiten sendos votos particulares frente a la STC 151/2017, de 21 de diciembre⁷⁶.

74 ALONSO MAS, María José (2005), “El discutible régimen…”, *ob. cit.*, p. 166

75 *Ibidem*, p. 178

76 Para un análisis crítico y exhaustivo sobre esta sentencia, véase DOMÍNGUEZ VILA, Antonio (2020),

6. Análisis sobre la constitucionalidad de la restricción de derechos a los concejales no adscritos en algunas legislaciones autonómicas.

El eventual conflicto de competencias en la regulación autonómica de los derechos de los concejales no adscritos.

En este primer apartado analizaremos si las Comunidades Autónomas ostentan un título competencial que les habilite para legislar en torno a este extremo y cuáles son los límites de dicha regulación, para determinar si se han excedido o no al restringir los derechos políticos y económicos de los concejales *no adscritos*. El artículo 149.1.18º de la Constitución Española establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas, de la que es resultado la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. En este sentido, el artículo 148.1.2º de la Carta Magna establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local. De esta forma, un buen número de Estatutos de Autonomía han asumido las competencias en materia de administración local⁷⁷, con la salvaguarda del debido respeto que deben tener con respecto a la normativa básica estatal sobre régimen local, entendiendo pues que las Comunidades Autónomas pueden y deben desarrollar la normativa básica estatal, sin contradecir ésta.

De hecho, podemos decir que la normativa básica estatal, esto es, la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, remite la regulación de los derechos políticos y económicos de los cargos *no adscritos* a la legislación autonómica y al reglamento orgánico municipal, con la salvedad de que dichos derechos no podrán ser nunca superiores a los que les correspondería de permanecer en el grupo político de procedencia⁷⁸. En este sentido, ALONSO MAS ha expresado su insatisfacción respecto a la regulación del artículo 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, por entender que las posibilidades que ofrece “son in-

“La libertad del mandato representativo del electo frente a la disciplina de los partidos políticos. La STC 151/2017 un nuevo golpe a la estabilidad del gobierno local. Regulaciones estatal y autonómicas de los no adscritos”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, número 14, pp. 1-18.

77 Por ejemplo, el art. 49.1.8º del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (LO 5/1982); el art. 27.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (LO 3/1983); el art. 10.4 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (LO 3/1979); el art. 105 del Estatuto de Autonomía de Canarias (LO 1/2018); el art. 71.5º del Estatuto de Autonomía de Aragón (LO 5/2007); o el art. 9.8 del Estatuto de Autonomía de La Rioja (LO 3/1982), entre otros.

78 ALONSO MAS, María José. (2005), “El discutible régimen...”, *ob. cit.*, p. 127.

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

suficientes para enervar los problemas que el precepto plantea desde el punto de vista del derecho del artículo 23.2 CE, que, no olvidemos, primordialmente es un derecho a la igualdad, aunque proyectado sobre el ejercicio de cargos y funciones públicos” y entiende que debería haber configurado un *status mínimo* aplicable a los concejales *no adscritos*⁷⁹.

Pero, al margen de ello, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el título competencial habilitante de las Comunidades Autónomas en la regulación de esta cuestión. En este sentido, la STC 246/2012, de 20 de diciembre, expuso en su fundamento jurídico quinto, lo siguiente:

«Ciertamente, el art. 73.3 LBRL no fija el régimen jurídico completo de las facultades y derechos de los miembros no adscritos, sino que deja un amplio margen que debe ser completado por las leyes de régimen local de cada Comunidad Autónoma y el reglamento orgánico de cada Ayuntamiento o Diputación, si bien sí que establece (párrafo tercero) que los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos «no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación», limitación esta cuya conformidad con el art. 23 CE hemos declarado en la STC 9/2012, de 18 de enero».

En este sentido, por regla general, la doctrina no duda sobre las competencias de las Comunidades Autónomas en legislar sobre esta materia, pero todas ellas deben someterse a los dictados básicos de la normativa estatal, que deben ser totalmente respetados por las Comunidades Autónomas en su desarrollo legislativo⁸⁰. Siguiendo este esquema, RUIZ ROBLEDO expresa que, cuando el Estado y

79 *Ibidem*, pp. 127-128. Por otro lado, CATALÀ I BAS también afirma que “el vigente artículo 73.3 LBRL es insuficiente. dejar al legislador autonómico su desarrollo existiendo tal grado de indefinición puede llevar a regulaciones dispares”. Para mayor desarrollo sobre los fundamentos de la consideración de que la regulación básica estatal es insuficiente véase CATALÀ I BAS, Alexandre H., *ob. cit.*, pp. 43-77.

80 CUERDA MÁS, Jorge, *ob. cit.*, p. 3. Este asunto, requiere que hagamos referencia a la noción de “bases” en el marco de las competencias exclusivas del Estado, lo cual en su vertiente material supone, según el Tribunal Constitucional, en STC 197/1996, de 28 de noviembre, fundamento jurídico quinto, lo siguiente: “es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (STC 48/1988, FJ 3). Esto es, un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional (STC 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad —ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales (STC 1/1982, FJ 1)—, a partir del cual pueda cada comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto”.

las Comunidades Autónomas comparten la legislación en la dicotomía bases-legislación complementaria, el Estado regulará los principios generales por ley y a las Comunidades Autónomas les competirá legislar sobre los demás aspectos, con respeto a lo expresado por la normativa estatal, así como la ejecución ordinaria de ambas normativas⁸¹.

Por tanto, al margen de las consideraciones que hagamos sobre la suficiencia o no de la regulación básica estatal sobre el estatuto jurídico de los concejales *no adscritos*⁸², lo que deberíamos determinar en el análisis de las legislaciones autonómicas de desarrollo sobre el régimen local es si ha existido una contradicción con respecto a lo establecido en la normativa básica estatal o simplemente un complemento, una peculiaridad que no contraviene lo establecido en las bases del Estado. Hasta aquí, parece claro que las normativas autonómicas que hemos estudiado no contravienen la normativa básica estatal, por cuanto no establecen derechos superiores a los concejales *no adscritos* con respecto a los que les corresponderían de permanecer en el grupo municipal del partido político con el que concurrió a las elecciones municipales.

Sin embargo, el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Santa Cruz de Tenerife, que plantea la cuestión de inconstitucionalidad frente a la Ley de los municipios de Canarias, entiende también que el artículo 28.4 vulnera el artículo 149.1.18º de la Constitución, por cuanto incurre en inconstitucionalidad mediata o indirecta, al desbordar la legislación básica establecida por la Ley de Bases de Régimen Local. Así, el magistrado Roi López Encinas, apoyándose en algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas entiende que la ley no faculta a “restringir derechos económicos vinculados a la condición de concejal hasta el punto de eliminarlos”.

No obstante, el Tribunal Constitucional también cierra la puerta a este argumento, indicando que se incumplen los dos requisitos que permiten afirmar la inconstitucionalidad mediata o indirecta: primero, porque ya se ha dicho que el artículo 73.3 de la LBRL tiene carácter básico y, segundo, porque la normativa autonómica no entra en contradicción con la norma básica, por cuanto no otorga “más derechos que los que corresponden a los concejales integrados en los gru-

81 RUIZ ROBLEDO, Agustín (2011), *Compendio de Derecho Constitucional Español*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 245.

82 Un análisis que, consideramos, sería conveniente que se realizara por parte del Estado, teniendo en cuenta los relevantes e incesantes problemas de seguridad jurídica que ha generado la regulación básica estatal y su complemento normativo por parte de las Comunidades Autónomas.

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

pos políticos, pero, con límites que aquí no se superan, pues ya hemos descartado la vulneración del art. 23.2 CE, nada le impide atribuirles menos”⁸³, como precisamente hizo la Comunidad Autónoma de Canarias.

Por lo tanto, a la vista de esta consideración, entendemos que no tiene recorrido la consideración de que la regulación autonómica se opone a la norma estatal básica, incurriendo pues en una inconstitucionalidad mediata. Lo que sí cabría plantearnos es, si algunas Comunidades Autónomas se han excedido al desconectar la limitación de los derechos políticos y económicos de los concejales *no adscritos* a su pertenencia o no al grupo municipal de procedencia, como sucede con el impedimento para ostentar dedicación exclusiva o parcial, así como el de ser designado cargo público de organismos dependientes de la corporación.

Análisis sobre la posible inconstitucionalidad de fondo de las normativas autonómicas estudiadas.

Nuestro análisis sobre la constitucionalidad de las regulaciones autonómicas estudiadas, en particular las de Aragón, La Rioja y especialmente Canarias, dependerá de si consideramos que su aplicación produce una vulneración del contenido esencial del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos en condiciones de igualdad, es decir, si traspasa el núcleo esencial de la función representativa⁸⁴. Algunas regulaciones autonómicas, como la riojana y la aragonesa vienen a impedir legalmente que un concejal *no adscrito* pueda ostentar dedicación exclusiva, e incluso en el caso de la canaria tampoco parcial o ser nombrado cargo directivo de una entidad dependiente de la corporación municipal. Y ello por el mero hecho de dejar de pertenecer al grupo municipal con el que concurrió a las elecciones municipales en las que resultó electo, independientemente del motivo que fundamente este hecho.

En primera instancia, nos deberíamos plantear si consideramos que el hecho de que un concejal ostente dedicación exclusiva o parcial como tal o sea nom-

83 ATC 126/2020, de 21 de octubre, fundamento jurídico séptimo.

84 Para ello, resulta fundamental hacer referencia a la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en STC 246/2012, de 20 de diciembre, fundamento jurídico cuarto, cuando expone lo siguiente: “Para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el art. 23 CE es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten en cada caso de aplicación. Sin embargo, la vulneración del art. 23 CE no se produce con cualquier acto que infrinja el *status jurídico* aplicable al representante público, pues a estos efectos sólo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa”.

brado cargo directivo de una entidad de la corporación, resultan derechos o facultades pertenecientes al núcleo esencial de la función representativa de un cargo público electo, que deben ser garantizados en todo caso por las legislaciones, en aplicación del mencionado artículo 53.1 de la Constitución. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha expresado en el fundamento jurídico séptimo de la STC 246/2012, de 20 de diciembre, que podemos entender que “el núcleo esencial de la función representativa se corresponde con aquellas funciones que sólo pueden ejercer los titulares del cargo público, por ser la expresión del carácter representativo de la institución y de las que no pueden ser privados incluso en el caso de que los titulares del cargo público hayan optado por abandonar el grupo político de procedencia” (siguiendo también SSTC 5/1983 y 169/2009). De esta forma, el Tribunal Constitucional ha venido a establecer, desde la concepción absoluta de la que hablábamos anteriormente, el ámbito que el legislador de ninguna manera puede restringir o limitar.

En la línea de lo anterior, ya conocemos los posicionamientos del Tribunal Constitucional que han atribuido tal condición a derechos como el de participar en la actividad de control del gobierno local, el de intervenir en las deliberaciones del Pleno de la corporación, el de votar en los asuntos sometidos a votación en el Pleno, el de obtener la información necesaria para poder ejercer los anteriores derechos o el de participar en las comisiones informativas, entre otros. Pero también ha negado tal virtualidad a otros como, por ejemplo, al derecho de incorporarse a otro grupo político o de constituir un nuevo grupo, al de formar parte de la junta de portavoces o al del nombramiento de cargos relacionados con el gobierno y la administración del municipio, como son la pertenencia a la Junta o Comisión de Gobierno o la designación como teniente de alcalde.

Así, ha dicho el Tribunal Constitucional que el legislador puede privar de los derechos políticos y económicos no integrados en el núcleo esencial de la función representativa y “asociados de forma exclusiva a la pertenencia del concejal a un grupo político”. Y aquí se encuentra la clave de la argumentación que nos hace sostener que las mencionadas regulaciones autonómicas son manifiestamente inconstitucionales. Aquellos concejales que adquieren la condición de *no adscritos* lo hacen porque dejan de pertenecer -bien por expulsión, por abandono voluntario o por disolución- al grupo municipal del partido con el que se presentaron a las elecciones municipales, por lo que se les puede -y debe- privar de todos aquellos derechos que les correspondían exclusivamente como miembros de un grupo municipal y no podrán, en ningún caso, disfrutar de derechos superiores a los que les corresponderían si hubieran continuado perteneciendo a ese grupo. Pero lo que debemos plantearnos en este punto es si las facultades de ostentar de-

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

dicación exclusiva o parcial, así como la de ser designados como cargo directivo de una entidad dependiente de la corporación, son derechos que están asociados a la pertenencia del concejal a un determinado grupo político o si ello está totalmente desconectado de esta cuestión.

Por otro lado, es importante comentar que el principal efecto de restringir la facultad de ostentar dedicación exclusiva -o parcial- a los concejales *no adscritos* tiene unos efectos económicos directos en la remuneración que perciben, es decir, como hemos visto, podrán ostentar responsabilidades de gobierno, pero no podrán tener dedicación exclusiva y, por tanto, no recibirán la remuneración correspondiente a las tareas que ejercen, pues no cumplirán con el requisito establecido en el artículo 75.1 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local⁸⁵. Así, debemos recordar que el artículo 7.2 de la Carta Europea de Autonomía Local (CEAL), de 15 de octubre de 1985, establece que el estatuto de los representantes locales “debe permitir la compensación financiera adecuada a los gastos causados con motivo del ejercicio de su mandato, así como si llega el caso, la compensación financiera de los beneficios perdidos o una remuneración del trabajo desempeñado y la cobertura social correspondiente”. Es por ello por lo que no compartimos los pronunciamientos que el Tribunal Constitucional hace en al auto de inadmisión de la cuestión de constitucionalidad planteada por el Juzgado de Santa Cruz de Tenerife, por cuanto no tiene en cuenta la especial importancia que tiene la remuneración para el ejercicio de un cargo representativo con responsabilidades de gobierno.

No en vano, conviene traer a colación aquí que el derecho a remuneración por parte de los cargos públicos representativos fue una importante conquista social lograda con la llegada del constitucionalismo democrático y el derecho al sufragio universal, pues antes de ello solo podían acceder a los cargos públicos -por sufragio censitario- quienes ostentaban suficientes ingresos externos, lo cual les permitía desarrollar su actividad política sin necesidad de obtener una remuneración pública por ello⁸⁶. Así, con respecto a este asunto, GARCÍA ROCA con-

85 El artículo 75.1 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local establece que: “Los miembros de las Corporaciones locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva”. Efectivamente, nos percatamos de que la estudiada limitación de esta facultad está pensada para desincentivar el mandato libre de los cargos públicos representativos locales, con el fin de que no induzcan en prácticas de transfugismo, pues ello supondría perder la remuneración que ostenten por el cargo que desempeñan.

86 En el llamado INFORME NOLAN se destaca lo siguiente: “es un gran honor y un privilegio ser Diputado, pero eso no alimenta ni educa ni viste al cónyuge e hijos de uno”. Véase INFORME NOLAN, *Normas de conducta para la vida pública (Primer informe del Comité sobre las normas de conducta en*

cluye lo siguiente: “La necesidad de un mandato remunerado se deriva, por tanto, de la naturaleza del propio derecho fundamental, que es un derecho de igualdad, aunque, lógicamente, el montante de la retribución o su ordenación sea de configuración legal”⁸⁷.

En este sentido, tenemos motivos más que suficientes para considerar que sí forma parte del núcleo esencial de la función representativa como derecho individual la posible titularidad de los concejales, también los *no adscritos*, de ostentar dedicación exclusiva o parcial para el ejercicio de sus funciones con las suficientes garantías, así como ser cargos directivos de las entidades dependientes de la corporación. Esto es así, porque tenemos el firme convencimiento de que se tratan de derechos individuales que les corresponderían a los concejales por el mero hecho de serlo, independientemente de su pertenencia a un grupo político o a otro. Efectivamente, estas facultades son fruto de un acuerdo plenario que no puede venir condicionado por una discriminación patente entre concejales adscritos y *no adscritos* a un grupo municipal, pues ello entraña directamente con el mandato representativo libre que la ciudadanía ha confiado a los concejales electos, del que no puede privarle ningún partido político. Dicho mandato representativo no solo puede estar relacionada con la participación en labores de control al gobierno como ha señalado el Alto Tribunal, sino también, según nuestra opinión, en la posibilidad de dedicarse de forma exclusiva o parcial a sus funciones representativas o en ostentar cargos directivos en entidades dependientes, con o sin delegaciones de gobierno, si así lo decide la mayoría del pleno municipal como representantes de la ciudadanía de un municipio.

Para más *inri*, precisamente el artículo 28.3 de la Ley de los municipios de Canarias (y de manera similar el artículo 32.4 de la Ley de la Administración Local de la Comunidad de Madrid), siguiendo la estela del artículo 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, establece que “los miembros no adscritos tendrán los derechos políticos y económicos que individualmente les correspondan como Concejales”, salvo los que “exclusivamente” tengan que ver

la vida pública, presidido por Lord Nolan, presentado en el Parlamento por el Primer Ministro por orden de su Majestad, en mayo de 1995), INAP, Madrid, 1996, pp. 33 y ss.

87 GARCÍA ROCA, Javier (1999), *Cargos públicos representativos...*, ob. cit., p. 300. En el año 2012 se produjo una reforma del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha que suprimía el sueldo de los diputados, lo cual fue objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad, que trae como consecuencia la STC 36/2014, de 25 de febrero, ante la cual GARCÍA ROCA se muestra muy crítico por su falta de fundamentación. Véase GARCÍA ROCA, Javier (2014), “La supresión -sobrevenida- 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”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, número 7, pp. 95-107.

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

con su pertenencia a un grupo político determinado. Por lo que privar a estos concejales, como hace la norma autonómica canaria, la aragonesa o la riojana, de facultades individuales, como la posibilidad de ostentar dedicación exclusiva o parcial, así como ser designado como cargo directivo de una entidad dependiente de la corporación resulta, a nuestro juicio, una vulneración patente de su derecho fundamental a participar en los asuntos públicos en condiciones de igualdad, que, no solo interfiere en el núcleo esencial de la función representativa de éstos, sino que, además, no supera el necesario juicio de proporcionalidad que corresponde realizar para determinar la constitucionalidad de los mencionados preceptos.

Hay que tener en cuenta que otras normativas autonómicas, como la de la Comunidad Valenciana, País Vasco, la Comunidad de Madrid o Baleares⁸⁸, se han cuidado mucho de no exceder el marco normativo que ya establece la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, limitándose simplemente a reproducir su contenido, junto con la doctrina jurisprudencial ya marcada por el Tribunal Constitucional e incluso reconociendo los derechos y deberes individuales, también de carácter material y económico, que forman parte del estatuto de los miembros de las corporaciones locales. Y ello es así, porque el legislador estatal también ha sido muy cuidadoso a la hora de establecer las limitaciones de derechos de los concejales *no adscritos*, por entrar en una materia susceptible de dudas acerca de su constitucionalidad, que exclusivamente ha conseguido sostener por la conexión de esas limitaciones a la no pertenencia del concejal al grupo político con el que concurrió en las elecciones⁸⁹. No obstante, al contrario de lo indicado por el Tribunal Constitucional, entendemos que algunas Comunidades Autónomas, con el ánimo de frenar el fenómeno del *transfugismo* que ya hemos analizado, se han excedido con estas restricciones de derechos a los concejales *no adscritos*, entrando, según nuestro criterio, en el núcleo de la función representativa, de la que son exclusivos titulares los cargos públicos.

88 Esta última con la salvedad de la limitación de participación de los concejales *no adscritos* (con voz, pero sin voto) en las Comisiones Informativas, a cuya inconstitucionalidad ya hemos hecho referencia en las líneas precedentes.

89 De hecho, BALLINA DÍAZ concluye que la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local “se refiere fundamentalmente a la imposibilidad de constituir un nuevo grupo municipal o integrarse en alguno de los existentes, con la consiguiente pérdida de facultades o beneficios que ello conlleva, pero en ningún caso priva a los concejales no adscritos de la posibilidad de ostentar delegaciones o de formar parte de la Junta de Gobierno Local, o de percibir indemnizaciones o dedicaciones parciales o exclusivas por el desempeño de estas funciones”. Para mayor desarrollo véase BALLINA DÍAZ, Diego (2013), “¿Pueden los concejales no adscritos ejercer competencias delegadas en régimen de dedicación parcial o exclusiva?”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 32, 2013, pp. 145-150.

Así, consideramos, que las normativas autonómicas de La Rioja, Aragón y, especialmente la de Canarias, han ido demasiado lejos en la limitación de derechos políticos y económicos de los concejales *no adscritos*, con una desconexión plena entre las facultades privadas y la no pertenencia del concejal al grupo municipal del partido con el que concurrió a las elecciones. No resulta proporcional, pues, retirar estas facultades a los concejales, por más que sean *no adscritos*, porque ello conculca su derecho fundamental a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos, como titulares legítimos y exclusivos del mandato representativo que ha delegado la ciudadanía en ellos, mediante el ejercicio del derecho de sufragio. En suma, se comparten las tachas de constitucionalidad realizada por numerosos operadores jurídicos en el caso específico de la Ley de los municipios de Canarias, que hacemos extensibles también a las normativas de La Rioja y Aragón.

7. *Conclusiones.*

Una vez analizada la doctrina científica y la jurisprudencia más reciente, hemos llegado a la conclusión de que, en nuestra opinión, las legislaciones sobre los derechos de los concejales *no adscritos* de La Rioja, Aragón y, especialmente de Canarias, resultan contrarios a la Constitución, por cuanto privan a cargos públicos representativos de posibles derechos y facultades individuales que les corresponderían y que se encuentran totalmente desconectados de la pertenencia al grupo municipal del partido político con el que concurrieron a las elecciones locales, elemento diferenciador del estatuto jurídico del concejal *no adscrito*.

Así, según nuestro criterio, las mencionadas normativas autonómicas, con la excusa de frenar el fenómeno conocido como *transfuguismo*, se han extralimitado con respecto a lo establecido en la normativa estatal básica y, por este motivo, han introducido una patente vulneración del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos en condiciones de igualdad, establecido en el artículo 23.2 de la Constitución Española, que afecta directamente al núcleo esencial de la función representativa de los concejales, de la que son exclusivos titulares y que, en ningún caso, pueden condicionar los partidos políticos.

La aplicación de estos preceptos está generando en la actualidad, especialmente en los municipios de Canarias, un clima de inseguridad jurídica y dudas crecientes acerca de su conformidad con la Constitución Española, que han culminado con el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad ha sido admitida a trámite por el Auto del Tribunal Constitucional, de 21 de octubre de

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

2020. Tal como hemos argumentado en este trabajo, con el debido respeto, no compartimos la mayoría de los pronunciamientos que se realizan por parte del supremo intérprete de la Constitución, por cuanto entendemos que el Tribunal Constitucional debería haber entrado en el fondo de la cuestión, constatando que las Comunidades Autónomas se han extralimitado en la restricción de derechos de los concejales *no adscritos*, adentrándose en una cuestión de la esfera individual de los cargos públicos, que entraña directamente con su mandato representativo, por cuanto les priva de la necesaria remuneración para el ejercicio de su cargo, al prohibirles tener dedicación exclusiva o parcial.

No obstante, consideramos que las consecuencias de este debate deben ir mucho más allá. El legislador estatal ha regulado de forma totalmente insuficiente el estatuto jurídico de los concejales *no adscritos* en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, generando una situación de inseguridad jurídica que debe ser paliada cuanto antes, con una reforma de esta normativa que regule de forma clara el *status* mínimo de derechos que corresponde a estos concejales, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que, a lo largo de los años, ha ido marcando el Tribunal Constitucional. Asimismo, otra de las cuestiones de fondo que entendemos debe revisarse por parte del legislador es el elevado poder con el que cuentan los partidos políticos en el actual sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas, pues en buena medida se desvirtúa la prohibición constitucional del mandato imperativo y se hace depender la permanencia de los cargos públicos en la voluntad de los partidos, una situación que se incrementa cuando el Tribunal Constitucional admite medidas restrictivas de los derechos como las que hemos analizado en este trabajo, por entender que persiguen un fin legítimo en la lucha contra el *transfuguismo*.

Más allá de la vigencia de acuerdos políticos que enfrenten el fenómeno del llamado *transfuguismo* en las instituciones, una práctica que consideramos reprochable desde un punto de vista ético, los juristas nos deberíamos preocupar de aquellas decisiones legislativas que, con la excusa de frenar estas conductas, incurrieran en vulneraciones de los derechos fundamentales, especialmente el de participación en los asuntos públicos en condiciones de igualdad, pues ello ocasionaría efectos irreparables en nuestro sistema democrático. Debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha fijado en su doctrina que los cargos públicos representativos son titulares exclusivos de ese derecho fundamental, que no corresponde a los partidos políticos que los eligen discrecionalmente para conformar las candidaturas de los procesos electorales. Y, sobre todo, debemos tener bien presente que, una vez elegidos, éstos tienen derecho de permanencia en los cargos institucionales que ostentan por el mandato representativo que les ha otor-

gado la ciudadanía que es, resaltamos, la única que puede retirarles la confianza para que no continúen representándola en las instituciones.

En suma, debemos reiterar que nuestros representantes se deben pura y exclusivamente al mandato expresado por los electores en las urnas, que no están sujetos a mandato imperativo alguno, que están sometidos como todos los ciudadanos y los poderes públicos al Ordenamiento Jurídico en su conjunto y que, por tanto, sus derechos fundamentales deben ser respetados, a salvo de los intereses que pudieran tener los partidos políticos, para garantizar la pervivencia de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

8. Bibliografía.

ALMAGRO CASTRO, David (2018), *Democracia y participación política en la CE 1978: repensando paradigmas para una democracia avanzada*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

ALONSO MAS, María José (2005), “El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos”, en *Revista de Administración Pública*, número 168, pp. 95-130.

ALONSO MAS, María José (2018), “Los miembros no adscritos de las entidades locales ante la formulación de la moción de censura: una discutible aplicación del principio de proporcionalidad”, en *Revista de Administración Pública*, número 206, pp. 149-178.

ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL, M. Àngels (2009), “El estatuto del concejal no adscrito y el derecho fundamental del artículo 23.2 CE”, en *Revista Española de la Función Consultiva*, número 12, pp. 155-168.

ARROYO GIL, Antonio (2019), “La moción de censura al alcalde a la luz de la jurisprudencia constitucional (Comentario a la STC 151/2017, de 21 de diciembre)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 116, pp. 329-363.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo (2015), “Medidas contra el transfugismo en el ámbito local: el caso de los representantes locales «no-adscritos»”, en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, número 6, pp. 273-294.

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

BALLINA DÍAZ, Diego (2013), “¿Pueden los concejales no adscritos ejercer competencias delegadas en régimen de dedicación parcial o exclusiva?”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 32, 2013, pp. 145-150.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco José (1987), “Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 21, pp. 216-220.

CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo Luis (1988), “La representación como posibilidad en el Estado de Partidos”, en *Revista de Derecho Político*, número 27-28, pp. 23-44.

CUERDA MÁS, Jorge (2010), “Régimen Jurídico de los concejales no adscritos”, en *Revista del Centro de Estudios Municipales y Cooperación Internacional*, número 9, pp. 7-31.

CATALÀ I BAS, Alexandre H. (2014), “Transfuguismo y régimen jurídico de los concejales no adscritos. ¿Puede, y debe, el Derecho sancionar la deslealtad política?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 101, pp. 43-77.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, Lourdes (2018), “De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 151/2017, de 21 de diciembre)”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, número 9, pp. 110-127.

DOMÍNGUEZ VILA, Antonio (2020), “La libertad del mandato representativo del electo frente a la disciplina de los partidos políticos. La STC 151/2017 un nuevo golpe a la estabilidad del gobierno local. Regulaciones estatal y autonómicas de los no adscritos”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, número 14, pp. 1-18.

GARCÍA ROCA, Javier (1999), *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona: Aranzadi.

GARCÍA ROCA, Javier (2014), “La supresión -sobrevenida- 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”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, número 7, pp. 95-107.

GRECIET GARCÍA, Esteban (2020), “Los diputados no adscritos en el laberinto: comentario a la STC 159/2019, de 12 de diciembre”, en *Revista del Parlamento Vasco*, número 1, pp. 142-163.

HOLGADO GONZÁLEZ, María (2017), “El estatuto jurídico-político del diputado: entre la lealtad al partido y la lealtad a su electorado”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 111, pp.45-65.

NAVARRO MARCHANTE, Vicente J. (2018), “La revocación de senadores de designación autonómica, (la Ley valenciana 10/2016 y la STC 123/2017)”, en *Revista de Derecho Público UNED*, nº 101, pp. 123-157.

NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio (2000), “Patología del transfuguismo político: grandes males, pero ¿buenos remedios?”, en *Revista de las Cortes Generales*, número 49, pp. 7-55.

PÉREZ ROYO, Javier (2010), *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel (1998), “La superación del transfuguismo político en las corporaciones locales como exigencia de una representatividad democrática”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, número 277, pp. 117-136.

RIDAO I MARTÍN, Joan, GARCIA I MARTÍNEZ, Alfons (2015), “La elección directa del alcalde por los vecinos. Criterios para un régimen presidencialista en los gobiernos municipales”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, número 3, pp. 77-93.

RUIZ ROBLEDO, Agustín (2011), *Compendio de Derecho Constitucional Español*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

SANTAMARÍA OSSORIO, Julián (2011), “El artículo 23”, en GARRIDO FALLA, Fernando: *Comentarios a la Constitución*, Madrid: Civitas.

TAJADURA TEJADA, Javier (2015), *Los Derechos Fundamentales y sus garantías*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

LOS LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO:
ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LIMITACIÓN
DE DERECHOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS A LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS
Sergio Siverio Luis

TORRES DEL MORAL, Antonio (1982), “La crisis del mandato representativo en el Estado de Partidos”, en *Revista de Derecho Político*, número 14, pp. 7-30.

TORRES DEL MORAL, Antonio (2011), “Réquiem por el mandato representativo”, en *Revista de Derecho Político*, número 81, pp.11-60.

PALABRAS CLAVE

Municipios, régimen local, participación política, concejales, no adscritos, transfuguismo.

RESUMEN

Con el ánimo de frenar el *transfuguismo*, algunas leyes autonómicas han limitado derechos políticos y económicos de concejales *no adscritos*, como ostentar dedicación exclusiva o parcial, o ser designados como cargos directivos en entidades de la corporación. Estas regulaciones han generado importantes controversias políticas y jurídicas, que acrecientan las dudas acerca de su conformidad con la Carta Magna y ha terminado con el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad que, sin embargo, ha sido inadmitida a trámite recientemente por el Tribunal Constitucional. En el presente trabajo se realiza una valoración jurídica sobre la posible contravención en estas normas autonómicas del artículo 23 de la Constitución Española, y se hace un análisis crítico sobre el reciente auto de inadmisión del Tribunal Constitucional.

KEYWORDS

Towns, local regime, political participation, local public charges, transfuguism.

ABSTRACT

With the purpose of putting an end to transfuguism, several laws on regional level have been established to limitate the reach of unaffiliated councillors' political and economic rights. Those rights include, among others, choosing between exclusive or partial dedication or being appointed in management position in different corporative entities of the local public administration. These regulatory laws have generated significant political and legal controversies and some experts in the field had express doubt concerning their conformity with the Carta Magna and in consequence has raised the question whether there have been unconstitutional acts involved, what has been inadmissible by the Constitutional Court. The present research consists in the legal assessment of the possibility that regional laws might be in contravention of Article 23 of the Spanish Constitution, with a critical vision of the recent jurisprudential doctrine set by the Constitutional Court.

VALORACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DISPOSICIÓN
DE LA PROPIA VIDA

CONSTITUTIONAL ASSESSMENT OF THE DISPOSAL
OF OWN'S LIFE

Ángel Patiño Amor
Doctorando en Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 15-04-2021

Aceptado: 29-07-2021

SUMARIO

1. *Eutanasia: Concepto, Historia y Derecho comparado.*
 - 1.1. *Concepto de eutanasia.*
 - 1.2. *Perspectiva histórica de la eutanasia.*
 - 1.3. *Eutanasia en el Derecho comparado.*
2. *Marco constitucional y legal de la eutanasia antes de la LORE.*
3. *LORE.*
4. *Eutanasia como derecho fundamental.*
5. *Conclusiones.*
6. *Bibliografía.*
7. *Jurisprudencia consultada.*

1. Eutanasia: Concepto, Historia y Derecho comparado.

1.1. Concepto de eutanasia.

Etimológicamente, el término “eutanasia” procede del griego “eu” (“buena”) y “thanatos” (“muerte”), pudiendo traducirse como “buena muerte”¹, una definición etimológica que también se menciona en la propia Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (en adelante LORE). Esta “buena muerte” ha sido a menudo entendida como “la muerte con todos los alivios médicos adecuados y los consuelos humanos posibles” o “el derecho a morir en paz, con dignidad, de evitar el llamado encarnizamiento terapéutico”².

Para evitar ese encarnizamiento terapéutico es necesario en ocasiones, con el debido consentimiento del enfermo, no dilatar innecesariamente aquellos tratamientos médicos que únicamente vayan a servir para prolongar el dolor del paciente, sin que existan esperanzas de salvar su vida³.

Podría definirse la eutanasia como el conglomerado de procedimientos que provocan la muerte de una persona sin sufrimiento, reduciendo así el padecimiento del paciente en enfermedades dolorosas e irreversibles. Los elementos de la eutanasia vendrían a ser⁴:

- I. Conducta activa del sujeto agente: para parte de la doctrina, si la muerte se produce como consecuencia de una actitud pasiva estaríamos hablando más bien de ortotanasia (por ejemplo, dejando de aplicar los métodos

1 GUILLÉN CORREA, C., *Eutanasia y Cuidados Paliativos. Percepción de los Enfermeros del Área de Salud de La Palma*, Santa Cruz de La Palma, 2020, extraído de <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/19910/Eutanasia%20y%20Cuidados%20Paliativos.%20Percepcion%20de%20los%20Enfermeros%20del%20Area%20de%20Salud%20de%20La%20Palma.pdf?sequence=1> en fecha 27/12/2020, pág.14; no ha de confundirse este término con la cocotanasia (“kokós” significa “malo” en griego), que es la muerte impuesta sin que el paciente preste su consentimiento, ni con la distanasia, que sería el conocido como encarnizamiento terapéutico, que persigue aplazar la muerte a cualquier precio a través de medios artificiales, incluso produciéndose la muerte en condiciones inhumanas, y aunque no haya posibilidad alguna de salvar la vida del paciente; véase LAGE BARROSO, J. C., ACOSTA GÓMEZ, R. I., PUJOL RAMÍREZ, M. J., “La eutanasia desde sus diferentes aristas”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, nº 3, 2009, extraído de <https://www.eumed.net/rev/cccsl/03/bgr.pdf> en fecha 1/1/2020, págs.5-6.

2 ESTIGARRIBIA AVALOS, L. C., “Eutanasia”, *Anales de la Facultad de Ciencias Médicas de la UNA*, nº 37 (1-2), 2004, pág.72.

3 DÍAZ REVORIO, F. J., “Aborto, asistencia médica obligatoria, y tratos inhumanos y degradantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *Foro Jurídico*, nº 2, 2003, pág.157.

4 LÓPEZ PICAZO, E., “La eutanasia”, *Revista de Enfermería*, nº 9, 1999, pág.30.

para mantener con vida al enfermo), aunque en la práctica se sigue hablando de eutanasia en casos en que la muerte es consecuencia de una actitud pasiva.

- II. Producción voluntaria de la muerte.
- III. Enfermedad incurable.
- IV. Solicitud seria e insistente.
- V. Motivación de limitar un sufrimiento innecesario.
- VI. Padecimiento o estado físico insoportables.

La eutanasia ha sido clasificada a lo largo de la historia atendiendo a diversos criterios⁵:

- I. Voluntaria e involuntaria, en función de si ha sido consentida o no por el paciente. Hoy en día la eutanasia no solicitada por el paciente no es generalmente aceptada legal ni éticamente.
- II. Piadosa y eugénica: la primera pretende evitar al paciente el sufrimiento derivado de su enfermedad, mientras que la segunda, propia de ideologías totalitarias como el nacionalsocialismo alemán (época en la que se aplicó a personas con discapacidad mental o física y a enfermos incurables), persigue purificar la especie. La eugénica por supuesto no forma parte de una legislación moderna.
- III. Lenitiva y homicida: la primera se produce indirectamente, como efecto secundario de eliminar el dolor, mientras que la segunda produce la muerte directamente, sin que el fin último sea aliviar el dolor. La homicida, lógicamente, constituiría un delito.
- IV. Pasiva y activa: la pasiva consiste en la muerte natural mediante la suspensión del empleo de instrumentos o del suministro de medicamentos que mantengan al enfermo con vida; la activa produce la muerte de forma directa, requiriendo un “hacer” y no un “dejar de hacer”.
La modalidad pasiva puede a su vez dividirse en pasiva por acción (desactivar respiradores o sueros) o por omisión (dejar de suministrar medicamentos o alimentos)⁶.
- V. Económica, tampoco aceptable en una sociedad como la nuestra: busca acabar con la vida de pacientes que constituyan una grave carga para la comunidad o para sus familiares.

5 CALDEVILLA DOMÍNGUEZ, D., “Sobre la eutanasia”, *Revista de Comunicación Vivat Academia*, nº 68, 2006, págs.3-4.

6 ESTIGARRIBIA AVALOS, L. C., *op.cit.*, pág.73.

Como puede verse, ciertas clases de eutanasia carecen de algunos de los requisitos que se han analizado previamente, de manera que no formarían parte de la eutanasia regulada en España ni analizada en estas páginas.

1.2. Perspectiva histórica de la eutanasia.

El fundamento que se encuentra detrás de la eutanasia no es una innovación de nuestros días, existiendo desde antiguo la idea de facilitar la muerte a quien sufre como acto compasivo para liberarlos del dolor.

Podemos remontarnos a la Antigüedad clásica para observar la idea de que la muerte es preferible a determinados sufrimientos. Así, en el Libro III de *La República* Platón afirmaba lo siguiente: “¿Y no diremos que pensaría en esto Asclepio cuando dictó las reglas de la medicina para su aplicación a aquellos que, teniendo sus cuerpos sanos por naturaleza y en virtud de su régimen de vida, han contraído alguna enfermedad determinada, pero únicamente para estos seres y para los que gocen de esta constitución, a quienes, para no perjudicar a la comunidad, deja seguir el régimen ordinario limitándose a librarles de sus males por medio de drogas y cisuras, mientras, en cambio, con respecto a las personas crónicamente minadas por males internos, no se consagra a prolongar y amargar su vida con un régimen de paulatinas evacuaciones e infusiones, de modo que el enfermo pueda engendrar descendientes que, como es natural, heredarán su constitución, sino al contrario, considera que quien no es capaz de vivir desempeñando las funciones que le son propias no debe recibir cuidados por ser una persona inútil tanto para sí mismo como para la sociedad”⁷.

Pocas líneas después, Platón incide en esta idea recordando que “de las personas constitucionalmente enfermizas o de costumbres desarregladas pensaban que, como la prolongación de su vida no había de reportar ventaja alguna a sí mismos ni a sus prójimos, no debía aplicarse a estos seres el arte médico ni era posible atenderlos aunque fuesen más ricos que el mismo Midas”⁸.

Dejando a un lado la insinuación platónica acerca de la inconveniencia para la sociedad de que las personas con determinadas enfermedades procreen y permanezcan con vida, el célebre filósofo griego consideraba que incluso por su propio bien estas personas debían morir, no debiendo facilitárseles tratamiento médico,

7 PLATÓN, *La República*, Luarna Ediciones, 370 a.C., 407c-407e.

8 PLATÓN, *op.cit.*, 408a-408b.

independientemente de su patrimonio personal.

Por supuesto, en este texto de Platón podemos observar, junto con el interés del propio enfermo en morir, un interés de carácter público en que esos enfermos, debido a su inutilidad, no procreen ni consuman productos médicos que podrían salvar a otros. Esta idea no forma parte, como es imperativo en una sociedad moderna y civilizada, de la idea de eutanasia existente en la actualidad. De hecho, hoy en día se excluyen del concepto de eutanasia la eugenésica (para mejorar la raza), económica (para evitar cargas económicas), criminal (para evitar que personas peligrosas dañen a los demás), experimental (con fines científicos e investigadores) y solidaria (sacrificio de unas vidas para salvar otras)⁹. Los elementos que se compaginaban en los fragmentos de Platón con la compasión por el enfermo encajarían a la perfección con los fines eugenésico (evitar la procreación de personas “inútiles”) y económico (ahorrar recursos) que se han descrito.

Sin embargo, cabe decir que, como ocurre en nuestros días, ni siquiera en el mundo antiguo había unanimidad en torno a la eutanasia. Así, el padre de la medicina, Hipócrates, prohibía a los médicos practicar la eutanasia activa y la ayuda para cometer suicidio¹⁰. Así, el médico griego por excelencia establecía, en sus normas de carácter ético para los profesionales de la medicina, la siguiente regla en relación con la eutanasia: “Jamás daré a nadie medicamento mortal, por mucho que me soliciten, ni tomaré iniciativa alguna de este tipo”¹¹. La doctrina ha dejado patente que lo que Hipócrates recoge en este fragmento no es un derecho del paciente, sino un deber del médico¹².

Otras culturas se han valido de diversos medios para ayudar a las personas a morir, como humo, alcohol, drogas etc; acabar rápidamente con la vida de los heridos de muerte ha sido una práctica habitual en los conflictos militares, algo que en la Edad Media solía llevarse a cabo con un cuchillo que recibía la denominación de “misericordia”; en Sudamérica existía el oficio de “despenador”, bien valorado en la sociedad, que consistía en dar muerte a los enfermos incurables que sufrían¹³.

9 LÓPEZ PICAZO, E., *op.cit.*, pág.33.

10 COLLADO MADURGA, A. M., PIÑÓN GÁMEZ, A., ODALES IBARRA, R., ACOSTA QUINTANA, L., SERRA LARÍN, S., “Eutanasia y valor absoluto de la vida”, *Revista Cubana de Higiene y Epidemiología*, nº 3, 2011, pág.452.

11 HIPÓCRATES DE COS, *Juramento Hipocrático*, 500 a.C.

12 PÉREZ F., M., “Eutanasia”, *Revista Médica Clínica Las Condes*, nº 3, 2006, pág.123.

13 LÓPEZ PICAZO, E., *op.cit.*, pág.31.

Con posterioridad, el Cristianismo se opondría a la eutanasia, con base en la creencia de que Dios es el dueño de la vida humana¹⁴, sin que las personas puedan disponer libremente de ella¹⁵.

En el Renacimiento, Francis Bacon configura el concepto de eutanasia con la perspectiva presente: “la aceleración de la muerte en un hombre enfermo”¹⁶. Requería Bacon que el enfermo desease la muerte, sin que la eutanasia pueda producirse en contra de su voluntad¹⁷. Así, el padre del empirismo filosófico y científico afirmaba lo siguiente: “Más aún, estimo ser oficio del médico no sólo restaurar la salud, sino mitigar el dolor y los sufrimientos, y no sólo cuando esa mitigación pueda conducir a la recuperación, sino cuando pueda lograrse con ella un tránsito suave y fácil; pues no es pequeña bendición esa *eutanasia* que César Augusto deseaba para sí, y que fue especialmente notada en la muerte de Antonino Pío, que fue a modo y semejanza de un adormecimiento dulce y placentero. Así está escrito en Epicuro, que después que fue desahuciado ahogó su estómago y sus sentidos con gran ingestión de vino, a propósito de lo cual se hizo el epígrama: *Hinc Stygias ebrius hausit aquas*, no estaba lo bastante sobrio para gustar ninguna amargura en el agua de la Estigia. Mas los médicos, al contrario, tienen casi por ley y religión el seguir con el paciente después de desahuciado, mientras que, a mi juicio, debieran a la vez estudiar el modo y poner los medios de facilitar y aliviar los dolores y agonías de la muerte”¹⁸.

Por su parte, Tomás Moro en su *Utopía*, considera respecto de los enfermos incurables que padecen sufrimientos atroces, que “entonces los magistrados y los sacerdotes se presentan al paciente para exhortarle. Tratan de hacerle ver que está ya privado de los bienes y funciones vitales; que está sobreviviendo a su propia muerte; que es una carga para sí mismo y para los demás. Es inútil, por tanto, obstinarse en dejarse devorar por más tiempo por el mal y la infección que le corroen. Y puesto que la vida es un puro tormento, no debe dudar en aceptar la muerte. Armado de esperanza, debe abandonar esta vida cruel como se huye de una prisión o del suplicio. Que no dude, en fin, liberarse a sí mismo, o permitir que le liberen otros. Será una muestra de sabiduría seguir estos consejos, ya que

14 LÓPEZ PICAZO, E., *op.cit.*, pág.31.

15 COLLADO MADURGA, A. M., PIÑÓN GÁMEZ, A., ODALES IBARRA, R., ACOSTA QUINTANA, L., SERRA LARÍN, S., *op.cit.*, pág.452.

16 CASTELLÓN CASTELLÓN, V. M., “Análisis de la eutanasia”, *Alegatos*, nº 41, 1999, pág.122.

17 COLLADO MADURGA, A. M., PIÑÓN GÁMEZ, A., ODALES IBARRA, R., ACOSTA QUINTANA, L., SERRA LARÍN, S., *op.cit.*, pág.453.

18 BACON, F., *El avance del saber*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pág.124.

la muerte no le apartará de las dulzuras de la vida, sino del suplicio. Siguiendo los consejos de los sacerdotes, como intérpretes de la divinidad, incluso realizan una obra piadosa y santa. Los que se dejan convencer ponen fin a sus días, dejando de comer. O se les da un soporífero, muriendo sin darse cuenta de ello. Pero no eliminan a nadie contra su voluntad, ni por ello le privan de los cuidados que le venían dispensando. Este tipo de eutanasia se considera como una muerte honorable”¹⁹.

Por su parte, en la República de Weimar en Alemania se empieza a extender la eutanasia, practicándose de forma solapada en los hospitales germanos²⁰. Con posterioridad, el nacionalsocialismo, en buena medida con base en la tesis de Nietzsche de la parasitación de la sociedad por parte de los enfermos, se valió de la eutanasia como excusa para justificar algunas de sus atrocidades²¹, si bien es cierto que antes del ascenso de Hitler al poder los teóricos de la medicina alemana ya se habían mostrado comprensivos en relación con la muerte de los enfermos incurables²². De hecho, dado el objetivo que se perseguía con tales muertes, difícilmente podemos concebirlo en la actualidad como eutanasia²³. Se ha afirmado que esta excusa que encontró el nacionalsocialismo en la eutanasia para alcanzar sus propios fines ha pervertido la concepción social del término, siendo preciso recuperar el sentido positivo del que en Grecia gozaba este concepto²⁴.

Como se extrae de lo expuesto, aunque hoy en día la eutanasia pretende velar por el paciente, en el pasado (con respetables excepciones) se ha empleado a menudo como una suerte de eugenesia muy ligada a la concepción social de la salud, la fuerza y la belleza²⁵.

19 MORO, T., *Utopía*, 1516, extraido de <https://www.biblioteca.org.ar/libros/300883.pdf> en fecha 24/12/2020, pág.53.

20 GAFO FERNÁNDEZ, J., “La eutanasia y la ética del bienmorir”, *Revista Médica del Uruguay*, nº 6, 1990, pág.97.

21 CASTELLÓN CASTELLÓN, V. M., *op.cit.*, pág.123.

22 JONSEN, A. R., “Ética de la eutanasia”, *Humanitas, humanidades médicas*, nº 1, 2003, pág.106.

23 CUENCA T., J. A., “Entorno social eutanasia y suicidio asistido: una propuesta intuitiva”, *Instituto Borja de Bioética*, 2007, págs.17-22.

24 BARRETO VAQUERO, D., “Reflexiones en torno a la eutanasia como problema de salud pública”, *Revista Cubana de Salud Pública*, nº 1, 2004, págs.88 y 90.

25 LILIANA VILCHES, S., “Sobre la eutanasia”, *Revista de Psicología de la Universidad de Chile*, nº 1, 2001, pág.178.

1.3. Eutanasia en el Derecho comparado.

En algunos Estados, incluidas ciertas zonas de Estados Unidos (en adelante EE.UU.), ya se han despenalizado el suicidio asistido y algunos supuestos de eutanasia pasiva.

Aunque la eutanasia activa es ilegal en EE.UU., los enfermos sí pueden rechazar o gestionar su tratamiento. Sin embargo, en los Estados de Oregón, Washington y Montana cabe el suicidio asistido²⁶. Concretamente, en Oregón es legal el suicidio médico asistido desde 1997, siempre y cuando el paciente padezca una enfermedad terminal (lo que implica que se prevea su muerte en un plazo de 6 meses), sea mayor de 18 años, sea ciudadano de Oregón y sea plenamente capaz de adoptar decisiones sobre su salud. Se requiere también que el paciente formule oralmente al médico su deseo en 2 ocasiones con una distancia mínima entre ellas de 15 días, debiendo reiterar su solicitud por escrito y firmada ante 2 testigos. En cuanto al diagnóstico, debe ser confirmado por un segundo médico consultor, no bastando con la sola valoración del primero. Ambos facultativos deben coincidir en la plena capacidad del paciente, de manera que, si alguno entiende que el enfermo adolece de un trastorno psicológico o psiquiátrico, ha de recabarse un examen del profesional correspondiente. Además, el paciente debe haber sido informado por el médico de otras opciones al suicidio asistido, particularmente de centros con asistencia sanitaria y de unidades de cuidados paliativos y de tratamiento del dolor. El doctor que prescriba el fármaco letal tiene la obligación de informar al Estado²⁷. El requisito de que se prevea la muerte del paciente en un plazo de 6 meses ha sido cuestionado por la doctrina española debido a su falta de flexibilidad, de manera que, al pretenderse otorgar cierta libertad individual para elegir el momento de la propia muerte, y al mismo tiempo fijarse estrictamente los supuestos en que cabe esa decisión, se produce una gran contradicción en el sistema²⁸.

En Italia se pena la eutanasia, al igual que en Reino Unido. Ahora bien, los mayores de edad británicos pueden rehusar un tratamiento médico con el fin de

26 GUERRA GARCÍA, Y. M., “Ley, jurisprudencia y eutanasia. Introducción al estudio de la normatividad comparada a la luz del caso colombiano”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, nº 25-2, 2013, págs.81-82.

27 ROYES, A., “La eutanasia y el suicidio médicaamente asistido”, *Psicooncología*, nº 2-3, 2008, pág.329.

28 TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La eutanasia: marco legal en España y encaje del posible derecho a disponer de la propia vida”, TERRIBAS I SALA, N., ESQUIROL I CALAF, J. M. et alt., *Eutanasia y suicidio asistido*, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, nº 41, Barcelona, 2016, págs.68-69.

acortar su vida (salvo que exista una enfermedad mental); los padres de los menores de edad británicos pueden anular la decisión de sus hijos de no recibir un tratamiento médico. En un caso similar a Reino Unido, nuestro vecino del norte condena la eutanasia activa, pero permite a los enfermos terminales abandonar el tratamiento (“abstención terapéutica”, es decir, eutanasia pasiva), siempre que no adolezcan de enfermedades mentales, en cuyo caso el médico puede actuar en contra de la voluntad del paciente²⁹.

Suiza castiga penalmente la eutanasia, mientras que despenaliza el suicidio médicaamente asistido cuando persiga fines altruistas. La ley suiza no establece que el asistente al suicidio deba ser necesariamente el médico; concede además una gran importancia al principio de autonomía del paciente, en torno al cual pivota la disposición de la propia vida y que incluye la facultad de decidir que otros intervengan en la propia muerte. De hecho, es precisamente cuando esta autonomía ha quedado seriamente influida cuando se castiga penalmente la asistencia al suicidio. No obstante, el paciente no puede exigir a otras personas que le ayuden a morir, razón por la cual existen organizaciones no gubernamentales de ayuda al suicidio³⁰. En Irlanda es ilegal contribuir de forma activa a la muerte ajena, pero mediante una declaración de su deseo de morir o a través del testimonio de un familiar cabe la posibilidad de que no se penalice la retirada del tubo que le permite seguir con vida³¹.

Australia experimentó un conato de legalización de la eutanasia en 1995, ley que se declaró ilegal a los pocos meses. En Dinamarca se penaliza la eutanasia activa, pero en 1992 se autorizó la eutanasia pasiva mediante la posibilidad de no aplicar tratamientos fútiles si la muerte se encuentra próxima. Alemania también penaliza la eutanasia, pero no tipifica algunas formas de colaboración en el suicidio, como por ejemplo facilitar los medios necesarios para ello³².

Por su parte, también existen Estados, como Países Bajos y Bélgica, en los que ya se ha regulado en favor de la eutanasia.

Es especialmente relevante el caso de Países Bajos, primera nación en autori-

29 BONT, M., DORTA, K., CEBALLOS, J., RANDAZZO, A., URDANETA-CARRUYO, E., “Eutanasia: una visión histórico-hermenéutica”, *Comunidad y Salud*, nº 2, 2007, págs.38-39.

30 ROYES, A., *op.cit.*, págs.331-332.

31 GUERRA GARCÍA, Y. M., *op.cit.*, pág.81.

32 DE MIGUEL SÁNCHEZ, C., LÓPEZ ROMERO, A., “Eutanasia y suicidio asistido: conceptos generales, situación legal en Europa, Oregón y Australia”, *Medicina paliativa*, nº 4, 2006, págs.213-214.

zar oficialmente la eutanasia³³, y donde se aprobó en 2001 una ley que despenalizaba el suicidio médicaamente asistido y la eutanasia, cuyos requisitos eran similares pero no idénticos a los de la normativa de Oregón, a saber³⁴:

- I. No se requiere el carácter terminal de la enfermedad, pero sí el sufrimiento irresistible.
- II. Se amplía la norma a menores entre 16 y 18 años que sean plenamente conscientes, siempre que los padres o tutores hayan intervenido en la deliberación, y entre 12 y 16 años, siempre que los padres o tutores coincidan con la opinión del menor.
- III. Tras la muerte, el médico debe informar al forense, remitiéndole la documentación correspondiente, comunicándosele este último a la Comisión regional de control, que decidirá si se han cumplido o no los requisitos legales y, por tanto, si es o no un acto punible (si es punible, se lo remite al ministerio fiscal).

Por su parte, en 2002 se aprobó en Bélgica la ley sobre eutanasia, siguiendo el modelo de Países Bajos, que no se refiere al suicidio médicaamente asistido, pero que en la práctica lo incluye. En esta legislación no se requiere la ciudadanía belga, pero sí es necesaria la existencia de una estrecha relación entre paciente y médico a fin de que éste pueda garantizar el cumplimiento de las exigencias legales. Asimismo, se impone un plazo de 30 días entre el momento en que se solicita la eutanasia y el momento en que se practica. En cuanto al médico, debe poner la situación en conocimiento de la comisión federal de control³⁵, pero no puede verse obligado a practicar la eutanasia, existiendo por tanto una especie de derecho a la objeción de conciencia en la materia. Las muertes producidas mediante eutanasia, cuya solicitud ha de tener lugar por escrito, se consideran muertes naturales³⁶.

En Colombia se da la particularidad de que la despenalización de la eutanasia ha tenido lugar por vía jurisprudencial y no legislativa. De esta manera, se ha eximido penalmente a los médicos en los supuestos de homicidios por piedad, con las siguientes condiciones³⁷:

33 CALDEVILLA DOMÍNGUEZ, D., *op.cit.*, pág.7.

34 ROYES, A., *op.cit.*, pág.330.

35 ROYES, A., *op.cit.*, págs.330-331.

36 REY MARTÍNEZ, F., “El debate de la eutanasia y el suicidio asistido en perspectiva comparada. Garantías de procedimiento a tener en cuenta ante su eventual despenalización en España”, *Revista de Derecho Político*, nº 71-72, 2008, pág.452.

37 BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “El procedimiento y los controles necesarios con el fin de garantizar la observancia de los requisitos objetivos y subjetivos”, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La eutanasia*

- I. Enfermedad terminal.
- II. Intenso sufrimiento o dolor.
- III. Solicitud de auxilio para morir de manera libre y en pleno uso de sus facultades mentales.
- IV. Práctica del procedimiento por parte de un médico.
- V. Voluntad libre e inequívoca de morir y consentimiento del procedimiento, verificados rigurosamente por personal experto.

Este Estado cuenta con un Protocolo de práctica de la eutanasia que incluye recomendaciones relativas a la determinación de la “terminalidad”, el sufrimiento, la voluntad y la capacidad del paciente, así como de sus alternativas de tratamiento. Existe incluso en Colombia un Comité Interno del Ministerio de Salud y Protección Social, encargado de la supervisión de los procedimientos eutanásicos³⁸. La importancia que la jurisprudencia colombiana otorga al derecho a morir dignamente es tal, que incluso lo configura como un derecho fundamental³⁹.

Con motivo de algunas legalizaciones de la eutanasia y el suicidio asistido se ha planteado desde la doctrina la posible problemática de la pendiente resbaladiza (en adelante PR). Por ejemplo, existen estudios que aprecian este fenómeno en Bélgica. En el caso de la eutanasia, la PR consiste en que, tras la legalización de esta situación con ciertos requisitos, con el transcurso del tiempo el poder público acabaría dejando de perseguir las infracciones de la ley en materia de eutanasia e incluso la modificaría para que cada vez más supuestos se encontrasen amparados en ella. Esto implicaría que las exigencias para poder solicitar la eutanasia se irían haciendo progresivamente más laxas (dejándose de exigir la plena capacidad, el carácter terminal de la enfermedad etc) y que se iría produciendo un subdesarrollo de la medicina paliativa y la impunidad de los transgresores⁴⁰.

a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia, Marcial Pons, Madrid, 2021, pág.167.

38 BELTRÁN AGUIRRE, J. L., *op.cit.*, pág.168.

39 PRESNO LINERA, M. Á., “La eutanasia como derecho fundamental”, *La Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, a debate*, Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico, nº 29, 2021, pág.33.

40 VEGA GUTIÉRREZ, J., “La práctica de la eutanasia en Bélgica y la «pendiente resbaladiza»”, *Cuadernos de Bioética*, nº 1, 2007, págs.75-87. Este fenómeno también se ha observado en Países Bajos, habiendo existido casos en los que un ginecólogo era exculpado de poner fin a la vida de un recién nacido con una discapacidad (que lógicamente carecía de capacidad para decidir) o en que los Tribunales aceptaban la depresión como causa habilitadora de eutanasia; véase PASCUCCI, DE PONTE, E., “Cuestiones en torno a la eutanasia”, *SABERES. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, nº 1, 2003, págs.18-19. Todo ello revela, como se ha dicho respecto de Bélgica, los riesgos inherentes a la legalización de la eutanasia y la necesidad de que, de llevarse a cabo en otros ordenamientos jurídicos, se haga de una manera muy pormenorizada y cautelosa para evitar que su uso se desvirtúe.

Este riesgo de la PR no es en absoluto infundado, pues en el ámbito europeo ya se han planteado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) supuestos conflictivos. Por ejemplo, en el Caso Haas contra Suiza en 2011, la solicitud de eutanasia fue llevada a cabo por una persona con una enfermedad psiquiátrica⁴¹, lo que incumple el requisito de la plena capacidad para adoptar decisiones sobre su salud. También cabe la posibilidad de que la población perciba la eutanasia de manera equivocada, con graves consecuencias, como ocurrió en el caso sucedido en el Hospital Lainz de Viena, donde se practicó la eutanasia a algunos pacientes debido a la lástima que su situación producía, incluso al margen de su voluntad, prescindiéndose por tanto del importante elemento del consentimiento, lo que puede relacionarse con la eutanasia practicada a enfermos que se encuentran inconscientes y no pueden prestar su consentimiento (o a aquéllos que, habiéndolo prestado en su día, podrían haber cambiado de criterio con el paso del tiempo)⁴².

2. Marco constitucional y legal de la eutanasia antes de la LORE.

Para analizar el marco jurídico de la eutanasia en España, antes de la entrada en vigor de la LORE, es conveniente comenzar analizando la posición que, dentro de la *norma normarum*, puede ostentar el derecho a la vida en sentido negativo.

La Constitución Española (en adelante CE) dispone en su artículo 1.1 que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que procura como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Así pues, el texto constitucional reconoce la libertad como uno de los más importantes principios del ordenamiento jurídico español.

En concreto, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha considerado que esta condición de valor superior del ordenamiento jurídico conlleva “el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias”⁴³.

41 DÍAZ LÓPEZ, A., *La eutanasia*, Oviedo, 2017, extraído de https://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/handle/10651/43209/TFG_AliciaDiazLopez.pdf;jsessionid=BE14874751B477A6CBDF6CF62B-072FB8?sequence=4 en fecha 31/12/2020, pág.37.

42 GAFO FERNÁNDEZ, J., *op.cit.*, págs.96 y 102.

43 STC núm. 132/1989, de 18 julio, F.J. 6º.

La doctrina ha interpretado esta jurisprudencia en el sentido de que existe una libertad general y provisional para actuar; general porque ya se consagran otras libertades particulares en el texto constitucional; y provisional porque es preciso aplicar ciertas restricciones a esta libertad⁴⁴.

Por su parte, el artículo 10.1 CE contempla entre los fundamentos del orden político y de la paz social el libre desarrollo de la personalidad. Respecto del libre desarrollo de la personalidad, el TC ha considerado la dignidad de la persona como un “valor jurídico fundamental”, estrechamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral. Por lo tanto, en palabras del propio TC: “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”⁴⁵, definición mantenida también en la sentencia del caso GRAPO que se citará próximamente⁴⁶.

Respecto de la configuración de las libertades en nuestro ordenamiento jurídico, PRIETO SANCHÍS ha afirmado que “las libertades pueden concebirse como la regla básica del sistema, limitada aquí o allá por concretas prohibiciones o mandatos, cuya existencia ha de justificarse; o bien, a la inversa, puede interpretarse que el poder político goza de legitimidad para establecer normas imperativas con el único límite del respeto por los concretos derechos fundamentales”⁴⁷. Entiende este autor que en nuestro Derecho existe una norma general de libertad: la norma de clausura del sistema de libertades; para ello se vale del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico que se encuentra presente, como se ha dicho, en el artículo 1.1 CE⁴⁸.

Sin embargo, existe un derecho fundamental implicado, el previsto en el artículo 15 CE, que consagra el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral. Este derecho ha sido definido por la jurisprudencia del TC como “la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana-” y “el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”, constituyendo dentro del sistema constitucional, y en relación con el valor

44 MOLERO MARTÍN-SALAS, M. P., *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pág.73.

45 STC núm. 53/1985, de 11 de abril, F.J. 8º.

46 STC núm. 120/1990, de 27 de junio, F.J. 4º.

47 PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pág.158.

48 MOLERO MARTÍN-SALAS, M. P., *op.cit.*, pág.40.

jurídico fundamental de la dignidad de la persona, “el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”⁴⁹. Además, se trata de un derecho fundamental cuya vertiente objetiva implica obligaciones a cargo de los poderes públicos para salvaguardar su protección⁵⁰.

En este sentido, la célebre Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) núm. 120/1990, de 27 de junio, respecto de unos presos del grupo terrorista GRAPO en huelga de hambre como protesta que recibieron asistencia sanitaria en contra de su voluntad, establecía lo siguiente: “Siendo indudable que el ayuno voluntario llevado hasta sus últimas consecuencias genera necesariamente, en un momento determinado, peligro de muerte, la asistencia médica obligatoria para evitar ese peligro se manifiesta como un medio imprescindiblemente necesario para evitar la pérdida del bien de la vida de los internos, que el Estado tiene obligación legal de proteger acudiendo, en último término, a dicho medio coactivo, al menos si se trata de presos declarados en huelga de hambre reivindicativa cuya finalidad no es la pérdida de la vida. Con el cumplimiento de ese deber del Estado no se degrada el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, pues la restricción que al mismo constituye la asistencia médica obligatoria se conecta casualmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» y «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (STC 53/1985)”⁵¹.

Como puede apreciarse, en esta resolución el máximo intérprete de la CE consideró que el Estado se encuentra obligado a proteger la salud y la vida, incluso por la fuerza, sin que ello suponga un menoscabo de otros derechos, justificando esta restricción de la libertad: primero, en la necesidad de la intervención dado el inminente peligro de muerte; segundo, en la conexión con la preservación de otros bienes jurídicos consagrados en la CE; tercero, en la relevancia del derecho a la vida, como presupuesto para la existencia de los demás derechos.

No obstante, es preciso dejar claro que, aunque esta obligación impuesta al Estado existe también para con los ciudadanos que no se encuentran en prisión, dicho deber resulta especialmente reforzado en el caso de los reos, debido a la “relación especial de sujeción que liga al recluso con la Administración penitenciaria, la cual, teniendo en cuenta el deber de ésta de velar por la vida, integridad

49 STC núm. 53/1985, de 11 de abril, F.J. 3º.

50 DÍAZ REVORIO, F. J., *Aborto ... cit.*, pág.156.

51 STC núm. 120/1990, de 27 de junio, F.J. 8º.

y salud del recluso, permite imponer limitaciones a los derechos fundamentales de los internos que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratase de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentren en situaciones distintas”⁵².

En el ámbito europeo, a raíz del Caso Lambert y otros contra Francia, de 5 de junio de 2015, se planteó ante el TEDH la cuestión de las decisiones médicas de retirar el tratamiento a pacientes en condiciones extremas, pronunciándose el tribunal europeo en el sentido de que la obligación estatal de proteger la vida no quedaría vulnerada si el Estado decidiese permitir la retirada del tratamiento tras verificar que el mismo es inútil, con la consiguiente muerte del paciente. En este supuesto concreto, el enfermo se hallaba en un estado vegetativo irrecuperable y, ante las afirmaciones de su esposa respecto de la que hubiese sido la voluntad de su marido, los médicos accedieron a retirarle la alimentación. Ante esta situación, consideró el tribunal que estas obligaciones a cargo de los Estados no son absolutas, pudiéndose permitir esta clase de eutanasia⁵³. En esta resolución observo el riesgo de que un tercero (la esposa) interprete erróneamente la voluntad que el paciente hubiese tenido respecto de la disposición de su propia vida.

Por lo tanto, la eficacia del consentimiento a la hora de decidir sobre la propia vida y salud es relativa, dado que estos derechos fundamentales constituyen bienes jurídicos dotados de un elemento supraindividual que supone para el poder público un deber de protegerlos incluso en contra de los deseos de quien ostenta estos derechos⁵⁴.

Otra norma vital en esta materia es la Ley de Autonomía del Paciente (en adelante LAP), pues antes de existir una regulación específica se pretendió que la cobertura legal girase en torno a aquélla, cuyo artículo 8.1 dispone lo siguiente: “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”. Los apartados 2 y 3 de este mismo precepto establecen el consentimiento verbal como norma general, aunque se impone la modalidad escrita en determinados supuestos especiales (intervención quirúrgica, procedimientos invasores o arriesgados), y el apar-

52 DÍAZ REVORIO, F. J., *Estudios sobre los derechos y sus garantías en el sistema constitucional español y en Europa*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D. F., 2015, págs.34-35.

53 TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La eutanasia...cit.*, pág.67.

54 CORCOY BIDASOLO, M., “Delitos contra la vida humana independiente”, CORCOY BIDASOLO, M., VERA SÁNCHEZ, J. S. et alt., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág.59.

tado 5 contempla la posibilidad del paciente de revocar libremente y por escrito el consentimiento.

En relación con el consentimiento, la STC núm. 154/2002, de 18 de julio, estimó la demanda de amparo de los padres de un niño testigo de Jehová que se negó a una transfusión de sangre y ésta acabó practicándose en contra de su voluntad (aunque no permitió salvar su vida)⁵⁵. En esta resolución el TC consideró que, al intentar obligar a los progenitores a convencer a su hijo para que prestase su consentimiento para la transfusión sanguínea, se había producido una vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa. De este modo, el máximo intérprete de la CE demuestra la importancia del carácter libre y voluntario del consentimiento a la hora de practicar intervenciones médicas. Además, en mi modesta opinión, esta difícil decisión constituye una clara apuesta por alejarse del paternalismo jurídico que supondría, por parte del Estado, poner el derecho a la vida indiscutiblemente por encima de cualquier otro derecho de los ciudadanos.

Un elemento clave de esta norma viene recogido en su artículo 4.1, que otorga a los pacientes el “derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma”. Este derecho también tiene un sentido negativo, consistente en el respeto a la voluntad de no ser informado. En cuanto al contenido de esta información, incluye tanto la finalidad y naturaleza de las intervenciones, como sus riesgos y efectos. En el segundo párrafo de este precepto se recogen los requisitos de la información clínica, debiendo ser verdadera, comprensible, adecuada a las necesidades del paciente (no pudiendo informarse a una persona carente de conocimientos médicos empleando los tecnicismos con los que se informaría a un experto en la materia) y ayudarle a adoptar una decisión conforme a su libre voluntad.

En definitiva, el paciente ha de tener en todo momento a su disposición la información relativa a su situación, así como a sus opciones (incluidos los cuidados paliativos⁵⁶), de tal manera que las decisiones que adopte en el ámbito de su salud deben sostenerse en el pilar de la información y el conocimiento⁵⁷.

55 STC núm. 154/2002, de 18 de julio, fallo.

56 Por cuidados paliativos deben entenderse “los cuidados activos totales destinados a enfermos con procesos avanzados e incurables y a sus familiares con especial atención al confort y a la calidad de vida. Es función de los médicos y de todos los profesionales sanitarios aliviar el dolor y el sufrimiento de los enfermos que están en una fase terminal. Estos enfermos tienen el derecho a recibir asistencia de calidad, soporte psicológico y ayuda social que contribuyan a humanizar el proceso de su muerte”; véase DE MIGUEL SÁNCHEZ, C., LÓPEZ ROMERO, A., *op.cit.*, pág.209.

57 DE MIGUEL SÁNCHEZ, C., LÓPEZ ROMERO, A., *op.cit.*, pág.209.

Por su parte, el artículo 7 LAP consagra el derecho a la intimidad de los pacientes, cuyos datos sanitarios han de tener carácter confidencial sin que se pueda acceder a ellos sin autorización, e impone a los centros médicos la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar esta protección.

Como puede verse, se trata de una ley que no regula la eutanasia como tal, si no que otorga cierta autonomía a los pacientes a la hora de adoptar decisiones sobre su salud y sus intervenciones, pero no llega tan lejos como para establecer su “derecho a morir”. Sin embargo, es precisamente dentro de esa “autonomía del paciente” donde se encontraría enmarcada la libertad de optar por la no adopción o por la interrupción de los tratamientos sanitarios, es decir, por la eutanasia pasiva. Así lo indica con claridad el artículo 2.3 y 2.4 LAP cuando dispone que “El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito”. El artículo 2.6 LAP obliga incluso a los profesionales sanitarios a respetar las decisiones que el paciente haya adoptado de forma libre y voluntaria.

Por último, desde una perspectiva penal, el artículo 143 del Código Penal (en adelante CP) tipifica, además de la inducción al suicidio, la cooperación activa en la producción de la muerte ajena, si bien es cierto que prevé una atenuación de la pena cuando esa asistencia se haya producido a instancia de una víctima gravemente enferma, debido a los dolores padecidos.

Así, este precepto dispone lo siguiente: “1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona. 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte. 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoporables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo. 5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia”.

De esta forma, la sanción puede variar en función del contexto que rodea el supuesto, desde los casos más graves, que implicarían pena de prisión, hasta los menos graves, en los que quizás no se llegue a entrar en prisión debido a la sustitución de la misma por otras o a su suspensión⁵⁸.

El apartado 5 de este precepto ha sido introducido precisamente como consecuencia de la LORE. Los supuestos de eutanasia pasiva y activa indirecta y de inducción al suicidio quedan excluidos del ámbito de aplicación de este apartado: los primeros, por constituir conductas atípicas o, al menos, justificadas, con base en el derecho fundamental a la integridad física y en la autonomía del paciente para adoptar decisiones relacionadas con su propia salud; los últimos, porque debe garantizarse la punibilidad de la inducción al suicidio, entendida como las “conductas de influencia psíquica que condicen indebidamente la decisión personal del paciente, ejerciendo sobre ella presiones o manipulaciones e impidiendo con ello que tal decisión surja en las condiciones de libertad y voluntad exigidas en el art. 3.a) LORE”⁵⁹.

La doctrina alemana ha abordado con gran ahínco el problema de los límites constitucionales en la punición de la participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio, dando lugar a muy diversas teorías.

De acuerdo con la tesis del deber jurídico de seguir viviendo, férreamente criticada, el desvalor de un homicidio coincide con el de un suicidio: acabar con la vida antes de que la naturaleza lo determine; por ello, procedería considerar antijurídico el suicidio, y aunque el suicida gozaría de una situación exculpante especial, sí sería punible la participación y auxilio al suicidio. Otro sector doctrinal ha defendido el carácter de no prohibido del suicidio, con base en la contradicción que para el Estado liberal supondría intentar tipificar supuestos de autocausación del daño; en definitiva, el suicidio no sería una conducta legítima ni ilegítima, debiendo el ordenamiento jurídico mantenerse al margen. Por su parte, la tesis del derecho a la muerte, también muy criticada, sostiene que los seres humanos gozan de un derecho de libre disposición o autodeterminación de la propia vida, lo que conllevaría la capacidad de decidir el momento de la muerte de uno mismo; esta opinión se apoya en la naturaleza eminentemente personal del dere-

58 BERISTAIN IPIÑA, A., “Consideraciones jurídicas y éticas de eutanasia (el nuevo bioderecho a la muerte propia)”, *Revista Derecho y Salud*, nº 1, 1999, pág.37.

59 PEÑARANDA RAMOS, E., “Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros”, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021, págs.234-235.

cho a la vida, que hace cuestionarse que sea irrenunciable. Por último, la tesis de Bottke mantiene que la decisión de disponer sobre la propia vida no quedaría amparada por el derecho a la vida (que no incluiría un sentido negativo), sino por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de obrar de los individuos; ahora bien, esta libertad tendría ciertos límites: los derechos de otro, el orden constitucional y la ley; esta tesis constituiría, por tanto, un término medio, que discrepa con el deber de seguir viviendo en la medida en que en ocasiones el suicidio estaría permitido, y con el espacio libre de regulación jurídica en tanto en cuanto no existe una libertad absoluta para disponer sobre la propia vida⁶⁰.

En cuanto al consentimiento, y en concordancia con lo que se ha dicho anteriormente en el ámbito constitucional, la doctrina penalista también ha entendido que el consentimiento para poner fin a la propia vida se caracteriza por su eficacia limitada, y ello por diferentes razones: los valores religiosos y morales que aún perviven en nuestra sociedad y la política-criminal, dados los problemas probatorios que surgen al intentar demostrar la libertad del consentimiento⁶¹.

Este tipo delictivo ha planteado incluso problemas de competencia entre los órganos jurisdiccionales, como sucedió recientemente con el caso de Ángel Hernández y María José Carrasco, que reavivó el debate social en relación con el derecho a disponer de la propia vida y la despenalización de la eutanasia. En este supuesto, el marido de la víctima le facilitó un vaso con pentotal sódico que le produjo la muerte, quedando grabado en vídeo el proceso y el consentimiento de la víctima, que padecía esclerosis múltiple. Se consideró que la competencia para conocer de estos hechos debía corresponder a los Juzgados de Violencia contra la Mujer, en tanto en cuanto se ha producido la muerte de la esposa por parte de su cónyuge⁶².

60 DEL ROSAL BLASCO, B., “La participación y el suicidio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 1, 1987, págs.76-84. Existe doctrina que se opone al concepto de “derecho a la muerte” o “derecho a morir” (véanse CÁMARA VILLAR, G., “La triada «bien constitucional vida humana/derecho a la vida/inexistencia de un derecho a la propia muerte» (acerca de la constitucionalidad de la regulación de la eutanasia en España en perspectiva comparada)”, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021, págs.60-64; CARBONELL MATEU, J. C., “Ley de la eutanasia: una ley emanada de la dignidad”, *La Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, a debate, Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, nº 29, 2021, pág.58).

61 CORCOY BIDASOLO, M., *op.cit.*, pág.59.

62 SEMPERE RAMÍREZ, J. O., *Ánalisis del delito de cooperación al suicidio del artículo 143.4 CP en relación con la práctica de la eutanasia en España y comparativa internacional*, Alicante, 2020, extraído de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/107670/1/Analisis_del_delito_de_cooperacion_al_suicidio.pdf

3. LORE.

El Preámbulo I de esta norma define la eutanasia como “el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento”, recordando que la doctrina limita el uso de este concepto a su forma activa y directa, excluyéndose la eutanasia pasiva (no adoptar tratamientos o interrumpirlos) y la activa indirecta (medios que alivian el dolor, pero acortan la vida).

La eutanasia pasiva plantea menos problemas desde la perspectiva constitucional, no pareciendo ser ilícita, razón por la cual las normas en materia de testamento vital no sean, en principio, constitucionalmente censurables⁶³.

En el Preámbulo I LORE se justifica la necesidad de la ley en causas variadas, como la prolongación de la esperanza de vida sin que los medios técnicos puedan mantener esa vida en las condiciones óptimas, la demanda social en nuestro país y en el entorno comparado, la compasión, empatía y commoción que han producido en la sociedad casos concretos y la secularización de la vida. A mi parecer, siendo perfectamente admisibles las causas de la demanda social, el Derecho comparado y la compasión, el legislador yerra al incluir la secularización de la vida y la commoción de la sociedad en la justificación de esta norma, pues no creo que el elemento secular o religioso de la sociedad sea oportuno en esta ocasión ni que deba legislarse en atención a la repercusión y emotividad que determinados supuestos hayan tenido en la ciudadanía.

Respecto del ámbito de aplicación de esta ley, el artículo 2 LORE lo establece para “todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que actúen o se encuentren en territorio español”.

Por su parte, el artículo 4.2 LORE requiere que la decisión del paciente sea autónoma e informada, algo que ya se ha observado en legislaciones de otros Estados. Asimismo, también se exige en el artículo 5.1 LORE la nacionalidad española o residencia legal en España (o un certificado de empadronamiento que demuestre una estancia en España durante más de 12 meses), la mayoría de edad, la conciencia y capacidad para adoptar la decisión, la posibilidad para el enfermo

dio_Sempere_Ramirez_Juan_Octavio.pdf en fecha 2/1/2020, págs.32-33.

63 VILCHEZ HERRERA, C., *El derecho a la vida desde una perspectiva constitucional*, Jaén, 2020, extraído de http://tauja.ujaen.es/bitstream/10953.1/12903/1/TFG_Claudia_Vlchez_Herrera.pdf en fecha 28/12/2020, págs.45-46.

de acceder a la información relativa a su proceso y sus opciones (incluyendo los cuidados paliativos), la realización de 2 solicitudes de eutanasia, voluntarias (sin presiones externas) y por escrito, con un intervalo mínimo de 15 días naturales entre ellas (aunque se permite reducir el plazo si la muerte es inminente), una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante y el consentimiento informado. En estos preceptos queda patente la inspiración en las legislaciones europeas de nuestro entorno en materia de eutanasia, con importantes similitudes en sus requisitos.

En materia de consentimiento, es conveniente señalar que “la determinación de la voluntariedad en la elección de la propia muerte requiere de la aplicación del estándar más exigente, puesto que se trata de una decisión que es absolutamente irrevocable”, pero sin llegar a ser insalvable porque de lo contrario no se estaría respetando la autonomía de la voluntad. En definitiva, es realmente complejo determinar cuál es realmente el grado de voluntariedad adecuado para saber si una decisión es lo suficientemente voluntaria⁶⁴. Se ha planteado además que la legalización de la eutanasia, ligada a lo que supone mantener con vida a un enfermo grave a nivel económico, humano o familiar, puede llevar a los pacientes a percibirla no como un derecho sino como un deber, generando una presión tal que se sientan coaccionados o forzados en la decisión sobre su propia muerte, lo que impide la total libertad en la prestación del consentimiento⁶⁵; han surgido también voces que se preguntan qué efectos tendrá la legalización de la eutanasia en la imagen social de los profesionales de la medicina⁶⁶ y que cuestionan el riesgo de arbitrariedad que puede suponer por parte de los poderes públicos⁶⁷.

En cuanto a la revocación del consentimiento, el artículo 6.3 LORE permite al solicitante revocarlo en cualquier momento, así como aplazar la aplicación de la ayuda para morir.

Los artículos 5.2 y 6.4 LORE contemplan la posibilidad de solicitar la eutanasia mediante un documento de instrucciones, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos suscritos previamente por el paciente. Esta alternativa ha sido objeto de críticas con base en que estos

64 ALEMANY GARCÍA, M., *El paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006, pág.272.

65 GAFO FERNÁNDEZ, J., *op.cit.*, pág.102.

66 CASTELLÓN CASTELLÓN, V. M., *op.cit.*, pág.131.

67 HERRERA OCEGUEDA, J. R., “La necesidad de legalizar la eutanasia en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 242, 2004, pág.117.

documentos no aseguran suficientemente que la voluntad actual concuerde con la que en su día se reflejó por escrito⁶⁸.

De conformidad con los artículos 7.1 y 7.2 LORE, la denegación de la prestación ha de llevarse a cabo, en los 10 días naturales siguientes a la primera solicitud, por escrito y de forma motivada por el médico, siendo esta decisión susceptible de reclamación ante la Comisión de Garantía y Evaluación competente en un plazo de 15 días naturales. Además, la información al paciente de la posibilidad de reclamar tiene carácter obligatorio para el médico.

De los artículos 8 y 10 LORE se puede inferir la previsión por esta norma de un “complejo sistema mixto de control previo y posterior”, dado que el artículo 8 LORE exige el concurso entre los criterios del médico responsable y del médico consultor, mientras que el artículo 10 LORE dispone que después la Comisión de Garantía y Evaluación competente designará a dos de sus miembros (un médico y un jurista) para que comprueben el cumplimiento de los requisitos. Este último control ha sido cuestionado debido a la posible aplicación desigual entre unas Comunidades Autónomas (en adelante CC.AA.) y otras y a que las designaciones y actuaciones de estos miembros se puedan ver influidas por sus inclinaciones o intereses políticos. No obstante, existe un recurso contencioso-administrativo para evitar estas situaciones⁶⁹.

El artículo 11 LORE impone a los intervinientes en la realización de la prestación “el máximo cuidado y profesionalidad”, así como, en determinados supuestos, un deber de asistencia, observación y apoyo al paciente hasta el momento de su muerte.

La obligación expresada en los artículos 8.5 y 12 LORE, en relación con la obligación de comunicación y remisión de documentos a la Comisión de Garantía y Evaluación, revela la influencia en esta ley del Derecho comparado, en el que existen instancias similares. Este deber está presente tanto como después de haberse ejecutado la prestación de ayuda para morir. Dicha influencia también se deja ver respecto de la necesidad de que el médico responsable, como dispone el artículo 8.3 LORE, acuda a un médico consultor con objeto de corroborar el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos.

68 CASTELLÓN CASTELLÓN, V. M., *op.cit.*, pág.131.

69 TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: valoración global y primeras dudas interpretativas”, *La Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, a debate, Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, nº 29, 2021, págs.116-117.

En el artículo 13.1 LORE se consagra la financiación pública de la prestación de ayuda para morir, hallándose incluida en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud. Ahora bien, el artículo 14 LORE prevé la posibilidad de realizar esta prestación no sólo en centros sanitarios públicos, sino también privados o concertados, e incluso en el domicilio del paciente, manteniendo en todo caso la calidad del servicio. Asimismo, este precepto prohíbe la práctica de la eutanasia a aquellas personas que, por beneficiarse de algún modo de la misma, incurran en un conflicto de intereses.

A pesar de lo que se expondrá en próximas páginas respecto de un hipotético derecho fundamental a disponer de la propia vida, es de destacar que, a raíz de este texto, en concreto del artículo 16.1 LORE, surge una nueva manifestación de un derecho fundamental ya existente. El precepto mencionado dispone lo siguiente: “Los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la citada prestación por razones de conciencia es una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito”. Así, el derecho fundamental a la objeción de conciencia que consagra el artículo 30.2 CE adquiere en el ordenamiento jurídico español una nueva plasmación práctica en favor de los profesionales de la medicina contrarios a la práctica de la eutanasia que se nieguen a realizarla.

En relación con el derecho fundamental a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, se han formulado tres tesis⁷⁰:

- I. Tesis absolutista (o del absolutismo de la conciencia): sostiene que el derecho a la objeción de conciencia goza de una gran amplitud, tanto en sus titulares (individuos e instituciones) como en su contenido (incluyendo materias variadas en participación directa e indirecta, existiendo durante todas las fases de la actuación y excluyendo cualquier control de la veracidad de la objeción).
- II. Tesis de la incompatibilidad: plantea un conflicto entre la objeción de conciencia y el cuidado de la salud como bien público, de manera que no puede concederse a los profesionales sanitarios ninguna clase de obje-

70 RUIZ MIGUEL, A., “Objeción de conciencia y eutanasia”, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021, págs.254-255.

ción de conciencia dado que se les estaría legitimando para incumplir sus obligaciones profesionales en perjuicio de la autonomía y el cuidado de los pacientes.

III. Tesis de la acomodación: esta teoría, por la que me inclino debido a su moderación, defiende que se debe conceder a los profesionales de la sanidad un derecho a la objeción de conciencia, pero con ciertos límites, respetándose así la integridad moral de los profesionales sin hacer peligrar por ello la necesaria protección de los derechos de los pacientes.

En cuanto a la alusión a los “profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir” del artículo 16.1 LORE, encuentro acertada la postura de la doctrina que la califica como una limitación de la objeción de conciencia indirecta, de manera que este derecho ampara el rechazo a participar en la práctica de la eutanasia y en el proceso de deliberación, evaluación y acompañamiento (incluso en interés del propio paciente, ya que la intervención de un objetor podría dificultar la solicitud de la eutanasia), pero no permite a los objetores negarse a derivar al paciente a otro profesional sanitario no objetor, ni al resto del personal negarse a realizar prestaciones que no estén relacionadas con la ayuda para morir⁷¹. Por otra parte, respecto de las posibles objeciones encubiertas que puedan producirse (aquéllas que se ejercen a través de denegaciones de la ayuda con base en los requisitos legales), debe recordarse que, en virtud del artículo 196 CP, quizás puedan dar lugar a una responsabilidad penal por denegación de la asistencia sanitaria, tanto para los médicos responsables o consultores como para los miembros de las Comisiones de Garantía y Evaluación de las CC.AA., sin perjuicio de las eventuales responsabilidades disciplinarias o administrativas que se deriven. Asimismo, la doctrina ha propuesto la posibilidad de exigir prestaciones sustitutorias a los objetores, con la intención de evitar objeciones de mera conveniencia⁷², medida a mi juicio excesiva e innecesaria, dado que el tiempo que no dediquen a las solicitudes de eutanasia será dedicado al resto de tareas que surjan en el centro sanitario. Así pues, en mi humilde opinión, la procedencia de las prestaciones sustitutorias en la objeción de conciencia al servicio militar no es aplicable a la objeción de conciencia a la eutanasia, pues en el primer caso el objetor quedaba completamente exento de obligaciones militares (de ahí la prestación sustitutoria), mientras que en el segundo caso sólo queda exento en unos supuestos muy concretos, debiendo cumplir todas

71 RUIZ MIGUEL, A., *op.cit.*, pág.265.

72 RUIZ MIGUEL, A., *op.cit.*, págs.274-276.

las demás tareas propias de su puesto, de manera que el profesional sanitario no deja de trabajar⁷³.

Es también interesante la creación, dispuesta en el artículo 16.2 LORE, de un registro en el que se identifiquen los profesionales sanitarios objetores de conciencia. Se han formulado críticas a este registro por la posible vulneración del derecho a la intimidad de los profesionales que se podría producir. No obstante, el propio precepto garantiza que estos datos estarán sujetos “al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos de carácter personal”. Además, comparto la opinión de que esta “afectación del derecho a la intimidad es la mínima imprescindible para garantizar el derecho a la ayuda para morir sin que el primero de los derechos se vea menoscabado en su contenido esencial ni de forma relevante”⁷⁴.

El artículo 15 LORE protege la intimidad y confidencialidad de los datos de los solicitantes de la eutanasia, obligando a los centros sanitarios a adoptar las medidas necesarias para ello. En virtud del artículo 19 LORE, el deber de secreto se extiende también a las Comisiones de Garantía y Evaluación de las Comunidades y Ciudades Autónomas, cuyas resoluciones desfavorables, al amparo del artículo 10.5 LORE, pueden ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por otro lado, en virtud de la Disposición adicional primera de esta norma, las muertes derivadas de la eutanasia se consideran como muertes naturales. A mi juicio, puede ser oportuna esta consideración en casos de eutanasia pasiva o activa indirecta en los que la muerte se debe a un dejar de hacer, pero no en supuestos de eutanasia activa consistentes en un hacer.

Uno de los grandes debates que plantea esta Ley Orgánica reside en el uso de las expresiones “sufrimiento intolerable” o “sufrimiento insoportable”.

En el Preámbulo I LORE se emplea el concepto de “sufrimiento insoportable” para definir el “contexto eutanásico”, afirmando que “Se busca, en cambio, legislar para respetar la autonomía y voluntad de poner fin a la vida de quien está en una situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o de enfermedad

73 RUIZ MIGUEL, A., *op.cit.*, pág.275.

74 JUANATEY DORADO, C., “Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia voluntaria en España”, *La Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, a debate*, Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico, nº 29, 2021, pág.88.

grave e incurable, padeciendo un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que considere aceptables, lo que denominamos un contexto eutanásico”.

Una idea similar, la de “sufrimiento intolerable”, se utiliza poco después para definir la eutanasia activa como “la acción por la que un profesional sanitario pone fin a la vida de un paciente de manera deliberada y a petición de éste, cuando se produce dentro de un contexto eutanásico por causa de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o enfermedad grave e incurable, causantes de un sufrimiento intolerable”.

En contra de la eutanasia se ha argumentado precisamente que el grado de sufrimiento de los pacientes solicitantes de la misma es ínfimo en la actualidad, debido a los enormes avances médicos en materia de cuidados paliativos, que no ha de confundirse con la sedación, pues los primeros se aplican en enfermedades avanzadas e incurables y la segunda en casos terminales. No obstante, no parece que los avances hayan supuesto la completa y definitiva supresión de los padecimientos⁷⁵.

La problemática inherente a este concepto se debe a dos factores.

En primer lugar, la determinación de qué se considera un sufrimiento intollerable o insoportable. Previamente, es necesario saber si es un concepto objetivo o subjetivo: si se trata de un concepto objetivo, se está otorgando al Estado un poder desorbitado, dado que es el ente público el que decide el grado de dolor que habilita la eutanasia y, además, es difícil definir de forma objetiva qué dolor es el máximo soportable para la población en general; si el concepto es subjetivo, se genera una enorme inseguridad jurídica debido a que la percepción personal de cada uno del dolor determina la aplicabilidad o inaplicabilidad de la ley (y puede dar lugar a confusión y a supuestos de aplicación de la eutanasia en casos de menor gravedad)⁷⁶. Por ejemplo, es por todos conocido el caso de Ramón Sampedro (uno de los más mediáticos de España, llevado incluso al cine en la película “Mar adentro”), que no padecía una enfermedad terminal, incurable e irreversible que le causase dolores insufribles, sino que adolecía de una discapacidad física que le obligaba a llevar lo que a su juicio era una vida sin la calidad suficiente

75 SÁDABA GARAY, J., “Eutanasia y ética”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 8, 2006, págs.5-6.

76 DÍAZ REVORIO, F. J., “¿Derecho a morir? (y II)”, *La tribuna de Toledo*, 2020, extraído de [https://www.latribunadetoledo.es/Opinion/Z973F250F-BFCF-1C78-85CF55D63E25E05F/202012/%c2%bf-Derecho+a+morir%3f+\(y+II\)](https://www.latribunadetoledo.es/Opinion/Z973F250F-BFCF-1C78-85CF55D63E25E05F/202012/%c2%bf-Derecho+a+morir%3f+(y+II)) en fecha 11/1/2021.

te⁷⁷. En este supuesto no se aprecia el elemento del sufrimiento intolerable, salvo que se considere que el mismo tiene un origen psicológico, en cuyo caso surgen más preguntas que respuestas, pues pueden producirse supuestos de solicitud de eutanasia por parte de personas con graves depresiones, multiplicándose nuevamente la inseguridad jurídica. Desde mi punto de vista, tanto el carácter objetivo como subjetivo de estas expresiones presentan graves defectos, de manera que considero que deberían utilizarse conceptos más precisos que no generen confusión e inseguridad jurídica.

En segundo lugar, la determinación de una calidad de vida suficiente es una labor compleja y debatible⁷⁸, razón por la cual estas expresiones pueden ser calificadas como un atentado contra la dignidad de las personas, en la medida en que conllevan implícitamente la consideración de la vida como digna o indigna de ser vivida, lo que lesiona la dignidad de aquéllos que desean seguir con vida con graves y dolorosos padecimientos. En mi modesta opinión, esta objeción resulta excesiva, dado que entiendo que cuando se habla de “vida indigna” se hace alusión a la percepción que el enfermo tiene de su propia vida, atendiendo a sus circunstancias personales (incluidas sus emociones), y no de la vida del resto de personas con dolencias similares que pueden considerar que están viviendo una vida plena.

Por el contrario, en la defensa de esta Ley Orgánica ha resultado relevante la crítica del paternalismo jurídico. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LO-RE, se planteaba el recurrente debate acerca del paternalismo jurídico que por parte del poder público suponía la existencia de una legislación protectora de las vidas de la ciudadanía incluso en contra de nuestra voluntad.

Una posible definición del término “paternalismo”, cuyo paradigma sería la *patria potestas*, puede ser “un modo de acción consistente en una interferencia en la libertad de un individuo, motivado (o con el fin de) beneficiar o evitar daños a ese mismo individuo”, aunque existen definiciones más amplias que califican como paternalista cualquier comportamiento que persiga fundamentalmente influir en las decisiones de otros en beneficio de las personas sobre las cuales se ejerce esa influencia⁷⁹.

77 OGÁLLAR BOISO, Á., *La eutanasia desde una perspectiva constitucional: el derecho a la vida*, Jaén, 2020, extraído de http://tauja.ujaen.es/bitstream/10953.1/12434/1/TFG_en_PDF.pdf en fecha 27/12/2020, págs.23-24.

78 PASCUCCI, DE PONTE, E., *op.cit.*, págs.13-14.

79 ALEMANY GARCÍA, M., “Paternalismo”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 12,

Se han empleado diversos argumentos contra el paternalismo jurídico: el argumento utilitarista, que considera que es uno mismo quien mejor sabe lo que le conviene y que cuando el Estado interviene en este tipo de situaciones lo hace con base en presunciones generales que pueden ser o no acertadas en función de cada caso; el argumento de la autonomía de la voluntad, defendiendo que “la intervención paternalista del Estado destruye la autonomía de la voluntad”; y el argumento de la violación del principio de igualdad, en cuya virtud se afirma que el paternalismo del legislador genera relaciones de supra y subordinación entre quien ostenta el poder y quien está sometido a él, lo que vulnera el principio de igualdad, que constituye uno de los pilares fundamentales de toda democracia⁸⁰.

Parte de la doctrina calificó de “paternalismo inaceptable” el argumento de que es difícil saber lo que realmente desea el paciente, pues si se trata de un adulto sin trastornos mentales o que haya designado un representante o firmado un testamento vital no hay motivos para que el Estado cuestione su capacidad para adoptar decisiones libres sin dejarse influir por injerencias externas de su entorno; en esta misma línea, se ha afirmado también que “la autonomía del paciente no puede verse limitada por argumentos paternalistas sobre su capacidad”⁸¹. El paternalismo jurídico se ha predicado respecto del carácter indisponible del derecho a la vida⁸², e incluso de la capacidad de los menores de edad para adoptar las decisiones más importantes en materia de su propia salud⁸³. A mi juicio, un ordenamiento jurídico moderno debe intentar reducir en la medida de lo posible su carácter paternalista, pero sin quedar por ello vacío de garantías, de manera que la regulación de la eutanasia debe contar con los límites y controles que resulten necesarios para evitar un ejercicio de este derecho que atente contra los principios y valores constitucionales.

2017, págs.199-201.

80 ALEMANY GARCÍA, M., *El paternalismo ... cit.*, págs.290-294.

81 AGUIAR GONZÁLEZ, F., SERRANO DEL ROSAL, R., SESMA CARLOS, D., “Eutanasia y suicidio asistido: un debate necesario”, *Fundación Centro de Estudios Andaluces*, nº 3, 2009, págs.4 y 6.

82 OGALLAR BOISO, Á., *op.cit.*, pág.40.

83 HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Derecho individual a la eutanasia y la (discutible) exclusión de las personas menores de edad”, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021, págs.105-110.

4. Eutanasia como derecho fundamental

La doctrina ha formulado diferentes modelos para explicar la relación entre la eutanasia y los derechos fundamentales, a saber⁸⁴:

- I. En primer lugar, el modelo tradicional de la eutanasia constitucionalmente prohibida propone que el derecho a la vida del artículo 15 CE tendría carácter absoluto, de manera que el ordenamiento jurídico español no contemplaría la posibilidad de disponer de la propia vida o de que un tercero disponga de la vida ajena a petición de su titular. Para los defensores de esta tesis no sólo serían contrarios a la CE y penalmente punibles la eutanasia o el suicidio asistido, sino también el suicidio. Un sector doctrinal asevera que el carácter absoluto del derecho a la vida daría lugar a “un sorprendente derecho que se impone contra sus mismos titulares como una especie de «imperativo categórico»” y a “un completo desplazamiento de sus derechos fundamentales a la libre autodeterminación personal y a la vida privada”, lo que haría inoperantes “el pensamiento, la conciencia, los sentimientos, las creencias de la persona concernida, su voluntad, sus expectativas vitales biográficas y prácticamente todos aquellos elementos relevantes de su libertad personal”⁸⁵.
- II. En virtud del modelo de eutanasia como derecho fundamental, el artículo 15 CE no generaría una obligación de vivir, sino que incluiría el derecho a disponer de la propia vida. Así pues, tanto el suicidio como la eutanasia activa directa serían constitucionalmente legítimos y no podrían ser objeto de sanción penal, careciendo de virtualidad práctica la distinción entre la eutanasia activa directa y las eutanasias activa indirecta y pasiva.
- III. Otro modelo es el que considera la eutanasia como una libertad constitucional legislativamente limitable, pues no se desprendería del artículo 15 CE un sentido negativo en el derecho a la vida que lo convierta en derecho fundamental. No obstante, sí se extraería esta facultad de la cláusula general de libertad del artículo 1.1 CE, de manera que no contaría con la protección característica de los derechos fundamentales. El suicidio no podría por tanto prohibirse sin contravenir la CE, pues no perjudica bienes jurídicos ajenos, pero la eutanasia sí podría castigarse penalmente sin

84 REY MARTÍNEZ, F., “Eutanasia y derechos fundamentales”, *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, nº 13, 2009, págs.18-22.

85 CÁMARA VILLAR, G., *op.cit.*, pág.40.

suponer una restricción arbitraria, con base en la necesidad de evitar abusos en su ejercicio. En este modelo la eutanasia activa sería la libertad expuesta y la pasiva e indirecta serían parte del derecho fundamental a la integridad corporal.

- IV. Por último, se podría considerar la eutanasia como una excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida, modelo que es similar al anterior (entendiendo que el artículo 15 CE no consagra la posibilidad de disponer de la propia vida y que deben distinguirse las modalidades de la misma), pero partiendo de una mayor desconfianza hacia la eutanasia. El suicidio constituiría una libertad fáctica que el ordenamiento no proscribe, no existiendo una obligación a la vida, mientras que la eutanasia activa podría ser penada o despenalizada en determinadas circunstancias.

En mi humilde opinión, han de descartarse las dos primeras teorías, dado que el derecho a la vida no tiene carácter absoluto ni genera un deber de vivir, pero tampoco considero que la disposición de la propia vida sea un derecho fundamental incluido en el artículo 15 CE. Por su parte, entre la tercera y la cuarta tesis, me inclino por esta última debido a que encuentro más prudente calificar la eutanasia como una excepción legítima a la regla general que como una libertad sujeta a ciertos límites, resultando por tanto más garantista respecto de la obligación estatal de proteger la vida. En definitiva, la defensa de la vida por parte de los poderes públicos debe ser la norma general, pudiendo existir excepciones en las que quepa la eutanasia si se cumplen los requisitos necesarios.

Como principios constitucionales de referencia se mencionan en la LORE los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 CE) y bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad (artículo 10.1 CE), la libertad (artículo 1.1 CE) o la autonomía de la voluntad. Así, parece pretenderse por parte del legislador relacionar la eutanasia con un derecho fundamental, dotando de una enorme relevancia constitucional al derecho a la vida en sentido negativo o, en otras palabras, al derecho a disponer sobre la propia vida. La doctrina ha apuntado también a la libertad de conciencia del artículo 16 CE, e incluso al principio de igualdad como argumentos en favor de la legalización de la eutanasia, pues no encontraba respetuosa con este último principio la existencia de casos despenalizados (como ocurrió con el caso de Inmaculada Echevarría, en el que, padeciendo una distrofia muscular progresiva, y habiendo sido desconectada en el hospital del sistema de ventilación mecánica que la mantenía con vida, el fiscal archivó el caso considerando que la paciente estaba ejerciendo un dere-

cho y que lo que provocó su muerte no fue el cese del tratamiento como tal, sino la enfermedad que padecía, de manera que no podía aplicarse el artículo 143.4 CP⁸⁶) y otros que, siendo similares, resultasen punibles (como el caso de Ramón Sampedro, que ya ha sido expuesto y en el que se pretendió, sin éxito debido a la prescripción del delito, imputar responsabilidades penales)⁸⁷. La diferencia es, esencialmente, que el supuesto de Sampedro requería una eutanasia activa, mientras que el de Echevarría se trataba más bien de una limitación del esfuerzo terapéutico (LET), es decir, de la retirada o no inicio de medidas terapéuticas de soporte vital consideradas inútiles por los médicos a fin de que no se produzca una obstinación o encarnizamiento terapéutico⁸⁸.

Existe interesante jurisprudencia acerca de la posibilidad de considerar el derecho a disponer sobre la propia vida como un derecho fundamental. Así, el TC ha estimado que “el derecho fundamental a la vida tiene «un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte»”⁸⁹. El máximo intérprete de nuestra norma suprema deja aquí clara su posición, al afirmar que el derecho a la vida se caracteriza por una naturaleza eminentemente protectora, que es precisamente la que impide concebirlo en sentido negativo. El TC incide en esta postura cuando concluye que “la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser”⁹⁰.

No poca doctrina se ha situado del lado del TC, encontrando como motivos de esta interpretación constitucional “la primordial importancia del bien jurídico implicado, la vida, que es el presupuesto material del ejercicio de cualesquiera otros derechos, la irreparabilidad de su lesión y, en especial, las socialmente inaceptables consecuencias que se derivarían del contenido de las obligaciones positivas correlativas al derecho fundamental a morir, aconsejan excluir inequívocamente del ámbito de protección constitucional de su ejercicio la pretensión de destruirlo”⁹¹.

86 SIMÓN LORDA, P., BARRIO CANTALEJO, I. M., “El caso de Inmaculada Echevarría: implicaciones éticas y jurídicas”, *Medicina intensiva*, nº 9, 2008, págs.444 y 447.

87 TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La eutanasia...cit.*, pág.63.

88 AGUIAR GONZÁLEZ, F., SERRANO DEL ROSAL, R., SESMA CARLOS, D., *op.cit.*, pág.3.

89 STC núm. 154/2002, de 18 de julio, F.J. 12º.

90 STC núm. 154/2002, de 18 de julio, F.J. 12º.

91 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Eutanasia y Derecho”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 9, 1995, pág.120.

En esta misma línea, el TC ha considerado que “siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho”. Por todo ello, a juicio del TC, el artículo 15 CE no garantiza el derecho a la propia muerte, y por supuesto no lo configura como un derecho fundamental⁹².

La jurisprudencia menor también ha avalado esta calificación de la decisión de disponer de la propia vida como un *agere licere*, es decir, como la ejecución, mediante un acto no prohibido, de una libertad general respecto de un bien jurídico disponible⁹³; asimismo, se ha mantenido el criterio que excluye una vertiente negativa del sentido del derecho a la vida consagrado en el artículo 15 CE, “pero sí supone, por definición, que nadie puede imponer coactivamente a otro algo para que siga viviendo, si no quiere, y también supone el derecho a rechazar ayuda para vivir cuando conste que el interesado no la desea ni la ha pedido porque se sabe que quiere morirse”⁹⁴.

Este *agere licere* recuerda a una corriente doctrinal similar a la tesis alemana de la cualidad de no prohibido del suicidio que ya se ha expuesto. Esta corriente sostendría que “no existen derechos sobre la propia persona, sino *facultas agendi* o facultad natural”, de manera que el suicidio se encontraría en una dimensión extrajurídica conformada por “facultades o derechos puramente naturales”⁹⁵. El *agere licere* ha sido considerado por la doctrina como una consecuencia de la vertiente subjetiva de los derechos fundamentales⁹⁶.

92 SSTC núm. 120/1990, de 27 de junio, F.J. 7º y 137/1990, de 19 de julio, F.J. 5º. Parte de la doctrina penalista ha calificado el suicidio como “un *agüere licere* que no está prohibido, lo que supone disponibilidad de la vida limitada por consideraciones garantistas del derecho a la vida”; véase CORCOY BIDASOLO, M., *op.cit.*, pág.59.

93 SAP de Santander núm. 29/1998, de 23 de abril, F.J. 4º.

94 SAP de Santander núm. 29/1998, de 23 de abril, F.J. 6º.

95 DEL ROSAL BLASCO, B., *op.cit.*, pág.79.

96 FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39, 1993, pág.207.

De hacerse un derecho fundamental de este mero actuar lícito, nada obstaría para convertir también en derechos fundamentales la libertad de consumir drogas, de beber alcohol o de fumar, conductas que, si bien no se prohíben, tampoco deben gozar de una categoría constitucional tan significativa.

Para PRIETO SANCHÍS, la cuestión no se centra en si los derechos fundamentales son subsumibles en un principio general de libertad, sino más bien en si el ordenamiento jurídico español contempla de forma genérica una libertad natural o de hecho o si las libertades sólo cuentan con la protección derivada del reconocimiento de un derecho específico, es decir, si existe un principio general de libertad en el que se incluyen libertades no previstas en derechos concretos o si contamos con una norma de clausura del sistema de libertades que abarca todo lo que no se proscribe ni impone. Este debate lleva a determinar “si la libertad jurídica es la norma o la excepción”. Este autor sostiene que el derecho general a la libertad se encuentra presente en diferentes preceptos constitucionales: primero, el artículo 1.1 CE, que concibe la libertad como un valor superior del ordenamiento jurídico español, implica que las normas limitativas de la libertad deben ser necesarias y adecuadas; en segundo lugar, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos prevista en el artículo 9.3 CE impone al poder legislativo un deber de racionalidad, sin que quepan las normas arbitrarias; finalmente, el libre desarrollo de la personalidad consagrado como fundamento del orden político y de la paz social en el artículo 10.1 de la *norma normarum* no es sino una manifestación del principio de autonomía que nos permite gestionar nuestras vidas como creamos conveniente⁹⁷. Respecto de este principio, por autonomía cabría entender no sólo una capacidad de autogobierno que nos permite plantearnos objetivos y adoptar decisiones encaminadas a lograrlos, sino también una condición de libertad que lleva consigo “la auto-posesión (o auto-propiedad), la autenticidad (mis deseos son auténticamente *míos*), la auto-creación (soy el producto de mis propias decisiones), auto-legislación (sólo estoy obligado por lo que determina mi voluntad, de acuerdo con una ley universal), autenticidad moral (actuar de acuerdo con los propios principios morales), auto-control (actuar gobernado desde dentro), auto-responsabilidad (tomar decisiones y ser responsable por ellas)” y un derecho que ha de ser respetado por el Estado; este principio de autonomía resulta clave en los aspectos éticos de la medicina y comprende “el derecho a la privacidad del paciente, la obligación de confidencialidad y de veracidad por parte del médico y … el deber de los médicos

97 PRIETO SANCHÍS, L., “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 8, 2000, págs.459-463.

de respetar el consentimiento informado del paciente”⁹⁸. Es en esta esfera en la que entiendo que se podría fundamentar la libertad de disponer de la propia vida, pero en ningún caso configurarse como un derecho fundamental.

No obstante, existe doctrina que defiende la inclusión del derecho a adoptar decisiones sobre la salud propia en el derecho a la integridad del artículo 15 CE. Así, REY MARTÍNEZ asevera que “el derecho de autodeterminación corporal como dato de derecho positivo es, hasta el momento, de naturaleza legal en España, pero su íntima conexión con el derecho fundamental de integridad personal del art. 15 CE, conduce necesariamente a considerarlo como una manifestación de éste y, en consecuencia, el legislador no podría derogar o desnaturalizar su configuración actual y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en la línea apuntada ya de modo indirecto por la Sentencia aludida) podría (y debería) considerarlo de este modo en cuanto tuviera oportunidad para ello”⁹⁹.

En el ámbito europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) establece en su artículo 2 que “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”. Por su parte, el artículo 3 de la misma norma prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes.

En relación con estos dos preceptos, es preciso analizar el Caso Pretty contra Reino Unido, en el que una mujer británica que padecía de una parálisis degenerativa e incurable solicitaba la inmunidad para su marido cuando éste le causase la muerte con el consentimiento de la enferma. Al ser rechazada su petición por el Director of Public Prosecutions, apeló ante un tribunal local y el supuesto llegó a la Cámara de los Lores, que consideró que aunque la normativa nacional proteja la vida, no obliga a la autoridad estatal a facilitar la muerte, de manera que el único que goza de impunidad para poner fin a la vida es el propio titular de la misma. La autoridad nacional se acogió a su margen de apreciación para resolver esta cuestión, argumentando que el CEDH consagra la libertad de los individuos para dirigir su vida, pero no para acabar con ella, así como el interés público que existe en defender la vida dada la necesidad de evitar posibles abusos¹⁰⁰.

98 RIVERA LÓPEZ, E., “Eutanasia y autonomía”, *Humanitas, humanidades médicas*, nº 1, 2003, págs.95-96.

99 REY MARTÍNEZ, F., *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág.92.

100 GARCÍA RAMÍREZ, S., “Suicidio asistido y homicidio requerido. ¿Derecho o deber de vivir?”,

Este supuesto llegó al TEDH, que interpretó que el artículo 2 no sólo obliga al Estado a abstenerse de causar la muerte, sino que también le impone el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas, incluidas medidas preventivas cuando la vida de alguien esté amenazada por un tercero. Consideró además el tribunal que no puede entenderse que este precepto incluya un aspecto negativo, pues esto supondría distorsionar el lenguaje para conceder un derecho diametralmente opuesto, el derecho a morir. No obstante, el TEDH sí reconoce la posibilidad de rechazar un tratamiento, con base en el derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 CEDH, “sin injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho”. De imponerse un tratamiento contra la voluntad de un paciente (siendo éste capaz de adoptar sus decisiones), se estaría vulnerando dicho precepto, así como la integridad física del paciente¹⁰¹.

En cuanto al artículo 3 CEDH, entiende el juzgador que calificar como trato inhumano o degradante la negativa a comprometerse a no proceder penalmente contra quien pusiese fin a la vida ajena o la prohibición del suicidio asistido en la legislación británica supondría una excesiva ampliación interpretativa de estos conceptos, de manera que no puede extraerse del precepto una obligación positiva estatal de permitir la ayuda pública ni privada para suicidarse. El TEDH arguye además en el Caso *Pretty contra Reino Unido* que se estaría otorgando impunidad al autor de un delito y que se debe procurar evitar situaciones de abusos en los que se aplique el suicidio asistido en supuestos en los que no se haya solicitado o en los que la solicitud esté viciada, con objeto de proteger a los más vulnerables y dependientes¹⁰². En definitiva, el TEDH también ha reconocido que la prohibición del suicidio asistido no contraviene los derechos humanos, pretendiendo así evitar posibles abusos en los que se practique el suicidio asistido sin el consentimiento del paciente o con un consentimiento viciado¹⁰³. Así pues, de acuerdo con el TEDH, en el Caso *Pretty contra Reino Unido* no existe ninguna vulneración de los derechos humanos alegados¹⁰⁴.

Revista de la Facultad de Derecho de México, nº 261, 2014, pág.315.

101 Caso *Pretty contra Reino Unido*, Sentencia del TEDH de 29 de abril de 2002.

102 Caso *Pretty contra Reino Unido*, Sentencia del TEDH de 29 de abril de 2002; CLIMENT GALLART, J. A., “La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la disposición de la propia vida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8, 2018, pág.134.

103 MARCOS DEL CANO, A. M., “¿Existe un derecho a la eutanasia? Panorama internacional y análisis de la Ley Orgánica de la Eutanasia de nuestro país”, *La Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, a debate*, Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico, nº 29, 2021, págs.134-135.

104 GARCÍA RAMÍREZ, S., *op.cit.*, pág.316.

Es imprescindible tomar en consideración la ingente jurisprudencia y doctrina constitucionalista que ha considerado que los derechos fundamentales son indisponibles, irrenunciables e imprescriptibles. Así, se ha afirmado por parte del máximo intérprete de la CE que “los derechos constitucionales son irrenunciables -proposición jurídica que es indiscutible-”¹⁰⁵ e incluso que “sería nula de pleno derecho ... cualquier cláusula de un contrato laboral en la que el profesor se comprometiera a renunciar de antemano a ejercer en un sentido determinado cualquier derecho o libertad fundamental en atención al ideario del centro”¹⁰⁶. Ha sido tajante también el TC al aseverar que “Los derechos fundamentales, que establecen una relación jurídica entre cada ciudadano y el Estado desde el reconocimiento de aquéllos en la Constitución, son permanentes e imprescriptibles”, añadiendo que, aunque las acciones para protegerse ante vulneraciones de derechos fundamentales prescriban, el derecho fundamental propiamente dicho no lo hace¹⁰⁷.

En definitiva, si como se ha expuesto, el derecho a la vida no incluye un sentido negativo (ni en el ámbito nacional ni a nivel europeo), y siendo éste un derecho fundamental, cuya titularidad resulta indisponible e irrenunciable, en principio no podría pretenderse legalizar su renuncia y al mismo tiempo proclamar su carácter fundamental. No obstante, se ha matizado que lo irrenunciable es el derecho en sí mismo, no su ejercicio, de manera que “se renuncia al derecho mismo cuando se produce su definitivo abandono, su transmisión o enajenación en bloque, de modo que es un tercero quien decide si se renuncia o no a la vida y, en caso afirmativo, con total autonomía para decidir el momento y las condiciones; por el contrario se renunciará a su ejercicio en un supuesto concreto cuando su titular encomienda a otra persona, en mayor o menor medida, la decisión de renunciar a la vida en el momento o condiciones por él fijados de modo más o menos preciso”¹⁰⁸. Hecho este matiz, en mi humilde opinión esta distinción no resulta aplicable al supuesto de la eutanasia, en la medida en que las particularidades del derecho a la vida hacen que sea físicamente imposible renunciar a su ejercicio sin renunciar al mismo tiempo a la titularidad del propio derecho, pues cuando uno pone fin a su vida deja de ostentar tal derecho de forma definitiva, de manera que las renuncias al ejercicio y a la titularidad se sincronizan a la perfección.

En coherencia con todo lo expuesto anteriormente, el Comité de Bioética se ha opuesto a esta ley, e incluso se firmó un manifiesto por parte de 160 juristas

105 STC núm. 11/1981, de 8 de abril, F.J. 14º.

106 STC núm. 5/1981, de 13 de febrero, voto particular 19º.

107 SSTC núm. 7/1983, de 14 de febrero, F.J. 3º y 58/1984, de 9 de mayo, F.J. 1º.

108 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *op.cit.*, pág.126.

que ya avisaron al Gobierno de que la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia era contraria a los artículos 10 (derecho a la dignidad de la persona), 14 (derecho a la igualdad y no discriminación), 15 (derecho a la vida y a la integridad física y moral), 43.1 (derecho a la protección de la salud), 49 (obligación de los poderes públicos de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran) y 50 CE (obligación de los poderes públicos de promover el bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio), habiéndose aseverado además que resulta insólito tramitar una ley orgánica relativa a un derecho fundamental como proposición de ley y no como proyecto de ley¹⁰⁹.

De hecho, la LORE ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, que ha sido admitido a trámite por el TC¹¹⁰. Y esta eventual inconstitucionalidad no constituye una mera objeción teórica carente de virtualidad práctica, sino que al tratarse de un derecho fundamental surgiría para el Estado la obligación de realizar prestaciones positivas que permitan a los titulares del derecho hacerlo efectivo. De esta forma, como apunta DÍAZ REVORIO, “podríamos terminar por justificar que ante alguien que pretende suicidarse arrojándose desde un puente o de lo alto de un edificio, la policía o los bomberos no estarían legitimados para tratar de impedirlo, sino que, al contrario, deberían facilitarle las cosas para que “haga efectivo” su derecho fundamental”¹¹¹.

En relación con la forma de dar cabida en nuestro ordenamiento jurídico a un derecho fundamental a disponer de la propia vida, no debe olvidarse la posibilidad de llevar a cabo una reforma constitucional a través del procedimiento agravado del artículo 168 CE. En este sentido, aunque la doctrina ha reconocido que tal reforma podría ser esclarecedora en esta materia, no ignora que es de una enorme dificultad y que constituiría una situación carente de precedentes en el Derecho constitucional comparado¹¹².

109 DANIELE, L., “Más de 160 juristas avisan al Gobierno de que la ley de eutanasia es « inconstitucional »”, *ABC Sociedad*, 2020, extraido de https://www.abc.es/sociedad/abci-mas-160-juristas-avisan-gobierno-ley-eutanasia-inconstitucional-202010091054_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F en fecha 12/1/2021.

110 TIRANT LO BLANCH, “El TC admite el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia”, *Tirant lo Blanch. Actualidad Jurídica*, 2021, extraido de <https://tirant.com/actualidad-juridica/noticia-admitido-el-recurso-contra-la-ley-de-eutanasia/> en fecha 08/07/2021.

111 DÍAZ REVORIO, F. J., *¿Derecho ... cit.*

112 CÁMARA VILLAR, G., *op.cit.*, págs.57-59.

5. Conclusiones.

La eutanasia ha sido un tema controvertido a lo largo de la Historia, e incluso con las legalizaciones que se están produciendo en el Derecho nacional y comparado, en la actualidad tampoco está exenta de debate social.

El respeto a la voluntad y autonomía del paciente se enfrenta al riesgo de la PR, que podría producir una progresiva reducción de los requisitos y un aumento de solicitudes de eutanasia en casos menos graves. Por su parte, la noble intención de evitar el encarnizamiento u obstinación terapéuticos ha sido objetada con motivo de la existencia de un importante desarrollo de los cuidados paliativos que permiten aliviar el sufrimiento de los enfermos.

La LORE emplea, en mi humilde opinión, un concepto de dudosa conveniencia: el de “sufriimiento insoportable” o “sufriimiento intolerable”. El problema de este término reside: primero, en el atentado contra la dignidad de las personas que puede suponer la idea de una vida indigna de ser vivida debido a los graves padecimientos; segundo, en la desmesurada capacidad atribuida al poder público si esta idea de intolerabilidad del sufrimiento tiene carácter objetivo, pues se deja en sus manos la decisión respecto del dolor que sufren los ciudadanos, que es algo eminentemente personal; por último, en la inseguridad jurídica que se genera si este concepto es subjetivo, pues la sensación personal de dolor de cada uno es lo que determina la posibilidad de practicar la eutanasia.

Por otra parte, la falta de legalización de la eutanasia fue calificada como una manifestación del paternalismo jurídico, es decir, como una injerencia estatal en la libertad de las personas con base en la obligación de protección de la vida incluso en contra de la voluntad de los interesados.

Existen numerosos principios constitucionales y derechos fundamentales implicados en la legalización de la eutanasia, como serían la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE), el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social (artículo 10.1 CE), el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 CE), el derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto (artículo 16 CE) y el derecho fundamental a la objeción de conciencia (artículo 30.2 CE).

No obstante, no cabe, en mi modesta opinión, considerar el derecho a disponer de la propia vida como un derecho fundamental, pues el derecho a la vida del artículo 15 CE no incluye una vertiente negativa, como se ha señalado en instancias

nacionales y europeas. Así pues, la disposición de la propia vida debe constituir un mero *agere licere* o actuar lícito, es decir, un acto no prohibido cuya permisibilidad deriva de una libertad general respecto de un bien jurídico disponible. Si se tratase de un derecho fundamental, también lo serían otras conductas como consumir drogas, beber alcohol o fumar, algo, a mi juicio, completamente inadmisible.

En definitiva, considero que la LORE resulta inconstitucional, en la medida en que pretende incluir el derecho a disponer de la propia vida en un derecho fundamental como la vida, algo que, como han dejado claro el TC y el TEDH en su jurisprudencia, no engloban el artículo 15 CE ni el artículo 2 CEDH.

6. Bibliografía.

AGUIAR GONZÁLEZ, F., SERRANO DEL ROSAL, R., SESMA CARLOS, D., “Eutanasia y suicidio asistido: un debate necesario”, *Fundación Centro de Estudios Andaluces*, nº 3, 2009.

ALEMANY GARCÍA, M., *El paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006.

ALEMANY GARCÍA, M., “Paternalismo”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 12, 2017.

BACON, F., *El avance del saber*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

BARRETO VAQUERO, D., “Reflexiones en torno a la eutanasia como problema de salud pública”, *Revista Cubana de Salud Pública*, nº 1, 2004.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “El procedimiento y los controles necesarios con el fin de garantizar la observancia de los requisitos objetivos y subjetivos”, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

BERISTAIN IPIÑA, A., “Consideraciones jurídicas y éticas de eutanasia (el nuevo bioderecho a la muerte propia)”, *Revista Derecho y Salud*, nº 1, 1999.

BONT, M., DORTA, K., CEBALLOS, J., RANDAZZO, A., URDANETA-CARRUYO, E., “Eutanasia: una visión histórico-hermenéutica”, *Comunidad y Salud*, nº 2, 2007.

CALDEVILLA DOMÍNGUEZ, D., “Sobre la eutanasia”, *Revista de Comunicación Vivat Academia*, nº 68, 2006.

CÁMARA VILLAR, G., “La tríada «bien constitucional vida humana/derecho a la vida/inexistencia de un derecho a la propia muerte» (acerca de la constitucionalidad de la regulación de la eutanasia en España en perspectiva comparada)”, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

CARBONELL MATEU, J. C., “Ley de la eutanasia: una ley emanada de la dignidad”, *La Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, a debate*, Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico, nº 29, 2021.

CASTELLÓN CASTELLÓN, V. M., “Análisis de la eutanasia”, *Alegatos*, nº 41, 1999.

CLIMENT GALLART, J. A., “La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la disposición de la propia vida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8, 2018.

COLLADO MADURGA, A. M., PIÑÓN GÁMEZ, A., ODALES IBARRA, R., ACOSTA QUINTANA, L., SERRA LARÍN, S., “Eutanasia y valor absoluto de la vida”, *Revista Cubana de Higiene y Epidemiología*, nº 3, 2011.

CORCOY BIDASOLO, M., “Delitos contra la vida humana independiente”, CORCOY BIDASOLO, M., VERA SÁNCHEZ, J. S. et alt., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CUENCA T., J. A., “Entorno social eutanasia y suicidio asistido: una propuesta intuitiva”, *Instituto Borja de Bioética*, 2007.

DANIELE, L., “Más de 160 juristas avisan al Gobierno de que la ley de eutanasia es «inconstitucional»”, *ABC Sociedad*, 2020, extraído de https://www.abc.es/sociedad/abci-mas-160-juristas-avisan-gobierno-ley-eutanasia-inconstitucional-202010091054_noticia.html?ref=https%2F%2Fwww.google.com%2F

DEL ROSAL BLASCO, B., “La participación y el suicidio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 1, 1987.

DE MIGUEL SÁNCHEZ, C., LÓPEZ ROMERO, A., “Eutanasia y suicidio asistido: conceptos generales, situación legal en Europa, Oregón y Australia”, *Medicina paliativa*, nº 4, 2006.

DÍAZ LÓPEZ, A., *La eutanasia*, Oviedo, 2017, extraído de https://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/handle/10651/43209/TFG_AliciaDiazLopez.pdf;jsessionid=BE14874751B477A6CBDF6CF62B072FB8?sequence=4.

DÍAZ REVORIO, F. J., “Aborto, asistencia médica obligatoria, y tratos inhumanos y degradantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *Foro Jurídico*, nº 2, 2003.

DÍAZ REVORIO, F. J., *Estudios sobre los derechos y sus garantías en el sistema constitucional español y en Europa*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D. F., 2015.

DÍAZ REVORIO, F. J., “¿Derecho a morir? (y II)”, *La tribuna de Toledo*, 2020, extraído de [https://www.latribunadetoledo.es/Opinion/Z973F250F-BFCF-1C78-85CF55D63E25E05F/202012/%c2%bfDerecho+a+morir%3f+\(y+II\).](https://www.latribunadetoledo.es/Opinion/Z973F250F-BFCF-1C78-85CF55D63E25E05F/202012/%c2%bfDerecho+a+morir%3f+(y+II).)

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Eutanasia y Derecho”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 9, 1995.

ESTIGARRIBIA AVALOS, L. C., “Eutanasia”, *Anales de la Facultad de Ciencias Médicas de la UNA*, nº 37 (1-2), 2004.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39, 1993.

GAFO FERNÁNDEZ, J., “La eutanasia y la ética del bienmorir”, *Revista Médica del Uruguay*, nº 6, 1990.

GARCÍA RAMÍREZ, S., “Suicidio asistido y homicidio requerido. ¿Derecho o deber de vivir?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 261, 2014.

GUERRA GARCÍA, Y. M., “Ley, jurisprudencia y eutanasia. Introducción al estudio de la normatividad comparada a la luz del caso colombiano”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, nº 25-2, 2013.

GUILLÉN CORREA, C., *Eutanasia y Cuidados Paliativos. Percepción de los Enfermeros del Área de Salud de La Palma*, Santa Cruz de La Palma, 2020, extraído de <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/19910/Eutanasia%20y%20Cuidados%20Paliativos.%20Percepcion%20de%20los%20Enfermeros%20del%20Area%20de%20Salud%20de%20La%20Palma.pdf?sequence=1>.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Derecho individual a la eutanasia y la (discutible) exclusión de las personas menores de edad”, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

HERRERA OCEGUEDA, J. R., “La necesidad de legalizar la eutanasia en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 242, 2004.

HIPÓCRATES DE COS, *Juramento Hipocrático*, 500 a.C.

JONSEN, A. R., “Ética de la eutanasia”, *Humanitas, humanidades médicas*, nº 1, 2003.

JUANATEY DORADO, C., “Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia voluntaria en España”, *La Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, a debate*, Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico, nº 29, 2021.

LAGE BARROSO, J. C., ACOSTA GÓMEZ, R. I., PUJOL RAMÍREZ, M. J., “La eutanasia desde sus diferentes aristas”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, nº 3, 2009, extraído de <https://www.eumed.net/rev/ccccs/03/bgr.pdf>.

LILIANA VILCHES, S., “Sobre la eutanasia”, *Revista de Psicología de la Universidad de Chile*, nº 1, 2001.

LÓPEZ PICAZO, E., “La eutanasia”, *Revista de Enfermería*, nº 9, 1999.

MARCOS DEL CANO, A. M., “¿Existe un derecho a la eutanasia? Panorama internacional y análisis de la Ley Orgánica de la Eutanasia de nuestro país”, *La Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, a debate*, Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico, nº 29, 2021.

MOLERO MARTÍN-SALAS, M. P., *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

MORO, T., *Utopía*, 1516, extraído de <https://www.biblioteca.org.ar/libros/300883.pdf>.

OGÁLLAR BOISO, Á., *La eutanasia desde una perspectiva constitucional: el derecho a la vida*, Jaén, 2020, extraído de http://tauja.ujaen.es/bits-tream/10953.1/12434/1/TFG_en_PDF.pdf.

PASCUCCI, DE PONTE, E., “Cuestiones en torno a la eutanasia”, *SABERES. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, nº 1, 2003.

PEÑARANDA RAMOS, E., “Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros”, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

PÉREZ F., M., “Eutanasia”, *Revista Médica Clínica Las Condes*, nº 3, 2006.

PLATÓN, *La República*, Luarna Ediciones, 370 a.C.

PRESNO LINERA, M. Á., “La eutanasia como derecho fundamental”, *La Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, a debate*, Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico, nº 29, 2021.

PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

PRIETO SANCHÍS, L., “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 8, 2000.

REY MARTÍNEZ, F., “El debate de la eutanasia y el suicidio asistido en perspectiva comparada. Garantías de procedimiento a tener en cuenta ante su eventual despenalización en España”, *Revista de Derecho Político*, nº 71-72, 2008.

REY MARTÍNEZ, F., *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

REY MARTÍNEZ, F., “Eutanasia y derechos fundamentales”, *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, nº 13, 2009.

RIVERA LÓPEZ, E., “Eutanasia y autonomía”, *Humanitas, humanidades médicas*, nº 1, 2003.

ROYES, A., “La eutanasia y el suicidio médicaamente asistido”, *Psicooncología*, nº 2-3, 2008.

RUIZ MIGUEL, A., “Objeción de conciencia y eutanasia”, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

SÁDABA GARAY, J., “Eutanasia y ética”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 8, 2006.

SEMPERE RAMÍREZ, J. O., *Análisis del delito de cooperación al suicidio del artículo 143.4 CP en relación con la práctica de la eutanasia en España y comparativa internacional*, Alicante, 2020, extraído de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/107670/1/Analisis_del_delito_de_cooperacion_al_suicidio_Sempere_Ramirez_Juan_Octavio.pdf.

SIMÓN LORDA, P., BARRIO CANTALEJO, I. M., “El caso de Inmaculada Echevarría: implicaciones éticas y jurídicas”, *Medicina intensiva*, nº 9, 2008.

TIRANT LO BLANCH, “El TC admite el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia”, *Tirant lo Blanch. Actualidad Jurídica*, 2021, extraído de <https://tirant.com/actualidad-juridica/noticia-admitido-el-recurso-contra-la-ley-de-eutanasia/>.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La eutanasia: marco legal en España y encaje del posible derecho a disponer de la propia vida”, TERRIBAS I SALA, N., ESQUIROL I CALAF, J. M. et alt., *Eutanasia y suicidio asistido*, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, nº 41, Barcelona, 2016.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: valoración global y primeras dudas interpretativas”, *La Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, a debate*, Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico, nº 29, 2021.

VEGA GUTIÉRREZ, J., “La práctica de la eutanasia en Bélgica y la «pendiente resbaladiza»”, *Cuadernos de Bioética*, nº 1, 2007.

VILCHEZ HERRERA, C., *El derecho a la vida desde una perspectiva constitucional*, Jaén, 2020, extraído de http://tauja.ujaen.es/bitstream/10953.1/12903/1/TFG_Claudia_Vlchez_Herrera.pdf.

7. Jurisprudencia consultada.

STC núm. 5/1981, de 13 de febrero.

STC núm. 11/1981, de 8 de abril.

STC núm. 7/1983, de 14 de febrero.

STC núm. 58/1984, de 9 de mayo.

STC núm. 53/1985, de 11 de abril.

STC núm. 132/1989, de 18 julio.

STC núm. 120/1990, de 27 de junio.

STC núm. 137/1990, de 19 de julio.

SAP de Santander núm. 29/1998, de 23 de abril.

Caso *Pretty contra Reino Unido*, Sentencia del TEDH de 29 de abril de 2002.

STC núm. 154/2002, de 18 de julio.

Caso *Haas contra Suiza*, Sentencia del TEDH de 20 de enero de 2011.

Caso *Lambert y otros contra Francia*, Sentencia del TEDH de 5 de junio de 2015.

RESUMEN / ABSTRACT

La eutanasia ha sido un tema polémico en la Historia. En época moderna, existen experiencias legislativas internacionales en materia de eutanasia, que muestran la posibilidad del problema de la “pendiente resbaladiza”. En España la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso GRAPO dejó clara la obligación estatal de proteger la salud y la vida, incluso en contra de la voluntad de los ciudadanos. La Ley de Autonomía del Paciente y el Código Penal también son normas importantes. Este texto analiza la posible inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021 a través del estudio de los siguientes elementos: las dificultades derivadas de los conceptos de “sufrimiento intolerable” o “sufrimiento insoportable”, que pueden generar confusión e inseguridad jurídica y lesionar la dignidad de las personas; la necesidad de detener el paternalismo jurídico; la posibilidad o imposibilidad de atribuir naturaleza de derecho fundamental a la vertiente negativa del derecho a la vida.

Euthanasia has been a controversial topic throughout History. In modern times, there are international legislative experiences on euthanasia, showing the possibility of the “slippery slope” problem. In Spain, the Constitutional Court’s Sentence on the GRAPO case made clear the State’s obligation to protect health and life, even against the will of citizens. The Patient Autonomy Law and the Penal Code are also important rules. This text analyses the possible unconstitutionality of the Organic Law 3/2021 through the study of the following elements: the difficulties derived from the concepts of “intolerable suffering” or “unbearable suffering”, which can generate confusion and legal insecurity and damage the dignity of people; the need to stop legal paternalism; the possibility or impossibility of giving a nature of fundamental right to the negative aspect of the right to life.

PALABRAS CLAVE / KEY WORDS

Eutanasia, derecho a la vida, derecho a la muerte, derecho a disponer de la propia vida, derechos fundamentales, sufrimiento intolerable, sufrimiento insoportable, paternalismo jurídico, inconstitucionalidad.

Euthanasia, right to life, right to death, right to decide about one’s own life, fundamental rights, intolerable suffering, unbearable suffering, legal paternalism, unconstitutionality.

II. ARTÍCULOS Y NOTAS

SUMARIO

- **Roberto Romboli:** “*Vacunas obligatorias y principios constitucionales: una importante decisión Del Tribunal Europeo y una mirada a los problemas de vacunación contra el Covid-19*”.
- **M^a Nieves Pacheco Jiménez:** “*Recorrido normativo por el derecho de acceso prioritario a vivienda protegida de las mujeres víctimas de violencia de género. Particular referencia a su regulación en Castilla-La Mancha*”.
- **Víctor Orozco Solano:** “*Competencia concurrente de la Sala Constitucional y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando se trata de la defensa del derecho protegido en el artículo 41 constitucional, en los casos denuncias o procedimientos ambientales*”.

**VACUNAS OBLIGATORIAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES:
UNA IMPORTANTE DECISIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO Y UNA MIRADA
A LOS PROBLEMAS DE VACUNACIÓN CONTRA EL COVID-19**

**COMPULSORY VACCINATIONS AND CONSTITUTIONAL PRINCIPLES:
AN IMPORTANT DECISION OF THE EUROPEAN COURT AND A LOOK
AT THE PROBLEMS OF VACCINATION AGAINST COVID-19**

**VACCINAZIONI OBBLIGATORIE E PRINCIPI COSTITUZIONALI:
UNA IMPORTANTE DECISIONE DELLA CORTE EDU ED UNO SGUARDO
AI PROBLEMI DELLA VACCINAZIONE ANTI COVID-19**

Roberto Romboli¹

Recibido: 25-07-2021

Aceptado: 02-09-2021

¹ Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Pisa, Italia.

Introducción.

Con referencia al consentimiento informado, se ha realizado lo que podríamos llamar una verdadera “revolución copernicana”.

Hasta la mitad del siglo pasado el destino (y la salud) del paciente estaba totalmente en manos del personal médico, quien decidía que era lo mejor para él, en virtud de lo que podríamos llamar interés público (el interés, por ejemplo, del estado fascista era un sujeto físicamente capaz de realizar las tareas de un buen padre, un buen trabajador, un buen soldado).

El médico trabajaba en soledad y el paciente era solo un objeto.

A partir de entonces, se reconoce la necesidad del consentimiento del paciente. Sin embargo, en un principio, solo tenía la intención de autorizar la intervención del médico en su cuerpo, impidiendo que el médico fuese procesado por un delito de lesiones. Entonces, el consentimiento, se refería principalmente a una dimensión física.

Hoy en día el objeto de protección no es solo el aspecto físico, sino también la persona con sus creencias (por ejemplo, el caso de los testigos de Jehová y de la trasfusión de sangre), y su dimensión cultural, la persona en el sentido moral, que también puede decidir sobre las formas, los tiempos y los modos del final de la propia existencia.

Esta evolución conduce a una nueva situación, no a la que se refiere al “poder” de disposición de su cuerpo (como si se tratara de algo y separado de la persona), sino a la “libertad” de autodeterminación respecto a los actos que pertenecen a su cuerpo.

La disposición del propio cuerpo se convierte en una forma de manifestar la propia personalidad, en una visión unitaria y no separada de la mente y el cuerpo.

Por lo tanto, el consentimiento se considera una elección “moral” que pertenece al paciente, y no una “técnica” que sólo podría pertenecer al médico. En esta decisión el espacio está expandido (para ambos), en gran medida como resultado de los continuos avances de la ciencia médica.

La evolución mencionada conduce a valorizar el principio de la autodeterminación de la persona (principio personalista), pero no debe suponer la transición

de una situación de soledad (la del médico) a otra situación de soledad (la de los enfermos). La solución adecuada es, de hecho, la colaboración entre el médico, el paciente y la familia.

En la reciente Carta de derechos fundamentales de la UE, el derecho a respetar el consentimiento informado se incluye en el capítulo dedicado a la “dignidad” de la persona humana.

El principio del consentimiento informado significa que el paciente debe recibir toda la información necesaria, antes del tratamiento, que le permitirá decidir con conciencia. Por este motivo, actualmente, antes de cualquier intervención es necesario firmar una declaración en ese sentido, con el fin de aliviar al personal médico de cualquier responsabilidad.

Particularmente delicada puede ser la decisión de informar al paciente sobre sus condiciones de salud reales, cuando esta información podría, a juicio del médico, poner en peligro la salud del paciente (al menos la salud mental).

¿Debe prevalecer la necesidad de informar o la de la salud del paciente?

En principio, creo que debe prevalecer la primera, para evitar una actitud paternalista y protectora hacia sujetos adultos, plenamente capaces de comprender y decidir, y así respetar la dignidad de la persona.

Para legitimar el tratamiento médico, junto al consentimiento, también es necesario que el mismo, según el conocimiento médico, mejore la salud del paciente. Si, por el contrario, se tiene la certeza de que el tratamiento es inútil o más aun, si es perjudicial, el consentimiento debe considerarse ilegítimo; además de la responsabilidad en la que incurren los médicos que lo apliquen.

I

El tema de los tratamientos médicos involucra problemas de carácter filosófico, ético, moral, religioso, si bien el presente trabajo tendrá como objeto únicamente los aspectos jurídicos y en particular los referidos al Derecho Constitucional.

Dentro del ámbito constitucional, el derecho más vinculado al tema que nos ocupa es el derecho a la salud, tanto en sentido físico como psicológico, y con referencia tanto al ámbito individual como al colectivo.

El art. 32 de la Constitución italiana se expresa de la siguiente manera: “la república protege la salud como derecho fundamental del individuo y como interés de la comunidad”.

Según una tesis, el derecho a la salud debe calificarse como un derecho-deber (la salud como derecho social), a realizarse incluso contra la voluntad del individuo, pudiendo así justificar cualquier tratamiento en nombre del bienestar social. La salud sería un valor no solo para el individuo, sino para toda la sociedad. Esta tesis enfatiza en particular el principio constitucional de la solidaridad.

Incluso reconociendo plenamente el valor y la importancia de la solidaridad económica, política y social, hoy prevalece absolutamente, una interpretación diferente del derecho a la salud.

Esta otra tesis pone el derecho a la salud en estrecha relación con el principio personalista, que sitúa en el centro la protección de la persona humana y su dignidad, y expresa el principio de autodeterminación del sujeto frente a los actos de disposición de su propio cuerpo .

Se habla de un “derecho a enfermarse, a no ser tratado o a dejarse morir “ . Esto se debe al carácter cerrado del catálogo de los deberes.

El principio personalista significa que el interés y la voluntad del individuo deben, por regla general, prevalecer sobre el interés de la comunidad.

El derecho a enfermarse claramente, no significa la voluntad de un sujeto de ir en busca de una enfermedad, o no ser tratado por pereza, indolencia u otro tipo de motivos. Con esta expresión nos referirnos a la libertad de un sujeto para autodeterminarse con respecto a su propia salud, eligiendo entre los tratamientos recomendados y rechazando los considerados inaceptables. Por ello, el fenómeno no puede ser examinado de forma abstracta, sino que debe referirse al caso concreto y a las razones subyacentes a la elección.

La libertad de autodeterminación con respecto a los tratamientos sanitarios se ha expresada en los últimos años como la posibilidad de interrumpir los tratamientos, aun cuando dicha decisión pueda ocasionar la muerte. También supone la posibilidad de realizar declaraciones anticipadas, por si en un momento posterior el sujeto se encontrara en una situación de incapacidad y no pudiera expresarse de manera jurídicamente válida.

El mismo principio de autodeterminación se sitúa en el centro del debate sobre la legalización de la ayuda al suicidio, en referencia al caso en el que un tercero (médico, amigo o familiar) realiza una actividad ejecutiva, para que el paciente incapaz de hacerlo, pueda ser ayudado a cumplir su voluntad (por ejemplo, llevar al paciente en coche a una clínica suiza donde se practica la llamada muerte dulce).

Con respecto a las particulares técnicas de interpretación que se utilizarán en el análisis objeto de este trabajo, puede ser útil recordar al menos dos de ellas: a) la ponderación entre los diferentes derechos y valores constitucionales y b) la relación entre el derecho y la ciencia.

Respecto a la primera de ellas. Normalmente, cuando ejercemos un derecho, casi siempre tiene un impacto sobre otros derechos u otras posiciones protegidas constitucionalmente. En estos casos juega un papel fundamental las actividades de ponderación, a fin de identificar el punto de menor sacrificio o de mejor realización para todos los derechos involucrados.

En nuestro caso surge un aspecto problemático: la ponderación se puede ejercer en abstracto, sobre la base de los datos normativos, o de manera concreta, con especial referencia a las particularidades de cada caso.

No hay duda de que para el tema que nos ocupa debe prevalecer el segundo modo de llevar a cabo la ponderación; de hecho, el resultado de la ponderación puede ser diferente según el momento histórico en el que se lleve a cabo. Así, por ejemplo, el acto mismo de disponer del propio cuerpo, frente a los mismos principios constitucionales, podría ser entendido como un delito, o bien como un derecho (como sucedió, por ejemplo, con la interrupción voluntaria del embarazo).

Entonces, podríamos preguntarnos:

¿Cuáles son los sujetos más adecuados para practicar realmente la actividad de ponderación? ¿Quién está en las mejores condiciones para hacerlo? ¿El legislador estatal, el legislador regional, el juez constitucional, el juez ordinario, los mismos médicos sobre la base de las reglas establecidas en los códigos deontológicos?

Con referencia a estos últimos: ¿es posible que no se pueda ejercer un derecho fundamental porque los mismos médicos lo consideran contrario a sus reglas deontológicas?

Respecto a la segunda de ellas. La conexión entre el Derecho y los resultados obtenidos por la ciencia médica es evidente. Resultados que el legislador y los jueces deben tener en cuenta al regular una determinada materia o al interpretar esa disciplina.

De hecho, la razón de una ley está muy a menudo estrechamente relacionada con los resultados científicos obtenidos y los tiene en cuenta. Así, por ejemplo, en Italia hace unos años, se aprobó una ley que introdujo la obligación de algunas vacunas para los niños, sobre la base de los datos científicos que indicaban una posible nueva propagación del virus del sarampión, debido a la disminución de las vacunas, lo que provocó que bajara el umbral de la llamada inmunidad de grupo o de rebaño.

Una ley que contradice la evidencia de los resultados científicos sería una ley irracional y, por lo tanto, inconstitucional.

Esto afecta, incluso, a la técnica de interpretación de los mismos principios constitucionales.

Al referirse a estos, especialmente con respecto a las Cartas constitucionales aprobadas inmediatamente después de la segunda guerra mundial, es necesario proceder con gran precaución y esto por varias razones:

- a) a menudo nos encontramos con actos que eran absolutamente inconcebibles en el momento de aprobación de la Constitución, en razón a los resultados obtenidos por la ciencia médica.
Por este motivo, es totalmente desaconsejable, especialmente en este asunto, recurrir a la interpretación originalista que reconstruye la voluntad histórica del constituyente;
- b) la constante evolución de la ciencia médica, respecto a la cual el derecho no puede mantenerse actualizado;
- c) evolución de la conciencia común y del sentimiento común sobre estos temas;
- d) relatividad de algunos principios constitucionales (por ejemplo, vida, salud, libertad, solidaridad) que pueden usarse en un sentido y también en el sentido exactamente opuesto, y que pueden ser utilizados para apoyar una tesis, y de igual forma, la tesis opuesta.

Cuando hablamos de tratamiento médico, nos referimos a un acto realizado por un tercero (generalmente por personal médico) sobre el cuerpo de un paciente, con el fin de beneficiar la salud física o mental del mismo.

En los tratamientos médicos la regla general debe ser la voluntariedad, mientras que el carácter obligatorio debe considerarse la excepción. De ahí el papel central que juega el consentimiento del interesado, que siempre será necesario, incluso cuando se trate, por ejemplo, de una intervención quirúrgica que indudablemente está dirigida a mejorar la salud del paciente. Esta finalidad por si sola no es suficiente para legitimar la intervención en mi cuerpo.

Los tratamientos médicos obligatorios son, como decíamos, una excepción a la regla, y por eso están previstas ciertas garantías para los derechos involucrados y particulares condiciones para su legitimidad. Por tanto, la obligatoriedad de un tratamiento puede verse como una última ratio, cuando otras soluciones menos impositivas han demostrado ser inadecuadas o ineficaces.

En primer lugar, conviene precisar que determinadas obligaciones impuestas a los ciudadanos no entran dentro de los tratamientos sanitarios obligatorios, por el hecho de que no pueden calificarse como tratamientos sanitarios. Me refiero a la obligación de llevar un casco para viajar en motocicletas, de abrocharse los cinturones de seguridad en los coches o la obligación de llevar las mascarillas. Supuestos que a menudo, de una forma totalmente inadecuada, han sido abordados como tratamientos médicos obligatorios, mientras que no están sujetos a los criterios y las condiciones relativas a los tratamientos sanitarios.

En el contexto de los tratamientos médicos obligatorios, el más conocido, y por tanto el más estudiado, es el de las vacunas obligatorias.

En el contexto europeo, las condiciones más habituales para legitimar la obligatoriedad de las vacunas son fundamentalmente tres :

- a) que el tratamiento sea requerido por ley (reserva de ley);
- b) que el tratamiento no sea en ningún caso contrario a la dignidad humana;
- c) que, en caso de lesión resultante de la vacunación, por el carácter incluso solidario del tratamiento, sea establecida una justa compensación.

Veamos algunos detalles más específicos con respecto a estas tres condiciones.

En cuanto a la reserva de ley, surge el problema de establecer si la reserva debe considerarse absoluta, en el sentido de excluir cualquier intervención reguladora de fuentes del derecho de rango inferior a la ley, o relativa, en el sentido de permitir esta intervención infralegal. La posición dominante es en este segundo sentido, pero excluyendo que las fuentes secundarias puedan prever nuevas hipó-

tesis de vacunación; solo pueden contener elementos de especificación de hipótesis expresamente previstas por la ley.

Respecto a este asunto, surge un segundo problema, referido a la posibilidad de prever hipótesis de vacunación obligatoria mediante leyes regionales. La posición predominante es en el sentido de excluir esta posibilidad, en consideración a que se están afectando derechos humanos fundamentales, por lo que no podría aceptarse que solo los habitantes de una región estén sujetos a la obligación de vacunación y no los de otras regiones. La decisión de hacer obligatoria una vacuna incide en el principio de igualdad y debe derivar, como se mencionó, de la evaluación de datos científicos y requiere medidas necesariamente homogéneas para todo el territorio nacional.

Cuando hay situaciones excepcionales para una parte del país, la ley que exige la vacunación debe ser, igualmente, una ley estatal y no de carácter regional.

La experiencia reciente de la pandemia Covid-19 y el carácter global de la misma, ha provocado un tercer problema, esto es, se discute la posibilidad de una única disciplina a nivel supranacional.

En la situación actual parecería muy difícil el reconocer, por ejemplo, tal competencia a los órganos de la Unión Europea, mientras que creo que es posible reconocer un ámbito de intervención para los Tribunales supranacionales, como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea .

Un cuarto problema se refiere a la posibilidad de derivar la obligación de vacunación de principios y reglas generales, o requerir que la obligación de cada vacunación esté contenida en una ley específica aprobada ad hoc.

En el primer sentido, se consideró posible basar una obligación de vacunación en la disposición general según la cual el empleador debe velar por la seguridad del lugar de trabajo o el deber del Estado de garantizar la salud e integridad física de los reclusos.

Creo que la solución constitucionalmente más correcta es en cambio la segunda, ya que es, como se mencionó, una excepción a la regla y una actividad de ponderación que debe llevarse a cabo no en abstracto, sino en concreto y, por lo tanto, con respecto a una hipótesis de vacunación específica.

En cuanto a que el tratamiento no puede ser contrario a la dignidad humana, lo cierto es que los contornos de la noción de dignidad son bastante genéricos, por lo que dejan un margen de interpretación al legislador y al Tribunal Constitucional.

La tesis más seguida es que debe tratarse de un tratamiento que tienda a proteger tanto la salud individual como la colectiva, ya que la presencia de uno solo de los dos fines no puede considerarse suficiente, ya que si va a proteger sólo la salud individual, prevalece la libertad de autodeterminación, y si sólo protege la salud colectiva, no se puede imponer un sacrificio al individuo en nombre de un interés social.

Con respecto a la previsión de compensación, se asume que cada intervención de vacunación nunca tiene un riesgo cero. En el caso de daños resultantes de una vacunación impuesta por el Estado, éste debe considerarse obligado a otorgar, además de la indemnización por daños, también una justa compensación, ya que la vacunación también fue impuesta en beneficio de la salud colectiva.

En Italia, tras reconocer la necesidad de una compensación justa por las vacunaciones obligatorias, se reconoció también la misma compensación en el caso de las vacunas no obligatorias, pero fuertemente recomendadas por las autoridades públicas, a través de campañas de información específicas.

II

Como indicaba en el resumen inicial, dedicaré una parte de este trabajo a comentar la STEDH *Affaire Vavricka v. República Checa*, de 8 de abril de 2021.

La decisión, aunque no se refiere directamente a las vacunas contra Covid-19, sin embargo, es particularmente interesante y significativa, ya que permite reflexionar sobre las implicaciones que se derivan de cualquier decisión de los estados de imponer la obligatoriedad.

La regulación constitucional checa prevé que no se puede imponer ninguna obligación o restricciones en los derechos fundamentales, excepto mediante ley del Parlamento. El estado puede ser considerado responsable por las lesiones resultantes de la vacuna.

En este caso, los recurrentes habían impugnado la decisión de no admitir a sus hijos en el jardín de infancia, o la condena a una multa, por no vacunar a sus hi-

jos, ante los jueces administrativos y luego ante el Tribunal Constitucional. Invocaban el derecho a rechazar un tratamiento médico, sus convicciones religiosas y, oponiéndose a lo calificado como “experimentación irresponsable sobre la propia salud”, destacaban los efectos secundarios y potencialmente dañinos de la vacuna.

El Tribunal Constitucional declaró que la vacunación obligatoria debe ser considerada una limitación admisible del derecho fundamental a manifestar libremente las creencias religiosas, ya que es una medida necesaria en una sociedad democrática, para la protección de la seguridad pública, la salud y la libertad de los demás.

Sin embargo, esta restricción no debe significar una aplicación incondicional de la obligación de vacunación, sin tener en cuenta aspectos personales o los motivos de la denegación.

En concreto, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente: “el sujeto público que decide sobre el cumplimiento de la obligación de vacunación o sobre la sanción a imponer en caso de incumplimiento de la obligación, debe tener en cuenta las razones excepcionales que subyacen a la denegación de la vacunación. Si existen razones “excepcionales” para proteger la autonomía de la persona, a pesar de la presencia de un interés público contrario, hay que renunciar a imponer y sancionar”.

La decisión final del Tribunal Constitucional desestimó el recurso por ser manifiestamente infundado.

El tribunal de Estrasburgo citó la jurisprudencia constitucional comparada, del CC francés, del Tribunal Constitucional de Hungría, de Macedonia del Norte, de Italia, de la República de Moldavia, de Serbia, de Eslovaquia, de Eslovenia, del Reino Unido, que han abordado cuestiones de constitucionalidad relacionadas con la vacunación obligatoria, especialmente en menores.

Ninguno de estos Jueces constitucionales, nunca, ha declarado inconstitucional la ley que preveía la vacunación, pero siempre han desestimado las cuestiones de constitucionalidad planteadas, a través de diferentes motivaciones. El aspecto más común es la razón de proteger la salud pública y, en todo caso, la presencia de un interés general de la sociedad.

El Tribunal Europeo examina el problema sobre todo en el aspecto de la supuesta infracción del art. 8 CEDU, considerando si hubo incumplimiento de alguno de sus contenidos:

1) “ requerido por la ley” , que debe ser precisa para que los destinatarios de la obligación sepan como comportarse.

El Tribunal advierte que el término «ley» debe entenderse en su sentido «sustancial» y no «formal», especialmente como un derecho escrito, por lo tanto no solo legislativo, sino también como fuentes secundarias, de rango inferior a la ley.

Conclusión: la obligación en este caso está prevista por la ley.

2) Existencia de “una finalidad legítima”, el objetivo es proteger contra enfermedades que puedan crear un riesgo grave para la salud. Entonces el propósito es legítimo.

3) “necesidad en una sociedad democrática” y margen de apreciación .

Una medida es necesaria si tiene un fin legítimo y responde a una necesidad social “imperieux” (imperativa) y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificar la intervención son “pertinentes y suficientes”, así como “proporcionadas” a la finalidad que se persigue.

El Tribunal concluye que en tema de salud pública, en principio, se aplica el margen de apreciación de los estados individuales, ya que están en una mejor posición para evaluar las prioridades, el uso de los recursos disponibles y las necesidades reales de la sociedad.

En el caso específico del tratamiento médico obligatorio, la exigencia de vacunación ciertamente tendrá un impacto en los derechos fundamentales, pero esto se ve mitigado por el hecho de que la vacuna no se hace contra la voluntad del paciente, ya que no se piensa en el uso de la fuerza para obtener el resultado.

El Tribunal advierte que sobre la materia existe un consenso general, y también el apoyo de los organismos técnicos especializados, mientras que no existe un modelo único entre los países de la UE sobre los instrumentos mediante los cuales perseguir el resultado. En la República Checa, las autoridades médicas del país apoyaron firmemente la obligación de vacunación por los menores.

Podemos decir que estamos en presencia, no solo de una ‘circularidad’ en Europa de los contenidos de las decisiones de los Tribunales, como hemos dicho, si no también de los de la regulación, que muchas veces es coincidente.

A modo de ejemplo, la reciente legislación de Alemania (1-febrero-2020), que impuso la vacunación de menores contra el sarampión, bajo pena de multa de hasta 2500 euros, o la francesa (ley de 2017), que prevé vacunas pediátricas obligatorias, cuyo incumplimiento determina la imposibilidad de acceder a los servicios educativos y al sistema escolar.

La medida de la vacunación obligatoria debe entonces entenderse bajo el aspecto de la solidaridad social, con el objetivo de proteger la salud de todos, en particular de las personas especialmente vulnerables ante determinadas enfermedades, frente a cuyo objetivo al resto de la población se le pide que asuma un riesgo mínimo al vacunarse.

4) Razones pertinentes y suficientes.

Existe un consenso general entre los estados a favor del objetivo de lograr el nivel más alto posible de cobertura de vacunación.

Aunque el modelo de vacunación obligatoria no es el único, su elección está dentro del margen de apreciación estatal.

5) Criterio de proporcionalidad.

Si bien el Estado puede legítimamente decidir sobre la vacunación obligatoria, no es posible imponerla por la fuerza, sino con sanciones que funcionan como un método indirecto para hacer cumplir la obligación.

En el caso específico la sanción ha sido muy utilizada, en lo que respecta a la no admisión en las guarderías, se trata de una medida más bien preventiva que de castigo, y limitada en el tiempo (de hecho, no se aplica a la enseñanza obligatoria, sólo en guarderías) y la sanción administrativa es aplicable solo una vez.

Conclusiones

La pregunta no es si hubiera sido posible otra política menos prescriptiva. Se trata más bien de evaluar si, al sopesar todos los intereses en juego, las autoridades checas se han mantenido dentro del margen de apreciación que les fue reconocido.

Según la Corte, las autoridades se han mantenido dentro de estos márgenes, por lo que no ha habido violación del art. 8 del Convenio.

Sobre el art. 9 CEDU (libertad de pensamiento, religión, etc.), lo que entra en juego no es la libertad religiosa, sino la libertad de conciencia y de pensamiento.

El Tribunal recuerda lo que ya expresó respecto a la objeción de conciencia al servicio militar y para el caso Pretty (ayuda al suicidio).

El solicitante se refirió a motivos relacionados con su salud individual y la baja fiabilidad de la vacuna.

La Corte considera que estas declaraciones genéricas no tienen la suficiente fuerza, seriedad, coherencia e importancia para justificar la aplicación de las garantías a que se refiere el art. 9 CEDU.

III

Veamos ahora los problemas que han surgido en el examen de los principios constitucionales sobre vacunación y en la sentencia del Tribunal Europeo, con la mirada puesta en la situación que se ha presentado tras la pandemia de Covid 19.

Los temas se refieren en particular a:

- a) los destinatarios de la obligación de vacunación.
- b) las sanciones en caso de incumplimiento de la obligación.
- c) la negativa a vacunarse como expresión de libertad de conciencia.
- d) la vacunación no como obligación, sino como derecho.

En primer lugar, una premisa, con referencia al período pandémico aún en curso. En algunos países, como España, la Constitución prevé expresamente una situación de excepción, a distintos niveles, en la que los derechos están sujetos a una limitación, en otros países, como Italia, no se prevé ninguna situación excepcional y por tanto los derechos fundamentales pueden ser restringidos solo a través de las formas establecidas normalmente en la Constitución. Por ejemplo, la Constitución italiana establece que la libertad de circulación o la libertad de reunión puede ser limitada por ley y por razones de salud o seguridad pública.

Incluso la relación entre el derecho y los resultados de la ciencia, a la que me he referido unos párrafos más arriba, ha sido sumamente evidente en los últimos

meses: nuestra vida (y nuestros derechos) han estado condicionados por comunicaciones oficiales de las autoridades sanitarias relacionadas con el estado de propagación del virus.

Hay quien opina que las opciones políticas casi quedaron anuladas, teniendo que ceñirse a estas informaciones científicas y sanitarias.

Quizás esta última afirmación es excesiva, precisamente porque, en cualquier caso, nunca se puede excluir la necesidad de una ponderación entre los diversos derechos e intereses en juego. Entonces, para la ciencia médica, la mejor y más eficaz solución contra la propagación del virus puede ser que permanezcamos todos encerrados en nuestras casas. Es, sin embargo, la política la que debe ponderar esta necesidad (sin duda importante) con otras también importantes, como las necesidades de salud (apertura de los hospitales), la industria de la alimentación (producción y distribución) y la economía nacional, para evitar que, una vez liberados de la obligación de permanecer en casa, nos encontramos con un país destruido por otras razones.

De momento, la mayoría de países europeos no han aprobado una ley que imponga la obligación general de vacunar contra el virus Covid-19. En consecuencia, en ausencia de una ley, nadie puede ser obligado a vacunarse, ya que si existe el derecho, como sabemos, a no someterse a un tratamiento médico específico, no se puede negar ciertamente el derecho a correr el riesgo de enfermarse, incluso de una enfermedad grave.

En cuanto a los destinatarios de la obligación de vacunación, podemos distinguir según si la obligación es general y afecta a toda la población, o si se dirige únicamente a una categoría específica, más o menos amplia, de personas.

Quisiera plantear algunos problemas para el primer caso. Una vacunación generalizada sin duda podría ser razonable, si el propósito es bloquear la propagación de un virus contagioso con resultados mortales, como el covid-19, pero:

- ¿Podría considerarse una medida “proporcionada”? Algunos han cuestionado esto, debido a las muchas incertidumbres sobre la eficacia y los efectos secundarios de la vacuna (por ejemplo, de AstraZeneca).
- Ante una obligación generalizada, ¿existen herramientas realmente eficaces para hacerla cumplir?
- ¿Se podría pensar en la intervención de los Tribunales supranacionales para imponer a los estados la aprobación de una ley que obligara a la vacunación anti Covid-19?

En cuanto a una vacunación más concreta, con mayor frecuencia se han previsto hipótesis de obligación de vacunación solo para algunas categorías específicas de personas, una de ellas es precisamente la que es objeto de la decisión del Tribunal Europeo que hemos examinado, a saber, la de los menores, en cuyo caso, como recordó el Tribunal, el interés superior del menor juega un papel central.

También en estos casos se plantean una serie de problemas:

- ¿Cuál es la edad a tener en cuenta: la mayoría de edad o la capacidad de comprender y querer?
- En caso de incapacidad, ¿quién debe tomar las decisiones (y posiblemente sufrir las sanciones)?
- Si los padres están en contra, ¿puede el juez intervenir y ordenar la vacunación en interés de la salud del menor (y también de la comunidad)?
- Si los padres están uno a favor y el otro en contra: ¿debe intervenir el juez?

En Italia, la Constitución establece el derecho y el deber de los padres de mantener y educar a sus hijos y, sobre esta base, un juez administrativo sostuvo recientemente que un padre no puede limitarse a rechazar la vacuna, sino que debe indicar las razones específicas que, en ese caso, hacen que la vacuna no se recomienda, además deberá acreditarlo y aportar las pruebas oportunas.

Para las personas mayores de edad, pero incapaces de adoptar una decisión actual, su voluntad debe expresarse a través de representantes.

Cabe preguntarse si en este caso se puede hacer referencia a la voluntad expresada por el sujeto cuando se encontraba en plena capacidad mental y, si es posible, como ocurre con las decisiones de final de vida, poder expresar de antemano su voluntad que será vinculante para los médicos.

Una categoría diferente de la que se ha hablado mucho, precisamente en relación a la emergencia sanitaria por Coronavirus, es la del personal médico y paramédico.

Esto en consideración a la actividad que desarrollan, institucionalmente orientada a garantizar la salud de los ciudadanos, del inevitable contacto con los portadores del virus y, por tanto, del riesgo de su propagación.

En Italia, también a raíz de algunos hechos muy mediáticos, relacionados con la propagación del virus en residencias de ancianos, por parte del personal que se

había negado a ser vacunado , se aprobó el decreto ley 44/2021, de 1 de abril, con el que se estableció la obligación de la vacunación.

Este decreto ley establece, entre otras cosas, la obligación de vacunación anti-Covid para esta categoría particular de trabajadores.

El propósito previsto en el decreto, es proteger la salud pública y mantener las adecuadas condiciones de seguridad en la prestación de servicios de atención y asistencia.

Los sujetos destinatarios de la norma son los médicos y los trabajadores sanitarios que desarrollan su actividad en infraestructuras sanitarias, sociales, públicas o privadas, en farmacias, parafarmacias y despachos profesionales.

Por tanto, la vacunación se considera un requisito imprescindible para el ejercicio de la profesión y para el desempeño del trabajo realizado por los sujetos obligados. El motivo de exención es que hubiese un peligro comprobado para la salud del personal en relación con condiciones clínicas específicamente documentadas.

La sanción es la suspensión del derecho a realizar servicios o tareas que impliquen contactos interpersonales o que supongan un riesgo en la propagación del virus. El trabajador puede ser asignado, cuando sea posible, a tareas menores o, cuando no sea posible, suspendido de empleo y sueldo.

También en este caso el decreto plantea diversos problemas:

- ¿Podría extenderse por analogía la disciplina prevista para los médicos a otras actividades laborales que se consideran capaces de propagar el virus, por ejemplo, los profesores?
- ¿Puede existir un problema de constitucionalidad, en términos de trato desigual, con respecto a otros trabajadores que plantean problemas similares o mayores para la propagación del virus?
- Cualquier que sea el juicio sobre la disciplina contenida en el decreto, creo que podemos coincidir en que la disposición explícita, por un lado, confirma que una vacuna solo puede imponerse mediante una ley específica, por otro, representa un elemento de seguridad jurídica, estableciendo una disciplina puntual que indica las condiciones específicas y evita que el intérprete las deduzca de una ley expresada en términos generales

En lo que respecta a las sanciones , una primera decisión sería la de prevér la

obligatoriedad de la vacuna o simplemente recomendar que los ciudadanos se vacunen, para proteger su propia salud y la de los demás.

La mayoría de los estados han optado por la recomendación, ante la situación actual de pandemia por Coronavirus; también como consecuencia de que el número de vacunas disponibles es muy inferior al de la población a vacunar.

La elección entre obligación o recomendación solo la puede tomar el legislador, incluso si la elección debe ser razonable, en el sentido del que hemos estado hablando.

En Italia, el Comité Nacional de Bioética en 2020 expresó una recomendación doble: a) nadie debe someterse obligatoriamente a un tratamiento de salud; debe prevalecer el consentimiento;

b) cuando no haya sentido de responsabilidad individual y las condiciones sociosanitarias así lo requieran, no debe excluirse la posibilidad de una obligación de vacunación, especialmente, para grupos profesionales en riesgo de transmisión del virus y, en todo caso, solo por el tiempo en que exista un peligro significativo para la comunidad.

En muchos casos, en lugar de una obligación, en realidad se concibe como una carga. La falta de vacunación excluye, por tanto, del disfrute de determinados servicios (como en el caso de la sentencia que impide poder ser usuario de la guardería).

Es evidente que la distinción entre obligación y carga es en realidad muy sutil y depende en gran medida de la importancia, a nivel subjetivo y objetivo, del servicio o utilidad que se excluye en caso de falta de vacunación.

Puede ser que en algunos casos la sanción (por ejemplo, una pequeña sanción económica) sea menos gravosa que la carga (una vacuna necesaria para acceder al trabajo).

Hablando de cargas, pensemos en los pasaportes sanitarios para viajar, el acceso a clubes o asociaciones, el uso del avión para viajar, participar en eventos deportivos o culturales. ¿Son limitaciones legítimas o supuestos de discriminación?

En el caso de una obligación, es necesario prever una sanción para el caso de incumplimiento.

La protección de la dignidad de la persona excluye que el tratamiento pueda ser impuesto por la fuerza (sería claramente inconstitucional), por lo que las sanciones podrían ser más graves (por ejemplo de carácter penal) o menos graves (por ejemplo de carácter administrativo).

En este sentido, un tema muy discutido es el relativo a la posible imposición de la obligación de vacunación como condición de acceso a determinados tipos de trabajo.

¿Es posible establecer esta obligación en los contratos laborales?

¿Se podría obligar a los trabajadores a vacunarse contra la gripe para reducir las bajas laborales?

La respuesta podría ser SÍ: el trabajo siempre significa una limitación de la propia libertad (por ejemplo, el tiempo pasado en el lugar de trabajo).

Aunque la respuesta también podría ser NO: la autonomía contractual encuentra límites en la protección de valores y principios que son expresión de derechos fundamentales y la ley (no el contrato de trabajo) es fundamental para establecer un deber para un ciudadano.

Veamos ahora el rechazo a la vacunación por motivos de conciencia.

En este sentido, son necesarias algunas distinciones:

a) Adulto plenamente capaz:

- 1) si no hay ley, como se mencionó, tiene derecho a rechazar la vacuna, incluso sin ningún motivo;
- 2) si existe una ley, debe respetarla, a menos que pueda demostrar que se encuentra en alguna de las condiciones de exención previstas por la misma ley
- 3) si existe una ley, ¿debe prever la objeción de conciencia?

¿Es posible rechazar la vacuna solo porque se cuestiona su validez científica o sobre la base de los supuestos riesgos?

Si una ley ha seguido los resultados alcanzados por la ciencia médica absolutamente predominante, ¿es posible que el individuo la cuestione y no la respete?

Por ejemplo, el límite de velocidad para coches se establece sobre la base del peligro comprobado de tráfico por encima de esa velocidad. ¿Pue-

do no respetar los límites de velocidad solo porque creo que conducir por encima de esa velocidad no es peligroso?

b) Menores: ¿los padres pueden negarse?

Se vuelve a plantear el problema examinado, mutatis mutandis, respecto a la prohibición de transfusión de sangre por parte de los padres Testigos de Jehová hacia los menores

c) Personal médico ante una ley (como la italiana) que les obligue a vacunarse. ¿Es posible que un médico continúe desarrollando su delicada actividad si se opone a lo que afirma la ciencia médica?

¿Podría un sacerdote católico seguir desempeñando sus funciones si declara abiertamente que no cree en Dios?

d) Labor del personal médico: ¿puede, por razones de conciencia o por no compartir los resultados de la ciencia médica, negarse a administrar la vacuna a quien la solicita?

¿Es concebible una objeción de conciencia como en el caso del aborto?

¿Sería concebible para un médico que, como testigo de Jehová, se negara a dar a un paciente una transfusión de sangre, provocando su muerte?

¿Sería concebible que un médico, ante una ley que reconoce a los pacientes el derecho a interrumpir un tratamiento vital o alguna forma de eutanasia, se niegue a realizarlo por motivos de conciencia?

Para concluir, quisiera referirme a un último aspecto, a la vacunación no como obligación, sino como derecho. Este aspecto del problema es consecuencia de que el número de vacunas disponibles es inferior al necesario para poder vacunar a todos, de ahí la necesidad de priorizar.

Dicha elección es una de las que se han definido como “elecciones trágicas”, ya que anticipar o posponer la fecha de vacunación puede significar la pérdida de la vida de muchas personas, especialmente los ancianos y los enfermos. Algo similar ocurrió cuando tuvo que decidirse qué personas se sometían a cuidados intensivos, cuando el número de personas necesitadas era superior a las plazas disponibles.

Pero, ¿quién establece las prioridades? ¿Sobre la base de qué criterios? ¿A través de qué tipo de actos?

En cuanto al poder de decidir, en muchos casos hemos visto un conflicto entre el Estado central y las regiones. Por ejemplo, en Italia, la región de Campania

sintió que debía atribuir una gran importancia al turismo y decidió convertir algunas islas famosas en “lugares libres de covid”, como Capri o Ischia.

Creo que la elección debería ser solo estatal, con criterios uniformes para todo el territorio nacional.

En Italia, por ejemplo, se ha dado prioridad a determinadas categorías, como los médicos y paramédicos, los cuerpos policiales y los profesores. Esta priorización provocó que por ejemplo, el personal administrativo de las universidades (incluso los jóvenes en la treintena) fueran vacunados antes de personas de ochenta años.

Finalmente, en cuanto al acto con el que establecer prioridades, creo que la mejor solución es la de un plan nacional, en el que las opciones se basen en fundamentos científicos y se apruebe mediante ley (y no un acto del ministerio de Salud), con el fin de respetar el principio democrático de discusión pública y asumiéndose la responsabilidad, ya que la elección afecta los derechos fundamentales de la persona.

RESUMEN

El trabajo analiza los principios constitucionales en materia de vacunación obligatoria, con especial atención al derecho a la salud y la libertad de autodeterminación en la elección de los tratamientos sanitarios a realizar. Por tanto, se destacan los problemas relacionados con las técnicas interpretativas que pueden utilizarse y las relaciones que surgen entre los resultados de la ciencia y las opciones políticas del legislador.

En consecuencia, se dedica un comentario específico a la reciente sentencia del TEDH sobre el asunto Vavricka c. República Checa, de 8 de abril de 2021, que se expresó por primera vez específicamente sobre el cumplimiento del art. 8 CEDH de la obligación de vacunación infantil prevista por la legislación checa, afirmando principios que pueden considerarse de interés que van más allá del caso resuelto.

En un intento de aplicar los principios analizados a los eventos relacionados con la pandemia provocada por el Covid-19, se abordan los siguientes temas: a) los destinatarios de la obligación de vacunación; b) las sanciones en caso de incumplimiento de la obligación; c) la negativa a vacunarse como expresión de la libertad de conciencia; d) la vacunación no como obligación, si no como derecho.

ABSTRACT

The paper analyzes the constitutional principles on the subject of compulsory vaccinations, with particular regard to the right to health and the freedom of self-determination regarding the choice of health treatments to undergo. The problems connected to the interpretative techniques that can be used and the relationships that arise between the results of scientific research and the political choices of the legislator are therefore highlighted.

A specific comment is therefore dedicated to the recent judgment of the Edu Court, Case of Vavricka v. República Checa, 8 April 2021, which expressed itself for the first time on compliance specifically with art. 8 ECHR of the obligation of childhood vaccination provided for by Czech legislation, affirming principles that can be considered of interest that goes beyond the case decided.

In an attempt to apply the principles analyzed to the events relating to the Covid-19 pandemic, the following issues are addressed: a) the recipients of the vaccination obligation; b) sanctions in the event of non-compliance with the

obligation; c) refusal to vaccinate as an expression of freedom of conscience; d) vaccination not as an obligation, but as a right.

SINTESIS

Lo scritto analizza i principi costituzionali in tema di vaccinazioni obbligatorie, con particolare riguardo al diritto alla salute ed alla libertà di autodeterminazione in ordine alla scelta dei trattamenti sanitari cui sottoporsi. Sono quindi evidenziati i problemi connessi alle tecniche interpretative utilizzabili ed ai rapporti che si pongono tra i risultati della ricerca scientifica e le scelte politiche del legislatore.

Un commento specifico viene quindi dedicato alla recente sentenza della Corte Edu che si è espressa per la prima volta circa la conformità specificamente all'art. 8 Cedu dell'obbligo di vaccinazione infantile previsto dalla legislazione ceca, affermando principi che possano ritenersi di interesse che va oltre il caso deciso.

Nel tentativo di applicare i principi analizzati alle vicende relative alla pandemia da Covid-19 vengono affrontati i seguenti temi: a) i destinatari dell'obbligo di vaccinazione; b) le sanzioni nel caso di inosservanza dell'obbligo; c) il rifiuto di vaccinarsi come espressione di libertà di coscienza; d) la vaccinazione non come obbligo, ma come diritto.

PALABRAS CLAVE

Constitución-Salud-Tratamientos sanitarios - Obligación de vacunación - Covid-19.

KEY WORDS

Constitution - Health - medical treatment - compulsory vaccination - Covid-19.

PAROLE CHIAVE

Costituzione-Salute-Trattamenti sanitari - Obbligo di vaccinazione - Covid-19.

**RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA
PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.
PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA**

**REGULATORY FRAMEWORK PROGRESS FOR THE RIGHT OF PRIORITY ACCESS
TO OFFICIALLY PROTECTED HOUSING OF WOMEN VICTIMS OF GENDER
VIOLENCE. PARTICULAR REFERENCE TO ITS REGULATION IN
CASTILLA-LA MANCHA**

M^a Nieves Pacheco Jiménez¹

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM)

Recibido: 09-01-2021

Aceptado: 01-05-2021

SUMARIO

1. Introducción.

2. Aproximación al concepto de violencia de género.

3. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

4. Prevención, represión y protección como ámbitos de intervención en materia de género.

5. Recorrido normativo por el derecho de acceso prioritario a vivienda protegida de las mujeres víctimas de violencia de género:

5.1. Normativa estatal.

5.2. Normativa de Castilla-La Mancha.

¹ ORCID 0000-0002-9062-2342. Miembro del Centro de Estudios de Consumo (CESCO) de la Universidad de Castilla-La Mancha. <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

6. Consideraciones finales.

7. Bibliografía.

8. Referencias legislativas.

1. Introducción.

Desgraciadamente, es un hecho constatado que un gran porcentaje de las mujeres de todo el mundo padecen algún tipo de violencia en el transcurso de su vida. Según el informe realizado en 2013 por la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre la Violencia y la Salud, el 30% de las mujeres de todo el mundo sufrían ya violencia de género por parte de sus parejas, vaticinando que el 35% la sufrirían, en la pareja o fuera de ella, en algún momento de sus vidas². No obstante, algunos estudios nacionales de violencia muestran un porcentaje aún mayor, llegando incluso a situarse entre el 40 y el 70% (v.gr., Australia, Canadá, Israel, Sudáfrica y Estados Unidos)³.

En Europa, un informe fechado en 2014 de la Agencia para la Defensa de los Derechos Fundamentales (FRA)⁴, basado en entrevistas con 42000 mujeres de la Unión Europea preguntando sus experiencias en violencia física, sexual y psicológica, incluyendo incidentes de violencia doméstica, arrojó preocupantes resultados⁵ sobre la extensión de los abusos sufridos por las mujeres en el hogar, en el trabajo, en público y online. Centrándonos en España, y según ese mismo informe, una de cada cinco españolas de más de 15 años (22%) había padecido violencia física o sexual; y de las víctimas, menos de una quinta parte había denunciado a la policía la agresión más grave⁶.

Datos más actuales manifiestan que dos tercios de los países (140) castigan la violencia sobre las mujeres, pero más de 40 no lo hacen. Es más, en todo el mundo, el 50% de las mujeres que son asesinadas lo son por sus compa-

2 WHO (2013), “Violence against women. The health sector responds”. Datos similares se observan en el informe de 2017, pero con un repunte en el porcentaje, que pasa al 35% de mujeres que han sufrido violencia física y/o sexual por parte de su pareja o por terceros. (*Vid. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>*).

3 WHO (2013), “Global and Regional Estimates of Violence against Women: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence”.

4 European Union Agency for Fundamental Rights (2014), “Violence against women: an EU-wide survey”.

5 Algunos de los resultados demuestran que: El 33% de las mujeres ha experimentado violencia física y/o sexual desde los 15 años; ello corresponde a 62 millones de mujeres. El 22% de las mujeres ha experimentado violencia física y/o sexual por parte de su pareja. El 43% de las mujeres ha experimentado alguna forma de violencia psíquica por la actual o la anterior pareja, tales como humillación pública, forzarla a ver pornografía y amenazas de violencia. El 67% de las mujeres no denuncia los incidentes más serios de su pareja ni a la policía ni a otra organización.

6 PACHECO JIMÉNEZ, M^a N. (2015), “Evolución y situación actual en España del derecho preferente de acceso a vivienda protegida de las mujeres víctimas de violencia de género”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 36, p. 7.

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

ñeros sentimentales u hombres de su familia⁷. La Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género del año 2020⁸, realizada por el Instituto Nacional de Estadística (INE), revela que en ese año se registraron 29.215 mujeres víctimas de violencia de género correspondientes a los asuntos en los que se habían dictado medidas cautelares u órdenes de protección, lo que supuso una disminución⁹ del 8,4% respecto al año anterior, siendo la edad media de las víctimas de 37,1 años¹⁰.

Esta introducción no puede ser ajena a la delicada situación derivada de la COVID-19. La pandemia está teniendo un fuerte impacto no solo en el ámbito sanitario (con una crisis del sistema sin precedentes), sino también en lo económico y social, afectando especialmente a colectivos vulnerables. En lo que a mujeres víctimas de violencia machista respecta, el confinamiento propiciado por el estado de alarma ha tenido consecuencias devastadoras. De hecho, el Ministerio de Igualdad puso en marcha una “Guía de actuación para mujeres que estén sufriendo violencia de género en situación de permanencia domiciliaria derivada del estado de alarma por COVID-19”¹¹, que incluía un amplio catálogo de servicios (información general y asesoramiento, ayuda psicológica y emergencias), así como una batería de información, consejos, indicaciones y pautas de actuación para mujeres conviviendo o no con su agresor y para aquellas con hijos en común. Los datos arrojan un total de 18.700 peticiones de ayuda (un 61,5% más respecto al mismo período del año anterior) a servicios de asistencia¹² y 34.576 denuncias (cayendo un 14,6% con respecto al mismo período de 2019 debido a

7 *Vid.* https://elpais.com/internacional/2017/11/22/actualidad/1511362733_867518.html

8 Para más detalle, *vid.* https://www.ine.es/prensa/evdvg_2020.pdf.

9 Atendiendo a los meses en los que la movilidad estuvo restringida por la pandemia.

10 Para más detalle, *vid.* https://www.ine.es/prensa/evdvg_2019.pdf

11 Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/informacionUtil/covid19/GuiaVictimasVG Covid19.pdf>

Entre las medidas recogidas:

- Servicio de asesoramiento jurídico.
- Gestión de emergencias, mediante llamada gratuita al 112 o a los servicios de emergencias de la Guardia Civil (062) o de la Policía Nacional (091), o bien a través de la APP ALERTCOPS que, para cuando no es posible realizar llamada, envía una señal de alerta a la policía con la localización de la víctima.
- Servicio 016 online de información-
- Apoyo emocional inmediato y rápido vía Whatsapp.
- Aclaración de dudas sobre el derecho a percibir la Renta Activa de Inserción (RAI) y cualquier otra prestación económica como víctima de violencia de género.
- Aclaración de que los centros de emergencia y acogida han sido declarados servicios esenciales por lo que permanecen abiertos durante el estado de alarma para atender a las víctimas que deban abandonar su hogar y no tengan lugar donde guarecerse.

12 *Vid.* <https://www.newtral.es/la-violencia-machista-durante-el-estado-de-alarma-en-cifras/20200520/>

las dificultades añadidas de las víctimas para denunciar al estar encerradas con sus maltratadores)¹³.

En base a estos desalentadores resultados, numerosos organismos hacen un llamamiento a los diferentes Estados para que implementen sus políticas nacionales en lo relativo a medidas para prevenir y responder a las situaciones de violencia contra las mujeres.

Pues bien, será una de las medidas adoptadas por el Estado español la que se analice en el presente trabajo, esto es, el derecho preferente de acceso a vivienda protegida, en la medida en que supone el favorecimiento de la autonomía de las mujeres víctimas de violencia de género.

2. Aproximación al concepto de violencia de género.

En 1995, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing), que representó un hito en el tratamiento de la igualdad, entre otras cosas por la incorporación de la sensibilidad de género como una herramienta para el diseño, la ejecución y la evaluación de todas las políticas públicas, ya reconoció que la violencia contra las mujeres suponía un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, a la vez que menoscababa el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Posteriormente, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas 2001/49, en su punto tres, definió la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada, e incluida la violencia doméstica, los delitos cometidos por cuestiones de honor, los crímenes pasionales, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer, incluida la mutilación genital femenina, y el matrimonio forzado”. Asimismo, afirmó que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos y libertades fundamentales de esta, menoscabando o anulando su disfrute¹⁴.

13 *Vid.* <https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-denuncias-violencia-genero-cayeron-146-segundo-trimestre-2020-confinamiento-20201002113725.html>

14 PACHECO JIMÉNEZ, M^a N., *op. cit.*, p. 8.

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG)¹⁵ señala que la violencia de género “se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad”; “se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. Es su artículo uno el que establece el ámbito objetivo de la referida ley: “*violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*¹⁶”. Supone, pues, frente a las definiciones anteriores, una concepción limitada de la violencia de género: aquella ejercitada por el hombre contra la mujer dentro de las relaciones de pareja. La violencia de género a la que alude “*comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*¹⁷”.

Tras la ratificación por España del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Estambul, 11 de mayo de 2011)¹⁸ en junio de 2014, deben tenerse en cuenta las definiciones que ofrece el art. 3 del citado Convenio. Así:

15 (BOE núm. 313, de 19 de diciembre de 2004).

16 *Vid. STS (Sala de lo Penal) 25 ene. 2008 (RJ 2008, 1563): Fundamento de Derecho Cuarto*: “Ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género, y en consecuencia, la atribución competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”.

Vid. STC (Pleno) 14 may. 2008 (RTC 2008, 59): En la exposición de Antecedentes señala que “el problema social de la violencia doméstica es el que ha llevado al legislador a adoptar diversas medidas en la Ley Orgánica 1/2004, poniendo de manifiesto, además de la posición desventajosa de las mujeres respecto a los hombres, que su protección ante los actos de maltrato requiere la adopción de medidas distintas de las que se deben adoptar para proteger en general a las víctimas”. En su Fundamento Jurídico Ocho alude a la finalidad principal de la LO 1/2004: “prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales”.

17 PACHECO JIMÉNEZ, M^a N., *op. cit.*, p. 9.

18 Instrumento de ratificación publicado en BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

- “a) Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitaria de libertad, en la vida pública o privada;
- b) Por «violencia doméstica» se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;
- c) Por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;
- d) Por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;
- e) Por «víctima» se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b;
- f) El término «mujer» incluye a las niñas menores de 18 años”.

3. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La LOMPIVG constituye un punto de inflexión¹⁹ en la regulación de la vio-

19 En España, los primeros datos estadísticos sobre violencia doméstica aparecieron en 1984, con la publicación por el Ministerio del Interior de las cifras relativas a denuncias por malos tratos en las comisarías de la Policía Nacional. (Vid. GUTIÉRREZ ROMERO, F. M. (2005), “La nueva Ley de Violencia de Género: aspectos prácticos y sustantivos”, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, año 59, núm. 1990, p. 2295). Es a partir del año 1997, con ocasión de la muerte de una mujer (Ana Orantes) a manos de su ex marido, días después de haber aparecido esta en un canal de televisión para contar su caso, cuando se pone de manifiesto el grave problema social existente, enfocándose como un atentado a los derechos constitucionales. En enero de 1998, el Consejo de Ministros aprueba una serie de medidas urgentes contra los malos tratos a mujeres, como paso previo a la aprobación del Primer Plan de Acción contra la Violencia Doméstica (1998-2001), por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998, con el fin de garantizar la protección de las mujeres maltratadas, mejorar los mecanismos de asesoramiento y apoyo a las víctimas y sensibilizar a la sociedad sobre la gravedad del problema. Sin embargo, a pesar de las reformas legales del período 1999-2003, la complejidad del problema, el conocimiento de numerosos casos de agresiones a mujeres por sus parejas y los constatados defectos de coordinación entre las instituciones,

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

lencia en el ámbito de las relaciones afectivas en nuestro país ya que, sin abandonar el sistema de protección plena de las víctimas introducido por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica²⁰, que refuerza, se decanta por el tratamiento específico y exclusivo de la violencia ejercida sobre la mujer con ocasión de las relaciones de pareja -al margen de otras manifestaciones de la violencia en el hogar-, rompiendo la tendencia expansiva que se observaba en las reformas de nuestro ordenamiento jurídico respecto a la determinación del círculo de sujetos pasivos²¹. Es precisamente esta intervención de los poderes públicos la que posibilita la autonomía económica y la necesaria independencia de las mujeres maltratadas para abordar un futuro exento de la situación de estrés, inestabilidad y violencia que venían soportando.

La LOMPIVG realiza un tratamiento integral de la violencia de género, abordando el problema con un diagnóstico de las diversas causas, con respuestas legales multidisciplinares²² y articulándose sobre todo un sistema normativo comprensivo de medidas de sensibilización, prevención, detección e intervención, y que alcanza a los ámbitos educativo, cultural, publicitario, sanitario, social, laboral, económico, institucional, penal, procesal y orgánico-judicial²³.

Con la finalidad de solventar las dificultades interpretativas que puede suscitar la aplicación de la LOMPIVG (sobre todo por el carácter integral de la protección dispensada a las víctimas de violencia de género), la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2005, concretamente en su apartado II.b) -“Presupuestos que deben concurrir para que el Ministerio Fiscal entienda acreditada la condición de víctima de violencia de género”-, dispone que para que los actos de violencia sobre la mujer incidan en el ámbito de la LO 1/2004 y puedan reputarse “violencia de género”, es preciso que tengan, en todo caso, a una mujer como sujeto pasivo, a un hombre como sujeto activo, y que entre ambos exista o haya existido una relación matrimonial o relación similar de afectividad, aun sin convivencia²⁴.

determinaron que numerosos colectivos de mujeres reclamaron una ley integral.

20 (BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003).

21 DELGADO MARTÍN, J. (2007), *Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género: Comentarios, jurisprudencia, instrumentos internacionales, esquemas explicativos, normativa complementaria*, primera edición, Madrid: COLEX, p. 355.

22 MONTALBÁN HUERTAS, I. (2007), “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico”, en *Fundación José Ortega y Gasset*, núm. 12-enero, p. 29.

23 DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, p. 356.

24 PACHECO JIMÉNEZ, M^a N., *op. cit.*, p. 10.

Concluyendo, la LOMPIVG opta por una definición de la violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor, a diferencia de la redacción originaria del Anteproyecto de Ley, donde se incluían referencias a la intención finalista del agresor (“mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”); referencias que ulteriormente fueron eliminadas por la dificultad práctica de probar ese elemento intencional²⁵.

4. Prevención, represión y protección como ámbitos de intervención en materia de género.

Los instrumentos jurídicos internacionales suelen señalar tres ámbitos de intervención en materia de violencia de género²⁶, a saber:

- 1) La prevención de la violencia intrafamiliar, que abarca medidas referidas a la sensibilización de la ciudadanía y de los profesionales; medidas en el ámbito educativo; medidas en la publicidad y medios de comunicación; así como en el ámbito sanitario (detección precoz).
- 2) La represión de las conductas violentas cuando estas hayan tenido lugar, que lleva consigo la intervención del sistema penal.
- 3) La protección de las víctimas, que se refiere a medidas de asistencia (itinerario recepción/asistencia/inserción), tanto urgente como continuada (integral y multidisciplinar); aunque también a medidas sobre seguridad de la personas y bienes de la víctima.

En este último ámbito de intervención se engloba la medida objeto del presente estudio: la prioridad en el acceso a viviendas protegidas de las mujeres víctimas de violencia de género (artículo 28 LOMPIVG). Esta disposición es manifestación de uno de los principios rectores de la ley: “*Consagrar derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, exigibles ante las Administraciones Públicas, y así asegurar un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto*” (artículo 2.b). Para ello es imprescindible

25 DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, p. 364. En el mismo sentido, *vid.* TASENDE CALVO, J.J. (2005), “Aspectos civiles de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 664.

26 DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, p. 25.

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

destinar recursos asistenciales y económicos; cuestión que innegablemente se ve afectada por la coyuntura y los vaivenes económicos. Igualmente, tal medida obedece al ánimo de protección continuada de la mujer maltratada, pues es considerada como miembro de un colectivo prioritario a la hora de acceder a viviendas de protección pública, posibilitándoles así un recurso de gran importancia, como es una vivienda propia, alejada de su maltratador, para salir del acuciante problema de la violencia y poder rehacer su vida y abordar su futuro en unas condiciones dignas²⁷.

Los derechos recogidos en el Título II de la LOMPIVG abordan las circunstancias en las que se encuentran las mujeres que han sufrido violencia de género desde una perspectiva integral: por medio de la información, la asistencia social, la asistencia jurídica, la garantía de una serie de derechos laborales y seguridad social, el desarrollo de un programa específico de empleo, y el establecimiento de un conjunto de ayudas económicas y de vivienda. A saber:

- A) Derecho a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita: artículo 20.
- B) Derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social: artículos 21-23.
- C) Derechos de las funcionarias públicas: artículos 24-26.
- D) Derechos de naturaleza económica para posibilitar la independencia económica de la víctima respecto del agresor: artículo 27.
- E) Derecho de acceso prioritario a viviendas protegidas y a residencias públicas para mayores: artículo 28.

A continuación, se analizará la regulación efectiva del derecho de acceso prioritario a vivienda protegida a lo largo de los años hasta la actualidad.

5. Recorrido normativo por el derecho de acceso prioritario a vivienda protegida de las mujeres víctimas de violencia de género.

5.1. Normativa estatal.

Este epígrafe aborda la evolución normativa a nivel estatal del derecho de acceso prioritario a vivienda protegida de las mujeres víctimas de violencia de género a raíz de su reconocimiento por la LOMPIVG, en clara conexión con el ar-

27 PACHECO JIMÉNEZ, M^a N., *op. cit.*, pp. 10 y 11.

título 47 de nuestra Constitución, pasando por cada uno de los Planes de Vivienda estatales hasta la actualidad.

5.1.1. El artículo 28 LO 1/2004 y el artículo 47 de la Constitución Española.

Entre los derechos económicos del Capítulo IV de la LOMPIVG se incluye el preceptuado por el artículo 28: *Acceso a la vivienda y residencias públicas para mayores*: “*Las mujeres víctimas de violencia de género serán consideradas colectivos prioritarios en el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores, en los términos que determine la legislación aplicable*”. En consonancia con éste, la Disposición Adicional Decimoquinta LOMPIVG establece que “*mediante convenios con las Administraciones competentes, el Gobierno podrá promover procesos específicos de adjudicación de viviendas protegidas a las víctimas de violencia de género*”.

Este artículo está estrechamente relacionado con el derecho a la vivienda reconocido en nuestra Constitución (*ex* artículo 47)²⁸. Contiene este un mandato que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos, obligándolos, por un lado, al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional; y, por otro lado, a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento del meritado mandato constitucional²⁹. Evidentemente, la finalidad perseguida por el régimen de viviendas protegidas se encuentra directamente vinculada a la efectividad del derecho a disfrutar de la vivienda digna y adecuada³⁰ que postula el artículo 47 CE³¹.

Teniendo en cuenta la dimensión económica de la vivienda, el artículo 149.1.13^a CE –legitimación estatal para intervenir en las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica- y el artículo 149.1.11^a CE –legitimación estatal para intervenir en la ordenación del crédito- confieren sendos títulos competenciales al Estado para definir una política de vivienda que es-

28 Artículo 47 CE: “*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*”.

29 SANCHÁ BECH, A. M^a *et al* (2010), *Guía práctica de la vivienda protegida en España*, Madrid: La Ley, p. 19.

30 Para que una vivienda sea digna y adecuada deberá cumplir los requisitos de seguridad, salubridad, habitabilidad y calidad que preceptúa la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre).

31 PACHECO JIMÉNEZ, M^a N., *op. cit.*, p. 11.

tablezca actuaciones protegibles y fórmulas de financiación, siempre que lo haga con cargo a los presupuestos generales del Estado³².

5.1.2. La Orden PRE/525/2005.

La Orden PRE/525/2005, de 7 de marzo, que da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres³³, acoge un conjunto importante de medidas para avanzar en las distintas líneas de actuación que contribuyen día a día a que disminuya la desigualdad en todos los ámbitos de la vida cotidiana. Concretamente, su apartado 8 (“Lucha contra la violencia de género”), número 6, dispone: “*Se acuerda que el Plan de Vivienda, que se aprobará próximamente, incluya criterios de adjudicación que prevean la atribución de viviendas protegidas a mujeres que hayan sufrido violencia de género, así como a las familias monoparentales*”.

5.1.3. El RD 801/2005: Plan Estatal de Vivienda 2005-2008.

El RD 801/2005, de 1 de julio, aprueba el Plan Estatal 2005-2008³⁴, primer plan de vivienda tras la promulgación de la LOMPIVG, con la finalidad de favorecer el acceso a los ciudadanos a una vivienda asequible que constituya su residencia habitual y permanente cuando no puedan satisfacer, mediante un esfuerzo razonable, sus necesidades de una vivienda adecuada, accesible, de calidad y sostenible en una ciudad habitable que permita el ejercicio de sus derechos de ciudadanía.

Su propia Exposición de Motivos señala que, “aunque el Plan tiene un alcance universal, se dirige específicamente a aquellos colectivos con mayores dificultades para acceder a una vivienda digna”, teniendo en cuenta de modo especial a aquellos grupos sociales que tienen necesidades concretas por sus circunstancias personales, como es el caso de las mujeres víctimas de la violencia de género. Así, el artículo 3, apartado d), del RD 801/2005 considera beneficiarios con derecho a protección preferente a las víctimas de la violencia de género. Igualmente, su Capítulo II, denominado “Acceso a los ciudadanos a viviendas en arrendamiento”, recoge las condiciones que deben reunir los inquilinos, dotando de un

32 Por tanto, el ejercicio de competencias estatales ajenas al gasto o a la subvención solo se justificaría en aquellos casos en que, por razón de la materia sobre la que opera dicho gasto o subvención, la Constitución, o, en su caso, los Estatutos de Autonomía, hayan reservado al Estado la titularidad de tales competencias sobre la materia subvencionada (Fundamento Jurídico 2º de la STC 17 mar. 1995 [RTC 1995, 59]).

33 (BOE núm. 57, de 8 de marzo de 2005).

34 (BOE núm. 166, de 13 de julio de 2005).

trato preferencial al colectivo de las víctimas de violencia de género, entre otros. Por último, en lo referente a las viviendas protegidas de nueva construcción, la condición de víctima de violencia de género de uno de los integrantes de la unidad familiar generará la opción de beneficiarse de una ayuda estatal directa a la entrada (artículo 25).

En relación con la vivienda y residencia de las víctimas de violencia de género, existen tres niveles de protección³⁵:

- 1) Los centros de urgencia, las casas de acogida y los pisos tutelados; entendidas como medidas de carácter temporal destinadas a otorgar un amparo urgente a la víctima.
- 2) Los alojamientos provisionales gratuitos, utilizados tras la estancia en centros de acogida o similares, finalizando la estancia en ellos cuando a la mujer víctima de violencia de género se le entregue una vivienda de protección oficial o sus circunstancias económicas cambien.
- 3) La preferencia para el acceso a la vivienda protegida o a una residencia pública para mayores³⁶.

5.1.4. El RD 2066/2008: Plan Estatal de Vivienda 2009-2012.

El Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, regulado por el RD 2066/2008, de 12 de diciembre³⁷, nace con una doble perspectiva: desde un punto de vista estructural, pretende establecer las bases estables de referencia a largo plazo de los instrumentos de política de vivienda dirigidos a mejorar el acceso y uso de la vivienda a los ciudadanos con dificultades; desde un punto de vista coyuntural, aborda la finalidad concreta en la que se halla inmerso el ciclo de la vivienda, exigiendo, por un lado, medidas para evitar un mayor deterioro de la situación y, favoreciendo, por otro lado, la asignación eficiente de los recursos, destinando la producción sobrante de viviendas a cubrir las necesidades de la población³⁸. Así pues, entre los objetivos políticos del Plan, se encuentra el de “alentar la participación e implicación de los ayuntamientos en el Plan de Vivienda, contribuyendo, entre otros aspectos, con la oferta de suelos dotacionales para

35 DELGADO MARTÍN, J., *op. cit.*, pp. 74 y 75.

36 Frente al carácter coyuntural de la protección dispensada por las medidas anteriores, esta última goza de una protección más continuada en el tiempo.

37 (BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2008; modificado por Real Decreto 1713/2010, de 17 de diciembre).

38 SANCHÁ BECH, A. M^a *et al*, *op. cit.*, p. 32.

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

la construcción de alojamientos para colectivos específicos y especialmente vulnerables”, entre los que se encontrarían las mujeres víctimas de violencia de género³⁹.

De conformidad con el artículo 2 del RD 2066/2008, será actuación protegida: La promoción de viviendas protegidas de nueva construcción, o procedentes de la rehabilitación, destinadas a la venta, el uso propio o el arrendamiento, incluidas, en este último supuesto, las promovidas en régimen de derecho de superficie o de concesión administrativa, así como la promoción de alojamientos protegidos para grupos especialmente vulnerables y otros grupos específicos.

Pues bien, dentro de esta actuación pueden diferenciarse tres situaciones: vivienda protegida para alquiler, vivienda protegida para venta y alojamientos para colectivos especialmente vulnerables y otros colectivos específicos. Ha de resallarse que son viviendas protegidas o de protección oficial las así calificadas por las Comunidades Autónomas o ciudades de Ceuta y Melilla, que cumplan los requisitos⁴⁰ de destino, superficie, precio y demás que establezca la legislación correspondiente. En el ámbito del Plan Estatal pueden ser de régimen especial, régimen general y precio concertado, con independencia de otras denominaciones propias de las Comunidades Autónomas o de las Ciudades de Ceuta y Melilla.

Entre los beneficiarios de las ayudas del Plan, con derecho a protección preferente, se encuentran las mujeres víctimas de la violencia de género [ex artículo 1.2 e) RD 2066/2008]⁴¹, optando a viviendas protegidas para alquiler (artículos 22 y ss RD) o venta (ex artículos 32 y ss RD) y a alojamientos específicos (ex artículos 35 y ss RD). Con esta disposición se hace aplicable en la práctica lo preceptuado por el artículo 28 LOMPIVG.

Por su parte, el artículo 3 del citado Real Decreto, establece las condiciones generales de los demandantes de vivienda y financiación⁴², sin perjuicio de que

39 PACHECO JIMÉNEZ, M^a N., *op. cit.*, p. 12.

40 Requisitos: 1) las viviendas protegidas podrán destinarse a la venta o al alquiler; 2) su destino es el de residencia habitual y permanente de sus destinatarios, salvo las viviendas destinadas por las Administraciones Públicas y organizaciones sin ánimo de lucro al alojamiento temporal de colectivos especialmente vulnerables y a realojos temporales derivados de actuaciones de transformación urbanística.

41 Para hacer efectivo este derecho deberá cumplirse lo dispuesto por los artículos 13 –prohibiciones- y 14 –obligaciones- de la Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre – BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2003-).

42 A) No ser titulares de pleno dominio o de un derecho real de uso o de disfrute sobre alguna vivienda sujeta a protección pública en España, salvo que la vivienda resulte sobrevenidamente inadecuada por sus circunstancias personales o familiares, y siempre que se garantice que no poseen simultáneamente

las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla determinen otras adicionales, con la excepción de aquellos inquilinos incluidos en programas de alojamiento para colectivos especialmente vulnerables y otros colectivos específicos, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 35 del antedicho Real Decreto.

5.1.5. El RD 233/2013, de 5 abril: Plan Estatal 2013-2016 de Fomento del Alquiler de Vivienda, la Rehabilitación Edificatoria y la Regeneración y Renovación Urbanas.

La propia Exposición de Motivos del RD 233/2013⁴³ contextualiza su necesidad dentro de la crisis económico-financiera que afectaba por entonces a nuestro país, manifestándose con especial gravedad en el sector de la vivienda. El *stock* de vivienda acabada, nueva y sin vender; las dificultades económicas de los ciudadanos, especialmente los sectores más vulnerables; y la restricción de la financiación por las entidades crediticias, ha llevado a “reorientar las políticas en esta materia”, aconsejando un cambio de modelo. Así, este Plan pone especial atención en el fomento del alquiler, promoviendo ayudas “más equitativas que otros programas anteriores y que lleguen a quienes realmente las precisan”⁴⁴.

más de una vivienda protegida.

B) Estar inscrito en un registro público de demandantes, creado y gestionado de conformidad con lo que disponga la normativa de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla.

C) Disponer de unos ingresos familiares mínimos que exijan, en su caso, las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla.

Para determinar la cuantía de los ingresos familiares a la hora de acceder a diferentes tipologías de vivienda protegida (v gr., destinadas a adquirentes que tengan ingresos de hasta 2,5 veces el IPREM; 4,5 veces, 6,5 veces, etc.), es necesario tener en cuenta una nueva unidad de medida, el IPREM (Índice de Precios de Rentas Medias), a la que compararemos los ingresos brutos para obtener un coeficiente, que será el número de veces el IPREM. Para calcularlo se partirá de la cuantía de la base imponible general y del ahorro del último período impositivo; los ingresos familiares se dividirán entre la cuantía anual del IPREM que se publica anualmente en el BOE; el resultado obtenido conformará el número de veces el IPREM; a este resultado se le aplicará un coeficiente reductor (que oscila entre 0,70 y 1) en función del número de miembros de la unidad familiar, precios de las viviendas u otros factores que estime la Comunidad Autónoma donde se encuentre la vivienda. Concluyendo: N° veces el IPREM= (Ingresos familiares/IPREM anual) x Coeficiente.

D) No superar los ingresos familiares máximos establecidos en cada programa del Real Decreto, respecto a las ayudas financieras estatales y respecto del tipo de viviendas protegidas.

E) Que la actuación para la que se solicita financiación haya sido calificada como protegida, por las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el marco del Real Decreto.

F) No haber obtenido ayudas financieras ni préstamo convenido para el mismo tipo de actuación, al amparo de planes estatales o autonómicos de vivienda, durante los diez años anteriores a la solicitud actual.

43 (BOE núm. 86, de 10 abril de 2013). Se prorroga un año más para evitar que el 1 de enero de 2017 desaparezcan las ayudas a vivienda y rehabilitación.

44 PACHECO JIMÉNEZ, M^a N., *op. cit.*, p. 13.

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

Según su artículo 1, “las ayudas previstas en el presente Plan Estatal consisten en subsidiaciones de préstamos convenidos y subvenciones orientadas a fomentar el acceso a la vivienda en régimen de alquiler a sectores con dificultades económicas...”.

Su artículo 6 señala a los beneficiarios de dichas ayudas, estableciendo su apartado 4 que “*el órgano competente de la Comunidad Autónoma o Ciudades de Ceuta y Melilla reconocerá las ayudas que se regulan en los programas de este Real Decreto, teniendo en cuenta los sectores preferentes definidos en la legislación específica, que en cada caso les resulte de aplicación*”. Y, de conformidad con su Anexo I, deben entenderse dentro de estos “sectores preferentes”, las “*mujeres víctimas de violencia de género: en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*”.

Esta normativa de ámbito estatal sirve de base a la regulación autonómica sobre Planes de fomento del alquiler.

5.1.6. El instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Estambul, 11 de mayo de 2011).

El Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Estambul, 11 de mayo de 2011)⁴⁵, a través de la ratificación por el Estado español, entró en vigor para España el 1 de agosto de 2014.

Sobre la base de los significativos reconocimientos que hace su propio Preámbulo, aludiendo a la violencia contra la mujer como “manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación”, y a la posición de subordinación de las mujeres con respecto a los hombres, el art. 1 del Convenio presenta los siguientes objetivos:

- a) Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.
- b) Contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y pro-

45 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014).

mover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres.

- c) Concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica.
- d) Promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.
- e) Apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.

Para su consecución, a lo largo del Convenio se contemplan varias medidas:

- 1) Políticas nacionales efectivas, globales y coordinadas en materia de prevención, sensibilización, educación, información, formación de profesionales, protección y apoyo a las víctimas.
- 2) Dotación de recursos financieros y humanos para hacer efectivas las referidas políticas.
- 3) Recogida de datos estadísticos detallados, a intervalos regulares, sobre los asuntos relativos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio.
- 4) Fomento de la investigación sobre las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio con el fin de estudiar sus causas, efectos y frecuencia, así como la eficacia de las medidas adoptadas.

Si bien es cierto que el Convenio referenciado no acoge ninguna medida concreta sobre el acceso preferente a vivienda protegida, este derecho de la mujer víctima de violencia de género puede incardinarse dentro de las efectivas políticas nacionales sobre protección y apoyo⁴⁶. De ahí que, concretamente, España deba mantener el derecho preferente de acceso a vivienda protegida como una medida básica de apoyo y de fomento de la autonomía e independencia de la mujer víctima de violencia de género, aun a pesar del complicado contexto económico que afecta a un gran número de ciudadanos españoles, pero con mayor gravedad para aquellas mujeres que han sido víctimas de violencia de género.

46 PACHECO JIMÉNEZ, Mª N., *op. cit.*, p. 14.

5.1.7. El RD 637/2016, de 9 de diciembre, por el que se prorroga el Plan Estatal 2013-2016.

El Plan aprobado por RD 637/2016⁴⁷ no es más que una continuación del desarrollado entre los años 2013 y 2016, prorrogando las ayudas durante el año 2017 debido a la imposibilidad de firmar un plan cuatrienal por encontrarse el Gobierno aún en funciones cuando expiraba el plazo del anterior. De hecho, el RD en su Artículo Único establece que “*el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016 se prorroga durante un año*”.

El eje principal de este nuevo acuerdo es el desarrollo de ayudas al alquiler y las facilidades para acceder a una vivienda digna para las personas con menos recursos económicos. De ahí que se destinen ayudas por valor de 321,61 millones de euros al alquiler de viviendas, así como a la rehabilitación y renovación de viviendas y barrios.

Una de las propuestas más discutidas ha sido la de potenciar la vivienda no ocupada (se estima que hay cerca de 3.5 millones de viviendas vacías en España) por parte de las Administraciones Públicas o entidades financieras para promover su ocupación por la población más vulnerable. En este sentido, los profesionales del sector inmobiliario creen que los incentivos a propietarios e inquilinos son la mejor fórmula para intentar que esas viviendas salgan al mercado de alquiler de piso⁴⁸.

5.1.8. El RD 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021.

El Plan 2013-2016, prorrogado durante el ejercicio 2017, supuso un cambio de modelo orientado a los sectores sociales más necesitados ya que se centró en las ayudas al alquiler y la rehabilitación, relegando las ayudas públicas para la adquisición y la construcción de nuevas viviendas, salvo que se tratara de viviendas públicas en alquiler. Por su parte, el Plan 2018-2021, aprobado por RD 106/2018⁴⁹, mantiene este modelo basado en el fomento del alquiler⁵⁰ y de la rehabilitación (con especial énfasis en la mejora de la eficiencia energética), pero

47 (BOE núm. 298, de 10 de diciembre de 2016)

48 *Vid.* <https://rentagarantizada.es/plan-estatal-vivienda-2017-2020-gobierno/>

49 (BOE núm. 61, de 10 de marzo de 2018)

50 Llegando hasta un 40% de la renta mensual (art. 14 RD 106/2018).

introduce algunas novedades, entre ellas los siguientes programas⁵¹:

- A) De ayuda a personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual, especialmente vulnerables⁵².
- B) De ayuda a los jóvenes (menos de 35 años) para que puedan afrontar la emancipación y la formación de nuevos hogares y acceder a una vivienda que se ajuste a sus necesidades, tanto si se opta por el alquiler⁵³ como si se decide afrontar la compra⁵⁴ de una vivienda en municipios de pequeño tamaño (de menos de 5000 habitantes).
- C) De fomento de viviendas para personas mayores⁵⁵ y personas con discapacidad⁵⁶, con ayuda para la promoción de edificios y conjuntos residenciales que cuenten con instalaciones y servicios comunes adecuados para aquellas, tales como asistencia social, atención médica básica, limpieza y mantenimiento, dispositivos y sistemas de seguridad, restauración, actividades sociales, deportivas, de ocio y culturales, así como terapias preventivas y de rehabilitación.

Independientemente de estas incorporaciones, el Plan mantiene su compromi-

51 El Plan Estatal 2018-2021 se estructura en los programas que prosiguen (*ex art. 2 RD 106/2018*):

1. Programa de subsidiación de préstamos convenidos. 2. Programa de ayuda al alquiler de vivienda. 3. Programa de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual. 4. Programa de fomento del parque de vivienda en alquiler. 5. Programa de fomento de mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad en viviendas. 6. Programa de fomento de la conservación, de la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad en viviendas. 7. Programa de fomento de la regeneración y renovación urbana y rural. 8. Programa de ayuda a los jóvenes. 9. Programa de fomento de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad.

52 Programa que pone a disposición de las personas que se encuentren en situación de desahucio o lanzamiento, y con escasos recursos económicos, las viviendas desocupadas y disponibles de las entidades de crédito, o de otros tenedores de vivienda, para ser ocupadas en régimen de alquiler, previéndose una ayuda económica para el mismo que puede alcanzar hasta el 100% de la renta (art. 21 RD 106/2018).

53 La cuantía de la ayuda al alquiler será de hasta el 50% de la renta mensual que deba satisfacer el beneficiario por el alquiler de su vivienda habitual y permanente para los primeros 600 euros (art. 60.1 RD 106/2018). En los supuestos en los que la renta máxima mensual supere los 600 euros y alcance hasta 900 euros al mes, la ayuda a incrementar será de hasta el 30 % de la renta mensual en el tramo comprendido entre 601 y 900 euros de renta (art. 60.2 RD 106/2018).

54 La cuantía de la ayuda a la adquisición de vivienda será de hasta 10.800 euros por vivienda, con el límite del 20% del precio de adquisición de la vivienda, sin los gastos y tributos inherentes a la adquisición art. 60.3 RD 106/2018).

55 Llegando hasta un 50% de la renta mensual si el beneficiario tiene más de 65 años de edad (art. 14 RD 106/2018).

56 Las viviendas que obtengan financiación con cargo a este programa solo podrán ser ocupadas en régimen de alquiler o de cesión en uso, con renta o precio limitado, por personas mayores o con discapacidad con recursos económicos limitados.

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

so con las mujeres víctimas de violencia de género. Así se puede observar en su art. 7.4, donde se señalan los sectores preferentes beneficiarios de ayudas.

Las ayudas contempladas en el Plan presentan las siguientes condiciones:

- 1) Se otorgan en sobre la base de un criterio universal y objetivo, como es el de la renta, sin perjuicio de los beneficiarios que se señalan como prioritarios, además de los que pueda considerar cada Comunidad Autónoma en función de la problemática concreta de su territorio y de las particularidades de las ayudas al alquiler para jóvenes. 2) Se calculan en función de los ingresos de la unidad de convivencia, y no de los individuos⁵⁷. 3) Limitan la cuantía de los alquileres que se financian, evitando la subvención de alquileres elevados, sin perjuicio de abordar excepcionalmente ayudas para alquileres superiores en aquellos municipios que lo requieren. 4) Subvencionan una proporción del alquiler, sin establecer una cuantía fija, para evitar efectos inflacionistas de generación de rentas adicionales superiores a las del propio alquiler.

Esta normativa de ámbito estatal sirve de base a la regulación autonómica sobre Planes de fomento del alquiler y de la rehabilitación edificatoria.

5.1.9. La orden TMA/336/2020, de 9 de abril, de modificación del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12 del RD-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la Covid-19.

El Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la COVID-19, preceptúa en sus arts. 10 a 12 la elaboración de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social de la pandemia en los alquileres de vivienda habitual, así como que se modifique puntualmente el programa de fomento del parque de vivienda en alquiler, y que se sustituya el “Programa de ayudas a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual” por el “Programa de ayuda a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables”. Cumpliendo este mandato se publi-

⁵⁷ Quedan fuera las situaciones de unidades de convivencia en las que solo se tenga en cuenta los ingresos de quien suscribe el contrato de arrendamiento para acceder a la ayuda.

ca la Orden TMA/336/2020, de 9 de abril⁵⁸, que modifica el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, de manera que, habilitando o modificando los referidos programas, se puedan adaptar a las situaciones para las que los actuales programas del mencionado Plan no estaban preparados. Todo ello sobre la base de que a las nuevas situaciones de vulnerabilidad se ha de sumar la parálisis sobrevenida del mercado inmobiliario, lo que refuerza la necesidad de adoptar soluciones habitacionales que puedan implementarse rápidamente y mediante adjudicación directa cuando así se precise.

El nuevo programa, que sustituye al de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual, añade específicamente a las personas víctimas de violencia de género dentro de las especialmente vulnerables (manteniendo las personas objeto de desahucio y personas sin hogar) y habilita a la Administración competente para adjudicar las ayudas con la sola acreditación de la condición de víctima de violencia de género, adjuntando para ello un informe de los servicios sociales autonómicos o locales correspondientes, en el que se atiendan y valoren las circunstancias personales que aconsejen la concesión de la ayuda (arts. 3, 4.1. y 4.2 de la Orden).

La solución habitacional supone la puesta a disposición de la víctima de violencia de género de una vivienda que puede ser de titularidad pública, o que haya sido cedida para su uso a una Administración Pública, aunque mantenga la titularidad privada, adecuada a sus circunstancias en términos de tamaño, servicios y localización, para ser ocupada en régimen de alquiler, de cesión de uso, o en cualquier régimen de ocupación temporal admitido en Derecho. Si no se dispusiera de este tipo de vivienda, la ayuda podrá aplicarse sobre una vivienda adecuada, de titularidad privada o sobre cualquier alojamiento o dotación residencial susceptible de ser ocupada por las personas beneficiarias, en los mismos regímenes (ex art. 4.3 de la Orden).

El apartado 4 del artículo 4 de la Orden señala que la cuantía de las ayudas, dentro de los límites del programa y atendiendo a las circunstancias personales de la víctima de violencia de género, podrá alcanzar los siguientes importes: A) Hasta 600 euros al mes y hasta el 100% de la renta o precio de ocupación del inmueble establecido; en supuestos debidamente justificados por el órgano concedente de la ayuda, podrá alcanzar hasta 900 euros al mes y hasta el 100% de la renta o precio de ocupación establecido. B) Hasta 200 euros al mes para atender

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

los gastos de mantenimiento, comunidad y suministros básicos, con el límite del 100% de los mismos.

Por último, y según el art. 4.5 de la Orden, las ayudas podrán concederse por un plazo máximo de 5 años, pudiendo acumularse la cuantía necesaria para atender al pago del alquiler o los gastos de mantenimiento, comunidad y suministros básicos de los seis meses anteriores a los que la víctima de violencia de género, en su caso, no hubiera podido hacer frente.

5.2. Normativa de Castilla-La Mancha.

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ha sido pionera en diversas normas relativas a la prevención de la violencia de género. Asimismo, las medidas desarrolladas en el seno de la región han puesto de manifiesto el aumento de las actuaciones específicas en el ámbito de la vivienda con respecto a las mujeres víctimas de violencia de género como colectivo preferente.

5.2.1. Competencia en la materia.

El artículo 148.1.3 CE reconoce que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. De ahí que estas, paulatinamente, hayan ido asumiendo la materia de patrimonio arquitectónico, control de la calidad de la edificación y vivienda, llevando a cabo una política de vivienda propia, complementando las actuaciones protección y promoción previstas por el Estado, con cargo a sus propios recursos⁵⁹. En definitiva, junto a la política de vivienda que desarrolla el Estado, las Comunidades Autónomas, en atención a la competencia asumida por sus Estatutos de Autonomía y con cargo a sus presupuestos, pueden mantener sus propias políticas de vivienda⁶⁰.

En la actualidad pocos Estatutos de Autonomía han incluido en su articulado el derecho a la vivienda⁶¹ (v. gr., Andalucía, Aragón, Castilla y León, Ca-

59 SANCHÁ BECH, A. M^a *et al*, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

60 *Ibídem*, p. 29.

61 Nuestra Constitución recoge entre sus principios rectores de la política social y económica el derecho a la vivienda, entendido como derecho social en sentido estricto, esto es, no se configura como subjetivo y no concede, por tanto, a sus titulares una acción ejercitable ante los tribunales para la obtención directa de una vivienda digna y adecuada. En consecuencia, el derecho a la vivienda reconocido constitucionalmente no tiene por objeto la titularidad de una vivienda concreta, sino que se materializa en un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo las actuaciones precisas que hagan factible el disfrute de una

taluña, Islas Baleares y Comunidad Valenciana), entendido como un derecho prestacional que, aun reconocido a toda la colectividad, se refiere específicamente a grupos especialmente vulnerables (v. gr. jóvenes, personas sin medios o con recursos insuficientes, mujeres maltratadas, personas dependientes). En lo que a nuestra región respecta, la Propuesta de reforma de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha recoge, entre los derechos económicos y sociales, el derecho de acceso a una vivienda digna y a la implantación de medidas que aseguren su protección y disfrute, en especial, por los jóvenes y sectores sociales más desfavorecidos.

5.2.2. La Ley 5/2001, de 17 de mayo.

La Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas en Castilla-La Mancha⁶², en su artículo 13.1 “*reconoce un derecho preferente para la adjudicación de viviendas de promoción pública y para las ayudas regionales de acceso a viviendas de protección oficial a las mujeres víctimas de malos tratos, en las condiciones que reglamentariamente se determinen*”.

Con esta norma Castilla-La Mancha se puso a la vanguardia de la lucha contra la violencia de género. Fue pionera en abordar la violencia de género en el ámbito de la pareja y en garantizar a las víctimas la necesaria asistencia con la creación de ayudas y recursos específicos e impulsando una importante red de información y atención integral. Puede decirse que la ley castellano-manchega abrió paso a otras normas autonómicas y supuso un referente inmediato para la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁶³.

vivienda digna y adecuada.

En el análisis del ordenamiento jurídico español merecen una especial atención tres leyes a nivel autonómico (la precursora de Cataluña y las dos más recientes de Andalucía y Castilla y León), en tanto en cuanto regulan el derecho a la vivienda en el territorio de su respectiva Comunidad Autónoma, así como el supuesto del derecho preferente de acceso a vivienda protegida de las mujeres víctimas de violencia de género. (*Vid. PACHECO JIMÉNEZ, M. N. y SALES PALLARÉS, L. (2011), “El derecho a la vivienda: del reconocimiento constitucional a la realización efectiva. Los cambios del siglo XXI”, en Revista de Derecho Privado y Constitución, núm. 25, pp. 358 y ss.*)

62 (DOCM núm. 61, de 22 de mayo de 2001).

63 *Vid. Exposición de Motivos de la Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha (DOCM núm. 201, de 15 de octubre de 2018).*

5.2.3. El Decreto 381/2006: Plan Regional de Vivienda y Suelo de Castilla-La Mancha Horizonte 2010.

El Plan Regional de Vivienda y Suelo de Castilla-La Mancha, desarrollado por el Decreto 381/2006, de 11 de abril⁶⁴, regula la realidad práctica de las ayudas a las mujeres víctimas de malos tratos en el ámbito de Castilla-La Mancha. Su propia Exposición de Motivos realiza toda una declaración de intenciones al precisar que “se ha continuado en la línea ya comenzada en Planes anteriores de dirigir ayudas específicas a adquirentes con mayores dificultades para acceder a una vivienda, tales como jóvenes, discapacitados, familias monoparentales, familias numerosas, mujeres víctimas de malos tratos o víctimas de terrorismo”. Precisamente, su artículo 2 reconoce como beneficiarias de las ayudas a las mujeres víctimas de malos tratos, de conformidad con lo establecido para Castilla-La Mancha en el artículo 13.1 de la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas.

Por su parte, el artículo 8, denominado “Clases y tipos de viviendas con protección pública, y duración del régimen de protección”, en el apartado relativo a las viviendas con protección pública para alquiler, concretamente en la letra e), señala como alojamientos protegidos en alquiler para colectivos específicos aquéllos destinados a arrendamiento para colectivos como mujeres víctimas de malos tratos, entre otros.

Asimismo, el artículo 32, denominado “Compradores que acceden por primera vez a la vivienda en propiedad”, en el apartado 3, referente a la ayuda estatal directa a la entrada, consistente en “el abono, en pago único, de una cantidad fija en euros determinadas por el nivel de ingresos y las circunstancias personales o familiares del solicitante, destinada a facilitar el pago de la entrada correspondiente al precio de venta cuando se trate de una vivienda de protección oficial de régimen especial o de una vivienda de protección oficial de precio general o de la suma de los valores de la edificación y del suelo en caso del promotor individual para uso propio”, concretamente en la letra e), determina que podrán beneficiarse de dicha ayuda las familias solicitantes en las que concurra la circunstancia de que entre sus integrantes haya mujeres víctimas de malos tratos.

Por último, la Disposición Adicional Tercera establece que “también se entenderá acreditada la necesidad de vivienda cuando concurran algunas de las siguientes circunstancias: g) Habitar en casa de acogida, centro de urgencias, pi-

64 (DOCM núm. 79, de 14 de abril de 2006).

so tutelado o alojamiento provisional gratuito, en los términos que recoge la ley 51/2001, de 17 de mayo de Prevención de los malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas”.

5.2.4. El Decreto 173/2009: Plan Regional de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

Según la Exposición de Motivos del Decreto 173/2009, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el V Plan Regional de Vivienda y Rehabilitación de Castilla-La Mancha 2009-2012⁶⁵, este Plan se propone, desde una perspectiva estructural de medio y largo plazo, mejorar el acceso a la vivienda de la población castellano-manchega con mayores dificultades, estableciendo un fundamento de referencia estable y a la vez flexible de los instrumentos de política de vivienda de la región de Castilla-La Mancha. Para ello impulsa con especial interés la cooperación entre el Gobierno regional, la Administración General del Estado y los Ayuntamientos; la colaboración entre los ámbitos público y privado en materia de vivienda; la construcción de vivienda protegida; el alquiler de viviendas; la rehabilitación urbana; y la renovación de viviendas y edificios.

Entre sus aspectos más novedosos destaca, en primer lugar, la ampliación del número de personas, familias y colectivos beneficiarios de las ayudas por adquisición o por alquiler de vivienda protegida. Así pues, aumenta el número de colectivos con derecho a protección preferente, incorporando las personas separadas o divorciadas y las personas sin hogar, además de otros colectivos en riesgo de exclusión. En segundo lugar, promueve un tratamiento especial a los jóvenes y favorece el acceso a la vivienda de colectivos vulnerables o con dificultades, disponiendo de ayudas específicas o más elevadas que para el resto de la población en diversas actuaciones, tanto para adquisición como alquiler de vivienda. Y, por último, impulsa la figura de los alojamientos protegidos, un tipo de vivienda para alquiler, destinados a colectivos especialmente vulnerables, y también a la comunidad universitaria o personal investigador y científico.

Es patente, pues, la preocupación por los colectivos vulnerables, entre los que se encuentran las mujeres víctimas de la violencia de género. De ahí que el artículo 2 del Plan Regional, en su apartado 2 e), señale a este colectivo en particular como beneficiario de un derecho a protección preferente en las ayudas públicas.

65 (DOCM núm. 223, de 16 de noviembre de 2009). Modificado por: Decreto 72/2010, de 25 de mayo, Decreto 311/2011, de 29 de diciembre, y Decreto 18/2011, de 29 de marzo.

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

No obstante, tal y como establece el apartado 6 del referido artículo, “*las personas beneficiarias de las ayudas previstas en el presente Decreto y financiadas exclusivamente con cargo a los presupuestos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha deberán tener su domicilio fiscal en Castilla-La Mancha, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.3.b) del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre*”.

Por su parte, el artículo 3 del Decreto 173/2009 considera protegidas, entre otras, las siguientes actuaciones: 1. La promoción de viviendas protegidas de nueva construcción o procedentes de la rehabilitación, destinadas a venta, uso propio, alquiler o alquiler con opción a compra, incluidas en este último supuesto las promovidas en régimen de derecho de superficie o de concesión administrativa, así como la promoción de Alojamientos Protegidos para colectivos especialmente vulnerables y otros colectivos específicos. 2. La adquisición de viviendas protegidas de nueva construcción o de vivienda usadas para su utilización como vivienda habitual⁶⁶. 3. El alquiler de viviendas nuevas o usadas, libres o protegidas⁶⁷.

Atendiendo estas tres actuaciones protegidas, a efectos del Decreto 173/2009 existen tres tipos de viviendas con protección pública (*ex* artículo 7): a) viviendas con protección pública para venta (artículo 8 y Capítulo II); b) viviendas con protección pública para alquiler (artículos 9 y 10 y Sección 1^a del Capítulo III); c) alojamientos protegidos para colectivos especialmente vulnerables y otros colectivos específicos (artículo 11 y Sección 2^a del Capítulo III). Es manifiesto el paralelismo con la normativa estatal, en la medida en que en el RD 2066/2008, atribuye la misma protección preferente en las diversas clases de vivienda protegida.

A) Viviendas con protección pública para venta.

El Capítulo II del Plan Regional, denominado “Vivienda protegida de nueva construcción para venta”, establece en su Sección 2^a (“Adquisición de viviendas con protección pública en venta”) una serie de ayudas públicas. Primeramente, remite a la ayuda estatal directa a la entrada (*ex* artículo 36⁶⁸), regulada en el RD

66 Modificado por Decreto 18/2011, de 29 de marzo (DOCM núm. 64, de abril de 2011): “*Adquisición de viviendas protegidas de nueva construcción o de viviendas usadas, así como la adquisición del derecho de superficie de una vivienda protegida ya construida, para su utilización como vivienda habitual*”.

67 Modificado por Decreto 18/2011, de 29 de marzo: “*El alquiler de viviendas nuevas o usadas, libres o protegidas, destinadas a la residencia habitual y permanente de la persona inquilina*”.

68 Sin contenido por Decreto 311/2011, de 29 de diciembre de 2011 (DOCM núm. 254, de 30 de diciembre).

2066/2008, haciendo depender su cuantía del ámbito territorial donde se encuentra sita la vivienda, de los ingresos familiares de la persona solicitante y de otras circunstancias personales o familiares; correspondiendo las cuantías más elevadas, entre otros colectivos, a las mujeres víctimas de violencia de género. En segundo lugar, establece una ayuda autonómica (ex artículo 37) destinada a aquellos demandantes inscritos en el Registro correspondiente de Castilla-La Mancha, y siempre que hubieran obtenido la ayuda estatal directa a la entrada, para la adquisición de vivienda protegida de nueva construcción (v. gr., protección oficial, de precio tasado, de iniciativa público-privada). La cuantía de esta variará en función del nivel de ingresos, la tipología de la vivienda, la localización de la misma y de las circunstancias personales o familiares. Asimismo, si se trata de colectivos especiales (véase mujeres víctimas de violencia de género), las personas interesadas sólo podrán beneficiarse de la ayuda de mayor cuantía, no pudiendo adicionar ambas. Por su parte, el apartado 2 del citado artículo, señala que *“las mismas ayudas previstas en el número anterior serán de aplicación respectivamente en los casos de segundas y posteriores transmisiones de viviendas protegidas”*.

En lo que concierne al primer acceso a la propiedad de viviendas protegidas, el artículo 37 del Plan Regional otorga una definición especial para el supuesto de las mujeres maltratadas, equiparando a adquirentes en primer acceso a la propiedad a las personas que, habiendo accedido a una vivienda en propiedad, sean víctimas de violencia de género: *“estas personas podrán obtener nuevamente ayudas financieras, sin haber transcurrido diez años desde la percepción de otras ayudas para el mismo tipo de actuación, siempre que el préstamo convenido⁶⁹ se hubiera cancelado”*.

B) Viviendas con protección pública para alquiler.

La Sección 3^a del Capítulo II, denominada “Ayudas a las personas inquilinas”, determina las personas beneficiarias y la cuantía, duración y formas de pago de la ayuda. Para poder disfrutar de esta subvención las personas inquilinas de vivienda deberán cumplir una serie de requisitos (ex art. 4470): a y b) ser titular de un contrato de alquiler de vivienda –formalizado en los términos de la

bre de 2011).

69 Préstamo hipotecario destinado a la adquisición de viviendas protegidas, con un plazo inicial de 25 años y un tipo de interés reducido, fijo o variable (Euribor más un diferencial entre 25 y 125 puntos básicos). Es concedido por las entidades que tienen suscrito convenio con el Ministerio de Vivienda, siendo su constitución requisito para acceder al resto de las ayudas. No se podrá cobrar comisión alguna bajo ningún concepto. (RD 2066/2008: Artículo 12).

70 Modificación por Decreto 18/2011, de 29 de marzo.

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos-, con una duración no inferior a un año y con una cláusula de prohibición de cesión o subarriendo; c) ocupar la vivienda como domicilio habitual y permanente, procediendo al empadronamiento en la vivienda alquilada; d) disponer de una fuente regular de ingresos; e) tener unos ingresos familiares que no exceden de 2,5 veces el IPREM; f) que todas las personas integrantes de la unidad de convivencia, salvo hijos o hijas menores de edad, posean nacionalidad española o de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea (para personas extranjeras no comunitarias, requisito de residencia legal y permanente en España); g) que la superficie útil máxima de la vivienda no supere los 90 metros cuadrados (120 metros cuadrados para casos de familias numerosas o personas dependientes o con discapacidad); h) renta limitada para viviendas calificadas como protegidas.

No obstante, a las mujeres víctimas de violencia de género que deseen acogerse a esta ayuda no les será exigible el cumplimiento de los requisitos c), d), e), f), g) y h), anteriormente mencionados. Asimismo, este colectivo será uno de los que gozarán de preferencia en el acceso a la referida ayuda (ex artículo 2.2 Decreto 173/2009).

La cuantía máxima anual de las ayudas a personas inquilinas será del cuarenta por cien de la renta anual que se vaya a satisfacer, con un límite de tres mil doscientos Euros anuales por vivienda. Su duración será de dos años, siempre que se mantengan las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento inicial del derecho a la ayuda. Por último, el artículo 45.3 del Plan Regional establece una limitación temporal de 5 años, desde la fecha del reconocimiento de la subvención, para poder obtenerla nuevamente.

C) Alojamientos protegidos

La actuación protegida consistente en la promoción de alojamientos para colectivos especialmente vulnerables y otros colectivos específicos, entre los que se encuentran las mujeres víctimas de violencia de género -artículo 11.1.e) Plan Regional- se destinará a aquellos albergues cuya promoción sea pública o privada; se edifiquen sobre suelo al que la ordenación urbanística atribuya cualquier uso compatible con sus destinos; formen parte de edificios o conjuntos de edificios propuestos en exclusiva y por completo a esa finalidad; y su superficie útil sea como mínimo de quince metros cuadrados por persona, con un máximo de cu-

renta y cinco metros cuadrados⁷¹.

La duración del régimen de protección, que excluye descalificación voluntaria, será de carácter permanente mientras subsista el régimen del suelo, si los alojamientos hubieran sido promovidos en suelo destinado por el planeamiento urbanístico a vivienda protegida, o en suelo rotacional público, y, en todo caso, durante un plazo no inferior a treinta años. Por el contrario, si las viviendas hubieran sido promovidas en otros suelos, el plazo máximo será de treinta años (*ex artículo 6 RD 2066/2008*).

Hecho este recorrido, ha de señalarse que en diciembre del año de 2015 se publicó el Decreto 222/2015⁷², por el que se regulan subvenciones de carácter excepcional de la Consejería de Fomento en materia de ayudas a la adquisición de vivienda protegida, concretamente aquellas solicitadas con anterioridad al 16 de junio de 2013 –al amparo del Decreto 173/2009- y que no se resolvieron en su día por falta de crédito presupuestario necesario para ello. El art. 1.3 del Decreto de 2015 establece que: “*Las ayudas autonómicas a la adquisición de vivienda a que hace referencia el presente artículo están destinadas a personas adquirientes en primer acceso a Vivienda de Protección Oficial, Viviendas de Precio Tasado y Viviendas de Iniciativa Público-Privada de nueva construcción, cuyos ingresos familiares no excedan de 2,5 veces el Iprem, y en especial a las personas adscritas a colectivos especiales: Familias numerosas, familias monoparentales con hijos o hijas, mujeres víctimas de violencia de género, víctimas del terrorismo, personas separadas o divorciadas al corriente del pago de pensiones, personas dependientes o con discapacidad oficialmente reconocida y familias con dependientes a cargo, cuyas especiales condiciones personales les otorgan un carácter sin duda singular que justifica plenamente el interés social y económico de las ayudas*”.

5.2.5. La Orden de 30 de abril de 2013, de la Consejería de Fomento: ayudas al arrendamiento de viviendas.

Tras la finalización del período de eficacia del V Plan Estatal de Vivienda (2009-2012), y habiendo perdido vigencia el anteriormente desarrollado Decreto 173/2009, la Orden de 30 de abril de 2013⁷³ pretende “dar continuidad al desa-

71 Aunque un porcentaje del total de los alojamientos de cada promoción podrá tener una superficie útil máxima de noventa metros cuadrados, con el objeto de poder alojar a unidades familiares o a grupos de personas.

72 (DOCM núm. 241, de 11 de diciembre 2015).

73 (DOCM núm. 86, de 6 de mayo 2013).

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

rrollo normativo y a la gestión de la política de vivienda” en la región de Castilla-La Mancha. Para ello regula y convoca una serie de ayudas al arrendamiento de viviendas con el objetivo de “reactivar el sector inmobiliario mediante la dinamización del mercado de arrendamientos y contribuir a posibilitar el acceso a una vivienda digna en régimen de alquiler”; asimismo, “tiene por finalidad amparar a determinados colectivos de personas vulnerables” que tienen dificultades (v. gr., desempleo, inactividad económica, víctimas de violencia de género) para materializar dicho acceso.

Los beneficiarios de las prestaciones serán las personas físicas mayores de edad que reúnan las condiciones⁷⁴ del art. 5: a) ser titular de un contrato de arrendamiento de vivienda en calidad de arrendatario, debiendo situarse dicho inmueble en territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, y teniendo el referido contrato una duración no inferior a un año y conteniendo una cláusula de prohibición de cesión o subarriendo⁷⁵; b) que la vivienda arrendada constituya la residencia habitual y permanente del arrendatario; c) que todas las personas que tengan o vayan a tener su domicilio habitual y permanente en la vivienda arrendada posean nacionalidad española, o la de alguno de los Estados miembros de la UE⁷⁶; d) que los ingresos de las referidas personas, figuren o no como titulares del contrato de arrendamiento, sean, en conjunto, superiores a 0.5 veces el IPREM e inferiores a 3 veces el IPREM; e) que la renta establecida en el contrato de arrendamiento, y los gastos de comunidad en su caso, no supere la cuantía total de 500 Euros mensuales⁷⁷; f) tener el domicilio fiscal en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Sin embargo, para las mujeres víctimas de violencia de género (entre otros colectivos vulnerables), los requisitos previstos en los apartados b), f) y el relativo al límite mínimo de ingresos del d) no serán exigibles.

De conformidad con el art. 9, para acreditar y verificar la concurrencia y cumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos en el expediente deberán constar varios extremos⁷⁸ (v. gr., identidad del solicitante; nacionalidad española o la de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea; residencial legal

74 Condiciones similares a las establecidas por los arts. 10 y ss del RD 233/2013: Plan 2013-2016.

75 También podrán ser beneficiarias aquellas personas que pretendan suscribir un contrato de arrendamiento de vivienda, siempre que se reúnan el resto de exigencias previstas y se aporte el citado contrato en tiempo y forma establecido por la Orden.

76 Para el caso de ciudadanos extranjeros, estos deberán tener residencia legal y permanente en España.

77 Si se trata de arrendataria familia numerosa, el límite de la renta no podrá superar los 600 Euros mensuales.

78 A mi juicio son tan diversos, y algunos hasta complejos, que en la práctica pueden dificultar el desarrollo del procedimiento de ayudas.

y permanente en España si se trata de extranjeros; copia del contrato escrito de arrendamiento; referencia catastral de la vivienda; número de identificación fiscal del arrendador; número de la cuenta del arrendador para realizar transferencia bancaria y número de la cuenta prevista para el cobro de las ayudas; volante o certificado de empadronamiento de las personas residentes en la vivienda arrendada; datos de los ingresos del solicitante; aportación trimestral de los justificantes bancarios del pago del arrendamiento; copia del recibo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles relativo a las viviendas titularidad el solicitante, donde se refleje el valor de los mismos; certificado del Registro de la Propiedad, de titularidades inmobiliarias ubicadas en territorio español, etc.). La verificación se realizará, al menos, una vez al año, y se referirá a todos los ejercicios cerrados en que el interesado haya sido beneficiario de las ayudas.

Las ayudas tendrán una cuantía del 40% de la renta anual que deban satisfacer por el alquiler de su vivienda habitual, con un límite máximo de 200 Euros mensuales por vivienda; concediéndose por un plazo de doce meses, prorrogables, a solicitud del interesado, hasta en un máximo de otros doce meses (*ex art. 6*).

En los Anexos que se encuentran al final de la Orden se facilita el formulario oficial de solicitud de ayuda al arrendamiento, así como las instrucciones para tramitarlo adecuadamente.

5.2.6. La Orden de 4 de Junio 2014, de la Consejería de Fomento, por la que se establecen las bases reguladoras y se convocan ayudas al arrendamiento de vivienda.

La propia Orden de 4 de junio de 2014⁷⁹ es la que contextualiza su finalidad cuando alude al Plan Estatal 2013-2016 de fomento del alquiler de viviendas y la regeneración y renovación urbanas (aprobado por Real Decreto 233/2013, de 5 de abril) como base de las actuaciones de la Consejería de Fomento de la Comunidad de Castilla-La Mancha para tramitar un nuevo Plan Regional de Vivienda.

Pues bien, “con la presente Orden se regulan y convocan ayudas al arrendamiento de viviendas con el objeto de facilitar el acceso y la permanencia en las mismas a personas con escasos medios económicos, continuar dinamizando el mercado del alquiler de las viviendas, así como de contribuir a hacer posible el acceso a una vivienda digna en este régimen, haciendo eco de las necesidades

79 (DOCM núm. 108, de 6 de junio 2014).

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

de movilidad laboral de los ciudadanos, así como de las circunstancias que rodean a aquellas personas que, teniendo en propiedad una vivienda, no pueden disponer de ella por orden judicial, entre otros motivos". Estas nuevas ayudas suponen un complemento de aquéllas que ya se convocaran mediante la Orden de 30 de abril de 2013 (que queda derogada con esta nueva Orden).

Concretamente, su art. 2 dispone que "*serán objeto de subvención la financiación de parte de la renta a satisfacer por los arrendatarios de las viviendas alquiladas, facilitando el acceso y la permanencia en las mismas a personas físicas pertenecientes a sectores de población con escasos medios económicos, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos en la presente Orden*".

Su art. 5 establece los requisitos de los beneficiarios; a saber:

- a) Ser titular o estar en condiciones de suscribir un contrato de arrendamiento de vivienda, con mención expresa de su referencia catastral, formalizado en los términos previstos en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos⁸⁰, en calidad de arrendatario, debiendo situarse dicho inmueble en territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. El contrato de arrendamiento referido deberá tener una duración no inferior a un año y contener una cláusula de prohibición de cesión o subarriendo.
- b) Que la vivienda arrendada o a arrendar, constituya o vaya a constituir la residencia habitual y permanente del arrendatario, lo que deberá acreditarse.
- c) Que todas las personas que tengan o vayan a tener su domicilio habitual y permanente en la vivienda arrendada, posean la nacionalidad española, o la de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo y Suiza, o se trate de extranjeros no comunitarios con residencia legal en España.
- d) Que la renta establecida en el contrato de arrendamiento de vivienda, y los gastos de comunidad, en el caso de que procedan, y siempre que se haya pactado la satisfacción de estos últimos por la parte arrendataria, no supere la cuantía total de 500 € mensuales. En el caso de que la parte arrendataria venga constituida por una familia numerosa, el límite de la cuantía mencionada no podrá superar los 600 € mensuales.
- e) Tener el domicilio fiscal en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.
- f) Que los ingresos de las personas que tengan, o vayan a tener, su domici-

⁸⁰ Modificada por Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

lio habitual y permanente en la vivienda arrendada, consten o no como titulares del contrato de arrendamiento, sean, en conjunto, determinados de acuerdo con lo dispuesto en el apartado siguiente, superiores a 0,5 veces el Iprem, e inferiores al límite máximo de ingresos de la unidad de convivencia que da acceso a la ayuda establecido en el apartado 4 del artículo 6, o excepcionalmente a 3 veces el Iprem, tal y como se recoge en el apartado 7 del citado artículo 6. Sin embargo, no será exigible el cumplimiento de este requisito concerniente al límite mínimo de ingresos en el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género (entre otros colectivos).

Su artículo 6 establece la cuantía, duración y priorización del acceso a las ayudas. Así, la ayuda podrá ser de hasta el 40% de la renta anual que deban satisfacer por el alquiler de su vivienda habitual y permanente, con un límite máximo de 200 € mensuales por vivienda. (2400 € anuales). Su abono será trimestral y se concederán por un plazo de doce meses prorrogables, a solicitud del interesado y sujetas a la disponibilidad presupuestaria

Su Capítulo II (arts. 9-19) desarrolla detenidamente el procedimiento para la concesión, justificación y pago de las ayudas y sus prórrogas.

En los Anexos que se encuentran al final de la Orden se facilita el formulario oficial de solicitud de ayuda al arrendamiento, así como las instrucciones para tramitarlo adecuadamente.

5.2.7. El Decreto 71/2014, de 24 de julio, por el que se regula el Plan de Fomento del Alquiler de Viviendas, la Rehabilitación Edificatoria, y la Regeneración y Renovación Urbanas 2013-2016.

El propio art. 1 del Decreto 71/2014⁸¹ reza: “*este Decreto tiene por objeto aprobar el Plan de Fomento del Alquiler de Viviendas, la Rehabilitación Edificatoria y la Regeneración y Renovación Urbanas 2013-2016 de Castilla-La Mancha en adaptación al ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016*”.

Este Plan fija como nuevas líneas de actuación “el alquiler, la rehabilitación y

81 (DOCM núm. 144, de 29 julio 2014). Modificado por Decreto 38/2016, de 27 julio (DOCM núm. 147, de 28 julio 2016), concretamente sus artículos 34.2 y 38.2.1.

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

el acceso a la vivienda de personas pertenecientes a los sectores más desfavorecidos, comprendiendo los siguientes Programas: 1º. Programa de ayudas al arrendamiento de vivienda. 2º. Programa de fomento del parque público de vivienda de alquiler. 3º. Programa de fomento de la rehabilitación edificatoria. 4º. Programa de fomento de la regeneración y renovación urbanas. 5º. Programa de apoyo a la implantación del informe de evaluación de los edificios. 6º. Programa para el fomento de ciudades sostenibles y competitivas.

Atendiendo al tema objeto de estudio, nos centraremos en los dos primeros Programas: el de ayudas al arrendamiento de vivienda, por establecer una serie de subvenciones que potencian el acceso a ella mediante un contrato de arrendamiento; y el de fomento del parque público de vivienda de alquiler, en la medida en que se pretende que las Administraciones Públicas se impliquen en generar un parque público de vivienda con la consiguiente oferta de acceso mediante alquiler protegido.

Entre los beneficiarios del Programa de ayudas al arrendamiento de vivienda, que “*tiene por objeto facilitar el acceso y la permanencia en una vivienda en régimen de arrendamiento a sectores de población con escasos medios económicos*”, se encuentran las mujeres víctimas de violencia de género (*ex art. 9*). La ayuda⁸² podrá ser de “*hasta el 40% de la renta anual que deban satisfacer por el alquiler de su vivienda habitual y permanente, con un límite máximo de 200€ mensuales por vivienda*”, abonándose mensualmente y concediéndose por un plazo de doce meses, prorrogables, con la fecha límite para percibirla el 31 de diciembre de 2016 (*ex art. 10*). Para establecer el importe a percibir, habrá que estar al límite máximo de ingresos de la unidad de convivencia y a la cuantía anual del Iprem.

El mantenimiento de las ayudas referidas exigirá el cumplimiento de las condiciones que habilitaron el reconocimiento del derecho a ellas. Es más, en el caso de que se produzca una variación en las referidas condiciones, el beneficiario deberá comunicar a los Servicios Periféricos de la Consejería competente la alteración producida (*ex art. 12*). El art. 13 del Decreto señala los aspectos que deben constar en el expediente a fin de acreditar y verificar la concurrencia y el cumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos, verificándose al menos una vez al año, sin perjuicio de que se puedan realizar otras comprobaciones cuando la Consejería competente lo estime oportuno.

82 Art. 14 Decreto: “*Las solicitudes de ayuda, y de las prórrogas se cumplimentarán en el correspondiente modelo oficial, que se incluirá como Anexo en la Orden de convocatoria, y será facilitado por los Servicios Periféricos de la Consejería competente en materia de vivienda y en la sede electrónica de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (www.jccm.es)*”.

El objeto del Programa de fomento del parque público de vivienda de alquiler es promover viviendas con protección pública de alquiler en rotación (previstas para unidades de convivencia con ingresos totales entre 0,5 y 1,2 veces el Iprem) y viviendas con protección pública de alquiler protegido (previstas para unidades de convivencia con ingresos totales entre 1,2 y 3 veces el Iprem) (*ex art. 23*).

El art. 25 señala como beneficiarios de estas ayudas a promotores “*Administraciones públicas, organismos públicos y demás entidades de derecho público, así como empresas públicas y sociedades mercantiles participadas, íntegra o mayoritariamente por las Administraciones públicas; fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública, y aquellas a las que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*”; y “*organizaciones no gubernamentales y demás entidades privadas sin ánimo de lucro, especialmente aquellas que desarrollen su actividad entre sectores vulnerables merecedores de una especial protección*”.

Estos promotores podrán obtener una subvención consistente en una ayuda directa, proporcional a la superficie de cada vivienda, hasta un máximo de 250 euros por metro cuadrado de superficie útil de vivienda, no pudiendo superar la cuantía máxima el 30% del coste subvencionable de la actuación, con un límite máximo de 22.500 euros por vivienda (*ex art. 26*).

Por su parte, el art. 32 establece las condiciones para el acceso al arrendamiento, señalando como colectivo de adjudicación preferente a las mujeres víctimas de violencia de género.

Finalmente, el Anexo que se encuentra al final de este Decreto facilita la comprensión de muchos de los términos empleados a través de un glosario de conceptos.

5.2.8. El Decreto 41/2017, de 4 de julio, de medidas para facilitar el acceso a viviendas sujetas a algún tipo de protección.

El Decreto 41/2017⁸³, haciendo eco de la prórroga⁸⁴ por un año más del Plan Estatal 2013-2016, pretende incidir en los requisitos exigidos a los posibles adquirentes en primera transmisión de viviendas de protección pública, procurar el efectivo destino de los recursos habitacionales a favor de los ciudadanos y evitar situaciones de desocupación de viviendas.

Se trata de una normativa breve, estructurada en cuatro artículos, tres disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. Por el tema objeto de estudio, me centraré en sus artículos, en la disposición adicional tercera y en la disposición final segunda.

El artículo primero regula su objeto, que no es otro que “*facilitar la adquisición, en primera transmisión, de viviendas de protección pública, existentes en Castilla-La Mancha que estén vacantes por falta de comprador, una vez agotados los procedimientos de adjudicación establecidos en la legislación vigente en materia de vivienda protegida*”.

El artículo segundo fija el ámbito de aplicación del Decreto y los requisitos que han de concurrir en las viviendas objeto del mismo para que puedan beneficiarse de sus medidas.

El artículo tercero recoge la necesidad de los promotores propietarios de las viviendas de autorización de la Administración, para poder acogerse a las excepciones previstas en el artículo cuarto. Así, este artículo cuarto fija las condiciones de materialización de las medidas, limitadas en el tiempo y centradas fundamentalmente en los requisitos subjetivos de los posibles adquirentes de las viviendas objeto del Decreto, a saber: ingresos máximos, posibilidad de tenencia de otros inmuebles residenciales, motivos de traslado de domicilio por causa justificada, pertenecer a un colectivo vulnerable (caso de víctima de violencia de género con acceso preferente a vivienda pública⁸⁵).

Respecto a las disposiciones adicionales, procede destacar la tercera, en la medida en que determina el marco jurídico para una posible cesión temporal a

83 (DOCM núm. 131, de 7 julio 2017).

84 Prorrogado durante el ejercicio 2017 por el Real Decreto 637/2016, de 9 de diciembre.

85 Art. 4.b) 1º Decreto 41/2017.

colectivos vulnerables (v. gr., víctimas de violencia de género) de la disponibilidad del uso de viviendas con protección pública calificadas para venta que sean titularidad de la Junta de Comunidades o de las empresas que pertenezcan al sector público regional, a Administraciones, organismos públicos y entidades sin ánimo de lucro, siendo el régimen de ocupación de estas viviendas, en cuanto esté vigente la cesión, el del alquiler protegido.

Por último, la disposición final segunda, que modifica el Decreto 109/2008, de 29 de julio, de medidas para la aplicación del pacto por la vivienda en Castilla-La Mancha, preceptúa que “*para la adjudicación de viviendas vacantes de promoción pública destinadas al alquiler que pertenezcan al parque público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, incluidas las empresas pertenecientes al sector público regional, se confeccionarán y aprobarán periódicamente por la Comisión Provincial de Vivienda, listas de personas demandantes de vivienda de promoción pública ordenadas por antigüedad de inscripción en el Registro de demandantes, que acrediten unos rendimientos integros iguales o superiores a 0,5 veces el Iprem, y que no superen 2,5 veces el Iprem*”, “*tendrán atención preferente las mujeres víctimas de violencia de género*”.

5.2.9. La Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una sociedad libre de violencia de género en Castilla-La Mancha.

Debe partirse aquí de la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas, que, 17 años más tarde, necesitaba de una actualización, derivada tanto de los avances legislativos en la materia como de las necesidades prácticas planteadas. La propia Exposición de Motivos de la Ley 4/2018⁸⁶ considera que debe sustituirse la referida Ley “por otro instrumento legal en el que puedan reflejarse las actuaciones y recursos que se pusieron en marcha en Castilla-La Mancha en cumplimiento de las previsiones contenidas en la ley anteriormente mencionada, en la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha y en otras normas de desarrollo de inferior rango, así como ampliar la protección a más actos y manifestaciones de la violencia de género, cubriendo las lagunas detectadas y cumpliendo los mandatos emanados de las novedades y reformas legislativas en el marco estatal, europeo e internacional”. Así pues, “la nueva ley responde a este mismo compromiso con la igualdad entre mujeres y hombres, que necesariamente implica una sociedad libre de violencia contra las mujeres. Para to-

86 (DOCM núm. 201, de 15 de octubre de 2018)

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

do ello es preciso aunar esfuerzos de las personas con responsabilidades políticas, de profesionales que desde la red de atención integral atienden a las mujeres de nuestra región y de manera específica a las víctimas de la violencia de género y, sobre todo, hay que aunar todos esos esfuerzos con el conjunto de la sociedad, desde el ánimo de afrontar los retos aún pendientes en educación y en socialización diferenciada de niñas y niños a través del sistema educativo y la educación no formal e informal, los medios de comunicación, la publicidad y productos audiovisuales y la formación permanente en materia de género”.

Se debe destacar que esta ley “amplía su ámbito de aplicación a todas las manifestaciones de la violencia de género a cualquier esfera, privada o pública, recogiendo de modo extenso pero no excluyente todas las formas de la violencia que se ejerce contra las mujeres, dando visibilidad así a aquellas conductas que a veces no se identifican como expresión de la violencia de género, como la violencia económica, la violencia simbólica, la restricción de los derechos sexuales y reproductivos mediante la violencia, o la que se produce en el medio de las tecnologías de la información y la comunicación”.

La Ley se estructura en 5 Títulos: El Título I contiene las Disposiciones Generales, regulando el objeto y finalidad de la ley, el concepto, las manifestaciones de la violencia de género, los principios rectores de la actuación administrativa que informan el texto legal y que deben regir las actuaciones frente a la violencia de género, su ámbito de aplicación y los títulos habilitantes. El Título II contempla las actuaciones a desarrollar en materia de prevención y sensibilización en los diferentes ámbitos, estableciendo medidas en el ámbito de la educación, medidas de sensibilización (v. gr., campañas dirigidas al conjunto de la sociedad, acciones informativas destinadas a que las mujeres que sufren la violencia de género conozcan sus derechos y los recursos a su alcance para su protección y atención), medidas para promocionar la participación de las organizaciones de mujeres y organizaciones feministas, y medidas relativas a evitar reiteración de mensajes que legitiman o banalizan la violencia de género en el ámbito de los medios de comunicación y de la publicidad. El Título III recoge las medidas de protección y atención a las víctimas de la violencia de género, a saber: recuperación de mujeres víctimas y sus hijas e hijos menores, fomento de la autonomía personal y social, así como los derechos de las trabajadoras y empleadas públicas. El Título IV contempla las actuaciones de investigación y evaluación, reflejándose en la elaboración de un informe anual sobre las actuaciones llevadas a cabo en materia de violencia de género que deberá ser remitido a las Cortes de Castilla-La Mancha y ello en el objetivo de facilitar un diagnóstico sobre su adecuación al fin perseguido, y en consecuencia la necesidad de su reforma o la im-

plementación de otras nuevas. El Título V regula la responsabilidad institucional de todas las Administraciones Públicas en la detección y comunicación de las situaciones de violencia a los órganos y servicios competentes.

En lo que concierne a la línea vertebradora de este estudio, esto es, el derecho preferente de acceso a vivienda de las mujeres víctimas de violencia de género, han de destacarse dos preceptos insertos en el Capítulo II del Título III, sobre “fomento de la autonomía personal y social”:

- Artículo 27: “*El Gobierno de Castilla-La Mancha adoptará medidas⁸⁷ para favorecer la disposición para las mujeres víctimas de violencia de género de una vivienda digna y adecuada, promoviendo en el marco de la legislación vigente: a) El acceso preferente en la adjudicación de viviendas de iniciativa pública regional y viviendas de promoción pública y de resultar necesario por su precaria capacidad económica, al régimen de ayudas para poder acceder a las mismas, en los términos que reglamentariamente se establezcan. También tendrán acceso preferente quienes tengan la guarda de huérfanas/os víctimas de violencia de género, previo informe de la consejería con competencias en materia de protección de menores. b) El derecho preferente en la adjudicación de viviendas con protección pública de las mujeres víctimas de violencia de género con discapacidad reconocida de al menos el treinta y tres por ciento, en caso de precariedad económica, a una vivienda adaptada a sus necesidades. c) La priorización en el acceso a las ayudas en materia de arrendamiento de viviendas y en la adjudicación de recursos habitacionales de titularidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha”.*

- Artículo 29.2: “*Las mujeres víctimas de violencia de género tendrán preferencia en: c) El acceso a las ayudas al arrendamiento de vivienda, facilitando el acceso y la permanencia en las mismas a las mujeres víctimas de violencia de género con escasos recursos económicos*”.

87 En este punto debe señalarse que la Consejería de Fomento cuenta para los próximos cuatro años con un plan de acción que incluye 122 medidas concretas, entre las que se encuentran una nueva Ley de Vivienda y ayudas específicas al alquiler para mujeres víctimas de violencia de género. Concretamente, antes de terminar 2019, el Gobierno se comprometió a sacar una ayuda específica nueva de 180000 euros dirigida a estas últimas para facilitar el alquiler de vivienda. (*Vid. https://www.abc.es/espana/castilla-la-mancha/toledo/abci-ley-vivienda-y-ayudas-alquiler-para-victimas-violencia-genero-retos-fomento-201909181226_noticia.html*)

5.2.10. El Plan de Vivienda 2018-2021.

Es reseñable que este Plan autonómico no ha visto la luz en sentido estricto, a pesar de haberse realizado una consulta pública previa del proyecto de Decreto relativo a dicho Plan⁸⁸. No obstante, como se indicará en líneas posteriores, se han adoptado diversos programas para implementar convenientemente el Plan estatal.-

Es interesante subrayar que, como alternativa a este Plan autonómico, la propia consulta se refería a la nueva normativa de vivienda en la región, en la medida en que se estaba tramitando un anteproyecto de Ley de Vivienda de Castilla-La Mancha⁸⁹ cuyos objetivos era acabar con la dicotomía de normas y dar solución a los problemas de la ciudadanía en este sector, con especial atención a aquellas personas y familias con acceso más complicado a una vivienda digna y adecuada. En lo que a mujeres víctimas de violencia de género concierne, este anteproyecto, en su art. 10.4, las configura como colectivo de acción preferente. Y en su art. 18 las encuadra en situación de emergencia habitacional cuando, mediante informe de los servicios competentes, se acredite que precisan de un nuevo alojamiento con carácter temporal o definitivo.

A fecha de hoy la Ley de Vivienda aún no ha sido promulgada, por lo que el Gobierno regional, para hacer efectivo en la Comunidad Autónoma el Plan estatal 2018-2021, desarrolla una serie de programas concretos⁹⁰: de fomento de mejora de la eficiencia energética⁹¹ y sostenibilidad en viviendas⁹²; de fomento de la conservación, de la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad en

88 Disponible en https://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20180216/180215-cuestionario_consulta_publica_previa_plan_vivienda_18-21.pdf

89 Disponible en https://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20180119/05_primer_borrador_anteproyecto.pdf

90 *Vid.* <https://www.castillalamancha.es/gobierno/fomento/estructura/dgfvu/actuaciones/ayudas-plan-de-vivienda-20182021>

91 *Vid.* Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regulan el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla-La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida (DOCM núm. 72, de 11 de abril de 2019).

92 *Vid.* Orden 88/2018, de 4 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas para el Programa de fomento de la mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad de viviendas y el Programa de fomento de la conservación, de la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad en viviendas (DOCM núm. 114, de 12 de junio de 2018).

viviendas⁹³; de fomento de la regeneración y renovación urbana y rural⁹⁴; de ayuda a la adquisición de vivienda para jóvenes⁹⁵; de fomento del parque de vivienda en alquiler (reseñando la convocatoria de ayudas para mujeres víctimas de violencia de género).

Especial atención merece la Orden 161/2020, de 15 de octubre de 2020⁹⁶, por la que se aprueban las bases reguladoras de las ayudas al arrendamiento de viviendas de mujeres víctimas de violencia de género. Su artículo Cuarto señala como beneficiarias de las ayudas cuyo objeto es facilitar el arrendamiento de vivienda a las mujeres víctimas de violencia de género que reúnan los requisitos siguientes: a) Ser titular, en calidad de arrendataria de un contrato de arrendamiento de vivienda sobre un inmueble ubicado en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; debiendo el contrato estar formalizado por escrito en los términos previstos en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. b) Que la vivienda arrendada, constituya la residencia habitual y permanente de la arrendataria, acreditándose mediante certificado o volante de empadronamiento o en su defecto por declaración responsable en el que conste que la persona solicitante tiene su domicilio habitual en la vivienda objeto del contrato de arrendamiento. c) Que los ingresos de la solicitante no sean superiores a 3 veces el Iprem (14 pagas). d) Que la renta establecida en el contrato de arrendamiento de la vivienda objeto de la ayuda no sea superior a 750 euros mensuales. A ello debe añadirse, *ex art. 6*, la necesidad de acreditar la situación de víctima de violencia de género durante el período subvencionable. Y en cuanto a la cuantía, el art. 11 contempla que se concederá a las beneficiarias una ayuda del 50% de la renta mensual, que deban satisfacer por el alquiler de su vivienda habitual y permanente, con un máximo de 375,00 € de ayuda.

93 *Ibidem*. La Orden de 2018 fue modificada por la Orden 93/2020, de 9 de junio (DOCM núm. 130, de 1 de julio de 2020).

94 Orden 115/2018, de 4 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones para el Programa de Fomento de la Regeneración y Renovación Urbana y Rural (DOCM núm. 137, de 13 de julio de 2018).

95 Orden 161/2018, de 31 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas para la adquisición de vivienda habitual y permanente en régimen de propiedad por jóvenes (DOCM núm. 223, de 15 de noviembre de 2018).

96 (DOCM núm. 208, de 15 de octubre de 2020). Continuando en la línea de la Orden 163/2019, de 30 de septiembre (DOCM núm. 199, de 8 de octubre de 2019).

6. Consideraciones finales.

El análisis normativo realizado en el presente estudio no conforma una mera sucesión de normas en el tiempo, sino que evidencia la desalentadora persistencia de la violencia de género en nuestra sociedad, agravándose indefectiblemente por la coyuntura económica.

La LOMPIVG aborda las circunstancias en las que se encuentran las mujeres que han sufrido violencia de género desde una perspectiva integral, esto es, por medio de la información, la ayuda social, la asistencia jurídica, la garantía de una serie de derechos laborales y de seguridad social, el desarrollo de un programa específico de empleo, y el establecimiento de un conjunto de ayudas económicas y de vivienda.

El concreto derecho de acceso prioritario a vivienda protegida para mujeres víctimas de violencia de género (*ex art. 28 LOMPIVG*) supone una medida básica de apoyo y promoción de la independencia de un colectivo a todas luces vulnerable, en clara situación de emergencia habitacional. Y, desgraciadamente, este derecho se ha visto entorpecido, primeramente, por la crisis económica sufrida en nuestro país tras desinflarse la burbuja inmobiliaria, lo que ha conllevado una deficiente ejecución en muchos casos por la merma de recursos; y, en segundo lugar, por la crisis derivada de la COVID-19, cuyas repercusiones en los ámbitos sanitario, económico y social no han hecho más que empezar. La pandemia del coronavirus, además, ha puesto de manifiesto la pesadilla de muchas mujeres que han convivido con su maltratador bajo el mismo techo durante el estado de alarma en 2020 (del 14 de marzo al 21 de junio).

Es indiscutible, pues, la necesidad de implementar adecuadamente los mecanismos y recursos que garanticen el derecho de acceso preferente a la vivienda protegida de dichas mujeres, otorgándoles, a través de un procedimiento ágil y eficaz, la posibilidad de abordar su futuro en un nuevo hogar donde desarrollar un proyecto de vida en libertad, alejadas de la violencia.

7. Bibliografía.

DELGADO MARTÍN, J. (2007), *Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género: Comentarios, jurisprudencia, instrumentos internacionales, esquemas explicativos, normativa complementaria*, Madrid: COLEX.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2014), “Violence against women: an EU-wide survey”.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.: (2005), “La nueva Ley de Violencia de Género: aspectos prácticos y sustantivos”, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, año 59, nº 1990.

MINISTERIO DE IGUALDAD (2020), “Guía de actuación para mujeres que estén sufriendo violencia de género en situación de permanencia domiciliaria derivada del estado de alarma por COVID-19”.

MONTALBÁN HUERTAS, I. (2007), “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico”, en *Fundación José Ortega y Gasset*, núm. 12-enero.

PACHECO JIMÉNEZ, Mª N. (2015), “Evolución y situación actual en España del derecho preferente de acceso a vivienda protegida de las mujeres víctimas de violencia de género”, en *Aequalitas*, nº 36, pp. 6-14.

PACHECO JIMÉNEZ, Mª N. y SALES PALLARÉS, L. (2011), “El derecho a la vivienda: del reconocimiento constitucional a la realización efectiva. Los cambios del siglo XXI”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, pp. 349-398.

SANCHA BECH, A. Mª *et al* (2010), *Guía práctica de la vivienda protegida en España*, Madrid: La Ley.

TASENDE CALVO, J. J. (2005), “Aspectos civiles de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 664.

WHO (2013), “Violence against women. The health sector responds”.

WHO (2013), “Global and Regional Estimates of Violence against Women: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence”.

8. Referencias legislativas (orden cronológico).

NORMATIVA ESTATAL:

Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003).

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 19 de diciembre de 2004).

Orden PRE/525/2005, de 7 de marzo, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres (BOE núm. 57, de 8 de marzo de 2005).

Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda (BOE núm. 166, de 13 de julio de 2005).

Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 (BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2008).

Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016 (BOE núm. 86, de 10 abril de 2013).

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014).

Real Decreto 637/2016, de 9 de diciembre, por el que se prorroga el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016 (BOE núm. 298, de 10 de diciembre de 2016).

Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 (BOE núm. 61, de 10 de marzo de 2018).

Orden TMA/336/2020, de 9 de abril, por la que se incorpora, sustituye y modifican sendos programas de ayuda del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE núm. 101, de 11 de abril de 2020).

NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA:

Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas en Castilla-La Mancha (DOCM núm. 61, de 22 de mayo de 2001).

Decreto 381/2006, de 11 de abril, por el que se regula en el ámbito de Castilla-La Mancha el Plan Estatal de Vivienda 2005-2008 (DOCM núm. 79, de 14 de abril de 2006).

Decreto 173/2009, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el V Plan Regional de Vivienda y Rehabilitación de Castilla-La Mancha 2009-2012 (DOCM núm. 223, de 16 de noviembre de 2009).

Decreto 18/2011, de 29 de marzo, por el que se modifica el Decreto 173/2009 (DOCM núm. 64, de abril de 2011)

Decreto 311/2011, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 173/2009 (DOCM núm. 254, de 30 de diciembre de 2011).

Orden de 30 de abril de 2013, por la que se establecen y convocan ayudas al arrendamiento de viviendas (DOCM núm. 86, de 6 de mayo 2013).

Orden de 4 de junio de 2014, por la que se establecen las bases reguladoras y se convocan ayudas al arrendamiento de viviendas (DOCM núm. 108, de 6 de junio 2014).

Decreto 71/2014, de 24 de julio, por el que se regula el Plan de Fomento del Alquiler de Viviendas, la Rehabilitación Edificatoria, y la Regeneración y Renovación Urbanas 2013-2016 (DOCM núm. 144, de 29 julio 2014).

RECORRIDO NORMATIVO POR EL DERECHO DE ACCESO PRIORITARIO A VIVIENDA PROTEGIDA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. PARTICULAR REFERENCIA A SU REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA

M^a Nieves Pacheco Jiménez

Decreto 222/2015, por el que se regulan subvenciones de carácter excepcional de la Consejería de Fomento en materia de ayudas a la adquisición de vivienda protegida (DOCM núm. 241, de 11 de diciembre 2015).

Decreto 41/2017, de 4 de julio, de medidas para facilitar el acceso a viviendas sujetas a algún tipo de protección (DOCM núm. 131, de 7 julio 2017).

Orden 88/2018, de 4 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas para el Programa de fomento de la mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad de viviendas y el Programa de fomento de la conservación, de la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad en viviendas (DOCM núm. 114, de 12 de junio de 2018).

Orden 115/2018, de 4 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones para el Programa de Fomento de la Regeneración y Renovación Urbana y Rural (DOCM núm. 137, de 13 de julio de 2018).

Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una sociedad libre de violencia de género en Castilla-La Mancha (DOCM núm. 201, de 15 de octubre de 2018).

Orden 161/2018, de 31 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas para la adquisición de vivienda habitual y permanente en régimen de propiedad por jóvenes (DOCM núm. 223, de 15 de noviembre de 2018).

Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regulan el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla-La Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida (DOCM núm. 72, de 11 de abril de 2019).

Orden 163/2019, de 30 de septiembre, por la que se aprueban las bases reguladoras y se convocan ayudas al arrendamiento de viviendas dirigidas a víctimas de violencia de género (DOCM núm. 199, de 8 de octubre de 2019)

Orden 93/2020, de 9 de junio, por la que se modifica la Orden 88/2018 (DOCM núm. 130, de 1 de julio de 2020).

Orden 161/2020, de 15 de octubre de 2020, por la que se aprueban las bases reguladoras de las ayudas al arrendamiento de viviendas de mujeres víctimas de violencia de género. (DOCM núm. 208, de 15 de octubre de 2020).

RESUMEN

Atendiendo a los impactantes porcentajes de violencia de género en todo el mundo, numerosos organismos internacionales hacen un llamamiento a los Estados para que implementen sus políticas nacionales en prevención y protección de las mujeres víctimas de tan extendida lacra social. Así, los países vienen desarrollando medidas en diferentes ámbitos de actuación: educativo, cultural, publicitario, sanitario, social, económico, laboral, institucional, penal y procesal. En España, el artículo 28 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre (de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), concede un derecho de acceso prioritario a viviendas protegidas a las mujeres víctimas de violencia de género. El presente estudio analiza pormenorizadamente el tratamiento de este derecho a nivel estatal y a nivel de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha hasta nuestros días, sin olvidar el escenario de pandemia derivado de la COVID-19.

PALABRAS CLAVE

Mujer, violencia de género, acceso prioritario, vivienda protegida, medidas.

ABSTRACT

In response to the shocking percentages of gender-based violence in the world, several international agencies call on States to implement their national policies in prevention and protection policies to avoid such widespread social scourge. Thus, countries have been developing measures in different fields of action: educational, cultural, advertising, health, social, economic, labor, institutional, criminal and procedural. In Spain, article 28 of Act 1/2004, on 28th December (about Measures of Comprehensive Protection Against Domestic Violence), grants the right to priority access to officially protected housing for women victims of gender violence. Present research focuses on the adequate development of the above-mentioned right at state level and Autonomous Community of Castilla-La Mancha level to the present day, without forgetting the pandemic setting derived from COVID-19.

KEY WORDS

Woman, gender-based violence, priority access, officially protected housing, measures.

COMPETENCIA CONCURRENTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL
Y DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, CUANDO SE TRATA
DE LA DEFENSA DEL DERECHO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 41 CONSTITUCIO-
NAL, EN LOS CASOS DENUNCIAS O PROCEDIMIENTOS AMBIENTALES.

CONCURRENT JURISDICTION OF THE CONSTITUTIONAL CHAMBER AND
THE ADMINISTRATIVE CONTENTIOUS JURISDICTION, WHEN IT COMES TO THE
DEFENSE OF THE RIGHT PROTECTED IN ARTICLE 41 OF THE CONSTITUTION,
IN THE CASES OF COMPLAINTS OR ENVIRONMENTAL PROCEDURES.

Elaborado por:
Víctor Orozco Solano¹.

Recibido: 09-02-2021

Aceptado: 01-06-2021

SUMARIO

I. Introducción.

II. Sobre el recurso de amparo constitucional.

III. Sobre el recurso de amparo de legalidad y la tutela del derecho protegido en el artículo 41 de la Constitución Política.

IV. Sobre la competencia concurrente de la Sala Constitucional y de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en los casos de falta de resolución de denuncias o procedimientos ambientales.

V. Conclusiones.

¹ Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Juez Contencioso Administrativo.

COMPETENCIA CONCURRENTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, CUANDO SE TRATA DE LA DEFENSA DEL DERECHO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 41 CONSTITUCIONAL, EN LOS CASOS DENUNCIAS O PROCEDIMIENTOS AMBIENTALES.

Víctor Orozco Solano

I. Introducción.

En términos generales, el propósito de estas notas es demostrar la existencia de una competencia compartida o concurrente entre la Sala Constitucional, y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, vía amparo de legalidad, en lo que atañe a la tutela del derecho consagrado en el artículo 41 constitucional, cuando se conoce la omisión de las autoridades públicas de resolver aquellas quejas o denuncias relacionadas con el pleno goce del derecho contemplado en el artículo 50 de la Constitución Política, sobre el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Con el propósito anterior, se examinará los alcances del recurso de amparo que se tramita ante la Sala Constitucional, en la conocida Jurisdicción Constitucional de la Libertad, para la defensa de los derechos de carácter fundamental que la Constitución protege o contempla, así como, los configurados en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, los cuales, aún hoy, tienen alcance supra-constitucional.

También se examinará la creación jurisprudencial del amparo de legalidad, el cual, ha sido desarrollado mediante una serie de sentencias, con contenido similar, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala Primera, de la misma Corte, en el sentido de remitir, con algunas excepciones, entre ellas, en principio, la materia ambiental, a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de aquellos asuntos donde se alegue vulnerada la garantía prevista en el artículo 41 constitucional. En este orden de ideas, a pesar de esas excepciones, en donde la Sala Constitucional, todavía hoy, conoce de esos recursos de amparo constitucionales, lo cierto es que en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se conocen todo proceso de amparo en donde se alegue violado el derecho protegido en el artículo 41 constitucional, sin importar la materia que se trate². De ahí que el particular ostente, hoy día, dos vías concurrentes de protección para la salvaguardia del derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, cuando se ventile la omisión de una autoridad pública de resolver una queja, denuncia o procedimiento ambiental.

Lo anterior nos obliga a repasar con doctrina nacional, de manera muy breve, los alcances del derecho contemplado en el artículo 50 de la Constitución Política, sobre el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En

2 En este orden de consideraciones, es preciso tener en consideración que la Sala Constitucional, desde la sentencia No. 2017-17948, de 8 de noviembre de 2017, remite a la Jurisdicción Laboral los recursos de amparo relacionados con la materia de empleo público y fueros especiales de protección. Lo anterior, teniendo en consideración los alcances de la Reforma Procesal Laboral, Ley No. 9343 de 25 de enero de 2006.

este orden, es claro que, en esta materia, la Sala Constitucional costarricense tiene una jurisprudencia consolidada en que desarrolla los alcances de este derecho, del cual, justamente, el derecho protegido en el artículo 41 constitucional, sobre el derecho a un procedimiento pronto y cumplido, tiene un carácter instrumental.

II. Sobre el recurso de amparo constitucional.

La mayor parte de la doctrina dedicada al estudio de la “*jurisdicción constitucional de la libertad*” ha considerado que el amparo es una institución de origen mexicano, al ser previsto por primera ocasión en los artículos 8°, 9° y 12 de la Constitución yucateca de 1841, mientras que en el ámbito federal en la Constitución Mexicana de 1857 y en los artículos 103 y 107 de la Constitución de 1917³. Desde ahí la institución del amparo fue acogida por varios países latinoamericanos y europeos, aunque con notables diferencias del antecedente mexicano. En este sentido, mientras el amparo mexicano comprende 5 funciones elementales (entre ellas, el amparo contra leyes, el amparo casación, el amparo libertad (hábeas corpus), la jurisdicción contencioso administrativa y la protección de los derechos fundamentales) sólo la última ha sido invocada en otros ordenamientos como el español, el venezolano, el colombiano y el costarricense como exclusiva de esta institución⁴.

En el ordenamiento jurídico brasileño, por ejemplo, la institución del amparo está contemplada en el artículo 5-LXIX de la Constitución de 1988, que prevé el “*mandado de segurança*”, para proteger derechos no tutelados por el hábeas corpus o el hábeas data, cuando el responsable de la ilegalidad o el abuso de poder sea una autoridad pública, o agente de persona jurídica en ejercicio de atribuciones del poder público⁵. Ahora bien, en el ordenamiento jurídico costarricense, con anterioridad a la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política (realizada por medio de la Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989) y de la entrada en vigencia de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989) el recurso de amparo estaba regulado por la Ley

3 Dejando de lado sus antecedentes remotos en el derecho romano (homine libero exhibendo e intercessio tribunicia), en el inglés (habeas corpus) y en el español (procesos aragoneses del medioevo). Al respecto, se puede analizar Ferrer Mac-Gregor. , E., Del amparo nacional al amparo internacional, 27 de octubre 2018, en <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/files/amparo.doc.>, págs. 3-4.

4 Véase Tócora, L. F., Control Constitucional y Derechos Humanos, primera edición, Santa Fé de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1992, págs. 108-109.

5 Ver Tócora, L. F., Control Constitucional y ..., op. cit., pág. 113.

COMPETENCIA CONCURRENTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, CUANDO SE TRATA DE LA DEFENSA DEL DERECHO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 41 CONSTITUCIONAL, EN LOS CASOS DENUNCIAS O PROCEDIMIENTOS AMBIENTALES.

Víctor Orozco Solano

de Amparo, No. 1161 de 2 de junio de 1950⁶. En esta Ley se atribuía a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, el conocimiento de los recursos de amparo cuando el acto impugnado provenía del Presidente de la República, los Ministros de Gobierno, los Gobernadores de Provincia, los Comandantes de Plaza o el Director de la Guardia Civil, mientras que en los casos de las otras autoridades administrativas la competencia se asignaba a los jueces penales del lugar donde se verificaba la vulneración de los derechos. Lamentablemente, no era eficiente el mecanismo implementado en esta ley, en la medida en que se asignaba el conocimiento de la mayoría de estos asuntos a los jueces penales, quienes no estaban acostumbrados a realizar interpretación constitucional, ni a tratar sobre la validez de los actos administrativos. Otro obstáculo que la doctrina ha señalado fue el requisito del agotamiento de la vía administrativa para acceder al amparo⁷.

Es, precisamente, con la mencionada reforma a la Carta Magna y con la entrada en vigencia de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que se encomienda a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la potestad de conocer con exclusividad los recursos de amparo, entendiéndose como un instrumento procesal y sustantivo para la defensa efectiva de los derechos consagrados en la Constitución Política, como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República⁸. En este orden, es preciso tener en consideración los alcances del derecho protegido en el artículo 48, en que se consagra el recurso de amparo, para la defensa de los derechos supra mencionados, así como los actos y las situaciones susceptibles de impugnación (ver los artículos 29 y 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), dentro de lo que se encuentra, justamente, y a partir del derecho protegido en el artículo 41 constitucional, las omisiones de los poderes públicos y, de las autoridades administrativas, de resolver, en tiempo y oportunamente, los reclamos, quejas o denuncias que planteen los particulares, sobre todo si se trata, como en el caso presente, de reclamaciones relacionadas con el pleno goce del derecho protegido en el artículo 50 constitucional.

6 Al respecto, se puede consultar: Carvajal Pérez, M., “O recurso de amparo na Costa Rica”, Revista jurídica de Macau, Número especial, O direito de amparo en Macau e em direito comparado, 1999, pág. 273.

7 199 Ver Carvajal Pérez, M., “O recurso de amparo na Costa Rica”, op. cit., pág. 11.

8 Sobre lo anterior se puede consultar Orozco Solano, V., La fuerza normativa de la Constitución, segunda edición, Ciudad de México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, No. 134, págs. 73-75.

III. Sobre el recurso de amparo de legalidad y la tutela del derecho protegido en el artículo 41 de la Constitución Política.

Como es conocido, se ha sostenido que el derecho protegido en el artículo 41 constitucional, sobre el derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, comprende, justamente, el derecho de plantear quejas, denuncias o reclamos ante las autoridades administrativas, así como, de resolverlas, en un plazo razonable. En este orden, y aunque guarda cierta similitud, no debemos confundir este derecho con el goce de la tutela contemplada en los artículos 27 de la Constitución Política y 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sobre el derecho de petición y pronta resolución, así como, el derecho de acceso a la información pública, previsto en el artículo 30 constitucional, del cual, el derecho de petición reviste un carácter instrumental. En este orden, a diferencia del derecho protegido en el artículo 41 de la Constitución Política, referido, como se dijo, a quejas, reclamos o denuncias administrativas, que normalmente, requieren cierta actividad agravada de la administración y, de mayor complejidad o extensión para su resolución, el derecho protegido en el artículo 27 constitucional se refiere, única y exclusivamente, a la falta de respuesta de las gestiones puras y simples de información. De ahí que, en este último caso, la Sala Constitucional conserva, aún hoy, su competencia para conocer de los recursos de amparo donde se alegue vulnerado el derecho de petición, frente a las omisiones administrativas de contestar, en el plazo de diez días, del artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en tanto, sobre el derecho a un procedimiento pronto y cumplido, la Sala ha conferido la competencia para la resolución de esos reclamos, en principio y, con algunas salvedades, a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, vía recurso de amparo de legalidad, aunque como se sabe, esta última Jurisdicción conoce, en la práctica, cualquier tipo de queja del particular vinculada con la omisión de resolución del derecho protegido en el artículo 41 constitucional, con independencia de la materia que se trate (por ejemplo, pensiones, solicitudes de migración y residencia, ambiente, entre muchos otros). Por lo anterior, es claro que existe, entonces, una competencia concurrente o compartida de la Sala Constitucional y de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para conocer las omisiones de la Administración Pública, de resolver los reclamos, quejas o denuncias donde se alegue vulnerado el derecho proclamado en el artículo 50 constitucional, sobre el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Así, a partir de la sentencia 2008-02404, de 15 de febrero, entre otras, la Sala Constitucional comenzó a delegar en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa el conocimiento de los asuntos relacionados con la garantía prevista en el artícu-

COMPETENCIA CONCURRENTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, CUANDO SE TRATA DE LA DEFENSA DEL DERECHO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 41 CONSTITUCIONAL, EN LOS CASOS DENUNCIAS O PROCEDIMIENTOS AMBIENTALES.

Víctor Orozco Solano

lo 41 constitucional⁹. Por su parte, la Sala Primera de la Corte Suprema de Jus-

9 Una explicación detallada sobre el tema puede ser hallada en Orozco Solano V., Patiño Cruz, S. y Salazar Murillo, R., El recurso de amparo en Costa Rica, Segunda Edición, San José, Investigaciones Jurídicas, 2011, págs. 237-263. Así, por ejemplo, en la sentencia No. 2008-011455, de 23 de julio se dijo: “*Primeramente cabe indicarle a la recurrente que deben diferenciarse las peticiones puras y simples de información, los reclamos administrativos, las denuncias y otras solicitudes. En el primer caso, normalmente la respuesta deberá darse dentro de los diez días siguientes a la recepción de la petición, como lo ordena el artículo 32 de la Ley de Jurisdicción Constitucional. Excepcionalmente, si la contestación no puede brindarse dentro de ese término por razones justificadas, la Administración está obligada a explicar, dentro del plazo exigido por la Ley, cuáles son los motivos por los que no puede atender la petición en ese momento —obviamente, en el entendido de que más adelante, cuando pueda hacerlo, deberá responder cabalmente la petición—. La explicación correspondiente deberá ser clara, profunda y detallada, con el objeto de que el petente quede debidamente informado y pueda ejercer las acciones legales que juzgue apropiadas. En el segundo caso, cuando se trata de reclamos o recursos —en que el particular pide la declaración o restitución de un derecho subjetivo—, como lo ha señalado esta Sala, no es el artículo 27 Constitucional el aplicable, sino el 41: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. Lo anterior, por cuanto los reclamos y recursos administrativos, a diferencia de las peticiones puras, requieren un procedimiento para verificar los hechos que han de servir de motivo al acto final, así como adoptar las medidas probatorias pertinentes (véase la sentencia N° 2002-03851 de las 14:56 horas del 30 de abril de 2002). Usualmente, el término para resolver está dado por el artículo 261, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública, que establece que el procedimiento administrativo ordinario debe ser concluido, por acto final, dentro del plazo de dos meses posteriores a su iniciación (véase la sentencia número 759- 93 de las 16:39 horas del 15 de febrero de 1993). En la hipótesis del procedimiento sumario, el artículo 325 de esa misma ley dispone un plazo de un mes —a partir de su inicio— para que la Administración concluya la tramitación. Además, en lo tocante a la fase recursiva o procedimiento de impugnación, el numeral 261, párrafo 2° del mismo cuerpo legal fija también el término de un mes para resolver. Lo anterior se afirma en el entendido de que, en virtud del principio del debido proceso que rige en la vía administrativa, la autoridad recurrida está obligada no sólo a resolver dentro del período conferido por la ley para tal efecto, sino también a notificar la resolución respectiva dentro de ese mismo lapso de tiempo. En el tercer caso, cuando se trata de denuncias, la Sala ha reconocido y declarado que, como instituto jurídico utilizado por los administrados para poner en conocimiento de la Administración hechos que el denunciante estima irregulares, ilegales o contrarios al orden público, ésta deviene en un modo de participación en asuntos que conciernen al interés público, perfectamente compatible y, de hecho, fundamentada en el principio democrático, por lo que se ubica —al igual que las peticiones de información, los reclamos administrativos y las solicitudes de otorgamiento de ciertos derechos—, dentro del concepto genérico de petición establecido en el artículo 27 constitucional, con su correlativo derecho de obtener resolución. Por esa razón, si bien el denunciante no es parte en el procedimiento y no existe un plazo legalmente establecido para resolver al efecto, esta Sala ha sostenido reiteradamente que aquel, si así lo desea, tiene derecho a que se le comunique el resultado de su gestión en un término razonable (véase la resolución N° 2002-06543 de las 08:57 horas del 5 de julio de 2002). Por último, en tratándose de solicitudes para obtener autorizaciones, permisos y/o licencias, los artículos 330 y 331 de la Ley General de Administración Pública disponen que la Administración cuenta con el plazo de un mes, contado a partir del momento en que recibe la solicitud, para resolver lo que en derecho corresponda (véase las resoluciones N° 171-89 de las 09:30 horas del 15 de diciembre de 1989, y N° 3072-93 de las 16:00 horas del 30 de junio de 1993). En caso de que la solicitud no reúna todos los requisitos necesarios, lo propio es que la Administración haga la prevención correspondiente, a fin de que los defectos sean sub-*

ticia, en la sentencia No. 10-A-S1-2010, de 6 de enero, ha sostenido: “*En reali-*

sanados (sentencia N° 2001-01116 de las 17:21 horas del 7 de febrero de 2001). II.- Cuando un órgano o ente público se excede en estos plazos, en tesis de principio, se produce un quebranto del derecho a una justicia administrativa pronta y cumplida establecido en el artículo 41 de la Constitución Política. No obstante, lo anterior en modo alguno implica una *constitucionalización de los plazos legales, pues lo que se tutela es el derecho que toda persona tiene a que su causa se resuelva dentro de un plazo razonable; plazo que ha de ser establecido en cada caso concreto, atendiendo a la complejidad técnica del asunto del que se trate, la amplitud de la prueba por evacuar, las consecuencias para las partes de la demora o el grado de afectación a la persona o al ambiente del acto impugnado, la conducta de los litigantes y de las autoridades involucradas, las pautas y márgenes ordinarios del tipo de procedimiento en cuestión y el estándar medio para la resolución de asuntos similares por las autoridades de la misma materia* (véase la sentencia N° 2003-13640 de las 13:50 horas del 28 de noviembre del 2003). Por lo tanto, un incumplimiento de los términos legales, puede, a veces, no entrañar una violación los artículos 27 y 41 de la Constitución. En efecto, el quebrantamiento de los ordinarios constitucionales, en estos casos, se constata al ponderar —de conformidad con la prueba que obra en autos— que la substancialización del procedimiento se produjo sin dilaciones indebidas (véase la sentencia N° 2002-09041 de las 15:02 horas del 17 de setiembre de 2002). **III.- NUEVA JUSTICIA ADMINISTRATIVA MECANISMO CELERE Y CUMPLIDO PARA LA PROTECCIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS SUSTANCIALES DE LOS ADMINISTRADOS.** Ahora bien, como la solicitud de la parte amparada que todavía no ha sido resuelta no puede encuadrarse en los supuestos de peticiones puras y simples de información ya que constituye un reclamo administrativo, la Sala Constitucional, desde su fundación, ha utilizado criterios amplios de admisibilidad en vista de la ausencia de cauces procesales expeditos y céleres para la protección de las situaciones jurídicas sustanciales que tienen asidero en el ordenamiento jurídico infra-constitucional o parámetro de legalidad, que guardan conexión indirecta con los derechos fundamentales y el Derecho de la Constitución. Sobre el particular, no debe perderse de perspectiva que la Constitución por su supremacía, super-legalidad y eficacia directa e inmediata da fundamento indirecto a cualquier situación jurídica sustancial imaginable de las personas. No obstante, bajo una mejor ponderación y ante la promulgación del Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley N° 8508 de 24 de abril de 2006) y su entrada en vigencia a partir del 1° de enero de 2008, ha quedado patente que ahora los justiciables cuentan con una jurisdicción contencioso-administrativa plenaria y universal, sumamente expedita y célebre por los diversos mecanismos procesales que incorpora al ordenamiento jurídico esa legislación, tales como el acortamiento de los plazos para realizar los diversos actos procesales, la amplitud de la legitimación, las medidas cautelares, el numerus apertus de las pretensiones deducibles, la oralidad —y sus subprincipios concentración, inmediación y celeridad—, la única instancia con recurso de apelación en situaciones expresamente tasadas, la conciliación intra- procesal, el proceso unificado, el proceso de trámite preferente o “amparo de legalidad”, los procesos de puro derecho, las nuevas medidas de ejecución (multas coercitivas, ejecución sustitutiva o comisarial, embargo de bienes del dominio fiscal y algunos del dominio público), los amplios poderes del cuerpo de jueces de ejecución, la extensión y adaptación de los efectos de la jurisprudencia a terceros y la flexibilidad del recurso de casación. Todos esos institutos procesales novedosos tienen por fin y propósito manifiesto alcanzar la economía procesal, la celeridad, la prontitud y la protección efectiva o cumplida de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados, todo con garantía de derechos fundamentales básicos como el debido proceso, la defensa y el contradictorio. En suma, la nueva jurisdicción contencioso- administrativa es un cauce idóneo, por sus nuevas características de simplicidad, celeridad y prontitud para el amparo y protección efectiva de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados en las que se requiera recabar prueba o definir algunas cuestiones de legalidad ordinaria.

IV.- VERIFICACIÓN DE LOS PLAZOS PAUTADOS POR LEY PARA RESOLVER LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: CUESTIÓN EVIDENTE DE LEGALIDAD ORDINARIA. Es evidente que

Víctor Orozco Solano

dad, la figura del “juicio preferente”, no se aviene a la naturaleza de este tipo de procesos, pues sea como fuere, el procedimiento o trámite previsto en el numeral 60 de cita, está incardinado en el modelo de conocimiento (plenario), con requisitos, etapas y recursos incompatibles con la sumariedad e informalismo del amparo de legalidad. En la estructura normativa del Código Procesal Contencioso Administrativo no está ningún régimen o vía en las condiciones propicias para albergar este tipo de asuntos. Esta laguna del ordenamiento infraconstitucional debe ser colmada mediante las reglas usuales de integración del bloque de legalidad; lo que obliga, en el caso, a aplicar analógicamente todas las reglas del recurso de amparo que se tramita ante la Sala Constitucional, es decir, la Ley de Jurisdicción Constitucional, con sus reglas, plazos y principios. A más de la congruencia que como sistema tiene, es clara la intención de la propia Sala Constitucional de que así fuera, tal y como puede verse con facilidad en el segundo de los votos transcritos. “Es evidente –dijo- que determinar si la administración pública cumple o no con los plazos pautados por la Ley General de la Administración Pública (artículos 261 y 325) o las leyes sectoriales para los procedimientos administrativos especiales, para resolver por acto final un procedimiento administrativo –incoado de oficio o a instancia de parte- o conocer de los recursos administrativos procedentes, es una evidente cuestión de legalidad ordinaria que, en adelante, puede ser discutida y resuelta ante la jurisdicción contencioso- administrativa con la aplicación de los principios que nutren la jurisdicción constitucional, tales como los de la legitimación vicaria, la posibilidad de la defensa material –esto es de comparecer sin patrocinio letrado- y de gratuidad para el recurrente.” (El destacado no es del original). De esta forma, queda de manifiesto que, éste no estará sujeto a mayores formalidades, como tampoco lo están los amparos que conoce la Sala Constitucional. Importa aclarar sin embargo, que en esa misma integración normativa, podrá acogerse aquellos preceptos del Código Procesal Contencioso Administrativo, que aceleren, beneficien o permitan concluir de mejor manera el diferendo o la lesión pro-

determinar si la administración pública cumple o no con los plazos pautados por la Ley General de la Administración Pública (artículos 261 y 325) o las leyes sectoriales para los procedimientos administrativos especiales, para resolver por acto final un procedimiento administrativo –incoado de oficio o a instancia de parte- o conocer de los recursos administrativos procedentes, es una evidente cuestión de legalidad ordinaria que, en adelante, puede ser discutida y resuelta ante la jurisdicción contencioso-administrativa con la aplicación de los principios que nutren la jurisdicción constitucional, tales como los de la legitimación vicaria, la posibilidad de la defensa material –esto es de comparecer sin patrocinio letrado- y de gratuidad para el recurrente. Consecuentemente, se impone el rechazo de plano e indicarle al gestionante que si a bien lo tiene puede acudir a la jurisdicción contencioso- administrativa. En consecuencia, el recurso es improcedente y así se declara. V.- El Magistrado Vargas Benavides salva el voto y ordena darle curso al amparo.

ducida, como es el caso de las reglas previstas para la conciliación (artículos 72 y siguientes) o las que se prevén para la subsanación de la inactividad administrativa (artículos 35 y concordantes del mismo Código). “

Ciertamente, el trámite del recurso de amparo de legalidad es distinto al del recurso de amparo constitucional, en la medida en que, en el primero, se otorga a la autoridad recurrida el plazo previsto en el artículo 35, párrafo 2º del Código Procesal Contencioso Administrativo, a efecto que repare la omisión acusada, en cuyo caso se archiva el expediente, además del instituto de la conciliación, lo que no se produce en el recurso de amparo constitucional. En lo demás, los jueces contenciosos administrativos reiteradamente han señalado que, en esta materia, se aplican, salvo norma expresa sobre el particular, de manera supletoria, las disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, como por ejemplo, la omisión de envío de los informes o las contestaciones de las autoridades recurridas (artículo 45 ídem), la falta de impugnación de las decisiones del Juez Contencioso Administrativo (artículo 11 ídem), la solicitud de prueba para mejor proveer (artículo 47 ídem), la estimatoria automática del amparo, para efecto del cobro de daños y perjuicios, ante el cumplimiento tardío de la administración con respecto a la omisión reprochada (artículo 52 ídem). Mucho queda por hacer en esa Jurisdicción. En la actualidad lo que se discute es la posible aplicación de los artículos 34 y 43 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (posible cambio de criterio) a efecto de tener por recurrido, directamente, al funcionario omiso, sin necesidad de dirigir el amparo de legalidad contra la Procuraduría General de la República, como representante estatal, si el amparo es planteado contra un órgano de la Administración Central.

IV. Sobre la competencia concurrente de la Sala Constitucional y de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en los casos de falta de resolución de denuncias o procedimientos ambientales.

En lo que atañe a la defensa del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, Jurado Fernández nos aclara que: “*el ambiente lo regula la constitución costarricense. Lo hace como derecho fundamental. Esto quiere decir que se trata de una norma que consagra un derecho fundamental cuya estructura es la de un derecho subjetivo; pero también se trata de un derecho fundamental que se expresa como principio, o que tiene la naturaleza un principio que, por su ubicación en la Constitución, calificamos como constitucional. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado y concretado el contenido del derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.*

Victor Orozco Solano

Es decir, de la formulación genérica de derecho a que el estado tutele el ambiente se ha pasado a determinar las áreas específicas en que esa obligación se concreta¹⁰”. De lo anterior se concluye que el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en el sistema de justicia costarricense, es un derecho fundamental, susceptible de tutela y protección por los diversos mecanismos de control de constitucionalidad, así como por el recurso de amparo, y en la práctica es objeto de un juicio de ponderación frente al goce de otros derechos, como la libertad de comercio, el derecho de acceso a la información pública, entre otros valores que también tutela la Norma Fundamental. Dicho derecho fundamental se desprende de la interpretación armónica de los artículos 21, 46, 50 y 89 constitucionales. Sobre el particular, sin duda excede el objeto y el propósito de estas líneas desarrollar la manera en que este derecho ha sido tratado, jurisprudencialmente, por la Sala Constitucional y por la doctrina nacional, de manera progresista y proactiva¹¹. Es distinto, en este orden de consideraciones, la manera en que, por ejemplo, se regula el ambiente en el contexto español, en el cual, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia No. 106/2014, de 24 de junio, ha sostenido: “*Atendiendo a su objetivo y finalidad, según resulta de su exposición de motivos y se desprende de su articulado, podemos concluir que la Ley impugnada, aunque invoca diversos títulos competenciales, entre ellos el referido al “régimen minero y energético” (materia en la que la Comunidad Autónoma de Cantabria ostenta las competencias de desarrollo legislativo de las bases estatales y de ejecución, conforme al art. 25.8 EACant), pretende ante todo ampararse en la competencia relativa a la protección del medio ambiente; esta incluye la protección de la salud, pues, como este Tribunal ha tenido ocasión de señalar, la protección medioambiental (que constituye una obligación para todos los poderes públicos, conforme al art. 45 CE) está íntimamente unida a la protección de la salud de las personas (que constituye igualmente un mandato para todos los poderes públicos ex art. 43 CE), “pues como se ha dicho en la STC 64/1982 (FJ 1), la ‘calidad de vida’ que cita el art. 45 CE y uno de cuyos elementos es la obtención de un medio ambiente adecuado para promoverla ‘está proclamada en el preámbulo de la Constitución y recogida en algún otro artículo, como el 129.1’” (STC 329/1993, de 12 de noviembre, FJ 4). En materia de protección medioambiental corresponde a la Comunidad Autónoma de Cantabria la competencia de desarrollo y ejecución de la legisla-*

10 Ver Jurado Fernández, J., “La regulación constitucional del ambiente en Costa Rica”, en Peña Chacón M., El derecho al ambiente en la Constitución Política, Alcances y Límites, San José, Maestría en Derecho Ambiental, Programa de Posgrado en Derecho, Sistema de Estudios de Posgrado, Universidad de Costa Rica, Editorial Isolma, 2016, págs. 39-40.

11 Véase, por ejemplo, los aportes de don Rafael González Ballar, Mario Pena Chacón, Jorge Cabrera, Carlos Peralta y Maikol Andrade, por mencionar algunos, todos de gran valor.

ción básica del Estado ex art. 149.1.23 CE, en los términos que la misma establezca (art. 25.7 EACant), lo que significa, como ya se indicó, que la Comunidad Autónoma puede establecer normas adicionales de protección, conforme a la consolidada doctrina constitucional al respecto. Si bien la finalidad primordial de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2013 es la protección medioambiental, como se ha visto, es lo cierto que también fundamenta la prohibición de la técnica de la fractura hidráulica en los riesgos para la salud de las personas que, junto a los riesgos para el medio ambiente, se presumen asociados a esta técnica de investigación y explotación de hidrocarburos. Por lo que toca a la protección de la salud, a la que todos los poderes públicos quedan obligados (art. 43.2 CE) y sin perjuicio de su conexión, ya señalada, con la protección del medio ambiente (art. 45 CE), conviene recordar que en materia de protección de la salud corresponde al Estado el establecimiento de la legislación básica (art. 149.1.16 CE), mientras que a la Comunidad Autónoma de Cantabria le corresponden las competencias que le atribuye su Estatuto, con arreglo a lo previsto en el art. 148.1.21 CE, esto es, el desarrollo legislativo y la ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca (art. 25.3 EACant)’’¹². Con lo cual, en el reparto de competencias entre el Estado Constitucional Español y las Comunidades Autónomas, le corresponde al Estado, inicialmente y conforme al artículo 45 de la Constitución dictar la normativa básica en materia de protección al ambiente, sin perjuicio que cada Comunidad Autónoma amplíe el alcance de la protección con arreglo a las potestades que le atribuye su propio Estatuto Comunitario.

Pero el desarrollo del derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado también es objeto de una tutela multinivel, con lo cual, es posible encontrar diversos ámbitos de protección de este derecho, tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹³ y en el Derecho Comunitario, como lo es, en nuestro contexto, algunas normas del Sistema de Integración Centroamericana¹⁴.

En este orden de consideraciones, sin duda es relevante el criterio expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva No.

12 Un análisis relevante sobre el derecho de acceso a información pública en materia ambiental, en el contexto español, puede ser encontrado en Casado Casado, L., “El derecho de acceso a la información ambiental a través de la jurisprudencia”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 178, enero-abril (2009), págs. 281-322.

13 Ver Miranda Bonilla H. y otro, *La tutela del ambiente en el espacio jurídico interamericano*, en Peña Chacón M., *El derecho al ambiente en la Constitución Política, Alcances y Límites*, op. cit., págs. 283 y ss.

14 Un estudio relevante sobre el Sistema de Integración Centroamericana puede ser hallado en Salazar Grande C. y Ulate Chacón E., *Manual de Derecho Comunitario Centroamericano*, Segunda Edición, San Salvador, Talleres de Impresiones, 2013.

COMPETENCIA CONCURRENTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, CUANDO SE TRATA DE LA DEFENSA DEL DERECHO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 41 CONSTITUCIONAL, EN LOS CASOS DENUNCIAS O PROCEDIMIENTOS AMBIENTALES.

Víctor Orozco Solano

OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, acerca del medio ambiente y los derechos humanos. En esta opinión, que es vinculante en el sistema de justicia constitucional costarricense, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “*ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos. Asimismo, el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”), resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales -que incluye el derecho a un medio ambiente sano - y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros*”. En este sentido, ha dicho que la Corte IDH que el goce del derecho a un medio ambiente sano está relacionado con el pleno goce de los derechos de las minorías indígenas, y que un mínimo de disfrute de éste supone una base esencial para el goce de otros derechos. También menciona la Corte IDH, en el marco de un diálogo entre Tribunales, como en el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “*ha reconocido que la degradación severa del medio ambiente puede afectar el bienestar del individuo y, como consecuencia, generar violaciones a los derechos de las personas, tales como los derechos a la vida¹⁵, al respeto a la vida privada y familiar¹⁶ y a la propiedad privada¹⁷. De manera similar, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha indicado que el derecho a un “medio ambiente general satisfactorio, favorable al desarrollo” está estrechamente relacionado con los derechos económicos y sociales en la medida en que el medio ambiente afecta la calidad de vida y la seguridad del individuo¹⁸.*

15 Véase TEDH, Caso Önyıldız Vs. Turquía [GS], No. 48939/99. Sentencia de 30 de noviembre de 2004, entre otros.

16 Véase TEDH, Caso López Ostra Vs. España, No. 16798/90. Sentencia de 9 de diciembre de 1994, párrs. 51, 55 y 58, entre otros.

17 Véase TEDH, Caso Papastavrou y otros Vs. Grecia, No. 46372/99. Sentencia de 10 de abril de 2003, párrs. 33 y 36 a 39, entre otros.

18 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Caso Centro de Acción por los Derechos Sociales y Económicos y Centro de Derechos Económicos y Sociales Vs. Nigeria. Comunicación 155/96. Decisión de 27 de octubre de 2001, párr. 51.

Sobre el particular, sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la mencionada opinión consultiva, que en el sistema interamericano de derechos humanos el derecho a un medio ambiente sano goza de protección a la luz del artículo 11 del Protocolo de San Salvador y del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal modo que “*reitera la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello*” De esta forma, la Corte consideró importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano es un derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales, sino incluso en ordenamientos constitucionales¹⁹. De esta manera, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

Ahora bien, en lo que atañe a las obligaciones estatales que la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma en esta opinión consultiva, es posible mencionar las siguientes:

- a. Los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio, de conformidad con los párrafos 127 a 174 de esta Opinión.
- b. Con el propósito de cumplir la obligación de prevención los Estados deben

19 De manera distinta piensan otros profesores como Garzón Valdés, quien inspirado en las ideas de Kant sobre el principio de dignidad humana y la titularidad de derechos humanos, advierte que únicamente los seres humanos vivientes, en cuanto poseedores de dignidad, tienen derechos. Véase, por ejemplo, Garzón Valdés, E., *Dignidad, Derechos Humanos y Democracia*, 21 octubre 2018 <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dignidad-derechos-humanos-y-democracia>.

COMPETENCIA CONCURRENTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, CUANDO SE TRATA DE LA DEFENSA DEL DERECHO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 41 CONSTITUCIONAL, EN LOS CASOS DENUNCIAS O PROCEDIMIENTOS AMBIENTALES.

Victor Orozco Solano

regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales; y mitigar el daño ambiental significativo que se hubiere producido, aún cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado, de conformidad con los párrafos 141 a 174 de esta Opinión.

- c. Los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica, de conformidad con el párrafo 180 de esta Opinión.
- d. Los Estados tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños al medio ambiente, de conformidad con los párrafos 181 a 210 de esta Opinión.
- e. Con el propósito de cumplir la obligación de cooperación, los Estados deben notificar a los demás Estados potencialmente afectados cuando tengan conocimiento que una actividad planificada bajo su jurisdicción podría generar un riesgo de daños significativos transfronterizos y en casos de emergencias ambientales, así como consultar y negociar, de buena fe, con los Estados potencialmente afectados por daños transfronterizos significativos, de conformidad con los párrafos 187 a 210 de esta Opinión.
- f. Los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho al acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente, consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, de conformidad con los párrafos 213 a 225 de esta Opinión;
- g. Los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 23.1.a de la Convención Americana, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, de conformidad con los párrafos 226 a 232 de esta Opinión, y
- h. Los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente.

te que han sido enunciadas previamente en esta Opinión²⁰, de conformidad con los párrafos 233 a 240 de esta Opinón.

Las obligaciones anteriormente descritas fueron desarrolladas en relación con los deberes generales de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal, al ser estos los derechos a los cuales hizo referencia el Estado en su solicitud (supra párrs. 37, 38, 46 y 69). No obstante, lo anterior no significa que estas obligaciones no existan con respecto a los demás derechos que esta Opinón previamente mencionó como particularmente vulnerables a la degradación del medio ambiente (supra párrs. 56 a 69)”.

Por su parte, en el Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (adoptado en Escazú (Costa Rica), el 4 de marzo de 2018), se desarrollan varios estándares en materia de acceso a la justicia en materia ambiental que deben ser implementados tanto por la Sala Constitucional, en el recurso de amparo constitucional, y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en el proceso de amparo de legalidad. Así, dentro de los objetivos de estos acuerdos tenemos “*garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible*”. De igual modo, dentro de los principios que informan esta normativa, es preciso mencionar: a) el principio de igualdad y principio de no discriminación; b) principio de transparencia y principio de rendición de cuentas; c) principio de no regresión y principio de progresividad; d) principio de buena fe; e) principio preventivo; f) principio precautorio; g) principio de equidad intergeneracional; h) principio de máxima publicidad; i) principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales; j) principio de igualdad soberana de los Estados; y k) principio pro persona. Ahora bien, en lo que atañe al acceso a la justicia en asuntos ambientales, el artículo 8 de los mencionados acuerdos reconoce la obligación estatal de garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso. Además:

20 Un análisis detallado sobre cómo funciona el acceso a la justicia en temas ambientales puede ser hallado en González Ballar, R., y Peña Chacón M., El proceso ambiental en Costa Rica, San José, Maestría en Derecho Ambiental, Sistema de Estudios de Posgrado, Universidad de Costa Rica, Editorial Isolma, 2015.

Víctor Orozco Solano

“Cada Parte asegurará, en el marco de su legislación nacional, el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento: a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental; b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y c) cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente. 3. Para garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte, considerando sus circunstancias, contará con: a) órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental; b) procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos; Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación... 29 c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional; d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente; e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba; f) mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación. 4. Para facilitar el acceso a la justicia del público en asuntos ambientales, cada Parte establecerá: a) medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia; b) medios de divulgación del derecho de acceso a la justicia y los procedimientos para hacerlo efectivo; c) mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y d) el uso de la interpretación o la traducción de idiomas distintos a los oficiales cuando sea necesario para el ejercicio de ese derecho. 5. Para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, cada Parte atenderá las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda. 30 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) 6. Cada Parte asegurará que las decisiones judiciales y administrativas adoptadas en asuntos ambientales, así como su fundamentación, estén consigna-

das por escrito. 7. Cada Parte promoverá mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales, en los casos en que proceda, tales como la mediación, la conciliación y otros que permitan prevenir o solucionar dichas controversias”.

Tales son algunos criterios que, en materia de justicia ambiental, deben ser implementados y desarrollados tanto por la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. En este orden de consideraciones, lo importante, sin duda, es resaltar la existencia de la competencia compartida de la Sala Constitucional y del Tribunal Contencioso Administrativo, en sus respectivos procesos de amparo de constitucionalidad y de legalidad, para conocer sobre las posibles afectaciones del derecho a un procedimiento pronto y cumplido, proclamado en el artículo 41 constitucional, relacionados con el pleno goce del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

V. Conclusiones.

En estas líneas se ha desarrollado los alcances del derecho protegido en el artículo 41 constitucional, sobre el derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, y su tutela compartida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, vía recurso de amparo de legalidad, cuando se trata de omisiones de resolver y conocer denuncias, quejas o reclamos en materia ambiental. También se ha desarrollado, con alguna profundidad, los alcances del derecho protegido en el artículo 50 constitucional, el cual, como se advirtió, disfruta de una protección multidimensional o multinivel. Espero que estas líneas contribuyan en la tutela efectiva y goce oportuno de los derechos *supra* mencionados.

COMPETENCIA CONCURRENTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, CUANDO SE TRATA DE LA DEFENSA DEL DERECHO PROTEGIDO EN EL ARTÍCULO 41 CONSTITUCIONAL, EN LOS CASOS DENUNCIAS O PROCEDIMIENTOS AMBIENTALES.

Víctor Orozco Solano

RESUMEN

En estas líneas se desarrolla la competencia compartida de la Sala Constitucional de Costa Rica, por medio del recurso de amparo constitucional y del Tribunal Contencioso Administrativo, mediante el recurso de amparo de legalidad, para conocer de las posibles lesiones del derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, proclamado en el artículo 41 constitucional, relacionados con omisiones de resolver denuncias, quejas o reclamos ambientales.

PALABRAS CLAVES

Ambiente, Sala Constitucional, Jurisdicción Contenciosa Administrativa, recurso de amparo.

SUMMARY

In these lines the shared competence of the Constitutional Chamber of Costa Rica is developed, through the appeal of constitutional protection and the Administrative Contentious Court, through the recourse of protection of legality, to know of the possible injuries of the right to a procedure administrative soon and fulfilled, proclaimed in the article 41 constitutional, related to omissions to resolve complaints, complaints or environmental claims.

KEY WORDS

environment, Constitutional Chamber, Contentious Administrative Jurisdiction, remedy of amparo.

III. RECENSIONES

SUMARIO

- **Alberto Oehling de los Reyes, al libro: David Delgado Ramos, “Problemas actuales del Derecho Parlamentario” (Thomson Routers Aranzadi, 2018).**
- **Jesús Padilla Gálvez, al libro: Hans Kelsen, “Hans Kelsen Werke” (Matthias Jestaedt en cooperación con el Hans Kelsen-Institut, 2020, 647 págs.).**
- **María Ballester Cardell, al libro: Luis López Guerra, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (Tirant lo Blanch, 2021, 391 págs.).**
- **Miguel Ángel Sevilla Duro, al libro: Antonio López Castillo, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia” (Tirant Lo Blanch, 2019, 1.720 págs.).**
- **Rosa M^a Fernández Riveira, al libro: Alberto Oehling de los Reyes, “Protección constitucional de la integridad personal del detenido y recluso. Medios de tutela jurídica nacional e internacional” (Aranzadi, 2019, 353 págs.).**

**DAVID DELGADO RAMOS, PROBLEMAS ACTUALES
DEL DERECHO PARLAMENTARIO, THOMSON-REUTERS ARANZADI, 2018.**

**DAVID DELGADO RAMOS, CURRENT PROBLEMS
OF PARLIAMENTARY LAW, THOMSON-REUTERS ARANZADI, 2018.**

Alberto Oehling de los Reyes¹

Recibido: 09-03-2021

Aceptado: 01-06-2021

¹ Profesor contratado doctor interino de Derecho Constitucional de la UCM, Profesor contratado doctor de la Universidad de las Islas Baleares (en excedencia).

Algunas cuestiones de Derecho Parlamentario, muy particularmente la previsión del Gobierno en funciones y sus posibilidades de acción política en esta situación de tránsito, se han convertido en materia constitucional de mucho interés en la actualidad. En este sentido, el título del trabajo de David Delgado es ya una enunciación muy acertada de su contenido como de la delimitación del periodo objeto de estudio de esta rama del Derecho público. El título, además, nos sitúa ya de algún modo en el contexto político en el que se mueve el trabajo, a saber, la nueva problemática de la fuerte fragmentación parlamentaria, resultado de la irrupción de nuevos partidos políticos que concurren en el proceso electivo con programas radicales que luego dificultan el pacto y la interacción entre los grupos con representación parlamentaria clásicos y los nuevos partidos recién llegados. La radicalización y polarización política se traslada al Parlamento y se manifiesta en forma de falta de mayoría absoluta de un partido para formar Gobierno, dificultad para el consenso y el acuerdo, ralentización del proceso legislativo y necesidad de mayor control en términos generales. Situación que, dicho sea de paso, no es endémica de España, sino que se ha dado y se da en algunos otros países europeos. En Bélgica, por ejemplo, como es sabido, entre junio de 2010 y diciembre de 2011, se vivió una crisis política que llevó a una situación de Ejecutivo en funciones durante un total de 541 días². Igualmente, más recientemente, en Austria, tras el denominado *Ibiza-Affäre* y la moción de censura contra el Gobierno de Kurz, el Presidente Federal, de conformidad con los arts. 70 y 74 de la Ley Constitucional Federal, ha procedido el 22 de mayo de 2019 también a la elección de un Gobierno en funciones³, y éste ha estado ejerciendo la función de Ejecutivo provisional a pesar de las elecciones de 29 de septiembre de 2019, en tanto se realizaban las negociaciones entre las formaciones parlamentarias para formar un Gobierno de coalición y que se alargaron hasta el 2 de enero de 2020. En este contexto, el libro es un estudio profundo y muy necesario sobre las dificultades principales a que da lugar esta situación de fragmentación parlamentaria, el Gobierno en funciones y su control parlamentario; luego, además, se completa el trabajo con el análisis de la costumbre de préstamo de parlamentarios para la conformación de grupos parlamentarios en el Parlamento y la capacidad de voto presupuestario del Gobierno del art. 134.6 CE.

2 Marc CARRILLO, «Las atribuciones del Gobierno en funciones», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 109, CEPC, Madrid, 2017, p. 124.

3 Véase el discurso del Presidente Federal Alexander Van der Bellen, el 22 de mayo de 2019, con motivo del nombramiento, en la página oficial del Bundespräsident en Internet en <https://www.bundespraesident.at/aktuelles/detail/news/sie-tragen-eine-wesentliche-mitverantwortung-dafuer-dass-unsere-heimat-oesterreich-eine-positive-ent>.

El prólogo y la introducción del libro nos sitúan de plano en este origen de la problemática en el caso concreto de España. Si partimos de la crisis económica y la aparición del Movimiento 15-M, se entiende perfectamente el giro de la política de determinados sectores –la aparición de nuevos partidos y la radicalización de otros– que pasa luego al Parlamento. En efecto, después de la X Legislatura, un periodo caracterizado por un típico Gobierno apoyado en el Congreso con una mayoría absoluta (186 escaños) y presidido, como dice el autor, por criterios de «cordial colaboración y cooperación positiva» entre fuerzas políticas, se pasa en la XI Legislatura a todo lo contrario, coincidiendo con la aparición en las Cortes Generales de nuevos grupos Parlamentarios, el Grupo Parlamentario Podemos y el Grupo Parlamentario Ciudadanos. La incapacidad de las partes para llegar a un acuerdo para conformar Gobierno –lo cual no deja de ser lógico por el carácter poco propicio de determinadas fuerzas a la transacción y el consenso– llevó a una *prorrogatio* del Gobierno en funciones inédita hasta entonces desde la vigencia de la Constitución. Luego, como es sabido, dicho sea de paso, esta situación de fragmentación de partidos en sede parlamentaria se ha vuelto crónica, dando lugar no solo a situaciones de dificultad para lograr la investidura de candidatos al Gobierno, sino también a la sucesión de mociones de censura –durante la XII Legislatura, los días 14 de junio de 2017 y 1 de junio de 2018, la segunda incluso con éxito–, y la dimisión del Gobierno por la votación contraria de las demás fuerzas políticas a la Ley de Presupuestos y la imposibilidad de llevar a cabo su política económica. Luego, tras las elecciones del 28 de abril de 2019, la XIII Legislatura seguiría esa tónica de imposibilidad de formar Gobierno durando solamente desde el 21 de mayo al 24 de septiembre de 2019⁴. Finalmente, las elecciones de 10 de noviembre de 2019 tampoco han dado por resultado un claro ganador, lo cual ha hecho que, al terminar el año 2019, hayamos llevado 246 días con un Gobierno en funciones, y que hasta el 7 de enero de 2019 no se haya cerrado un acuerdo de Gobierno entre distintas fuerzas políticas para cerrar esta nueva etapa de interinidad.

En la primera parte del libro hay un estudio muy profundo de la figura del Gobierno en funciones. La figura del Gobierno en funciones, como indica el autor, es una previsión típica de Derecho constitucional de otros países de nuestro entorno. Por ejemplo, en Alemania está prevista en el art. 69.3 de la Ley Fundamental, en Austria en el art. 71 de la Ley Constitucional Federal, en Irlanda en el art. 28.22 de la Constitución de 1937; también está previsto en Italia, Bélgica,

⁴ Véanse el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, y el Real Decreto 551/2019, de 24 de septiembre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones.

Portugal y Reino Unido. En España está contemplada en el art. 101.2 de la CE que indica que «el Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno», y también, muy particularmente, en el art. 21.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que determina expresamente que «el Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo y limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas». Esta previsión especial responde al *horror vacui* derivada de una situación de Estado sin Gobierno⁵, si bien hay que tener en cuenta que la legitimidad de este Ejecutivo transitorio o de gestión y traspaso no deriva ya de la confianza del Parlamento, sino sola y exclusivamente de la propia previsión del art. 101.2, en su caso, de una situación de minoría parlamentaria en el *impasse* de búsqueda de apoyos para la conformación de un nuevo Gobierno⁶. La idea básica del autor es que, dada esta situación de interinidad, en su caso también por falta todavía de apoyo mayoritario en la cámara, el Gobierno en funciones debe quedar naturalmente durante este periodo especialmente sujeto al control parlamentario, también para asegurar que su actuación se limite realmente al mero «despacho ordinario de asuntos públicos» y no a otras funciones de calado que requieren aprobación de los nuevos representantes en el Congreso y el Senado o de ser adoptadas por el nuevo Ejecutivo. Por supuesto habrá que estar de acuerdo en este sentido con Delgado para el caso del Gobierno cesante, pero igualmente para el caso del candidato en minoría en tanto busca los suficientes apoyos para conseguir la investidura, pues tan Gobierno en funciones es el cesante como aquel que todavía no ha sido nombrado en los términos del art. 99 CE. En este sentido, el autor, sobre la base del art. 21.3 de la Ley 50/1997, sostiene que este límite de funcionalidad del Gobierno en funciones, más allá del despacho de asuntos administrativos, solamente puede sobrepasarse en casos de urgencia o razones de interés general que obliguen a dicho Gobierno a tomar medidas excepcionales, constituyéndose esta posibilidad en una suerte de «válvula de escape» del Gobierno interino que puede quedar así habilitado a cierta actividad normativa bajo ciertas condiciones. Ahora bien, tanto la falta de precisión del artículo, que no da un cuadro cerrado de situaciones extraordinarias en las que el Gobierno cesante o en funciones puede adoptar medidas, como la propia jurisprudencia que ha terminado por relativizar el concepto de urgencia, ha llevado, como indica el autor, a que este lími-

5 Martin MORLOK y Lothar MICHAEL, *Staatsorganisationsrecht*, Baden-Baden, 2019, p. 335.

6 En este sentido, en relación con el art. 69.3 de la Ley Fundamental, Thomas PHUL, *Die Minderheitsregierung nach dem Grundgesetz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986, p. 21.

te no sea sino «un concepto jurídico indeterminado, de marcos confusos y difusos», lo cual hace pensar que, en gran medida, dicha previsión depende solamente de la honestidad del Gobierno cara a su cumplimiento, y que de otra forma éste siempre puede hacer un uso interesado de la figura del Decreto Ley del art. 86 CE y la excepción del art. 78.2 y 3 CE, por vía de la Diputación Permanente, de forma extensiva, para tomar todavía medidas políticas de relevancia, restando facultades de discusión al Parlamento y, en su caso también, posibilidades de decisión al nuevo Gobierno posterior⁷. Y téngase en cuenta que este caso omiso de los arts. 101.2 de la CE y 21.3 de la Ley 50/1997 ha llevado a la postre hasta que un Gobierno en funciones pueda incluso aprobar Decretos Leyes en materia que afecta derechos fundamentales, que es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en el caso de del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, haciendo así bala rasada también de la reserva de ley del art. 53.1 y de ley orgánica del art. 81.1 CE⁸.

En esta parte, el autor trata también profundamente la situación suscitada durante la IX Legislatura con el Gobierno saliente. Delgado explica cómo el Ejecutivo estaba en funciones tras las elecciones de 20 de diciembre de 2015 y cómo trató de escaparse de las sesiones de control del Congreso de los Diputados –concretamente una petición de comparecencia del Ministro de Defensa en funciones para informar sobre los temas y acuerdos adoptados en la reunión de Ministros de Seguridad y Defensa de la OTAN, que tuvo lugar en Bruselas los días 10 y 11 de febrero de 2016– por entender que, en tanto Gobierno interino, el nuevo Congreso no le había otorgado la confianza y que, por tanto, no habiendo «relación fiduciaria entre el Parlamento y el Gobierno no cabía posibilidad de ejercer la función de control parlamentario». Como es sabido, aquella renuencia supuso la interposición de un conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado del art. 73 de la LOTC por parte del Congreso de los Diputados. Hoy nadie duda de que, en efecto, una falta de fiscalización de la labor del Gobierno saliente, aun cuando su actuación fuera solamente de gestión administrativa y traspaso de poderes, era del todo irregular, por cuanto, como apunta meridianamente el autor, «si hay Gobierno, aunque sea en prorro-

7 Véase así, por ejemplo, Ángel L. SÁNZ PÉREZ «El uso del Real Decreto-ley una vez convocadas las elecciones», en el diario jurídico *LegalToday*, edición de 8 de abril de 2019. Disponible en red en <http://www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/el-uso-del-real-decreto-ley-una-vez-convocadas-las-elecciones>

8 Véase también el interesante análisis en relación con esta norma de Emma Ramos Carvajal, «Comentario crítico sobre el Real Decreto-Ley 14/2019», *Diario La Ley*, n.º 9531, 2019.

gatio, debe haber control parlamentario al mismo, porque no puede haber un Gobierno sin control, sean cuales sean sus competencias», línea que, por cierto, luego ha sido seguida precisamente por el Tribunal Constitucional en su STC 124/2018, de 14 de noviembre. Ahora bien, aun así se ve que toda esta doctrina sobre la necesidad de control de un Gobierno interino no queda tan clara, por cuanto no se entiende que entonces en la IX Legislatura se pusiera el grito en el cielo por falta de comparecencias y después, como se ha visto, en Legislaturas posteriores, se haya dejado a un Gobierno también en funciones aprobar Decretos Leyes *in extenso* sobre materias diversas, incluso sobre materia de derechos fundamentales, restando capacidad de discusión parlamentaria al Congreso y el Senado; más cuando este tipo de actividad normativa fuera de mandato casa bastante mal con el principio de que «el Gobierno en funciones carece de capacidad de *indirizzo* político o de impulso».

La segunda parte del libro hace un estudio muy detallado y exhaustivo de la práctica de «préstamo» de escaños entre grupos parlamentarios para que partidos con menor número de votos puedan gozar de grupo propio en la cámara y que no se tengan que integrar en el denominado Grupo Mixto. El autor analiza y comenta los preceptos de los respectivos Reglamentos de las Cámaras que determinan los requisitos para formar grupo parlamentario al inicio de la Legislatura: el art. 23 del Reglamento del Congreso, que indica que para formar grupo se requiere contar con al menos 15 escaños, si bien se admite también formar grupo propio a aquellas formaciones –que sin llegar a 15 escaños– hayan obtenido al menos 5 escaños y, asimismo, bien el 15% de los votos correspondientes en las circunscripciones en que se hubieren presentado, bien el 5% de los votos en toda España; y, por otro lado, el art. 27 del Reglamento del Senado, que determina, en términos generales, que para formar grupo parlamentario se requieren al menos 10 senadores. Como dice el autor estos requisitos «pretenden conjugar la exigible representatividad de los partidos políticos que han obtenido escaño en la contienda electoral con la no menos importante capacidad de articulación de mayorías mediante la dilución de las posibilidades de fraccionamiento excesivo del arco parlamentario». Se trata de normas de contenido totalmente definido y objetivo, que desde la perspectiva de un positivista no requieren de ninguna interpretación y caso de que la cámara quiera optar por otra forma de composición de grupos debe proceder a la reforma del Reglamento. Ahora bien, como indica el art. 72.1 de la CE, la reforma del Reglamento de las Cámaras requiere una votación final sobre su totalidad y su aprobación por mayoría absoluta, así que a fin de sortear esta exigencia el legislativo ha optado por instituir paralelamente esta especie de sistema de «préstamo de diputados y senadores», que, como expone muy bien Delgado, consis-

te en la práctica de que «una determinada formación cede temporalmente alguno o algunos de sus miembros excedentes a otra formación para que logre alcanzar el umbral requerido para poder constituirse en grupo propio»⁹.

Tras la explicación teórico-jurídica de la normativa aplicable en materia de constitución de grupos parlamentarios en las Cortes Generales, el autor incluye y expone toda una relación de casos en los que se han dado este tipo de apaños de préstamos en las distintas legislaturas en la Cámara Baja y en la Cámara Alta. Esta práctica parlamentaria para él tiene un objeto claro, que no es otro que posibilitar que partidos que en términos globales han tenido un muy inferior apoyo popular en las elecciones disfruten de prebendas y ventajas políticas y económicas en la Cámara como si fueran también partidos con amplio respaldo ciudadano. Así, por ejemplo, al disponer de grupo parlamentario propio, esos partidos también tienen «voz propia en la Junta de Portavoces, en la Diputación Permanente, presencia en todas las Comisiones Parlamentarias y la posibilidad de intervenir en todos los debates»; luego, también, tienen acceso a un mayor número de subvenciones y complementos económicos de carácter personal y subvenciones de carácter general. Interesan en particular a este respecto los estadillos de cuantías dinerarias y subcasos que realiza Delgado en esta parte del trabajo. Por supuesto el autor, desde una perspectiva de Derecho positivo, no duda en tachar esta práctica también como «un auténtico fraude de ley» y hace algunas propuestas muy interesantes de *lege ferenda* respecto a la normativa reguladora de ambas Cámaras para tratar de solucionar esta disfunción. En cambio el Tribunal Constitucional en su STC 76/2017, de 19 de junio –que el autor expone profundamente–, dentro de su típica postura teleológica, ha venido a validar este tipo de préstamos, de forma contradictoria con su anterior jurisprudencia en la que sentaba el valor de ley de los Reglamentos parlamentarios y de prohibición de actos, normas interpretativas o supletorias que subrepticiamente vengan a proceder «a una modificación del Reglamento, sustrayendo esa decisión al Pleno de la Cámara y obviando, además, el requisito de la mayoría absoluta que, para su reforma, establece la Constitución» (STC 44/1995, de 13 de febrero).

9 Véase también José María MORALES ARROYO «La realidad y la ficción en las normas sobre la constitución de los grupos parlamentarios», en *Anuario de derecho parlamentario*, nº. 10, Cortes Valencianas, Valencia, 2001, p. 219, quien habla a este respecto de «complicado proceso de préstamos, cambios y movimientos entre fuerzas políticas para constituir y mantener ciertos grupos, que evidencia, de un lado, una grave y continuada disociación entre la norma y la realidad que se pretende regular y, de otro lado, el recurso habitual a una interpretación sesgada de los preceptos reglamentarios por parte de los órganos de la Cámara y de algunas fuerzas políticas para sortear las trabas jurídicas dispuestas a la hora constituir ciertos grupos parlamentarios».

En la última parte del libro, el autor ofrece un estudio muy detallado de la posibilidad de voto presupuestario del Gobierno respecto de iniciativas legislativas del Parlamento que puedan presuponer un incremento del gasto o disminución de ingresos. En la doctrina alemana esta posibilidad se define como derivación de Derecho Presupuestario, cara a la configuración y determinación de los Presupuestos del Estado y su implementación y control por parte del Ejecutivo¹⁰. En esta línea, Delgado indica también que esta previsión, determinada en nuestro ordenamiento el art. 134.6 de la CE, se inscribe dentro de la función de dirección política del Ejecutivo, dirección de la política económica, por cuanto busca, en su caso, limitar la tramitación parlamentaria de iniciativas legislativas de grupos parlamentarios que puedan suponer un aumento de gastos o créditos o disminución de ingresos. «Se trata –dice de forma muy expresiva el autor– de un instrumento diseñado funcionalmente para evitar que la acción política parlamentaria, habitualmente regida por la confrontación, pueda condicionar, por oportunismo político o cálculo electoral, el normal desarrollo de políticas públicas y el ejercicio gubernamental». Las necesidades de previsión y control a este respecto por parte del Gobierno son mayores desde la modificación del art. 135 CE, dependiendo de su predisposición al cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria y sujeción a los márgenes de déficit y deuda pública determinados por la UE¹¹. De ahí también que, de un tiempo a esta parte, se haya producido un mayor uso del Ejecutivo de esta facultad de voto, en orden a dar cumplimiento a los límites del Derecho Presupuestario de la UE. A lo largo de sus análisis, el autor describe esta situación de «uso extensivo» de la potestad de voto, incluso en fases de Gobierno en funciones durante la XI y XII Legislatura. Ahora bien, a su juicio, el problema de la utilización de este instrumento por el Ejecutivo es también la falta la mayoría de las veces de un razonamiento que justifique la paralización de la tramitación parlamentaria en términos presupuestarios y de necesidad económica-financiera. Esta situación ha devenido para él en «una aplicación del art. 134.6 de la CE que ha desbordado las previsiones constitucionales, habiendo sido utilizado extensivamente desde el inicial enfoque de contención de gastos presupuestarios con una perspectiva limitativa de la iniciativa legislativa de incidencia económico-financiera hacia un supuesto en el que el Gobierno bloquea iniciativas amparándose en un art. 134.6 de dudosa aplicabilidad en mu-

10 Véase así Wilhelm HENRICH, *Artikel 113 des Grundgesetzes. Stellung in der Verfassung, Zweck und Anwendbarkeit*, Stollfuss Verlag, Bonn, 1958, p. 8.

11 Sobre ello, véase por ejemplo, Alberto OEHLING DE LOS REYES y José María DE BENITO ARAMBURU, «La modificación del artículo 135 de la Constitución española de 1978: Aproximación jurídico-económica a las causas para una racionalización, estado de situación y resultados», en *Estudios de Deusto*, Vol. 64/1, Universidad de Deusto, 2016, pp. 97-136.

chos de los casos». Precisamente, hace poco, las SSTC 34/2018, de 12 de abril, y 44/2018, de 26 de abril, han vuelto sobre este asunto, determinando precisamente, como hace el autor, que el Ejecutivo no puede paralizar *a priori* la tramitación de una proposición de ley solo sobre la base de hipótesis y conjeturas de impacto económico, de forma vaga e injustificada y sin referir las distintas partidas presupuestarias que pueden quedar afectadas, sino indicando de forma explícita, directa e inmediata los efectos de la norma en los ingresos y gastos del presupuesto.

En definitiva, en su conjunto, el libro de David Delgado muestra un dominio indiscutible de teoría y práctica de Derecho parlamentario. Es muy rico en deducciones personales y conclusiones como en aportaciones de soluciones y propuestas de *lege ferenda*. En este sentido, se puede subrayar muy especialmente de qué manera explica sintéticamente en cada uno de los temas estudiados la diferencia que hay en el Parlamento entre norma y realidad. Igualmente, en este trabajo se descubre una labor de investigación muy ordenada, clara y metódica, pero más allá cabe destacar también la extraordinaria habilidad del autor para deducir conclusiones, aparte de su capacidad de síntesis y para redactar de forma amena, grácil y coherente, también en el comentario de sentencias y casos. Asimismo, hay que apuntar que esta edición de Thomson-Reuters Aranzadi tiene un valor añadido por el material complementario que le acompaña, por el Prólogo de Carlos Vidal, el abultado Anexo Jurisprudencial que le acompaña –fallos citados y profusamente comentados en el corpus de la obra–, como por su exhaustiva bibliografía. En fin, el volumen ofrece una herramienta de trabajo absolutamente imprescindible para los estudiosos del Derecho Parlamentario, el Derecho constitucional y el Derecho Público en general, que ayudará sin ninguna duda a comprender muchísimo mejor la realidad actual del funcionamiento del Parlamento y de las relaciones de éste con el Ejecutivo.

DAVID DELGADO RAMOS, PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO
PARLAMENTARIO, THOMSON-REUTERS ARANZADI, 2018.

Alberto Oehling de los Reyes

RESUMEN

En este trabajo el autor trata las relaciones del Gobierno y el Parlamento desde una perspectiva de actualidad. En este contexto, el libro es un estudio profundo y sistemático sobre las dificultades para conformar Gobierno cuando en el Parlamento hay un exceso de grupos parlamentarios de muy distinta ideología, el Gobierno en funciones y el control parlamentario.

PALABRAS CLAVE

Gobierno, Parlamento, control de Gobierno, Derecho parlamentario.

ABSTRACT

In this book the author analyses the relations between the Government and the Parliament from today's perspective. In this context, the work is a deep and systematic study of the difficulties to form a government when there is many parliamentary groups with too different political ideologies in Parliament, the acting government and the parliamentary control.

KEYWORDS

Government, Parliament, parliamentary control, Parliamentary Law.

EL CONSTITUCIONALISMO DE HANS KELSEN
HANS KELSEN'S CONSTITUTIONALISM

Jesús Padilla Gálvez
Acreditado Profesor Titular UCLM

Hans Kelsen, *Veröffentlichte Schriften 1922*, en: *Hans Kelsen Werke*, Vol. 8, Eds. Matthias Jestaedt en cooperación con el Hans Kelsen-Institut, Tübinga, Mohr Siebeck, 2020, XI, 647 páginas. ISBN: 978-3-16-150665-9.

Recibido: 28-04-2021

Aceptado: 01-06-2021

La publicación de las obras de Hans Kelsen (1881-1973) sigue avanzando a un ritmo inalterable. Los *Hans Kelsen Werke*¹ permiten acceder a sus obras completas que revolucionaron la disciplina. Están organizadas por temas, género y extensión. Los HKW contienen la obra editada y los trabajos inéditos. Los escritos se editan en orden cronológico según el momento en que fueron publicados por primera vez o cuando fueron escritos. En el volumen octavo se publican sus comentarios a la Constitución de la República en cuya redacción él mismo había participado activamente. Este volumen contiene el primer comentario legal de la Constitución federal austriaca de 1920, escrito en coautoría por Hans Kelsen, Georg Froehlich² y Adolf Julius Merkl³, y publicado en 1922. Este comentario es considerado hoy en día un *locus classicus* y se ha convertido en una referencia estándar sobre la *Bundes-Verfassungsgesetz* de 1920⁴. Aún sigue siendo utilizado por los constitucionalistas actualmente. Los tres autores fueron importantes expertos colaboradores en la redacción de la constitución y tenían un conocimiento profundo del texto, su génesis y los asuntos que abordaba. Este comentario es también la quinta parte de la serie de comentarios que publicó Kelsen sobre el nuevo orden constitucional republicano. Junto con las partes uno a cuatro⁵ que se referían a los ajustes constitucionales transitorios llevados a cabo entre los años 1918-1920, y su cargo como juez del Tribunal Constitucional de Austria, consolidaron la posición de Kelsen como el principal estudioso de derecho constitucional.

1 Los *Hans Kelsen Werke* son citados mediante las siglas, HKW, seguido del volumen y página.

2 Georg Froehlich (1872-1939) fue un jurista, abogado y juez constitucionalista. Ingresó en la Cancillería del Estado el 21 de noviembre de 1918, trabajando en el Consejo como director del departamento jurídico. Desempeñó un papel esencial en la etapa pre-parlamentaria y parlamentaria en la creación de la Constitución Federal. Fue Vicepresidente del Tribunal Constitucional de Austria entre 1930 y 1934 y miembro extraordinario del Tribunal Federal de Justicia de 1934 a 1938. Con la anexión de Austria perdió su empleo en el Tribunal Federal, sus bienes fueron confiscados y su familia fue deportada al campo de concentración donde fueron asesinadas.

3 Julius Merkl (1890-1970) fue un constitucionalista austriaco alumno de Kelsen. Según Merkl todo acto jurídico (*Rechtsakt*) tiene elementos tanto generadores como de aplicación de la ley. Por tanto, toda sentencia no solo ejecuta la ley sino que además fija el derecho. Una normativa hace cumplir la ley constitucional, ya que solo se puede establecer en el marco fijado por la constitución. Denominó este proceso el “Jano Bifronte” o “doble rostro legal” del acto jurídico. El derecho positivo, no distingue entre la elaboración de las leyes y su aplicación.

4 Una evaluación de la constitución centenaria se ha llevado a cabo recientemente en: Clemens Jabloner, Thomas Olechowski, Klaus Zeleny, *Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans Kelsen*. Viena, Verlag Manz, 2020.

5 Contenidas en el Volumen 5 de los *Hans Kelsen Werke*. Cf.: Hans Kelsen, *Veröffentlichte Schriften 1919–1920*, en: *Hans Kelsen Werke*, vol. 5, Eds. Matthias Jestaedt in cooperación con el Hans Kelsen-Institut, Tubinga, Mohr Siebeck, 2011.

Los principios fundamentales de la constitución son los siguientes: el estado se estructura mediante una democracia⁶ parlamentaria y republicana vertebrada en un estado federal, en la que impera el estado de derecho y la separación de poderes y tiene un fuerte sesgo liberal.

En la recepción se considera a Hans Kelsen como el positivista⁷ jurídico más consecuente, innovador e influyente. Nació en Praga, creció en Viena. Presentó su tesis doctoral en 1906 en la Universidad de Viena y se habilitó en 1911. Entre los años 1919–30 fue profesor universitario en Viena. Además fue Juez del Tribunal Constitucional entre los años 1919–30. Profesor en la Universidad de Colonia entre 1930-33, Profesor en Ginebra entre 1933–40 y profesor en Praga en los cursos académicos 1936-38. Finalmente fue profesor en Berkeley entre 1945-52. Su fama y reputación se asientan principalmente en sus trabajos pioneros en la teoría del derecho y cuyo referente más notable fue publicado bajo el título de “*Teoría pura del derecho*”. Igualmente contribuyó como profesor de derecho constitucional y derecho internacional, con aportaciones en campos tan diferentes como la teoría política y la sociología jurídica⁸.

El volumen que reseñamos comienza con una escueta introducción del editor⁹. Continúa con la división del volumen en tres secciones. La primera sección presenta las notas editoriales¹⁰. La segunda sección divulga las obras publicadas en 1922¹¹. La tercera sección trasmite los informes y directorios del volumen¹². Centraremos nuestra atención primordialmente en la edición del comentario titulado ‘*Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich – Teil 5*’ es decir, ‘*Las leyes constitucionales de la República de Austria - Parte 5*’. Este comentario está

6 Cf.: Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1920.

7 Téngase presente que el término “positivista” como era interpretado a principios del siglo pasado no tiene la misma connotación actual. Véase: Jesús Padilla Gálvez, Ο θετικισμός του Kelsen. En: *Hans Kelsen: Η διαχρονικότητα του πνεύματος στο νομικό και κοινωνιολογικό του έργο*. Ed. Niklas Aliprantis. ΕΚΔΟΣΙΣΠΑ ΠΑΖΗΣΗ, Atenas, 2013, 69-83. Jesús Padilla Gálvez, Der Positivismus von Kelsen. En: *Hans Kelsen: Die Aktualität eines grossen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts*. Eds. Nikitas Aliprantis, Thomas Olechowski. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Institut. Vol. 36. Manz, Viena, 2014, 39-51.

8 Una biografía extensa y reciente se encuentra en: Thomas Olechowski, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*. Unter Mitarbeit von J. Busch, T. Ehs, M. Gassner, St. Wedrac. Mohr Siebeck, Tübinga, 2020. Reseña en: Jesús Padilla Gálvez, La teoría pura del derecho, revisada, *Dókos. Revista filosófica*, 25-26, 2020, 161-182.

9 HKW 8, IX-XI.

10 HKW 8, 3-22.

11 HKW 8, 25-502.

12 HKW 8, 505-647.

formado por el texto en sí¹³ y dos apéndices. El primero recoge las leyes constitucionales federales que se aplican actualmente e incluye las leyes auxiliares¹⁴; el segundo, los materiales sobre la Constitución Federal¹⁵.

La Constitución se llevó a cabo de manera paralela al desmantelamiento de la Monarquía en el último año de la contienda de la Primera guerra mundial. En las postrimerías del conflicto, H. Lammasch fue elegido Ministro-Presidente por el emperador Carlos I. El Imperio austrohúngaro carecía de control fuera de Viena ya que los Consejos de Estado menores del Imperio actuaban como gobiernos provisionales. El imperio se contrajo al territorio germano parlante del área alpina y del Danubio por lo que primero fue denominado “República Germano Austria” (*Republik Deutschösterreich*). Dicha denominación sería sustituida por “Austria” de acuerdo con el Tratado de Saint Germain. El 30 de octubre, el Consejo de Estado de la República Germano Austria nombró Canciller del Estado a Karl Renner. Su colaborador era Kelsen que asumió el desarrollo de un esbozo de una nueva Constitución. Lammasch pidió al emperador Carlos que renunciara a sus derechos como soberano. En consecuencia, el 11 de noviembre, Carlos emitió un comunicado en el que reconocía el derecho de Austria a determinar la forma de estado y renunciaba a su derecho a participar en la política del país. Asimismo liberó a los funcionarios de su juramento de lealtad hacia él y relevó a Lammasch de sus obligaciones como Ministro-Presidente. La Cancillería pidió a Hans Kelsen, Georg Froehlich y Adolf Julius Merkl que realizasen una recopilación jurídica para presentar un borrador de la nueva Constitución. Finalizados sus *Travaux préparatoires* para la Constitución se pusieron a elaborar en un comentario de la misma.

A principio de siglo las leyes constitucionales estaban vinculadas a la política por lo que eran tomadas poco en serio como disciplina jurídica¹⁶. Por ello, los padres de la Constitución comenzaron a promover el constitucionalismo mediante un comentario siguiendo la regla “donde hay una ley sólida y consistente, hay comentario”¹⁷. Téngase presente que los géneros literarios usuales en la ciencia jurídica por aquel tiempo eran las monografías, los tratados y los comentarios.

13 HKW 8, 25-345.

14 HKW 8, 346-451.

15 HKW 8, 452-502.

16 Clemens Jabloner, La teoría pura del derecho y el diseño de la Constitución de Austria, en: *Kelsen para Erizos. Ensayos en Honor a Stanley L. Paulson*, C. Bernal y M. Porciuncula (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, 477.

17 La expresión acuñada es “*Wo hارت Recht, da Kommentare*” HKW 8, 29.

Una monografía centra su estudio en un punto concreto del ordenamiento jurídico. Los tratados exponen sistemáticamente una materia jurídica. En dicho ámbito se ubican los manuales que intentan sistematizar la materia. El comentario hunde sus raíces en la historia y pretende hacer aplicable a la sociedad en constante transformación los principios fundamentales del Estado. De aquí surge la necesidad existencial de la interpretación en forma de comentario con el fin de aclarar y superar las contradicciones adaptando la Constitución a la realidad dinámica de la sociedad. Esta interpretación debe hacer referencia directa a la gramática, al significado de los términos cuya extensión se transforma con el paso del tiempo, ha de cuidar la retórica usada y ha de ponerse en relación con las nuevas tendencias científicas, filosóficas y hasta con los cambios en el propio derecho. Los comentaristas pues son la fuente de especulación que deben adaptar la constitución a las nuevas corrientes del pensamiento. El comentador se encuentra entre el texto constitucional y el lector interesado en el mismo. El interés es el núcleo del comentario, es decir de este “inter-esse” depende su labor. Evidentemente, los comentarios han sido frecuentemente criticados al carecer reiteradamente de un cuerpo científico por lo que fueron considerados una transcripción del contenido del texto comentado por lo que se restringían a una compilación cercana al plagio. A pesar de todas las objeciones posibles a este tipo de escrito hay que decir que la obra que aquí se publica es todo lo contrario a su mala reputación. El comentario se caracteriza por ser, desde un punto de vista estilístico, bastante homogéneo a pesar de haber sido redactado por tres juristas muy diferentes. Además centran su trabajo en exponer los antecedentes y el trasfondo de la Constitución por lo que se puede comprender el trabajo preliminar realizado en la edición de la Constitución.

Los exegetas centran su comentario en dilucidar la Constitución revelando como está organizado el poder y cómo se establece su control. Además exponen detalladamente el aspecto técnico de la Constitución. En el núcleo de su exposición se explican las atribuciones competenciales, la jurisdicción y la responsabilidad de los órganos del Estado y sus procedimientos afines. Además se presentan la iteración de los órganos del Estado, la comunicación y el servicio entre estos así como las fricciones que puedan resultar de los mismos. El comentario analiza de manera pormenorizada los procesos y expone claramente las consecuencias políticas de estos procesos.

Hay que indicar desde el inicio que la Constitución austriaca no consta exclusivamente de un solo texto. Al contrario, como indica el Artículo 149 además de la presente Constitución se tienen en consideración las Leyes Constitucionales, en el sentido del Artículo 44, párrafo 1, las siguientes normativas: pri-

mero, la Ley Fundamental del Estado (*Staatsgrundgesetz*) del 21 de diciembre de 1867 sobre los derechos generales del ciudadano y los Estados representados en el Consejo Imperial (*Reichsrat*); segundo, la Ley del 27 de octubre de 1862, para la salvaguardia de la libertad personal; tercero, la Ley del 27 de octubre de 1862 sobre inviolabilidad del domicilio (*zum Schutz des Hausrechts*); cuarta, la resolución del Consejo Nacional Interino del 30 de octubre de 1918; quinto, la Ley del 3 de abril de 1919, referente a la expulsión del territorio (*Landesverweisung*) y confiscación de los bienes de la casa de Habsburgo-Lorena; sexto, la Ley del 3 de abril de 1919 sobre la abolición de la nobleza, de las órdenes seculares de caballeros y de damas y de determinados títulos y dignidades; séptimo, la Ley del 8 de mayo de 1919 sobre las armas del Estado (*Staatswappen*) y el Sello Oficial (*Staatssiegel*) de la República Germano Austria (*Republik Deutschösterreich*) con las modificaciones pertinentes; octavo, la sección V de la Parte tercera del Tratado de Saint Germain de 10 de septiembre de 1919 en la que se estipulará, entre otros asunto que el estado se denominará “Austria”.¹⁸

Por todo ello, lo primero que hay que constatar es que los valores de la Constitución federal son comentados por Kelsen/Froehlich/Merkl en un tono escéptico que va desde la suspicacia y la desconfianza hasta el rechazo abierto y sin disimulo a ciertas formulaciones expresadas en la redacción de la misma por otros interventores de la misma.¹⁹ Un ejemplo claro es el comentario del primer artículo de la Constitución que afirma:

Artículo 1. Austria es una República democrática, cuyas leyes emanen del pueblo.”²⁰

El comentario que realizan al respecto Kelsen/Froehlich/Merkl es el siguiente: “El Art. 1 no tiene ningún contenido jurídico relevante”²¹. Además, revelan una contradicción en la redacción ya que las leyes según lo que estipula la Constitución no emanen del pueblo sino del Consejo Nacional (*Nationalrat*, Arts. 24

18 Comentario en HKW 8, 309 ss.

19 Los editores han incluido un croquis con los interventores de la Constitución (HKW 8, entre las páginas 532 y 533). Se observa que además de los bocetos de Kelsen, intervinieron los juristas Falser, Mayr, Danneberg, Renner y Abram, así como las conferencias patrocinadas por los futuros Estados federales (Salzburgo y Linz), los Comités Constitucionales y la sesión plenaria. Es comprensible el tono irónico al comentar ciertas transformaciones llevadas a cabo en este largo proceso.

20 HKW 8, 46.

21 HKW 8, 106.

ss.,²² el Gobierno Federal y el Consejo Federal (*Bundesrat*)²³. El único acercamiento al principio de una democracia directa está contemplado en los artículos comprendidos entre el 41 y el 46²⁴ en el que se instaura el instituto jurídico de la iniciativa popular²⁵ y el referéndum²⁶. Al mismo tiempo se hace referencia al término “Austria” ya que es una imposición del Tratado de St. Germain que impidió que el Estado fuese nombrado “Deutschösterreich” –es decir, “Germano Austria”– como habían propuesto numerosos grupos de la sociedad.

En el mismo tono es comentado el artículo segundo que afirma:

Artículo 2. 1. Austria es un Estado federal (*Bundesstaat*).²⁷

Según los comentaristas, el texto en sí carece de contenido jurídico (*Rechtsinhalt*) relevante. Es decir, si se entiende por Estado Federal aquella organización en la que la legislación y su implementación se segmentan entre una autoridad central y varias autoridades locales y en las que las autoridades locales (miembros) están involucradas en la legislación central, entonces Austria es sin duda un Estado Federal.²⁸ Pero, apostillan, que en el pasado reciente existían ya elementos federales en el sistema jurídico del Imperio²⁹. Además observan que está ausente en la ley fundamental de toda Constitución federal el principio: “*Bundesrecht bricht Landesrecht*”³⁰, es decir, la Ley Federal prevalece sobre la Ley de los Estados Federales. Esta deficiencia resulta extraña por lo que se pone de relieve al comentar la técnica diseñada en la distribución de las competencias como se describe en el artículo 15 y que es comentado *in extenso* en la obra³¹.

22 Cf.: HKW 8, 54.

23 HKW 8, 149.

24 HKW 8, 59-60.

25 HKW 8, 150 ss.

26 HKW 8, 158 ss.

27 HKW 8, 46.

28 El comentario es lo bastante objetivo por lo que se cita *in extenso*: “Versteht man unter einem Bundesstaat eine Organisation, in der die Gesetzgebung wie die Vollziehung zwischen einer zentralen und mehreren lokalen Autoritäten geteilt sind, wobei an der zentralen Gesetzgebung die lokalen autoritäten (Glieder) beteiligt sind, so ist Österreich zweifellos ein Bundesstaat.” (HKW 8, 107)

29 Los comentaristas se refieren a la Ley Fundamental del Estado (*Staatsgrundgesetz*) del 21 de diciembre de 1867 publicado en el *Boletín Legislativo del Imperio (Reichsgesetzblatt)*, nº 142, sobre los derechos generales del ciudadano en los Reinos y Estados (*Königreiche und Länder*) representados en el Consejo Imperial (*Reichsrat*).

30 HKW 8, 119.

31 HKW 8, 121 ss.

Otros ejemplos muestran la imparcialidad del comentario y el estilo seguido en el mismo. Así pues, se ponen de manifiesto ciertos errores en la Constitución que incluyen defectos de forma y contenido³². Además exponen puntualmente ciertas fracturas argumentativas³³. Asimismo critican ciertos aspectos vinculados a la política legal como por caso el principio de la igualdad proclamado en el artículo séptimo de la Constitución³⁴. También hace referencia a ciertas lagunas como por caso cuando indica que se omite diferenciar entre decreto legislativo (*Rechtsverordnung*) y reglamento administrativo (*Verwaltungsverordnung*)³⁵. A veces, las explicaciones que presentan los comentaristas ayudan a comprender el contenido de los artículos en su amplitud. Este es el caso, por ejemplo, del artículo veinte³⁶ en el que se pone de manifiesto que la dependencia de los órganos administrativos garantiza que una orden autocrática llevada a cabo por ciertos órganos no degenera en una administración autocrática³⁷.

Como hemos indicado arriba, el comentario hace hincapié en mostrar los tránsitos de fondo entre los partidos políticos y sus diferentes modos de entender las instituciones del Estado. Un ejemplo típico tiene que ver con la configuración del “Bundesrat” a la cámara de representantes territoriales –lo que equivaldría en España al Senado–. Aquí, los comentaristas hacen hincapié en que la constitución se acerca más al modelo alemán que a la constitución federal suiza o americana. Hacen mención a la discusión entre los socialistas y el partido cristiano social. El primero apostaba que los representantes en la Cámara alta estuvieran en relación proporcional (*proportionale Vertretung*) al número de ciudadanos en cada uno de los Estados federales; el segundo optaba por una representación igualitaria (*paritätische Vertretung*) y se llegó a un compromiso para que la cámara de representación territorial no se convirtiese en una imitación (*Abklatsch*) de la Cámara baja³⁸.

32 Un caso concreto hace referencia a la relación entre representación (*Vertretung*) y mandato (*Amt*) ya que su determinación es trivial –“nichtssagend”– Art. 118; HKW 8, 267. En el artículo 124 se indica que la Constitución no fija cuándo ocurre el caso de representación (*Vertretungsfall*), HKW 8, 267.

33 Cuando se determina la función de “municipio” (*Gemeinde*) se hace referencia a los municipio libres en los Estados libres (“*freien Gemeinden im freien Staaten*”) que se asienta en la interpretación iusnaturalista por lo que existen municipios independientes del Estado de modo análogo a las personas físicas. Este punto de vista es rechazado por el punto de vista positivista. Cf.: HKW 8, 259.

34 HKW 8, 115.

35 Compárese al respecto el artículo 18 en HKW 8, 52 y el comentario desarrollado por Kelsen/Froehlich/ Merkl en: HKW 8, 125 ss.

36 HKW 8, 53.

37 HKW 8, 129.

38 HKW 8, 141. Actualmente, la representación proporcional corresponde entre 3 y 12 miembros por

Entre los diferentes esbozos y la constitución final existen fricciones que se concentran en tres ámbitos distintos: el presidente federal, el Consejo Federal y los derechos fundamentales³⁹. Resulta sumamente esclarecedor leer el comentario que realizan los autores respecto el artículo 63 en el que ponen de manifiesto las diferencias entre los principios republicanos y monárquicos. El artículo reza del siguiente modo:

“Artículo 63. 1. Sólo procederá la acusación oficial contra el Presidente federal cuando haya dado su conformidad el Consejo Federal.”⁴⁰

Los comentaristas acentúan que en la Monarquía no existe la posibilidad de acusar al monarca ya que se rige por el principio de inmunidad. Sin embargo, en la Constitución de Austria, el Presidente conserva el principio de responsabilidad⁴¹. Existen al respecto dos procedimientos para exigir su responsabilidad en algún asunto concreto: por un lado, el artículo 68⁴² en el que se estipula que el Presidente federal es responsable en el desempeño de sus funciones ante el Consejo Federal⁴³; y, por otro lado, el artículo 142⁴⁴ en el que se describe el procedimiento a seguir en diferentes instancias en caso de que alguna instancia del Estado incurra en un incumplimiento culposo (“*schuldhafte Rechtsverletzung*”)⁴⁵.

En el comentario encontramos además señalamientos muy interesantes; como cuando el legislador de la Constitución muestra una cierta parcialidad y hasta favoritismo por ciertas predisposiciones monárquicas en la praxis constitucional. Esto se pone de manifiesto en el comentario al artículo 48 en el que se desenmascara la función de la invocación a la correspondiente resolución y que son un reflejo de la cláusula de promulgación ejercida durante la monarquía⁴⁶.

También expresan los comentaristas ciertos rechazos a determinadas fórmulas osadas que se expresan en la Constitución, como el establecimiento del principio del mandato libre (*freien Mandat*) estipulado en el artículo que reza del siguiente modo:

cada *Land*, dependiendo del número de ciudadanos.

39 Cf.: HKW 8, 346-349 y HKW 8, 478-485.

40 HKW 8, 64.

41 HKW 8, 189 ss.

42 HKW 8, 66.

43 Cotejase el comentario en: HKW 8, 198 ss.

44 HKW 8, 85.

45 Comentario en: HKW 8, 298 ss.

46 HKW 8, 165 ss.

“Artículo 56 Los miembros del Consejo Nacional y los componentes del Consejo Federal estarán ligados por mandato alguno en el ejercicio de su respectiva función.”⁴⁷

Desde el punto de vista de Kelsen/Froehlich/Merkel se ha optado por el uso de un tecnicismo jurídico superfluo, innecesario e inútil⁴⁸.

La Constitución está dividida en siete partes principales (*Hauptstück*). Sin embargo, desde nuestro punto de vista podríamos afirmar que consta de cuatro cuerpos: el primero, las disposiciones generales que finalizan con las cláusula finales; el segundo, centra su atención en describir las funciones del Estado confederado (*Bund*); el tercero describe la estructura y competencias de los estados federales (*Länder*); y, el cuarto, presenta los órganos de control. Pasamos a presentar las líneas generales de sus partes.

En parte hemos comentado algunos elementos de la primera parte principal en la que se expresan las disposiciones generales⁴⁹.

La segunda parte principal despliega la legislación del Estado confederado (*Bund*)⁵⁰. El Consejo Nacional reúne la mayoría de los poderes legislativos ya que es donde se concentra la autoridad legislativa federal (Art. 24 ss.). Los proyectos de ley aprobados por el Consejo Nacional se envían al Consejo Federal para corroboración. Si el Consejo Federal aprueba el proyecto de ley o simplemente no hace nada durante ocho semanas, el proyecto de ley ha de ser aprobado (art. 41 ss.). Si el Consejo Federal vetara el proyecto de ley, el Consejo Nacional podría todavía obligarlo a aplicarlo simplemente pasándolo de nuevo; una resolución del Consejo Nacional que anule una objeción del Consejo Federal simplemente tiene que cumplir con un cuórum más alto que una resolución regular. En otras palabras, el Consejo Federal no tiene ningún poder real para impedir la adopción de la legislación, siendo el Consejo Nacional trivialmente capaz de anularla. Hay tres excepciones a esta regla: primero, las leyes o reglamentos constitucionales que limitan las competencias de los estados federales; segundo, las leyes relativas a los derechos del propio Consejo Federal, y, tercero los tratados relativos a la jurisdicción de los estados federales. La aprobación del Conse-

47 HKW 8, 63.

48 HKW 8, 181.

49 Comprende los artículos 1-23 que son comentados en: HKW 8, 103-132.

50 Comprende los artículos 24-59 que son comentados en: HKW 8, 132-186.

jo Nacional también es necesaria para que se ejerzan la mayoría de las prerrogativas de la Asamblea Federal. Por ejemplo, las mociones para convocar a un referéndum para que el electorado retire al presidente y las mociones para declarar la guerra necesitan una mayoría de dos tercios en el Consejo Nacional. Sólo las mociones para acusar al Presidente también pueden ser del Consejo Federal.

El Consejo Federal (*Bundesrat*) (art. 34 ss.) es la cámara de representación de los estados federales. En la práctica política, el Consejo Federal de Austria tiene muy poca influencia, ya que en la gran mayoría de los casos sólo tiene un derecho de veto suspensivo contra el Consejo Nacional que puede anular con una mayoría simple. De facto, solo puede posponer las leyes, con algunas excepciones. El Consejo Federal tiene derecho de consentimiento en los siguientes casos: primero, en lo que se refiere a las leyes y reglamentos constitucionales que restrinjan las competencias de los estados federales. En este caso, la constitución prevé una mayoría de dos tercios si la mitad de los miembros están presentes, (Art. 44, Párrafo 29); segundo, aquellas disposiciones legales que afecten los derechos del propio Consejo Federal; tercero, los tratados estatales que regulen asuntos que conciernen la actividad de los estados federales. En este caso se exige una mayoría incondicional (art. 50); cuarto, las leyes constitucionales y las disposiciones que modifican los artículos 34 o 35 de la Ley Constitucional Federal en la que se requiere la mayoría de los representantes de al menos cuatro estados en el Consejo Federal de conformidad con el artículo 35, párrafo 4; quinto, también se hace referencia a ciertos asuntos en los que los estados participan directamente en el proceso legislativo federal; sexto, en los cambios constitucionales en lo que además se deberá realizar un referéndum. Pero la constitución también pone límites a las competencias del Consejo Federal ya que se le exime del derecho a participar en leyes que se refieran a uno de los siguientes puntos: primero, modificación del reglamento interno del Consejo Nacional; segundo, disolución del Consejo Nacional; y, tercero, intromisión en la legislación financiera (Art. 42 párr. 5). Una de sus características es que sus miembros no están obligados por la disciplina de voto, pudiendo votar individualmente (art. 58).

La tercera parte principal se centra en exponer la ejecución y cumplimiento del Estado (*Vollziehung des Bundes*)⁵¹. La administración aborda las competencias del presidente federal, el gobierno federal, las fuerzas armadas y la jurisdicción. En la constitución se regula el funcionamiento de la Presidencia. Es elegido por el Consejo federal por mayoría absoluta. No puede desempeñar otra fun-

51 Comprende los artículos 60-94 que son comentados en: HKW 8, 186-226.

ción. Para ser enjuiciado tiene que ser aprobado por la mayoría del Consejo y el Canciller debe convocar al Consejo nacional. En caso de que el presidente renuncie o pierda su cargo, las funciones se traspasan al Canciller que debe exigir al Consejo una nueva elección. Las funciones del presidente son especificadas en la ley⁵² pero desarrolladas más ampliamente en el comentario⁵³. Las competencias asignadas al Presidente se pueden resumir de la siguiente manera: primero la representación internacional de la república así como las funciones afines a los tratados internacionales; segundo, asuntos vinculados al Consejo Nacional y la convocatoria de la Asamblea Federal, fijación del número de miembros a delegar en el *Bundesrat* y los asuntos vinculados a referendos; tercero, los asuntos que conciernen con el Gobierno federal –nombramiento, juramento, cese, transferencia de la gestión de las agendas de la Cancillería Federal a sus ministros federales, nombramiento del gobierno provisional–; cuarto, asuntos vinculados a los Estados federales; quinto, competencias en situaciones de crisis; sexto, mando supremo de las fuerzas armadas; séptimo, asuntos que conciernen la administración del Estado –nombramiento de funcionarios públicos federales–; octavo, en el ámbito jurisdiccional le compete el nombramiento de los jueces y fiscales, inauguración de los Tribunales Constitucional y Administrativo, ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional, indulto y suspensión de procedimientos; noveno, le asiste la función “notarial”; y décimos, concesión de derechos honorarios como condecoraciones, títulos profesionales, promoción *sub auspiciis Praesidentis rei publicae* y entrega de un anillo de honor a los doctores.

Las limitaciones del Presidente están estipuladas por el Canciller o los Ministros ya que sus actos deben ser refrendados por el Canciller o los miembros del gobierno ya que de lo contrario sus actos no serán válidos. El presidente es responsable (Art. 68) y se le afora ante el Tribunal Constitucional (Art. 142) en caso de violación de la constitución. Pero también si comete un delito penal debe presentarse ante el mismo Tribunal como todos los miembros del Gabinete ministerial, los ministros de los estados federales y los presidentes de dichos estados (art. 142). Kelsen/Froehlich/Merkel indican que no existe ningún conflicto entre la inmunidad del presidente y su responsabilidad⁵⁴ ya que se distingue claramente la responsabilidad jurídica y estatal de la responsabilidad política. La primera cuestiona: de quién es responsable el órgano (“*wem das Organ verantwortlich ist*”) y ante quien es responsable el órgano (“*vor wem das Organ verantwortlich ist*”) y añaden que además hay que diferenciar quién debe tomar la iniciativa

52 HKW 8, 65 Art. 65.

53 HKW 8, 190-195.

54 HKW 8, 199.

de presentar cargos (“*von wem die Initiative zur Erhebung der Anklage ausgehen muss*”)⁵⁵. Según los exegetas la iniciativa debe ser tomada por el Consejo Nacional (*Nationalrat*) o el Consejo Federal (*Bundesrat*) por lo que se excluye de esta función al Congreso Federal (*Bundesversammlung*)⁵⁶.

Evidentemente el papel que juega el canciller federal, el vicecanciller y los ministros es crucial. El Canciller coordina y representa el trabajo del gobierno en relación con el parlamento, los ciudadanos y la opinión pública. El representante constitucional del Canciller Federal es el Vicecanciller designado por el Presidente Federal a sugerencia suya. El gobierno federal es elegido por el Consejo Nacional. El comentario indica que la elección del gobierno sólo se puede llevar a cabo mediante coaliciones por lo que se generó una ley afin, la denominada “Proporzregierung”⁵⁷. “Proporz” (del latín, “ratio”) describe la relación entre los miembros de un grupo y el número de sus representantes en un órgano de toma de decisiones por lo que se refiere a la participación proporcional de diferentes grupos políticos en el gobierno y la administración. El Art. 71 es sumamente interesante ya que ha sido aplicado recientemente en la “*Ibiza-Affäre*” según el cual el Presidente tiene potestad para constituir un Gobierno mediante funcionarios del cuerpo superior⁵⁸.

La función de las fuerzas armadas están fijadas en los correspondiente artículos (arts. 79-81). El Presidente Federal es el comandante en jefe de las fuerzas armadas si bien el Ministro Federal de Defensa Nacional tiene la autoridad. El oficial de más alto rango en las fuerzas armadas es General correspondiente. Las funciones más relevantes son la defensa nacional, la protección de la población y las instituciones, la asistencia en caso de desastres naturales o accidentes y, más recientemente, el apoyo en el exterior.

El término “*Gerichtbarkeit*” (jurisdicción) hace referencia, por un lado, a los

55 HKW 8, 198.

56 Para generar una correlación directa con nuestras instituciones: el Consejo Nacional (*Nationalrat*) sería equiparable al Congreso de los Diputados. El Consejo Federal (*Bundesrat*) equivaldría al Senado. El Congreso Federal (*Bundesversammlung*) correspondería a las Costes Generales.

57 Ley de 6 de julio de 1920, St.G.BI. N° 283. Cf.: HKW 8, 201.

58 Se denomina *Ibiza-Affäre* (caso-Ibiza) al escándalo político tras la publicación de un video grabado en Ibiza en 2017 y en el cual se vieron implicados el vicecanciller y líder del partido de coalición. El canciller destituyó al vicecanciller y al ministro de interior. Renunciaron a su cargo todos los ministros del partido de la coalición gubernamental lo que provocó la disolución de la coalición de Gobierno y la consiguiente convocatoria de elecciones anticipadas. El presidente nombró un nuevo Gobierno que constaba de funcionarios del cuerpo superior aplicando el Art. 71 de la Constitución.

tribunales que sirven a la administración de justicia u otra práctica jurídica; y por otro lado, la ejecución del sistema legal a través de lo anterior (Arts. 82 ss.). La organización de los tribunales en Austria se caracteriza por una división en jurisdicción ordinaria (para el derecho penal y civil (cf.: art. 90 ss.) y tribunales de derecho público (para el derecho constitucional y administrativo). A diferencia de otros estados federales, el tribunal responsable de todos los tribunales de la República de Austria era el gobierno federal. Según el Art. 84 de la Ley Constitucional Federal, la jurisdicción militar sólo puede existir en Austria en caso de guerra a través de su propia ley. Se deroga la pena de muerte (Art. 85). Seguidamente se fija el papel de los jueces enfatiza en la independencia de la justicia tanto de la administración y los jueces (art. 94).

La cuarta parte principal presenta la legislación y la ejecución y el cumplimiento de los Estados federales (*Gesetzgebung und Vollziehung der Länder*)⁵⁹. En esta parte está incluida una disquisición sobre las Constituciones de los Estados federales. Como se ha indicado la República de Austria es un Estado federal compuesto por nueve estados federales autónomos. Su carácter federal es uno de los principios establecidos en la Constitución y solo puede modificarse mediante referéndum. Los poderes legislativo y ejecutivo son compartidos por los gobiernos federal y los gobiernos de los estados autónomos. Las leyes de estos estados y las leyes relativas a las comunidades son aprobadas por los parlamentos de cada uno de los estados federales. La administración depende de los gobiernos estatales.

La quinta parte principal inaugura los instrumentos de control del Estado. El primero es el control del Tribunal de cuentas (*Rechnungshof*) del Estado⁶⁰. Resulta sumamente interesante realizar algunas comparaciones entre la Constitución austriaca y la española. Sobre todo con respecto a los órganos de control internos. Si cotejamos el apartado sobre el *Rechnungshof* y el *Tribunal de Cuentas* que se encargan de la fiscalización del sector público y el enjuiciamiento de la responsabilidad contable observamos lo siguiente. Las funciones asignadas al *Rechnungshof* están estipuladas sus funciones en la constitución mediante los Artículos comprendidos entre el 121 y el 128⁶¹. El comentario realizado por Kelsen/Froehlich/Merkel es bastante explícito y asumen una función de control independiente⁶². En contraposición, la Constitución española hace referencia al Tribunal

59 Comprende los artículos 95-120 que son comentados en: HKW 8, 226-262.

60 Comprende los artículos 121-128 que son comentados en: HKW 8, 262-269.

61 HKW 8, 79-81.

62 HKW 8, 262 ss.

de cuentas en el artículo 136⁶³. La función de control en la Constitución austriaca está garantizada y su relevancia puesta de manifiesto mediante las competencias que se le asigna en la fiscalización y el control de las cuentas del Estado (*Rechnungskontrolle des Bundes*).

La sexta parte principal aglutina dos instancias de control del Estado mediante el Tribunal administrativo y el Tribunal constitucional⁶⁴. La primera instancia de control es el *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal Administrativo) ya que supone una garantía de que la administración actúe conforme a lo que está estipulado en la Constitución. La función del Tribunal se encuentra estipulada en los artículos 129-136⁶⁵. El Tribunal garantiza el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica en el trato con la administración. Como máxima instancia de protección jurídica, vela por que las autoridades administrativas actúen en conformidad con la ley. Su función es distinta a la que se asigna a los Tribunales Económico-Administrativos de España que son órganos administrativos independientes. Su campo de actividad incluye trámites en la construcción y permisos de planta, así como asuntos vinculados al derecho fiscal y, más recientemente, trámites de asilo. Se encuentra por encima de los tribunales administrativos, que a su vez garantizan la acción legal de las autoridades administrativas. El Tribunal Administrativo procede de la jurisdicción administrativa de la monarquía y su historia y competencia son comentados puntualmente por Kelsen/Froehlich/Merkel⁶⁶.

El tercer órgano de control se lleva a cabo mediante el *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional) cuyas funciones y organización se encuentran definidas en el capítulo sexto de la Constitución Federal que comprende los artículos 137 hasta 148⁶⁷. Despliega una doble función, de la que se derivan las siguientes atribuciones: por un lado, supervisa las instituciones velando que el funcionamiento de los órganos federales y estatales se adecúen a las leyes, haciendo efectiva la responsabilidad jurídica de estos órganos en caso de incumplimiento (artículo 142). Arbitra en los conflictos competenciales entre la administración federal y estatal, así como en los conflictos jurisdiccionales distintos Tribunales. Por otro lado, garantiza el respeto a los derechos constitucionales por parte de los poderes públicos y asegura que las leyes y los decretos se adecúen a la Constitución así como a los tratados internacionales aprobados por el Consejo Nacional. El

63 Además se hace mención al mismo en el art. 153 (d).

64 Comprende los artículos 129-148 que son comentados en: HKW 8, 269-309.

65 Véanse los apartados comprendidos en: HKW 8, 81-83.

66 Cf.: HKW 8, 269-278.

67 HKW 8, 83-86.

Tribunal actúa en estas ocasiones como legislador negativo. Además de las competencias que se adjudica del *Reichsgericht*, asume las competencias de los recursos de anulación presentados por el Gobierno estatal contra cualquier ley constitucional de los Parlamentos de los estados federales. Por tanto, se le encierra la evaluación de la constitucionalidad de la legislación, garantiza los derechos constitucionales de los ciudadanos y vela por el orden federal. Los comentarios de Kelsen/Froehlich/Merkel son muy precisos ya que conocían el procedimiento seguido durante el régimen monárquico⁶⁸.

La séptima parte principal presenta las cláusulas finales⁶⁹. En dicho apartado se hace referencia a legislaciones precedentes como el Ley Fundamental del Estado (*Staatsgrundgesetz*) y los derechos generales del ciudadano que hemos mencionado anteriormente que determina el contenido de la Constitución de lo contrario tendría un carácter incompleto.

Finalmente deseo expresar unas palabras sobre el contexto teórico más amplio en el que se asienta el comentario de la Constitución aquí reseñada. Para Kelsen la norma básica (*Grundnorm*) se sustenta en el recurso a una “constitución históricamente originaria” como condición necesaria del derecho. Esta constitución suele formar el nivel fundamental de la jerarquía normativa del sistema legal. No es susceptible de ninguna otra justificación. No obstante, la fuerza vinculante intersubjetiva de la ley depende de ello. Visto así, la primera constitución reemplaza formalmente el concepto de justicia. Para Kelsen la constitución es el resultado de los logros humanos de acuerdo con un proceso generativo de creación del derecho. Según Kelsen, el valor de este método es “hipotético” y, por tanto, se “presupone”⁷⁰. Así pues, si se supone que una determinada institución está autorizada para aplicar las normas legales, entonces el derecho se considerará que es el derecho que se genera por este órgano judicial. Este prerrequisito para la máxima autoridad legal, establecido por la norma básica, es la vigencia de la normatividad de un sistema legal. Sin embargo, en el ámbito del derecho positivo, la validez de este requisito sigue siendo “infundada”.

En contra de las interpretaciones simplistas actuales sobre el planteamiento positivista de Kelsen hay que indicar que en esta obra se desmenuzan los elemen-

68 HKW 8, 278-309.

69 Comprende los artículos 149-152 que son comentados en: HKW 8, 309-312.

70 Hans Kelsen, Die Idee des Naturrechts (1927/28), en: *Die Wiener rechtstheoretische Schule: Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl und Alfred Verdross*, eds. H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Viena, Europa, 1968, 245-280. Especialmente pp. 256 ss.

tos normativos marginales que contaminan o influyen en la constitución vigente generando paradojas o inconsistencias. Estos elementos han sido denominados mediante la fórmula manida de “positivismo jurídico” que el propio Kelsen acuñó debido a su inclinación neokantiana⁷¹. Esta expresión es reiteradamente caracterizada como la separación metodológica o conceptual entre derecho y moral⁷². Un error muy reiterativo se asienta en considerar como fundamental un “corolario” de la tesis que postula el positivismo jurídico. Como observamos en el comentario reseñado la doctrina de la teoría y la filosofía jurídica se centra principalmente en analizar el derecho establecido y reconocido por el estado para cuestiones relacionadas con el surgimiento, la aplicación y la eficacia de las normas legales. Su fin es crear un marco reflexivo sobre el estado como una autoridad legislativa. Este hecho no implica que no se estudien las regulaciones pre-estatales o incluso atemporales implícitas en la constitución ya que muchas de estas subordinan el derecho vigente a normas sobrepositivas y las derivan deductivamente de ellas –hemos indicado por ejemplo los problemas que generan los comportamientos autocráticos, o los derechos de las “*Freistädte*” que interfieren en la función de las “*Gemeinde*”–, y, por tanto, requieren de una explicación al margen de la legalidad constitucional republicana ya que proceden de derechos adquiridos históricamente y que no pueden ser abolidos sin más. Según la teoría jurídica pura de Kelsen, la esfera del ser, es decir, lo fáctico, debe estar estrictamente separada de la esfera del deber, es decir, la normativa. De esta separación, Kelsen derivó el postulado de que la jurisprudencia debería ocuparse exclusivamente de las normas jurídicas. Ahora bien, consideró que el análisis de la conducta relacionada con las normas era un asunto que concernía más bien a la sociología. Kelsen propone generar un sistema cerrado de reglas basado en una norma básica (*Grundnorm*) que debería ser “pura” desde un punto de vista sociológico. Esta premisa promovió la denominada “tesis de la separación”, que entendía la ley y la moralidad como partes de dos sistemas independientes. Por todo ello consideraba que la justicia debía ser entendida como un aspecto parcial de la moral, es decir, un problema originalmente filosófico y, por lo tanto, no era objeto de de-

71 Aquí juega un papel importante los trabajos de Hermann Cohen, *Logik der reinen Erkenntnis*, Berlin, Cassirer, 1902 y Hermann Cohen, *Ethik des reinen Willens*. Berlin, Cassirer, 1904. Las lecturas que efectúa H. Kelsen del neokantianismo se asientan en interpretaciones genuinas, muchas veces contrarias al espíritu y la letra del propio I. Kant como seguidamente comprobaremos. Cf.: Christian Krijnen, Neukantianismus: Rechtsphilosophie als transzendentale Kulturphilosophie, *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, 2020. <<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/123-neukantianismus>> [28/02/2021].

72 Léase la pseudo-controversia entre Manuel Atienza, García Amado y el objetivismo moral, *Teoría y derecho*, 27, 2020, 44-57, especialmente p. 46. Este artículo es una contestación al artículo de Juan Antonio García Amado, Objetivismo moral y derecho, *Teoría y derecho*, 27, 2020, 14-43.

recho. Más bien, el derecho sería cualquier contenido que encajase en un sistema vinculado al orden y fuera válido mediante la efectividad de la coerción⁷³. Esta tesis de la separación es, por tanto, una consecuencia pero no el origen y debe ser tenida en cuenta –como lo es en este comentario– a la hora de indicar aquellos factores implícitos en la Constitución.

No obstante, quien lea atentamente la propuesta de Kelsen observará que la denominada teoría pura del derecho se asienta en una paradoja. La distinción entre “ser” y “deber” es de origen neokantiano y, por tanto, se encuentra al margen de las distinciones estrictamente jurídicas. Es más, esta distinción no supera el criterio impuesto de imparcialidad y tampoco atiende al requisito de veracidad. Es un presupuesto filosófico acuñado en una tradición específica que otras co-

73 Algunos intérpretes son de la opinión que la doctrina pura del derecho de Kelsen representa una forma de ley de la razón tal como la llevó a cabo Hermann Cohen (Cf.: Helmut Holzhey, *Die Transformation neukantianischer Theoreme in die Reine Rechtslehre Kelsens*. En: *Hermeneutik und Strukturtheorie des Rechts*, eds. M. W. Fischer, E. Mock, H. Schreiner, Wiesbaden: Steiner, 1984, 99–110; Stanley L. Paulson, *Zur neukantischen Dimension der Reinen Rechtslehre*, en: St. L. Paulson (ed.), *Fritz Sander/Hans Kelsen, Die Rolle des Neukantianismus in der reinen Rechtstlehre. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen*, Aalen, Scientia Verlag, 1988, 7-26.). El factor decisivo para esta evaluación es que la norma básica de Kelsen funciona como fundamento de la validez del sistema legal en el sentido de un “requisito de lógica legal”. Esta recepción ha enfatizado que para Kant la base del derecho positivo debe buscarse en la mera razón. Por ello se reitera que la idea jurídica normativa tiene un “origen” razonable. Más precisamente, el principio de derecho constituye la unión de la voluntad de todos los ciudadanos de acuerdo con la ley general libre. Por tanto, asegurar la libertad es el propósito de la ley. Sin embargo, esta determinación sustantiva del principio legal no juega ningún papel relevante en la propuesta kelseniana. Con esta orientación metodológica se debe abandonar el sentido ético-jurídico natural de la ética de Cohen, es decir, Kelsen sacrifica los contenidos por el método. La teoría de la norma básica (*Grundnorm*) de Kelsen describe la teoría neokantiana de Cohen sobre el origen del conocimiento en el pensamiento en términos de teoría jurídica (Cf.: H. Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der „Rechtsdogmatik“*, *Zeitschrift für öffentliches Rechts*, 3, 1921/22, 103-235, especialmente p. 231). Por todo ello, la norma básica –entendida como hipótesis jurídica– establece que los sujetos deben comportarse de acuerdo con la constitución. Sin embargo, la tesis de Kelsen y su lectura neokantiana entra en conflicto con el mismísimo I. Kant ya que desde un punto de vista trascendental la formulación neokantiana debería haber despertado sospechas, especialmente si se parte de la determinación de Kant de asegurar la libertad externa de elección como propósito de la ley. O parafraseando la *Critica de la razón pura* de Kant: en contraste con una lógica “general” –la lógica meramente formal– la lógica “trascendental” no abstrae el contenido del conocimiento, sino que piensa las determinaciones lógicas como determinaciones de contenido; se orienta –como dice Kant– al “origen” de nuestro conocimiento (Kant, *KdrV*, B 79 ss.), pensando así en la forma como una forma que da forma al contenido. En el caso del derecho, la forma configura el contenido del derecho. En consecuencia, el contenido de la ley se concibe como una determinación de la libertad. Como derecho, el derecho positivo debe satisfacer esta orientación de libertad funcional. Para Kelsen, contrariamente, la norma básica se caracteriza por una racionalidad formal que se abstrae del contenido: cualquier contenido puede ser la ley en el sentido de Kelsen, siempre que el proceso de generación de la ley sea correcto.

rrientes en el ámbito especulativo han criticado y refutado. Por tanto, la supuesta “pureza” de la teoría positivista propuesta por Kelsen parte de prejuicios metodológicos y distinciones formales pre-jurídicas que sólo pueden ser probadas o refutadas en el campo de la filosofía y con los instrumentos y técnicas afines a esta disciplina⁷⁴.

Sin lugar a dudas, el volumen publicado es un incentivo para reflexionar acerca de Constituciones de nuestro entorno, pero también para estudiar el procedimiento llevado a cabo por los comentadores y sus conocimientos y principios seguidos en la interpretación de su cometido. Los editores han hecho un trabajo sistemático que debe ser elogiado tanto en el contenido como por la forma.

Prof. Dr. Jesús Padilla Gálvez
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Castilla-La Mancha
San Pedro Mártir, s/n.
45071 Toledo
e-mail: jesus.padilla@uclm.es

74 No debemos olvidar que el prejuicio neokantiano por el que apuesta Kelsen se asienta en la superación de la distinción entre el sujeto “puro” y “empírico” que se asienta en la distinción entre un epítome de principios de validez, por un lado, y el *subjetum*, por otro. Se trata de una relación de validez proporcional entre la exigencia incondicional del sujeto puro y el cumplimiento condicional por parte del sujeto empírico. A partir de esta relación se puede entender por qué el dualismo entre ser y deber, según los neokantianos, se asienta en premisas filosóficamente insostenibles: el ser siempre se basa en el deber. En consecuencia, los neokantianos intentan articular su autodeterminación en el punto de partida de las áreas culturales existentes –por caso, el derecho– revelando sus principios de validez de manera reflexiva.

RESUMEN

El fin de esta reseña crítica es analizar el comentario a la Constitución de la República de Austria publicado hace un siglo por H. Kelsen, G. Froehlich y A. J. Merkl. Kelsen había redactado diferentes esbozos de la Constitución que fueron parcialmente alterados en los diferentes proyectos. El comentario realiza un examen crítico de la Constitución. Explica ciertos presupuestos en los que se asienta su redacción y señala determinadas expresiones desacertadas surgidas de los compromisos entre los partidos políticos. Kelsen muestra las contradicciones y los aciertos que aún perduran en la Carta Magna austriaca. Los principios fundamentales de la constitución son el estado democrático parlamentario y republicano esencialmente federal, en la que impera el estado de derecho y la separación de poderes que mantiene un fuerte sesgo liberal. Pero el comentario deja claro que dicha Constitución se asienta en múltiples elementos elaborados en la constitución monárquica. Este comentario sigue siendo utilizado por los constitucionalistas actualmente. La reseña introduce los fundamentos del trabajo preliminar realizado en la elaboración de la Constitución. Seguidamente se describen las disposiciones generales que finalizan con las cláusulas finales. El segundo apartado, centra su atención en describir las funciones del Estado confederado. El tercer apartado describe la estructura y competencias de los estados federales. El último presenta los órganos de control. Finalmente, se hacen ciertas observaciones sobre los presupuestos teóricos en los que se asienta el Comentario.

PALABRAS CLAVE

Constitución, Austria, democracia parlamentaria, república, Comentario.

ABSTRACT

The aim of this critical review is to analyze the commentary on the Constitution of the Republic of Austria that H. Kelsen, G. Froehlich and A. J. Merkl published a century ago by. Kelsen had made different drafts of the Constitution that were partially altered in different versions. Their commentary carries out a critical examination of the Constitution. It explains the fundamental principles and points out certain misleading expressions that were the result of the compromises made between the political parties. Kelsen reveals the contradictions and achievements that still persist in the Austrian Magna Carta. Its principles form the basis of the federal democratic parliamentary and republican state, in which the rule of law prevails and the separation of powers maintains a liberal bias. However, the commentary also shows that the Constitution is based on mul-

tiple elements elaborated in the monarchical constitution. The commentary is still used by constitutionalists today. The review introduces the fundaments of the preliminary work carried out in the elaboration of the Constitution. First, the author describes the general provisions and ends with an analysis of the final provisions. The second section focuses on the functions of the confederate state. The third section describes the structure and powers of the federal states. The last section describes monitoring body. Finally, certain observations are made about the theoretical assumptions on which the commentary is based.

KEYWORDS

Constitution, Austria, parliamentary democracy, republic, commentary.

LUIS LÓPEZ GUERRA: EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO,
TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2021, 391 PÁGS.

LUIS LÓPEZ GUERRA: THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
ACCORDING TO THE CASE-LAW OF THE STRASBOURG COURT,
TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2021.

María Ballester Cardell
Universidad de las Islas Baleares

Recibido: 20-02-2021

Aceptado: 10-04-2021

Cuando el mundo entero se enfrenta a una gravísima crisis sanitaria, que no tiene precedentes en la historia reciente, se mantiene como pilar fundamental del Estado de Derecho la defensa y garantía de libertades constitucionales. Cuando afloran entre la población mundial los miedos e incertidumbres frente a la peligrosa propagación del virus extremadamente letal, es bueno recordar que la protección de las personas pasa también por la tutela de los derechos fundamentales. Porque la historia nos enseña que el desafío de sobreponerse a las infaustas consecuencias de una crisis puede ser, también, una buena oportunidad para avanzar como sociedad en la realización plena de los derechos humanos.

Baste recordar que en el período de entreguerras, el debate constituyente y la formulación de la Constitución de Weimar liga el mantenimiento de la democracia a la vigencia de los derechos fundamentales. Y que el sistema austriaco de justicia constitucional tempranamente se convierte también en un instrumento de garantías de las libertades públicas. Tras la *Gran Guerra*, la búsqueda de fórmulas que permitan superar las violaciones masivas de los derechos humanos y los riesgos de un nuevo enfrentamiento armado pone los cimientos de la resolución pacífica de conflictos a través del derecho internacional. Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, los estados retoman la labor de ordenar un marco jurídico internacional con el fin de preservar la paz y facilitar la integración de los países de Europa. En este contexto, y en paralelo con diversas iniciativas impulsadas en el continente europeo, se crea el Consejo de Europa (1949) que, a su vez, elabora un instrumento internacional —el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)— que recoge los derechos fundamentales y articula un procedimiento para la defensa de los mismos, a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959).

La integración en el ordenamiento constitucional español del derecho internacional de los derechos humanos resultó compleja. A las dificultades de fijar el catálogo interno contenido en la propia Constitución —debido a la confrontación ideológica entre las diferentes fuerzas parlamentarias—, se une la inexistencia de una fórmula unívoca para abrirse a los compromisos internacionales. En este punto, como en otros importantes temas, el texto constitucional se muestra como una norma inacabada. Finalmente, la conexión entre el sistema constitucional de derechos y libertades y los instrumentos internacionales de protección se produce, tras un amplio debate, mediante la inclusión de una cláusula interpretativa, en el artículo 10.2 de la Constitución. Además, se incluyen unas previsiones, básicas y generales, dedicadas al régimen de los tratados y acuerdos internacionales (artículos 93 a 96 CE), que habían de permitir la integración del derecho internacional de derechos humanos en el ordenamiento español.

Tras más de cuarenta años de experiencia democrática, en un momento que afloran las dudas sobre los límites en la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales para hacer frente a la crisis sanitaria, aquí y ahora adquiere una relevancia fundamental el aporte de conocimiento y reflexión sobre el instrumento de garantía establecido en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Más aún, teniendo en cuenta las obligaciones de los estados integrantes, dirigidas a garantizar derechos inderogables como el derecho a la vida y a la integridad física de las personas, también en épocas de crisis.

En este contexto de incertezas que vive España y el mundo entero, y cuando se ponen a prueba las estructuras jurídicas y la capacidad de respuesta del marco normativo, aparece el libro *El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo* de Luis López Guerra. Intelectual de primer orden, constitucionalista de altísimo prestigio y miembro de una generación de juristas que ha visto nacer la Norma Fundamental y ha contribuido, decididamente, a la construcción del modelo político que aquel texto dibuja, al menos en sus grandes trazos.

El nuevo trabajo de Luis López Guerra supone un estudio de los derechos sustantivos del Convenio desde la perspectiva de un experto conocedor del mismo, gracias a su experiencia como juez del TEDH durante diez años. Esta perspectiva se refleja en varias partes del libro. Para empezar, el título de la obra pone de relieve cómo la jurisprudencia del Tribunal permite comprender, en toda su extensión, el sistema de protección que ofrece el Convenio. Además, un adecuado conocimiento de los derechos del Convenio cobra su máximo significado desde el enfoque que realiza el autor: la perspectiva de su interpretación auténtica por parte del Tribunal. Ello permite entender el alcance y los límites de los derechos humanos, no sólo en relación al caso en cuestión que resuelve el órgano jurisdiccional; sino que, a partir del valor *erga omnes* de las Sentencias, se hacen reconocibles unas directrices generales para los órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas de los diferentes países que han suscrito el Convenio.

Igualmente resulta destacable, también desde la experiencia práctica del autor, el planteamiento que se hace en la monografía de cómo la jurisprudencia del Tribunal ha evolucionado en los últimos años, respecto a temas o problemas que eran difíciles de prever en el momento que se aprueba el Convenio o, incluso, en los últimos decenios. En concreto, López Guerra realiza una cuidadosa selección de sentencias del TEDH en las que se puede percibir esa modulación —o, directamente, la revisión— de la jurisprudencia en relación a la objeción de conciencia o al alcance del principio de irretroactividad de las normas penales, por poner

solo algunos ejemplos. Todo ello permite conocer como se ha producido la adaptación de la respuesta judicial del Tribunal a las variaciones en el estándar común europeo. Esta perspectiva evolutiva de la jurisprudencia, que es destacada por el autor, realza el carácter del Convenio como «instrumento vivo».

La obra se estructura en diecinueve capítulos, precedidos de una «Nota introductoria». En ella se explica, por una parte, la relevancia que tiene el Convenio Europeo de los Derechos Humanos en los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros. Por otra parte, y en relación a cada derecho concreto, se avanza que la obra contiene referencias a las sentencias clásicas que marcan «las líneas interpretativas fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal», las cuales se completan con «sentencias y decisiones más recientes», con especial mención a la «evolución de esa jurisprudencia». Se apunta, además, que la obra se presenta como una «guía para adentrarse en su jurisprudencia del Tribunal y para facilitar la consulta directa de este». Sin embargo, pese a la modestia del autor, es preciso subrayar que este libro va mucho más allá. En sus casi cuatrocienas páginas, el autor nos ofrece un rico y selecto compendio de la jurisprudencia del TEDH, imprescindible para conocer y comprender mejor el sistema de tutela de los derechos humanos en su conjunto.

En esta exposición, el *capítulo primero* está dedicado al *origen y evolución* del sistema del Convenio, con un breve recordatorio de las causas que derivaron en las iniciativas materializadas en el continente europeo para la integración de los derechos humanos. En el *capítulo segundo*, el autor atiende a los aspectos *organizativos y procesales* para una mejor comprensión de la labor que desarrolla el TEDH. Cuestiones que, por otro lado, aparecen ampliamente desarrolladas y completadas en dos monografías también publicadas en 2020 por Tirant lo Blanch (*Construyendo los derechos humanos en Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa*; y *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*).

En el *capítulo tercero* se exponen una serie de principios básicos que marcan la trayectoria del Tribunal «en un contexto de continua evolución cuantitativa y cualitativa». De un lado, existe una referencia a la posible exoneración por parte de los estados miembros de las obligaciones de respetar los derechos del Convenio (ex artículo 15). Cuestión que, precisamente, ha generado un interesante debate con ocasión de la crisis sanitaria derivada de la Covid-19, a raíz de la intención de varios países miembros de suspender por tiempo limitado la observancia de ciertos derechos reconocidos en el Convenio. Además, se realiza una oportuna valoración sobre el carácter evolutivo del sistema de protección de los derechos

humanos, frente a las tesis «originalistas». En ese mismo capítulo, se hace una referencia a la apreciación de las obligaciones positivas de los Estados miembros, consistentes en la garantía de los derechos sustantivos que tienen una doble dimensión, formal y material. De manera que, ante una supuesta vulneración de un derecho fundamental —como puede ser el derecho a la vida y a la integridad física y moral—, se deben analizar la constancia material de la lesión del derecho y también los esfuerzos por parte de los poderes públicos de esclarecer o investigar los hechos denunciados. O lo que es lo mismo, el Tribunal debe tutelar los derechos sustantivos también en su dimensión procesal.

En el *capítulo tercero*, además el autor presta atención a la necesidad de fijar unos estándares comunes respecto a «ordenamientos jurídicos muy diferentes, en situaciones socio-políticas muy diversas» y que permitan «adoptar una necesaria flexibilidad en cuanto a las circunstancias propias de cada ordenamiento». Para ello, se explica que el Tribunal recurre al uso de los llamados «conceptos autónomos», según el criterio del órgano jurisdiccional, sin estar condicionado por el significado que puede darse a esas nociones en los ordenamientos nacionales. Por último, en el *capítulo tercero* se trata también la cuestión de la restricción de derechos, partiendo de tres condicionamientos: «la debida previsión legal, el que estas restricciones respondan a objetivos legítimos, listados taxativamente, y que tales limitaciones constituyan medidas necesarias para una sociedad democrática.» En relación a esta cuestión, el autor apunta los problemas que se plantean en los casos en los que se permite la apreciación de límites implícitos al ejercicio de los derechos y que pueden dar lugar a enfoques diferentes del caso. Además, y en relación al principio de proporcionalidad y la debida ponderación entre los intereses en juego, el autor se refiere a los diferentes criterios que utiliza el Tribunal —de tipo procesal, de carácter instrumental, o de ponderación de daños— para determinar cual de ellos debe prevalecer.

A partir de aquí, se inicia la exposición del régimen de los derechos proclamados en el Convenio a la luz de la jurisprudencia del Tribunal. Como ya se ha adelantado, el estudio no se limita a realizar una descripción de los diversos artículos del Convenio referidos a derechos sustantivos, sino que aborda con lucidez y perspicacia los dilemas y problemas que se plantean desde una interpretación evolutiva y la aplicación práctica de tales preceptos. Todo ello, con una especial atención a los casos en los que el Estado español ha sido demandado, que, en verdad, no son muchos. Sin embargo, desde una perspectiva cualitativa, algunos asuntos en los que España ha sido parte sí tienen una especial una relevancia en temas tan sensibles como la libertad de expresión por parte de cargos públicos (*Castells c. España*, 1992); la libertad de expresión periodística (*Gutiérrez*

Suárez c. España, 2010; *Jiménez Losantos c. España*, 2016); o la falta de garantías suficientes para determinar las condiciones que pueden afectar a la integridad física en casos de detención (*Martínez Sala c. España*, 2004; o *Portu Juanenea y Sarasola Yarzábal c. España*, 2018). En cualquier caso, el compendio que realiza el autor de las principales sentencias del Tribunal contribuye a un mejor conocimiento de esta institución, que ya se ha consolidado como una garantía fundamental en el mantenimiento del orden público europeo respecto a la defensa de los derechos humanos.

El análisis de cada uno de los derechos resulta completo y detallado, con referencia a las sentencias más conocidas y, también, a las más recientes. Así sucede en el *capítulo cuarto*, dedicado al *derecho a la vida* (*artículo 2*). En él queda reflejado, por ejemplo, el debate sobre la titularidad del derecho a la vida y la interrupción voluntaria del embarazo (con cita de la Sentencia *Open Door c. Irlanda*, 1992). Al mismo tiempo, se incluyen referencias a asuntos relativamente vedados, y que están vinculados con la evolución de la biotecnología, como pueden ser los casos *Evans c. Reino Unido* (2007) o *Parrillo c. Italia* (2015), en los que se discute sobre la disponibilidad de embriones no sólo desde la perspectiva del derecho a la vida, sino, también, en relación con el derecho a la privacidad e, incluso, con el derecho a la propiedad. También existe una referencia a resoluciones que abordan el contenido del derecho a la vida frente al estado y sus obligaciones negativas (en el sentido de que los poderes públicos no pueden causar la muerte de una persona, caso *Ocalan c. Turquía*, 2005), como positivas (en las que, además, se deben tomar medidas para prevenir atentados contra la vida, con cita de la Sentencia *Lambert y otros c. Francia*, 2015).

En el *capítulo quinto*, dedicado a la *prohibición de la tortura y de tratos inhumanos y degradantes* (*artículo 3*), se parte del carácter absoluto del derecho, «que no contiene excepción ni restricción alguna» y, nuevamente, de la consideración del Convenio como «instrumento vivo», incluyendo supuestos que probablemente no estaban en la mente de los autores del Convenio (caso *Tyrer c. Reino Unido*, 1978). Se distingue, además, entre los diversos grados de malos tratos (tortura, tratos inhumanos o tratos degradantes), tal como sucede, por ejemplo, en la Sentencia de *Portu Juanenea y Sarasola Yarzábal c. España*, 2018. También existen referencias a asuntos en los que el Tribunal se plantea la posible vulneración de ese derecho en relación a colectivos especialmente vulnerables (caso *B.S. c. España*, 2012). En línea de continuidad de los derechos que no pueden ser objeto de suspensión y derogación, por su carácter absoluto, el *capítulo sexto* aborda el análisis jurisprudencial de la *prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado* (*artículo 4*). Se insiste, una vez más, en este apartado, en el carácter del

Convenio como «derecho vivo» que ha permitido al Tribunal analizar, desde esta perspectiva, «tanto la protección de frente al tráfico de derechos humanos como la protección de las condiciones de vida insertas en el ámbito de los derechos socio-laborales.»

El *capítulo séptimo* del libro está dedicado al *derecho a la libertad y a la seguridad* (artículo 5), que es abordado por la jurisprudencia del Tribunal a partir de una interpretación restrictiva de los pocos casos en los que, de forma taxativa y cerrada, se permite la privación de libertad (*Winterwerp c. Países Bajos*, 1979). Por su parte, el *capítulo octavo* se centra en el *derecho a un proceso equitativo* (artículo 6; artículos 2 y 3 del Protocolo 7), que se convierte en la clave de bóveda del sistema jurisdiccional de protección articulado por el Convenio y que «se ha revelado como la principal tarea del Tribunal de Estrasburgo» y la garantía jurisdiccional básica de los demás derechos del Convenio. A continuación, en el *capítulo noveno*, dedicado al derecho a la legalidad penal (artículo 7; artículo 4 del Protocolo 7), se recogen las principales resoluciones sobre un principio básico en el ámbito penal, consistente en que «sólo la ley puede definir un crimen y prescribir la pena» (*Kokkinakis c. Grecia*, 1993). Este mismo principio es el que prohíbe, de forma más específica, la aplicación retroactiva del derecho penal cuando resulta desfavorable para el interesado (*Del Rio Prada c. España*, 2013). Finalmente, y por lo que se refiere a la instrumentalización del derecho a la defensa jurídica, el autor dedica el *capítulo quince* al *derecho a un recurso efectivo* (artículo 13). De este precepto resulta el principio de subsidiariedad que ofrece el Convenio, y que consiste en un último remedio frente a la protección a los derechos fundamentales que deben dispensar los estados. Pensemos, que bajo la cobertura de este este derecho se ha proporcionado tutela, por ejemplo, a las demandas presentadas frente a expulsiones colectivas (*Hirsi Jamaa c. Italia*, 2012).

El *capítulo décimo* se centra en el *derecho a la vida privada* (artículo 8) que engloba, a su vez, la protección de la vida personal y familiar, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. El autor destaca algunos aspectos novedosos relativos, por ejemplo, a los problemas que pueden afectar a los derechos reproductivos (*Evans c. Reino Unido*, 2007). También pone el acento en la importante proyección que tiene la vida privada en relación con las demás personas, y que puede afectar a círculos más amplios, como pueden ser las relaciones laborales (*Sidabras c. Lituania*, 2015) o la protección del medio ambiente (*López Ostra c. España*, 1994). Igualmente, resulta destacable, en relación a este derecho, la evolución de la conciencia social en relación a la consecución de una efectiva igualdad de las personas transexuales (*X c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, 2019). Por lo demás, el autor pone el acento en el vínculo entre

la vida privada y la situación de las personas extranjeras o inmigrantes que invocan el derecho de los miembros de la familia a vivir juntos (*Kutzner c. Alemania*, 2002). *El derecho a contraer matrimonio* (artículo 12; artículo 5 del Protocolo 7), tratado en el *capítulo catorce* del libro, está también íntimamente conectado con la protección de la vida privada personal y familiar. En este punto, el autor destaca la poco extensa, pero innovadora, jurisprudencia que se ha generado entorno a la titularidad del derecho. Es el caso, por ejemplo, del asunto *Christine Goodwin c. Reino Unido* (2002), en relación al derecho al matrimonio de personas transexuales; o, de la Sentencia en *Schalk y Kopf c. Austria* (2010), sobre la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Los ámbitos de protección más importantes para la sociedad democrática son tratados en el *capítulo once*, dedicado a la *libertad de pensamiento, conciencia y religión* (artículo 9; artículo 2 del Protocolo 1); el *doce*, sobre la *libertad de expresión* (artículos 10 y 17); el *capítulo trece*, centrado en los *derechos de reunión y asociación* (artículo 11); y el *capítulo dieciocho*, dedicado a *derecho a elecciones libres* (artículo 3 del Protocolo 1). En relación al primer grupo de derechos, y entre los muchos y muy diversos asuntos que aparecen referenciados en la obra, podemos destacar, por su gran relevancia entre la opinión pública, el caso *SAS c. Francia* (2014), sobre la prohibición de las autoridades francesas del velo integral en lugares de tránsito público; o la sentencia *Lautsi c. Italia* (2011) sobre la presencia de un crucifijo en las aulas de un instituto público. Por lo que se refiere a la libertad de expresión, de entre el amplísimo acervo jurisprudencial que recoge el autor, se encuentran asuntos tan relevantes como el caso *Delfi c. Estonia* (2015), sobre la protección de todo tipo de expresión, sea oral, escrita o difundida por medios electrónicos; y la Sentencia del caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (2018), que salvaguarda las actuaciones de contenido simbólico que pretenden transmitir ideas y opiniones.

El *capítulo dieciséis* se dedica ampliamente a la *prohibición de discriminación* (artículo 14; artículo 1 del Protocolo 12). De forma más sucinta, el trabajo se completa con una referencia, en el *capítulo diecisiete*, al *derecho de propiedad* (artículo 1 del Protocolo 1). El *capítulo diecinueve* cierra el estudio con una selección de las sentencias sobre la *libertad de circulación y residencia* (artículos 2, 3 y 4 del Protocolo 4; artículo 1 del Protocolo 7).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos según la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo del profesor López Guerra es un valioso trabajo, que nos ayuda a comprender mejor los matices y las precisiones de la institución que se articula en garantía fundamental de las libertades públicas para el mantenimiento

to del orden jurídico europeo. El resultado final enriquece, sin duda, la literatura científica sobre la evolución del sistema internacional de protección de los derechos humanos. La excelencia intelectual y científica de Luis López Guerra y la finura jurídica que ha exhibido, en este trabajo y a lo largo de su prolífica obra, hacen de él un referente entre los iuspublicistas españoles y europeos de su generación. Con su larga y fructífera trayectoria profesional se ha ganado el respeto y el reconocimiento de la academia, más allá incluso del ámbito estrictamente universitario. Catedrático de Derecho Constitucional con tan sólo treinta años, ha ejercido su magisterio en distintas Universidades (Complutense de Madrid, Extremadura, Carlos III de Madrid). Su reconocida competencia como jurista le ha llevado a prestar sus servicios en diferentes cargos e instituciones (vicepresidente del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial, miembro de la Junta Electoral Central, Secretario de Estado de Justicia y magistrado del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos). Brillante pensador y excelente divulgador, su extraordinario trabajo como constitucionalista nos ofrece auténticas obras maestras en el campo de la investigación de la teoría y a la realidad constitucional en España y en el mundo. El grado de excelencia que encontramos en este nuevo trabajo trae causa, principalmente, de la experiencia práctica de López Guerra como juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos durante diez años y de su firme compromiso con un orden social más justo. Con esta nueva contribución, el autor se mantiene como referente destacado para el constitucionalismo (español e internacional), en campo de la defensa de los derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales.

RESUMEN

El nuevo trabajo de Luis López Guerra supone un estudio de los derechos sustantivos del Convenio desde la perspectiva de un experto conocedor del mismo, gracias a su experiencia como juez del TEDH durante diez años. Esta perspectiva se refleja en varias partes del libro. Para empezar, el título de la obra pone de relieve cómo la jurisprudencia del Tribunal permite comprender, en toda su extensión, el sistema de protección que ofrece el Convenio. Además, un adecuado conocimiento de los derechos del Convenio cobra su máximo significado desde el enfoque que realiza el autor: la perspectiva de su interpretación auténtica por parte del Tribunal. Ello permite entender el alcance y los límites de los derechos humanos, no sólo en relación al caso en cuestión que resuelve el órgano jurisdiccional; sino que, a partir del valor *erga omnes* de las Sentencias, se hacen reconocible unas directrices generales para los órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas de los diferentes países que han suscrito el Convenio.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos, jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ABSTRACT

Luis López Guerra's new book involves a study of the substantive rights of the Convention from the perspective of an expert who knows about it, thanks to his experience as of the European Court Judge for ten years. This perspective is reflected in various parts of the book. To begin with, the title of the work highlights how the Court's judgements makes it possible to understand, in its entirety, the system of protection offered by the Convention. In addition, an adequate knowledge of the rights of the Convention takes on its most meaningful from the author's approach: the perspective of its authentic interpretation by the Court. This makes it possible to understand the scope and limits of human rights, not only in relation to the case in question that is decided by the court; Rather, based on the *erga omnes* value of the Judgments, general guidelines are made recognizable for the jurisdictional bodies and administrative authorities of the different countries that have signed the Convention.

KEYWORDS

Human Rights, European Convention on Human Rights, Court's judgments.

**LÓPEZ CASTILLO, ANTONIO: LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
DE LA UNIÓN EUROPEA. DIEZ AÑOS DE JURISPRUDENCIA,
TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2019, 1.720 PP.**

**LÓPEZ CASTILLO, ANTONIO: THE CHARTER OF FUNDAMENTAL
RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION. TEN YEARS OF CASE LAW,
TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2019, 1.720 PP.**

Miguel Ángel Sevilla Duro¹

Recibido: 28-03-2021

Aceptado: 01-05-2021

¹ Profesor Universitario en formación y Doctorando en Derecho Constitucional (FPU 19/00310, Ministerio de Ciencia) en la Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha.

I. La proclamación solemne de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) en diciembre del año 2000 en Niza supuso un punto de inflexión en el proceso de afianzamiento de los derechos y libertades en la UE. Su revisión y posterior proclamación de forma previa al Tratado de Lisboa —que dotó a la Carta del mismo valor jurídico que los Tratados, *ex art. 6 TUE*—, consagró definitivamente el sistema de protección de derechos fundamentales en la Unión, que ya se había intentado establecer de forma expresa en el infructuoso Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. De este modo, la entrada en vigor de la Carta el 1 de enero de 2009, junto al Tratado de Lisboa, suplió el vacío normativo que durante cinco décadas existió en la Unión con respecto a la efectiva salvaguardia de los derechos y libertades.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia (dir. Antonio López Castillo, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019) es fruto de un esfuerzo colosal e impecablemente dirigido en aras de ofrecer un exhaustivo análisis de la Carta a la luz de la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) desde su entrada en vigor.

Esta obra colectiva se presenta como un volumen sistemático y de gran homogeneidad que desarrolla de forma profusa y pedagógica la doctrina jurisprudencial dictada en interpretación de los 54 artículos de la Carta. Cada uno de los preceptos se expone acompañado de las explicaciones del *Praesidium* elaborado por la Convención redactora, de una muy útil y pertinente relación de concordancias normativas —de Derecho internacional, del Consejo de Europa, de Derecho de la UE (DUE) y otras fuentes aplicables— y de un preciso listado de referencias bibliográficas para profundizar en su contenido.

A este exuberante volumen en fondo y forma —consta de más de 1.700 páginas— se le deben reconocer, al menos, dos grandes méritos en su redacción. Por un lado, la contrastada calidad de las contribuciones de sus autores, siguiendo el orden de la carta: Leire Escajedo San Epifanio (Título I), Abraham Barrero Ortega (Títulos II y III, parcialmente), María Luz Martínez Alarcón (Títulos II y III, parcialmente, y V), Mariano García Pechuán (Títulos II, parcialmente, y IV), Ágata María Sanz Hermida (Título VI) y Miguel Azpitarte Sánchez (título VII). Por otro, la impecable coordinación y planificación de su director, Antonio López Castillo, pues una obra colectiva como la presente, compuesta de cerca de una sesentena de contribuciones, corre el riesgo de carecer de uniformidad, equilibrio y congruencia. *La Carta* no solo supera estas adversidades, sino que goza de una cohesión y sistematicidad rara vez constatale en libros con una ambición de tan

alto grado. Todo ello la ha erigido desde su publicación como un material de trabajo imprescindible tanto para teóricos como para prácticos del Derecho.

II. Es también obra y mérito del director el «Estudio introductorio» (pp. 31-59) que precede al análisis del articulado de la CDFUE. Por su naturaleza, contenido y orientación es, seguramente, el capítulo más aleccionador y sugestivo del conjunto.

Partiendo de los “rasgos inequívocos de novedad” y originalidad de la Carta, el Dr. López Castillo comienza realizando una valoración crítica de la configuración sistemática de contenidos en los títulos de la Carta. Expone con acierto el modo en que la Carta ha optado por prever una cláusula genérica de limitación de los derechos fundamentales en contraposición con el modelo tradicional de especificación de límites a lo largo del articulado, argumentando cómo esta regla general se acompaña de cuatro exigencias: la reserva de ley, el respeto del contenido esencial, la observancia del principio de proporcionalidad y la concurrencia de objetivos de interés general y/o necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Desde su perspectiva, la Carta traza un sistema de confluencia y cooperación entre “las supremas jurisdicciones de tutela de los derechos fundamentales” (Tribunales Constitucionales, TJUE y Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—), razón por la que cobra una especial trascendencia la división competencial entre estos máximos intérpretes. En este maremagno, la posición usualmente dubitativa del TJUE es objeto de crítica fundada por parte del autor, que llega a afirmar que no ha parecido consciente de su responsabilidad como supremo garante de la Carta, interpretando los derechos fundamentales, en no pocas ocasiones, al amparo del derecho derivado.

Muestra de buena praxis —y de la asunción de la responsabilidad que el TJUE tiene como efectivo garante de los derechos fundamentales de la Carta— es la Sentencia de la Gran Sala en el caso *Association belge des Consommateurs Test-Achats*, en el que en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Cour constitutionnelle belga se niega la compatibilidad entre la Ley de 21 de diciembre de 2007 por la que el Derecho belga traspone la Directiva 2004/113 y los arts. 21 y 23 de la Carta, interpretando el derecho derivado de conformidad con el primario, y no a la inversa.

Más crítica es la posición de López Castillo sobre la coordinación entre tribunales tanto en el célebre caso *Melloni* como en la Sentencia de 15 de diciembre

bre de 2015 del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán —TCFA—), partiendo de la cierta premisa de que desde *Nold-II* está asentando que los estándares constitucionales de protección de los derechos no pueden quedar marginados en el trato de la integración. Mientras que en el primer caso se impone la prevalencia del DUE frente a un derecho español que otorgaba mayor protección al solicitante de amparo, en el segundo es el TCFA quien considera ocioso plantear una cuestión prejudicial al TJUE y, en un novedoso «comunicado de doctrina», advierte de la imprescindibilidad de asumir su estándar de tutela so pena de una eventual inaplicación del DUE en Alemania. Por contrapartida, el autor menciona el caso *Taricco* como muestra de una situación más diferente y ejemplar en el diálogo entre el TJUE y la Corte Costituzionale italiana.

Casuística a un lado, este evocador «Estudio introductorio» concluye con la contraposición entre el rol ordinariamente adecuado del TEDH —que debe replegar su jurisdicción a efectos de sentar mínimos comunes denominadores en la protección de los derechos y libertades en el seno del Consejo de Europa— y el del TJUE —que ha de desplegar su labor interpretativa en aras de “conferir una efectiva operatividad a la Carta”, pero sin desatender su propio régimen normativo ni constriñendo la potencialidad de la CDFUE—. Por su parte, es tarea de los Tribunales Constitucionales el desarrollo potencial de los catálogos nacionales de derechos a través de la incorporación de contenidos ius fundamentales fruto del diálogo con el TJUE y evitando, por un lado, la creación de trabas en la correcta aplicación del DUE y, por otro, el mero seguidismo acrítico de la doctrina del resto de intérpretes del sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales.

III. El estudio del título primero de la Carta (arts. 1 a 5) comienza con el análisis de la dignidad humana estipulada en el art. 1 (pp. 61-83). Considerándola en su función como elemento de excepción de orden público a la libre circulación de mercancías y servicios en la Unión y en el reconocimiento de patentes biotecnológicas, se ejemplifica la cuestión en relación con las patentes que implican el uso de embriones humanos; tras ello, el capítulo concluye con una utilísima y sintética referencia a la dignidad de las personas migrantes y de los trabajadores. En el análisis del derecho a la vida del art. 2 (pp. 85-108) —especialmente destacable por la adecuada combinación entre jurisprudencia del TJUE y del TEDH— se contemplan las principales aristas que se desprenden de su interpretación: su función como excepción a la libre circulación de mercancías y servicios, las obligaciones generadas a los Estados ante amenazas inminentes o el recurso a la fuerza, la abolición de la pena de muerte, las desapariciones forzadas y la extradición, la protección en la gestión e interrupción de embarazo y la protección en los procesos de reproducción asistida. De forma similar se aborda el derecho

a la integridad de la persona recogido en el art. 3 (pp. 109-127), cuyo análisis pone el foco en el consentimiento libre e informado en el ámbito médico y biológico, en su contenido esencial en relación con las prácticas eugenésicas y en la prohibición tanto de la venta de partes del cuerpo humano como de la clonación reproductora. De menor extensión pero igual interés son las consideraciones al art. 4 (pp. 129-148), donde tras analizar los conceptos de tortura y tratos inhumanos o degradantes se contextualizan en el marco de los procedimientos de expulsión, devolución o extradición y en las órdenes de detención. Por último, el estudio del art. 5 (pp. 149-163) pasa por delimitar la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, analizada en el marco de la servidumbre y la trata de seres humanos.

Al contemplar el título segundo de la Carta, dedicado a las libertades, se comienza evaluando el contenido y alcance del conciso art. 6 (pp. 165-185), donde se enfatiza, en particular, en el derecho a la información, el control judicial sin demora, el derecho al recurso y el derecho a la reparación. A continuación, el respeto de la vida privada y familiar del art. 7 (pp. 187-218) se aborda con una precisa compilación de la literalidad jurisprudencial aplicable, y prestando especial atención, amén de al ámbito familiar interno, a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. Lo mismo puede decirse del art. 8 (pp. 219-260), regulador de la protección de datos de carácter personal, donde el análisis del contenido y los límites del derecho se efectúa por medio de una completísima relación de Sentencias del TJUE. Los derechos a contraer matrimonio y fundar una familia del art. 9 (pp. 261-276) se examinan haciendo hincapié en el margen de apreciación de los legisladores nacionales, siendo de especial interés lo indicado acerca del matrimonio igualitario. Es también notorio el estudio de la libertad de pensamiento, conciencia y religión del art. 10 (pp. 277-296), que pasa por el análisis de las diferentes dimensiones del derecho, de los límites al mismo y de la doctrina sobre la objeción de conciencia; y es de justicia ensalzar lo clarificador del estudio del art. 11 (pp. 297-316), relativo a la libertad de expresión e información, cuya vasta casuística se canaliza descomponiendo el objeto, titularidad y límites del derecho, así como la posición de las autoridades públicas en su salvaguardia y el trascendente papel que desempeñan los medios de comunicación. Es extrapolable la adulación al análisis del art. 12 (pp. 317-335), que prescribe la libertad de reunión y asociación. El mismo se enfoca desde el prisma de la participación, bien por medio de sindicatos o partidos, bien a través de militantes, razón por la que las indicaciones acerca de la naturaleza y límites del mismo resultan de enorme utilidad. Menos problemática –en razón del número asuntos resueltos por el TJUE– es la comprensión del art. 13 sobre la libertad de las artes y de las ciencias (pp. 337-347), que da lugar a examinar la ofensa a los sentimientos religiosos, la investigación científica ligada a la embriogénesis humana y

la libertad de cátedra. En otro orden de cosas, son de especial interés, en el seno del ámbito material del derecho a la educación del art. 14 y de sus limitaciones (pp. 349-364), las observaciones acerca de la formación profesional y permanente, la gratuidad de la educación, la libertad de creación de centros docentes y el derecho de los padres a garantizar la educación de sus hijos conforme a sus convicciones, que se exponen por medio de una constante y loable conexión normativa con otras fuentes. La complejidad del art. 15 (pp. 365-409) se justifica con la simple alusión a su contenido: la libertad profesional y el derecho a trabajar. Su sugerente análisis pasa por descomponer los ámbitos material y personal para posteriormente profundizar en su régimen de limitación, injerencia y justificación, con especial énfasis en el carácter transfronterizo del precepto. De igual dificultad es el estudio del art. 16 (pp. 411-458), regulador de la libertad de empresa, que con un procedimiento análogo al anterior y mediante multitud de enunciaciones jurisprudenciales permite comprender la naturaleza y límites de uno de los pilares de la Unión. De las observaciones al art. 17 (pp. 459-510), que consagra el derecho a la propiedad, deben reseñarse las exigencias anejas a su limitación, así como el rol residual de la cláusula de contenido esencial del derecho. Merece especial alabanza la destacada extensión y precisión del capítulo dedicado a analizar el art. 18 (pp. 511-611), relativo al derecho de asilo, donde tras una pedagógica explicación del estatuto del refugiado y del Sistema de Dublín se alude a las cuestiones trascendentales derivadas del precepto, entre las que sobresalen las condiciones de acogida, el visado humanitario y los derechos y garantías que amparan al solicitante de asilo. Concluye el título con el estudio de la protección en caso de devolución, expulsión o extradición consagrada en el art. 19 (pp. 613-529), cuyo análisis incluye una copiosa jurisprudencia relativa a las expulsiones colectivas y al principio de no devolución.

El análisis del tercer título de la CDFUE, dedicado a la igualdad, comienza con el estudio del art. 20 (pp. 631-644), relativo a la igualdad ante la ley, donde tras examinar su cláusula general se enfatiza, por un lado, en la razonabilidad del trato diferenciado y la acción positiva; y por otro, en la desigualdad por indiferenciación. El art. 21 (pp. 645-667), que prohíbe la discriminación, parte de lo expresamente vedado para posteriormente analizar las estrategias de la tutela antidiscriminatoria y la discriminación por razón de nacionalidad. El estudio del art. 22 (pp. 669-697), sobre la diversidad cultural, religiosa y lingüística, destaca por la vasta jurisprudencia que ha dictado el TJUE acerca de la especial protección de las tres diferenciaciones, con especial énfasis en el ámbito idiomático. En relación con el art. 23 (pp. 699-720), referido a la igualdad entre mujeres y hombres, debe reseñarse, primero, la brillante síntesis de la evolución histórico-jurídica del derecho en la Unión; y después, la compilación de la doctrina del TJUE

al respecto, siendo de especial interés lo expuesto acerca de la discriminación indirecta (u oculta), la carga de la prueba y la acción positiva. De enorme interés es también lo relativo al art. 24 (pp. 721-763), sobre los derechos del niño, cuyo análisis destaca por el didáctico estudio del principio del interés superior del menor y su conjugación en el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre, y el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, así como el derecho de los menores al contacto directo con sus progenitores. Similar es el estudio del art. 25 (pp. 765-788), dedicado a los derechos de las personas mayores, donde al examen sobre los sistemas de seguridad social de los Estados miembros se añade una complejísima referencia al trascendental papel del Reglamento 883/2004, de 29 de abril. Finalmente, el art. 26 (pp. 789-811), acerca de la integración de las personas discapacitadas, se aborda desde el análisis jurisprudencial de la Directiva 2000/78/CE y los asuntos relativos a esta, así como ensalzando la relevancia que ha cobrado en la doctrina del TJUE la adaptación de medios de transporte y la competencia de la UE para celebrar tratados con terceros Estados sobre los derechos de las personas con discapacidad visual.

El cuarto título de la CDFUE, relativo a la solidaridad, tiene como primer artículo el número 27 (pp. 813-836), que versa sobre el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa. Más allá del notable estudio de su ámbito subjetivo y material de garantía, sobresale lo expuesto sobre la finalidad constitucional del derecho y la eficacia horizontal *inter privatos* del mismo. El art. 28 (pp. 837-908), sobre el derecho de negociación y de acción colectiva, se analiza poniendo el acento en su ámbito de protección y en la casuística relativa a la injerencia legítima de sus contenidos. Similar es el enfoque del art. 29 (pp. 909-922), sobre el derecho de acceso a los servicios de colocación, dado que tras trazar su naturaleza, finalidad y delimitación se enfatiza en la garantía y las eventuales vulneraciones y limitaciones de su contenido; todo ello en el marco del rol que desempeña en la inclusión social. En paralelo, el estudio del art. 30 (pp. 923-952), relativo a la protección en caso de despido injustificado, se centra en su delimitación, sus ámbitos personal y material y las posibles injerencias, para, con todo ello, criticar fundadamente su limitado impacto normativo. El art. 31 se dedica a las condiciones de trabajo justas y equitativas (pp. 953-990), y se traduce no solo en el ámbito personal de protección del precepto, sino también en su ámbito material, que desde la perspectiva del autor debe evaluarse a la luz de las consecuencias aparejadas por la crisis económica iniciada en 2007. El análisis jurisprudencial del art. 32 (pp. 991-1.006), que prohíbe el trabajo infantil y garantiza la protección de los jóvenes en el trabajo, se centra en los ámbitos de garantía del precepto –y, por extensión, en los supuestos de lesión e injerencia–, así como en el enfoque «rígidamente abolicionista» que adopta el artículo y las dero-

gaciones singulares que implica. De gran interés es lo dicho sobre la vida familiar y profesional salvaguardada por el art. 33 (pp. 1.007-1.044), especialmente en cuanto a la protección de la maternidad y los permisos parentales con motivo del nacimiento o adopción de un niño. El art. 34 (pp. 1.045-1.087), relativo a la seguridad social y la ayuda social, destaca por el estudio de la jurisprudencia sobre el derecho a las prestaciones, amén de por el derecho a las ayudas de vivienda del párrafo 3º del artículo. De menor extensión pero similar interés es el análisis del art. 35 sobre la protección de la salud (pp. 1.089-1.115), especialmente en cuanto se refiere a los derechos a acceder a la prevención sanitaria y la cláusula del «nivel elevado de protección de la salud humana». La jurisprudencia del art. 36 (pp. 1.117-1.146), relativo al acceso a los servicios de interés económico general, se categoriza prestando gran atención a las nociones, ámbitos y cláusulas del derecho, que se pone en constante relación con las iniciativas y las normas de derecho derivado de la UE al respecto. El art. 37 (pp. 1.147-1.173), que estipula la protección del medio ambiente, se analiza de forma crítica por la ausencia de un derecho fundamental al medio ambiente directamente reconocido por la Carta, y por una cierta «revisión a la baja» de algunas regulaciones medioambientales de la Unión. En última instancia, el art. 38 (pp. 1.175-1.199), sobre la protección de los consumidores, se estudia detalladamente de acuerdo con la reciente jurisprudencia del TJUE, que parte de una imagen realista del consumidor –a veces descuidado y acrítico–, si bien los redactores de la Carta renunciaron a establecer, como en el precepto anterior, la cláusula del elevado nivel de protección.

El título quinto, concerniente a la ciudadanía, tiene por primer artículo el 39 (pp. 1.201-1.215), regulador del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, de cuyo análisis puede destacarse la didáctica alusión al caso de Gibraltar ante el TEDH (*Matthews c. Reino Unido*) y lo expuesto sobre el derecho de sufragio de los no residentes y los condenados penalmente. El estudio del art. 40 (pp. 1.217-1.223) analiza con brevedad la jurisprudencia del TJUE sobre el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, prestando atención a la falta de transposición en plazo de la Directiva 94/80/CE. Por su parte, la referencia a la jurisprudencia sobre el art. 41 (pp. 1.225-1.249), que garantiza el derecho a una buena administración, se centra tanto en el derecho de defensa en la administración y la posibilidad de dirigirse a las instituciones de la Unión en cualquier lengua oficial como en la obligación de la administración de motivar sus decisiones y reparar los daños causados por instituciones o agentes de la UE. El art. 42 (pp. 1.251-1.286), regulador del derecho de acceso a los documentos, se analiza desde la perspectiva de las excepciones y límites al mismo y el procedimiento a seguir pa-

ra acceder a documentos públicos, considerando el papel de las instituciones en su respuesta. El art. 43 (pp. 1.287-1.304), sobre el Defensor del Pueblo europeo, garantiza lo dispuesto por los arts. 20 y 228 TFUE, y se aborda atendiendo a los asuntos resueltos por el TJUE en recursos contra la actuación del *Ombudsman* y en los recursos de casación interpuestos por este, además de prestando atención a la responsabilidad de la Unión por su actuación. El art. 44 (pp. 1.305-1.318), que dispone el derecho de petición, se estudia brevemente haciendo énfasis en su titularidad y ejercicio, en el deber de motivar el archivo de peticiones y en la responsabilidad de la Unión por el tratamiento de la información. De mayor extensión es el estudio del art. 45 (pp. 1.319-1.396), relativo a la siempre conflictiva libertad de circulación y residencia. En primer lugar, aborda los desplazamientos de ciudadanos del Espacio Económico Europeo y Suiza, considerando el principio de no discriminación, los requisitos para aplicar el régimen comunitario a los familiares del titular del derecho y la eventual aplicación analógica de la Directiva 2004/38/CE; y en segunda instancia, alude al régimen de los nacionales de terceros países que residen de forma prolongada en territorio de la Unión. El estudio del título concluye con una brevíssima alusión al art. 46 (pp. 1.397-1.401), sobre protección diplomática y consular, sobre el que el TJUE apenas se ha pronunciado de forma directa.

El estudio del sexto título, relativo a la justicia, comienza con el análisis del art. 47 (pp. 1.403-1.458), que dispone el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. En el extenso análisis jurisprudencial del mismo se presta atención a las garantías y obstáculos de la tutela judicial efectiva, a las garantías del proceso (equitativo, público, en un plazo razonable y con un juez independiente e imparcial predeterminado por ley) y al derecho a la asistencia jurídica gratuita. El análisis del art. 48 (pp. 1.459-1.506) se centra en la jurisprudencia sobre el derecho a la presunción de inocencia en tanto regla de tratamiento y en cuanto regla de juicio, así como sobre las diversas manifestaciones del derecho de defensa (información, asistencia letrada, ser oído, guardar silencio y no declararse culpable, estar presente en juicio, traducción e interpretación, etc.). En una línea similar se aborda el art. 49 (pp. 1.507-1.528), que prevé los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, del que se estudian los requisitos jurisprudencialmente establecidos y sus diferentes formulaciones, concluyendo con un sucinto análisis sobre la prescripción. El último de los preceptos del título, el art. 50 (pp. 1.529-1.559), consagra el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción (*non bis in idem*), y se examina siguiendo la diferenciación que la jurisprudencia del TJUE ha efectuado entre sus requisitos (identidad subjetiva, objetiva y presupuesto previo) y su eficacia y limitaciones.

El séptimo y último título de la CDFUE incluye las disposiciones generales que rigen la interpretación y aplicación de la Carta. El análisis jurisprudencial de su ámbito de aplicación, regulado en el art. 51 (pp. 1.561-1.619), aparece pedagógicamente dividido en cuatro bloques: el lugar de los derechos fundamentales en la estructura de la UE, las relaciones de la Carta con el DUE, los puntos de conexión entre la Carta y el Derecho de los Estados miembros y el desarrollo de los derechos fundamentales por parte de la Unión. Al art. 52 (pp. 1.621-1.681), relativo al alcance e interpretación de los derechos y principios de la CDFUE, se le dedica un extensísimo análisis de la jurisprudencia dictada en razón de cada uno de sus apartados, en todo momento ilustrados por extractos literales tanto de Sentencias del TJUE como de Conclusiones de los Abogados Generales. Por su parte, el art. 53 (pp. 1.683-1.707), relativo al nivel de protección de los derechos – que hace expresa mención al CEDH –, se aborda partiendo de la doctrina del célebre caso *Melloni*, que sirve para mostrar los dos modos de preguntar al TJUE, ilustrados en el caso *Taricco* y en la Decisión del TCFA de 15 de diciembre de 2015. Por último, el estudio del título y de la Carta concluye con una alusión breve, pero de gran carga jurisprudencial, al art. 54 (pp. 1.709-1.717), que prohíbe el abuso de derecho.

IV. La transcendencia y aplicabilidad de la CDFUE es en la actualidad mayor que nunca. La vastedad del *corpus* jurisprudencial que se desprende de ella se traduce en cerca de 400 asuntos en los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado interpretando la Carta desde su entrada en vigor. A la complejidad inherente a esta tarea de limitación y delimitación de los derechos fundamentales se añaden las circunstancias propias del entorno multinivel de la Unión. Todo ello genera un contexto jurídico supraestatal que aboca a teóricos y prácticos del Derecho a lidiar con un arduo sistema de protección de los derechos y libertades que la obra aquí recensionada pretende sistematizar, glosar y concordar con la normativa aplicable.

Es por todos sabido que el fin de una recensión no es realizar un comentario enteramente laudatorio o elogioso, pero resulta difícil hacer cosa distinta ante esta obra colectiva. La forma en que se aproxima al lector a la jurisprudencia sentada sobre la CDFUE en sus primeros diez años de vigencia es tan sistemática y completa como instructiva y accesible, y el modo en que se descomponen los elementos más complejos de la doctrina del TJUE resulta, con escasísimas excepciones, clarificador y notoriamente práctico.

Esta inteligente estructura de *La Carta* permite una doble posibilidad en su lectura. Por un lado, es un perfecto vademécum que contiene las nociones ne-

cesarias para que los prácticos del Derecho sean capaces de comprender y utilizar las categorías y formulaciones fijadas sobre la CDFUE; por otro, es una obra colectiva que por su homogeneidad, coherencia, cohesión y adecuación permite una lectura continuada para ilustrar a estudiantes y académicos desde la teoría extraída de la casuística.

Lo expuesto conduce a una reflexión lógica sobre el futuro de esta obra: si bien desde su publicación se ha consolidado como la principal referencia en el estudio de la CDFUE en lengua hispana, parece imprescindible que el arduo y coordinado esfuerzo de director y autores no concluya aquí, sino que se extienda en el tiempo con próximas ediciones. Parece difícil discrepar en que la inmediatez de la realidad jurídica europea y las crecientes y acuciantes necesidades en la protección de los derechos fundamentales en la UE darán lugar a *overrulings* del TJUE y a nuevos e inéditos pronunciamientos sobre cuestiones hasta ahora pacíficas o inexistentes, tanto por los problemas planteables por las nuevas tecnologías cuanto por los conflictos entre catálogos de protección de derechos y libertades y las cada vez más complejas formas de relación social, entre muchos otros aspectos.

La protección de los derechos fundamentales en la Unión es, a la vez, un éxito del proceso de integración llevado a cabo hasta la fecha y una premisa irrenunciable para la pervivencia y el futuro avance del proyecto europeo. Asegurar la garantía de los derechos pasa por comprender su naturaleza, contenido, eficacia y límites, y esta compleja tarea solo es posible desde el análisis crítico y fundamentado de su articulación e interpretación. El papel de *La Carta* en esta tarea es tan útil como necesario; y su lectura, tan esclarecedora como provechosa. Sirvan estas líneas para clamar por una nueva edición.

RESUMEN

Esta recensión tiene por objeto la obra colectiva *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, dirigida por Antonio López Castillo (ed. Tirant Lo Blanch, 2019, 1.720 pp.), que ofrece un exhaustivo análisis de la Carta a la luz de la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europa desde su entrada en vigor. Se presenta como una obra sistemática y de gran homogeneidad que desarrolla de forma profusa y pedagógica cada uno de los 54 artículos de la Carta, enfatizando en su concordancia normativa y en el vasto *corpus* jurisprudencial dictado al interpretarlos. Todo ello se encuentra precedido de un muy ilustrativo estudio introductorio del director. Por su profundidad y utilidad, este completo volumen se ha erigido rápidamente como un material de trabajo imprescindible tanto para teóricos como para prácticos del Derecho.

PALABRAS CLAVE

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; CDFUE; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TJUE; jurisprudencia; Unión Europea.

ABSTRACT

This text is a review of the collective work *The Charter of Fundamental Rights of the European Union. Ten years of case law*, directed by Antonio López Castillo (published by Tirant Lo Blanch, 2019, 1720 pp.). It offers an exhaustive analysis of the Charter in light of the case law of the Court of Justice of the European Union since its entry into force. The book is presented as a systematic and very homogeneous work that develops in a profuse and pedagogical way each of the 54 articles of the Charter, emphasizing the normative concordance and the extensive body of jurisprudence. All of this is preceded by a very illustrative introductory study written by the director. Due to its depth and usefulness, this comprehensive volume has quickly established itself as an essential working material for both legal theorists and practitioners.

KEYWORDS

Charter of Fundamental Rights of the European Union; CFR; Court of Justice of the European Union; CJEU; case law; European Union.

**RECENSIÓN AL LIBRO: "PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL
DE LA INTEGRIDAD PERSONAL DEL DETENIDO Y RECLUSO.
MEDIOS DE TUTELA JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL."**

**"THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF THE PERSONAL
INTEGRITY OF DETAINEE AND PRISONER: MEANS FOR THE
NATIONAL AND INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION"**

**Autor: Alberto Oehling de los Reyes
Prólogo: Carlos Vidal Prado**

**Rosa Ma Fernández Riveira
Pf^a Titular Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid
ferrosa@ucm.es**

Recibido: 15-02-2021

Aceptado: 25-04-2021

El Estado de Derecho en los régímenes democráticos, reconoce y garantiza derechos fundamentales. Derechos fundamentales que, pueden sufrir limitaciones, pero que deben ser reconocidos, garantizados y protegidos hasta sus últimas consecuencias, al amparo de la ley. Y tal protección se produce, como no podía ser de otra manera, en una sociedad global que combina escenarios nacionales e internacionales, con trámites en instituciones nacionales e internacionales y normas de desarrollo heterogéneas y muy diversas. Toda esta enorme complejidad constituye el contexto y contenido de la interesante monografía: *“La integridad personal del detenido y/o recluso. Medios de tutela jurídica nacional e internacional”* que ha elaborado el profesor Alberto Oehling de los Reyes.

El tema elegido por el profesor Oehling es, desde luego, necesario y del máximo interés en nuestra sociedad globalizada. La dignidad del ser humano debe protegerse y garantizarse incluso, en escenarios de restricción o limitación de derechos fundamentales tan relevantes como la libertad personal en todas sus dimensiones. El detenido, el recluso, el privado de libertad en una institución penitenciaria, conserva intacta su condición humana, su dignidad y sus derechos fundamentales. La pandemia de 2020, ha sido el mejor de los ejemplos, imprevistos, para darnos cuenta de la importancia de regular de manera clara y segura cualquier limitación a los derechos fundamentales.

Y esta obra realiza un estudio sobre un tema complejo con el acierto de una metodología que combina un análisis desde el derecho penal, procesal, penitenciario y, por supuesto, constitucional. Sólo con esta acertada mezcla de recursos, es posible lograr una reflexión analítica sólida, amplia y crítica que ponga sobre la mesa científica un tema denso y multidisciplinar.

La obra, de trescientas cincuenta y tres páginas, se estructura en cinco capítulos. La primera parte (pp. 25-67) expone una mirada retrospectiva a lo largo de la historia sobre la detención y protección de los “delincuentes”, poniendo de relieve que el avance de la cultura (pp. 34-36) y de la formación del individuo supusieron, sin duda, un incentivo en la necesidad de proteger y garantizar la “dignidad humana”, también de aquellos privados de libertad. La pena, la prisión, la cárcel...serán conceptos que irán evolucionando a lo largo de la historia y que las distintas concepciones sociales y culturas se encargan de adaptar a las necesidades y realidades de cada momento histórico. El constitucionalismo histórico del siglo XIX (pp. 46-56) también constituye una etapa en la que cada Constitución refleja regulaciones jurídicas distintas para el preso, el detenido o el condenado. El siglo XX, aporta una importante novedad a este desarrollo con la aparición del primer código penitenciario en 1913 que el profesor Oehling estudia y comenta

con gran lucidez. La República, la guerra civil, el periodo franquista y el régimen democrático, imprimen también toda una serie de herramientas y nuevas normativas en la concepción del condenado, no obstante el autor es consciente (y así lo refleja de manera clara) de la importancia de analizar “derechos fundamentales” desde la óptica del Derecho constitucional internacional y así, citando a Mirkin-Guetzévitch, la metodología de toda la obra es coherente con esta idea teniendo en cuenta el derecho internacional y las instituciones internacionales, seriamente implicadas en la protección de la dignidad del detenido y/o recluso.

El capítulo segundo (pp. 77-146) se dedica al estudio de la “detención” como privación o limitación del art. 17.1 de la CE. Se expone y analiza la dimensión formal (derecho procesal: identificación, citación, derechos pre-procesales del 17.3 CE, procedimiento de detención, etc.) y la dimensión material (causas y tipos de detención, derechos del detenido y su garantía) del acto de restricción o limitación de su libertad “física o fáctica” (pp.78) afectando a la libertad de movimiento y ambulatoria.

El capítulo tercero de esta monografía (pp. 147-217) entra de lleno en los mecanismos de protección al detenido o recluso en el ordenamiento jurídico nacional. El autor asume que el Derecho penitenciario constituye un universo normativo de compleja e híbrida naturaleza (derecho administrativo y derecho penal) y desde esta premisa su tratamiento resulta impecable. La integridad personal del recluso concierne a muchos derechos fundamentales (derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, derecho a la salud, prohibición de extradición, derecho a la libertad, a la intimidad, todos recogidos y garantizados en la Constitución española (pp. 162-174). Se estudia por ello con detenimiento: la figura del juez de vigilancia penitenciaria, el régimen de recursos que los condenados tienen a su alcance, así como las peculiaridades de aquellos colectivos especiales que, como los menores, deben también ser tratados normativamente de modo especial (pp.193-203). Termina este capítulo, como no podía ser de otro modo, con la pieza jurídica por excelencia en nuestro ordenamiento jurídico si hablamos de protección jurisdiccional de derechos fundamentales: el Recurso de Amparo. Una herramienta que también está al servicio de la integridad y garantía de los derechos fundamentales de los reclusos.

Este completo libro no descuida la riqueza y heterogeneidad territorial, en términos normativos, por ello el capítulo cuarto se ocupa de estos asuntos (pp.219-261). En el ámbito regional, han sido muy relevantes los avances de los organismos internacionales (Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, las reglas penitenciarias europeas de 2006,

o la protección ante el TEDH, y ante el TJUE) que a golpe de jurisprudencia y de una nutrida casuística, que analiza brillantemente el autor, han sido y siguen siendo parámetro incontestable para los ordenamientos jurídicos nacionales. No descuida, en este capítulo el autor, los problemas que también se han ido sucediendo ante la potencial duplicidad de lecturas normativas e instancias de protección de los derechos fundamentales; “...esta situación permite especular sobre una supeditación del TJUE al TEDH en materia de derechos del CEDH...” (pp. 254). Citando y manejando doctrina y autorizada bibliografía a este respecto.

Para concluir, abre el profesor Oehling un nuevo capítulo que se encarga de las garantías de los derechos fundamentales de los reclusos para un organismo como Naciones Unidas (pp.263-313), que amplia respecto del ámbito geográfico anterior europeo, la visión, mecanismos de protección y experiencias de otros muchos países al respecto. La realidad del trabajo de Naciones Unidas pone de relieve la importancia de la experiencia, la regulación, la prevención y, desde luego, la efectividad de mecanismos de atención eficiente. De ahí la vital importancia de la “vinculatoriedad y validez” de las decisiones de foros de garantía que albergan y desarrollan en el seno de Naciones Unidas, decisiones y opiniones orientadas a la máxima protección de los derechos humanos, condenando torturas, detenciones arbitrarias, tratos inhumanos y vejatorios, etc. (pp.310-315).

Las últimas páginas de esta estupenda monografía aportan una nutrida y completísima bibliografía que no hacen sino volver a confirmar el serio y amplio estudio que se presenta en este libro.

Este trabajo como decíamos al principio está prologado por el profesor Carlos Vidal Prado y merece la pena rescatar y subrayar de sus excelentes reflexiones iniciales (pp.17-20), la importancia de llamar la atención al Derecho constitucional sobre un ámbito del Derecho público que no ha trabajado en exceso (como por otra parte resulta muy necesario) como es el derecho penitenciario. La importancia de los sujetos inmersos en este ámbito del derecho, la trascendencia de sus derechos fundamentales afectados requiere y reclama de una mirada más amplia y detenida por parte del Derecho constitucional.

Esta deuda, desde luego, comienza a ser saldada con un trabajo tan documentado y de calidad como el que comentamos, realizado por un profesor de Derecho constitucional.

RESUMEN

Este libro hace un análisis de los medios de garantía del derecho a la integridad personal del detenido y el recluso en el nivel nacional, en el nivel europeo y en el nivel internacional. No se trata, por tanto, de un análisis de todos los derechos que se reconocen al recluso, sino solamente de derechos básicos del recluso especialmente relacionados con la noción de dignidad de la persona.

ABSTRACT

This book analyses the means of guarantee of the right to the personal integrity of the detainee and the prisoner at national, european and international level. It is not, therefore, an analysis of all the rights that are recognised for the prisoner, but only of the basic rights of the prisoner, especially in relation to the notion of the person's dignity.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la integridad, derechos fundamentales, libertad personal, dignidad humana.

KEYWORDS

Right to personal integrity, fundamental rights, personal freedom, human dignity.

IV. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

SUMARIO

- **María Martín Sánchez**, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2020)*.
- **M^a del Pilar Molero Martín-Salas**, *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2020)*.
- **Joaquina Guerrero Sanz**, *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2020)*.
- **M^a. Elena Rebato Peño**, *Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2020)*.
- **Tomás Vidal Marín**, *Libertad de información versus derecho a la propia imagen: comentario a la STC 27/2020, de 24 de febrero*.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONALIDAD
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS
(DE 1 DE ENERO DE 2020 A 31 DE DICIEMBRE DE 2020)

JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT
ON AUTONOMOUS COMMUNITIES
(JANUARY 1, 2020 TO DECEMBER 31, 2020)

María Martín Sánchez
*Profesora Titular de Universidad
Área de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha*

Recibido: 28-02-2021

Aceptado: 01-04-2021

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *Referencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y proceso en el que se dictan.*
3. *Breve reflexión.*

1. Introducción.

Se presenta una recopilación de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el año 2020, en relación a las leyes aprobadas por Comunidades Autónomas y disposiciones del Estado que inciden en materia autonómica. Como viene siendo habitual, se seleccionan los pronunciamientos dictados en procesos de control de la constitucionalidad, conflictos de competencia, conflictos en defensa de la autonomía local, procesos de impugnación de disposiciones autonómicas, recursos sobre normas fiscales forales e incluso cuestiones prejudiciales de validez sobre normas forales fiscales. Ahora bien, en esta ocasión, solo se presentan recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad y apenas dos conflictos positivos de competencias.

Se pone de manifiesto una pobre actividad del Tribunal Constitucional en su función de control de la constitucionalidad y en este tipo de conflictos.

En este panorama, no encontramos ningún proceso en el que haya estado implicada nuestra Región. Nos limitaremos, por lo tanto, a enumerar las sentencias dictadas en los procedimientos anteriormente señalados.

2. Referencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y proceso en el que se dictan.

- Sentencia de 22 de octubre (BOE núm. 305 de 20 de noviembre de 2020). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 134/2020, de 23 de septiembre (BOE núm. 289 de 02 de noviembre de 2020). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 131/2020, de 22 de septiembre (BOE núm. 289 de 02 de noviembre de 2020). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 100/2020, de 22 de julio (BOE núm. 220 de 15 de agosto de 2020). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 84/2020, de 15 de julio (BOE núm. 220 de 15 de agosto de 2020). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 83/2020, de 15 de julio (BOE núm. 220 de 15 de agosto de 2020). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 82/2020, de 15 de julio (BOE núm. 220 de 15 de agosto de 2020). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 81/2020, de 15 de julio (BOE núm. 220 de 15 de agosto de 2020). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 65/2020, de 18 de junio (BOE núm. 196 de 18 de julio de 2020). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 25/2020, de 13 de febrero (BOE núm. 59 de 09 de marzo de 2020). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 16/2020, de 28 de enero (BOE núm. 52 de 29 de febrero de 2020). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 13/2020, de 28 de enero (BOE núm. 52 de 29 de febrero de 2020). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 171/2020, de 16 de noviembre (BOE núm. 332 de 22 de diciembre de 2020). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 150/2020, de 22 de octubre (BOE núm. 305 de 20 de noviembre de 2020). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 149/2020, de 22 de octubre (BOE núm. 305 de 20 de noviembre de 2020). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 96/2020, de 21 de julio (BOE núm. 220 de 15 de agosto de 2020). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia (Sala Primera) 20/2020, de 10 de febrero (BOE núm. 59 de 09 de marzo de 2020). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 152/2020, de 22 de octubre (BOE núm. 305 de 20 de noviembre de 2020). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 135/2020, de 23 de septiembre (BOE núm. 289 de 02 de noviembre de 2020). Conflicto positivo de competencias.

3. Breve reflexión.

La revisión de la actividad del Tribunal Constitucional durante el ejercicio de 2020 evidencia una clara influencia de la situación de “anormalidad” vivida a causa de la emergencia sanitaria provocada por la Covid 19. Ésta ha tenido una importantísima repercusión en todas las esferas, incluidas la política, la legislativa y también en el trabajo desempeñado por nuestro Alto Tribunal.

De hecho, su escasa producción no se circunscribe a los procesos relacionados con Comunidades Autónomas, sino en términos generales.

Tendremos que esperar que transcurra el próximo ejercicio 2021, para comprobar si los nefastos efectos de la pandemia comienzan a mitigarse, en aras de retomar la “normal” actividad en todos los ámbitos, incluido el Tribunal Constitucional.

RESUMEN

Se presenta un repaso de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional referidas a Comunidades Autónomas, en procesos de inconstitucionalidad, conflictos de competencias y conflictos en defensa de la autonomía local, durante el año 2020.

SUMMARY

In this paper a review of the judgments of the Constitutional Court concerning autonomous regions in processes of constitutional, jurisdictional conflicts and conflicts in defense of local autonomy, during 2020.

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 2020 A 31 DE DICIEMBRE DE 2020)

LEGISLATIVE ACTIVITY THAT REGIONAL PARLAMENT OF CASTILLA-LA MANCHA
(FROM JANUARY 1 TO DECEMBER 31 OF 2020)

M^a del Pilar Molero Martín-Salas
Profesora Contratada Doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 28-02-2021

Aceptado: 01-04-2021

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 2020.

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 2020.

Durante dicho periodo se han aprobado en Castilla-La Mancha un total de 11 leyes. Concretamente las leyes aprobadas han sido las siguientes:

-Ley 1/2020, de 3 de febrero, del tercer sector social de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 26 (07-02-2020)
BOE núm. 106 (16-04-2020)

-Ley 2/2020, de 7 de febrero, de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 30 (13-02-2020)
BOE núm. 106 (16-04-2020)

-Ley 3/2020, de 19 de junio, por la que se modifica la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 132 (03-07-2020)
BOE núm. 280 (23-10-2020)

-Ley 4/2020, de 10 de julio, de Fomento y Coordinación del Sistema de Investigación, Desarrollo e Innovación de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 143 (20-07-2020)
BOE núm. 280 (23-10-2020)

-Ley 5/2020, de 24 de julio, de medidas urgentes para la declaración de proyectos prioritarios en Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 152 (31-07-2020)
BOE núm. 280 (23-10-2020)

-Ley 6/2020, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 10/1999, de 26 de mayo, de creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 155 (05-08-2020)
BOE núm. 296 (10-11-2020)

-Ley 7/2020, de 31 de agosto, de Bienestar, Protección y Defensa de los animales de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 180 (07-09-2020)
BOE núm. 296 (10-11-2020)

-Ley 8/2020, de 16 de octubre, por la que se crea la reserva estratégica de productos sanitarios en Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 215 (26-10-2020)
BOE núm. 47 (24-02-2021)

-Ley 9/2020, de 6 de noviembre, de Patrimonio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 234 (19-11-2020)
BOE núm. 47 (24-02-2021)

-Ley 10/2020, de 21 de diciembre, de concesión de un crédito extraordinario por importe de 485.272,48 euros, para sufragar los gastos electorales de las elecciones a las Cortes de Castilla-La Mancha celebradas el 26 de mayo de 2019.

DOCM núm. 257 (23-12-2020)
BOE núm. 58 (11-03-2021)

-Ley 11/2020, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2021.

DOCM núm. 261 (30-12-2020)
BOE núm. 58 (11-03-2021)

II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas

-Ley 1/2020, de 3 de febrero, del tercer sector social de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 26 (07-02-2020)
BOE núm. 106 (16-04-2020)

En el año 2010 se aprueba en Castilla-La Mancha la ley de Servicios Sociales, con la finalidad de fomentar la participación de la sociedad civil en el funcionamiento del sistema público de servicios sociales. Existe en la región un claro compromiso con la protección de los valores de igualdad, de justicia social, de solidaridad y de participación social y por ello se considera especialmente importante el papel que desempeñan las entidades del tercer sector social.

Dichas entidades no tienen ánimo de lucro, y su objetivo esencial es trabajar por la inclusión de colectivos vulnerables, la defensa de intereses colectivos y la denuncia de aquellos hechos que entiendan suponen una vulneración de derechos fundamentales. En nuestra región están plenamente consolidadas, estableciendo redes de colaboración entre sí, se agrupan con otras entidades o crean otras estructuras que fomentan redes en la sociedad.

La Administración autonómica y la sociedad castellano-manchega tienen que avanzar en nuevas formas de relacionarse, que fomenten una mejor participación social en el ámbito público. Con esta ley se pretende fortalecer el tercer sector social, para mejorar la participación de la iniciativa social en los asuntos públicos. Para ello, se establece como principal objetivo el definir el tercer sector social, identificando el conjunto de entidades que lo integran, y determinar las medidas que fomenten y fortalezcan dichas entidades. También se pretende fomentar la cooperación y colaboración de las entidades entre sí y con el sector público, promoviendo su participación y aportación cualificada en el ámbito de la intervención social en general y, en particular, en las políticas y sistemas de responsabilidad pública relacionadas con dicho ámbito.

La presente ley consta de trece artículos, se estructura en cuatro capítulos, y contiene además cinco disposiciones adicionales y tres disposiciones finales. En el capítulo I se determina el objeto de la ley, se definen las entidades que forman parte del tercer sector social de la región, se establece el ámbito de aplicación de la ley y los ámbitos de intervención social, así como el inventario de entidades del tercer sector social. Los principios rectores, de actuación y las obligaciones de estas entidades se desarrollan en el capítulo II; el capítulo III está dedicado al diálogo civil y a la participación de las entidades y el capítulo IV regula la promoción y la colaboración con el tercer sector social.

-Ley 2/2020, de 7 de febrero, de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 30 (13-02-2020)

BOE núm. 106 (16-04-2020)

Es evidente la importancia que para la protección del medio ambiente tiene una correcta evaluación ambiental. Esta ha sido llevada a cabo a través de diversas regulaciones, tanto nacionales, como procedentes de Europa.

Con la presente ley se pretende actualizar la regulación regional en la materia, así como solventar ciertas carencias, fijándose como principal objetivo establecer los planes, programas y proyectos que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, garantizando en todo el territorio regional un elevado nivel de protección ambiental, con el fin de promover un desarrollo sostenible.

Dicha normativa pretende servir como texto único, de tal forma que sea más fácil y útil para los usuarios, y aporte una mayor claridad al respecto. Para ello pretende conseguir ciertos fines tales como:

- La integración de los aspectos medioambientales en la elaboración y en la adopción, aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos;
- El análisis y la selección de las alternativas que resulten ambientalmente viables;
- El establecimiento de las medidas que permitan prevenir, corregir y, en su caso, compensar los efectos adversos sobre el medio ambiente;
- El establecimiento de las medidas de vigilancia, seguimiento y sanción necesarias para cumplir con las finalidades de esta ley.
- Establece principios que informarán el procedimiento de evaluación ambiental de los planes, programas y proyectos que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente.

Se trata de una ley extensa. Cuenta con 71 artículos estructurados en tres títulos, dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. Cuenta además con seis anexos.

-Ley 3/2020, de 19 de junio, por la que se modifica la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 132 (03-07-2020)

BOE núm. 280 (23-10-2020)

Hasta el momento se establecía que, el Consejo Consultivo debía ser consultado en las reclamaciones de patrimonial que tramite la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, así como las que tramiten las Corpo-

raciones Locales, cuya cuantía sea “superior a seiscientos un euros”. Esta regulación ha provocado que el trabajo que ha asumido el mencionado órgano se haya visto incrementado año tras año.

Es por ello que se elabora la presente ley, que incorpora una modificación al respecto, y eleva la cuantía mínima de los expedientes de responsabilidad patrimonial tramitados por la Administración Regional y las Entidades Locales que deban ser dictaminados por este órgano consultivo a 15.001 euros.

-Ley 4/2020, de 10 de julio, de Fomento y Coordinación del Sistema de Investigación, Desarrollo e Innovación de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 143 (20-07-2020)

BOE núm. 280 (23-10-2020)

Con la presente ley se pretende crear el entorno adecuado que permita impulsar la actividad investigadora hacia cotas de excelencia, y generar entornos favorables a la innovación. Con todo ello se pretende mejorar la competitividad de la economía y aumentar el nivel de vida de los ciudadanos. También se pretende, no sólo apostar por la creación de talento dentro de la propia región, fomentando planes de formación en I+D+i, sino que además se trata de atraer talento a la Comunidad Autónoma.

Con esta norma se pretende regular, de forma global y sistemática, la actuación de los poderes públicos de Castilla-La Mancha en materia de investigación científica y técnica, desarrollo tecnológico e innovación. Con el objeto de fomentar, coordinar y dar estabilidad presupuestaria al sistema castellano manchego de ciencia, tecnología e innovación, la actividad investigadora y la transferencia de conocimientos a la sociedad, la presente ley sigue tres grandes líneas de actuación:

- La implantación de un sistema de planificación, seguimiento y evaluación conjunto 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.
- 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, con base a objetivos previamente definidos.

- El establecimiento de una serie de medidas sistemáticas dirigidas a promocionar e incentivar la investigación científica y técnica, el desarrollo tecnológico y la innovación.

Partiendo de estas líneas descritas, la ley pretende un doble objetivo: establecer un marco estable de ordenación y financiación del sistema de investigación científica y técnica, desarrollo tecnológico e innovación, y fomentar las actividades de I+D+i y sus instrumentos de coordinación; la generación, difusión y transferencia de conocimiento.

En el ámbito investigador e innovador juega un papel fundamental la Universidad de Castilla-La Mancha, configurándose la actividad investigadora como un derecho y un deber del personal docente e investigador de la misma, reconociéndose entre los fines primordiales de ésta el fomento y la práctica de la investigación, así como la formación de investigadores.

Se trata de una ley extensa que cuenta con un título preliminar y 6 títulos más, comprensivos de 44 artículos, que se completan en su parte final con dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

-Ley 5/2020, de 24 de julio, de medidas urgentes para la declaración de proyectos prioritarios en Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 153 (31-07-2020)

BOE núm. 280 (23-10-2020)

La presente ley nace del compromiso suscrito por las diferentes fuerzas políticas de la región, y que se plasmó en el Acuerdo político para la recuperación de Castilla-La Mancha post Covid-19, aprobado el 3 de junio de 2020, y que incluía entre sus medidas la aprobación de una ley que estableciera la tramitación preferente y la agilización y simplificación administrativa de iniciativas empresariales que atraigan inversiones consideradas estratégicas a la Comunidad Autónoma. La presente ley no sólo crea los instrumentos necesarios para poder afrontar una nueva realidad económica regional, sino que extiende la simplificación administrativa a las actividades empresariales, eliminando o reduciendo los trámites burocráticos a la hora de iniciar un negocio.

La ley también prevé que ciertos proyectos se declaren como prioritarios, y para los mismos se establecen diversos beneficios en cuanto a medidas de incentivación económica y financiera y en materia de ordenación territorial y urbanística. Asimismo se establecen mecanismos para el adecuado seguimiento y coor-

dinación de los proyectos declarados como prioritarios.

Atendiendo a las especiales circunstancias derivadas de la COVID-19 la ley complementa su regulación articulando medidas extraordinarias temporales tales como: las que afectan a las Sociedades Cooperativas de Castilla- La Mancha y que comprenden en el ámbito financiero al uso especial del Fondo de Promoción y Formación de las Cooperativas de Castilla-La Mancha, se establecen medidas especiales para paliar las pérdidas económicas derivadas de la falta de explotación de máquinas o aparatos de juego en los locales y establecimientos en los que conforme a la normativa de juego, se prevé una bonificación temporal de un año del 100 % en la tasa de espectáculos taurinos, que permita paliar las pérdidas sufridas en el sector, etc.

En definitiva, el principal objetivo de la ley es establecer un marco de tramitación preferente y de agilización y simplificación administrativa, para el desarrollo de proyectos prioritarios, así como para fomentar e incentivar las iniciativas empresariales que atraigan inversiones en sectores económicos considerados estratégicos para Castilla-La Mancha.

-Ley 6/2020, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 10/1999, de 26 de mayo, de creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 155 (05-08-2020)

BOE núm. 296 (10-11-2020)

La STC 69/2017, de 25 de mayo, declara la inadecuación de la Ley 10/1999, de 26 de mayo, al marco normativo básico vigente en materia de colegios profesionales, por vulneración de las competencias estatales en materia de colegiación. El Alto Tribunal considera que el legislador estatal cuenta con la competencia para establecer los supuestos de colegiación obligatoria.

Tras dicha interpretación el artículo 6 de la citada norma queda redactado de la siguiente forma:

“Artículo 6.

1. Tendrán derecho a ser admitidos en el colegio profesional correspondiente quienes posean la titulación adecuada y reúnan las condiciones determinadas al efecto en las leyes, en los términos que establezcan los respectivos estatutos, y lo soliciten expresamente.

2. La participación de los colegiados en la organización y funcionamiento de los colegios profesionales se desarrollará, como mínimo, a través de las siguientes vías:

a) El derecho de sufragio activo y pasivo para la elección de los miembros de los órganos de gobierno, de acuerdo con sus estatutos.

b) El derecho de promover actuaciones de los órganos de gobierno por medio de iniciativas formuladas en los términos estatutarios.

-Ley 7/2020, de 31 de agosto, de Bienestar, Protección y Defensa de los animales de Castilla-La Mancha.

DOCUM núm. 180 (07-09-2020)

BOE núm. 296 (10-11-2020)

El objetivo principal de la ley es establecer las normas para la protección, bienestar y defensa de los animales en el territorio de Castilla-La Mancha, aclarándose que la misma no será de aplicación a los siguientes animales, que se regirán por su legislación específica:

- La fauna silvestre, especies exóticas invasoras y aves de cetrería.
- Los animales de producción.
- Los animales utilizados en espectáculos taurinos.
- Los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos.
- Los animales de los zoológicos.

Hasta la fecha, la protección de los animales domésticos en la región se había regulado por la Ley 7/1990, de 28 de diciembre, sin embargo, dicha materia ha sufrido una gran evolución en los últimos años. Actualmente, algunas especies que tradicionalmente no se han considerado domésticas ahora sí lo son, la sociedad se muestra más sensible en favor del cuidado de los animales y en contra del maltrato, han aumentado las actividades económicas relacionadas con los animales... Todo ello ha provocado que la regulación existente no sea suficiente y deba ser actualizada.

La presente ley mantiene una serie de obligaciones y prohibiciones generales para los poseedores y subsidiariamente para el titular de los animales, si bien también se incluyen ciertas novedades como la previsión de la figura de la euta-

nasía para animales, que será siempre prescrita y llevada a cabo por un veterinario de manera rápida e indolora.

Otra de las novedades es que la ley establece, en materia de identificación animal, un único Registro gestionado por el Consejo de Colegios Profesionales de Veterinarios de Castilla-La Mancha bajo las directrices de la Dirección General de la Consejería con competencias en materia de identificación y registro de animales, al que tendrán acceso las Administraciones con competencias en el ámbito de aplicación de esta ley.

Por otra parte, la ley contiene regulación sobre los núcleos zoológicos. Y normas sobre divulgación, información y educación en materia de protección animal. También se prevé la creación del Consejo Asesor de Bienestar y Protección de los Animales como órgano colegiado de participación, consulta, información y asesoramiento sobre aspectos de interés y relacionados con el bienestar y la protección de los animales.

-Ley 8/2020, de 16 de octubre, por la que se crea la reserva estratégica de productos sanitarios en Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 215 (26-10-2020)

BOE núm. 47 (24-02-2021)

El 3 de junio de 2020, las diferentes fuerzas políticas de la región, firman un Acuerdo político para la recuperación de Castilla-La Mancha post Covid-19. Dicho acuerdo preveía la aprobación de una ley cuyo objetivo fuera crear reservas estratégicas de material sanitario básico, fomentando que la producción fuera en el territorio nacional y regional y orientando a ciertos sectores a su producción

La presente ley dispone la creación de una Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Sanitarios para garantizar el suministro de material sanitario en situaciones de necesidad. Asimismo, dado que se ha detectado que ni el mercado nacional ni el europeo han podido proporcionar, con la rapidez y el alcance necesarios, las dotaciones suficientes de EPI's en las disposiciones adicionales de la presente ley se incluyen medidas específicas dirigidas a facilitar la adquisición de equipos de protección individual para hacer frente de manera inmediata al impacto del COVID-19, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2022.

Por tanto, la presente ley busca un tiple objetivo, por una parte establecer en la región una reserva estratégica de material y equipamiento tecnológico sanitario,

por otra parte establecer la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de productos sanitarios, y por último, crear la citada Corporación de Reservas.

-Ley 9/2020, de 6 de noviembre, de Patrimonio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 234 (19-11-2020)

BOE núm. 47 (24-02-2021)

La presente ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico del Patrimonio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, así como su administración, defensa y conservación, de conformidad con la legislación básica y las disposiciones de aplicación general del Estado. Se pretende dotar a la región de un marco normativo más completo, renovado y actualizado, y que sea el instrumento idóneo para una gestión eficaz del patrimonio regional.

La ley trata todos los aspectos esenciales tales como la protección, la defensa y la conservación del patrimonio. También incluye las normas relativas a la utilización y administración de los bienes y derechos por la Administración y los ciudadanos. Asimismo, se regulan los negocios jurídicos patrimoniales, es decir, todas aquellas cuestiones de derecho público relativas a la adquisición y enajenación de bienes y derechos por parte de la Junta de Comunidades, estableciendo las debidas garantías para la seguridad jurídica y la defensa de los derechos e intereses de la misma en el tráfico jurídico. También se recoge la necesidad de hacer frente a las especialidades de las empresas públicas de Castilla-La Mancha.

Se trata de una ley extensa, consta de 138 artículos, diez disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y cuatro finales, superando el contenido de la ley anterior e incorporando multitud de novedades, en los términos que se recoge en la exposición resumida de cada uno de los títulos que sigue a continuación.

-Ley 10/2020, de 21 de diciembre, de concesión de un crédito extraordinario por importe de 485.272,48 euros, para sufragar los gastos electorales de las elecciones a las Cortes de Castilla-La Mancha celebradas el 26 de mayo de 2019.

DOCM núm. 257 (23-12-2020)

BOE núm. 58 (11-03-2021)

Establecidos los gastos electorales para las elecciones a las Cortes de Castilla-La Mancha de 26 de mayo de 2019, el informe definitivo del Tribunal de

Cuentas, de fecha 30 de septiembre de 2020, sobre la fiscalización de las contabilidades electorales derivadas de las mencionadas elecciones, pone de manifiesto que el resultado de la fiscalización de la contabilidad electoral del Partido Popular señala que a este partido le corresponde una subvención total de 229.714,20 euros. Por su parte, del resultado de la fiscalización de la contabilidad electoral del Partido Socialista Obrero Español se desprende que a este partido le corresponde una subvención total de 790.490,12 euros. Por último, a Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía le corresponde una subvención total de 125.015,28 euros.

Tras conocer dicho informe se hace necesario complementar las subvenciones acreditadas por los partidos políticos en las cuantías resultantes de la diferencia entre el importe de la subvención concedida a cada partido y la suma del importe de las cantidades anticipadas y de las liquidadas provisionalmente a cada formación política.

Por tanto, el objetivo de esta ley es conceder un crédito extraordinario en el presupuesto de gastos vigente de la región para el ejercicio 2020, con la finalidad de sufragar el mencionado complemento en las subvenciones.

-Ley 11/2020, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2021.

DOCM núm. 261 (30-12-2020)

BOE núm. 58 (11-03-2021)

La presente ley tiene por objeto establecer los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2021.

Para dar cumplimiento al principio de eficiencia se ha eliminado cualquier duplicidad de informes de control presupuestario a emitir desde la consejería competente en materia de hacienda en un mismo procedimiento. En cuanto a la racionalización de los recursos públicos, los criterios seguidos a la hora de elaborar los 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.

Sin duda, dichos Presupuestos, se han elaborado teniendo en cuenta la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, cuyas consecuencias también se están de-

jando sentir en otros ámbitos como el económico, por ello tienen como principal objetivo paliar los efectos negativos en estos otros sectores, además del sanitario.

La respuesta económica procedente desde la Unión Europea también tendrá su reflejo en los presupuestos regionales, pues la parte que le corresponda a la Comunidad Autónoma se canalizará a través de los mismos.

En lo que respecta al ámbito sanitario, la prioridad de estos presupuestos es reforzar las políticas públicas en materia sanitaria y de salud pública, con el aporte de recursos financieros necesarios para ello.

En cuanto al sector económico, la principal finalidad de los presupuestos es la de proteger y dar soporte al tejido productivo y social con el fin de minimizar el impacto de la crisis sanitaria, y que la recuperación de la actividad económica se produzca lo antes posible. Los Presupuestos darán cobertura financiera a todas aquellas medidas que tengan por objeto la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo mediante el apoyo concreto a las pequeñas y medianas empresas, y a los autónomos.

Del mismo modo, los Presupuestos se configuran como una herramienta de apoyo a las familias y colectivos más desfavorecidos, y que estén sufriendo más duramente la situación económica producida tras la pandemia.

ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA

(DE 1 DE ENERO DE 2020 A 31 DE DICIEMBRE DE 2020)

M^a del Pilar Molero Martín-Salas

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 2020.

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 2020.

KEY WORDS

Parlament, Autonomus Region and legislative activity.

ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA
EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA.

ACTIVITY OF THE CONSULTATIVE COUNCIL OF CASTILLA-LA MANCHA
IN CONSTITUTIONAL AND BY-LAW MATTERS.

M^a Joaquina Guerrero Sanz
Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Recibido: 28-02-2021

Aceptado: 01-04-2021

En el año 2020, la labor del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, referida al ejercicio de competencias constitucionales y estatutarias -atribuidas por la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, que regula dicho órgano y el Gobierno de nuestra comunidad autónoma-, se ha concretado en la emisión de cinco dictámenes sobre anteproyectos de ley, asuntos que el Gobierno de la región ha sometido a la consideración de este órgano consultivo antes de su aprobación por las Cortes Regionales.

Como viene siendo habitual, en la exposición que se realizará se recogerán las consideraciones de carácter esencial que se efectuaron en tres de aquéllos dictámenes, y 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 claramente diferenciados, referidos a la finalidad del anteproyecto, consideraciones fundamentales emitidas por el Consejo y, en su caso, 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 45/2020, de 6 de febrero, solicitado por la Consejería de Agricultura, Agua y Desarrollo Rural, sobre el Anteproyecto de Ley de Bienestar, Protección y Defensa de los Animales en Castilla-La Mancha.

La memoria justificativa de la norma fue elaborada por la Directora General de Agricultura y Ganadería de la Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Desarrollo Rural, exponiendo en la misma las razones que justifican el impulso de la iniciativa legislativa emprendida, haciendo un breve repaso de las principales medidas de protección y concienciación ciudadana que se consideraba necesario instaurar para afrontar el fenómeno de la creciente proliferación de los animales domésticos de compañía, garantizándoles un trato digno acorde con los parámetros de sensibilización ciudadana actualmente imperantes. Dentro del conjunto de aspectos que pretendían ser objeto de nueva regulación se hace una destacada referencia al cambio de planteamiento respecto al sistema de gestión de los animales abandonados, cuyo objetivo era evitar el sacrificio de los perros y gastos depositados en los centros de acogida. Asimismo, se hacía referencia a otras medidas de protección y dignificación de los animales incluidos en el ámbi-

to de aplicación de la ley, como son las prohibiciones de realizar matanzas en público, de la práctica del tiro de pichón, de exhibir animales salvajes o fauna silvestre en espectáculos circenses o la de emplear animales en atracciones mecánicas. El texto del documento comprendía también otras indicaciones atinentes a las innovaciones proyectadas en materia de régimen sancionador o el fomento de las actividades formativas y de sensibilización de la población.

Tras el estudio pormenorizado del texto legal proyectado, el Consejo realizó al mismo las siguientes observaciones de carácter esencial:

- El artículo 36, sobre “sesiones y convocatorias”, configuraba el régimen de actuación del Consejo Asesor de Bienestar y Protección de los Animales, y su apartado 3 incorporaba algunas singularidades sobre la posibilidad y forma de adoptar acuerdos fuera de las sesiones presenciales, estableciendo al efecto: “*Sin perjuicio de la celebración de dichas reuniones presenciales, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se faculta al Consejo para que lleve a cabo [las] funciones que tiene asignadas, por medios electrónicos, mediante votación por escrito y sin sesión presencial. [] En este caso, se remitirá a todos los miembros del Consejo por vía electrónica y con un plazo de, al menos, ocho días de antelación, que, por motivos de urgencia, podrá ser rebajado hasta cinco, la petición de informe, el orden del día a tratar, [sic] y la documentación correspondiente. [] En caso de no contestar en plazo, el voto no será contabilizado. En las actas que se levantaren para constancia de estas reuniones se incorporarán las comunicaciones que hayan tenido lugar, tanto para la convocatoria como para las deliberaciones y la adopción de decisiones*”.

Entiende el Consejo que “*a diferencia de lo señalado en el precepto proyectado, que remite errónea y genéricamente a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, sin precisar qué artículos de la misma propician las medidas concebidas, la regulación básica estatal aplicable sobre la posible celebración de sesiones a distancia -o no presenciales- por parte de órganos colegiados, se halla en el artículo 17.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece a tales efectos: “Todos los órganos colegiados se podrán constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario. [] En las sesiones que celebren los órganos colegiados a distancia, sus miembros podrán encontrarse en distintos lugares siempre y cuando se asegure por medios electrónicos, considerándose también tales los telefónicos, y audiovisuales, la identidad de los miembros o perso-*

nas que los suplan, el contenido de sus manifestaciones, el momento en que éstas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión. Entre otros, se considerarán incluidos entre los medios electrónicos válidos, el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias”, agregándose posteriormente en el apartado 2: “Para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la asistencia, presencial o a distancia, del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes les suplan, y la de la mitad, al menos, de sus miembros. [] [...]”.

Pues bien, el contenido de la normativa básica previamente señalada provoca serias dudas acerca de la viabilidad del llamado sistema de “votación por escrito”, definido por las singulares condiciones de ejercicio establecidas en los párrafos segundo y tercero del artículo 36.3 del anteproyecto. Atendiendo al carácter informador de la generalidad de las funciones encomendadas al mencionado Consejo Asesor, enumeradas en el anterior artículo 34, las previsiones relativas a la contabilización de votos cuando no se reciba respuesta electrónica en plazo auguran problemas interpretativos respecto a la validez de los acuerdos alcanzados o, incluso, a su verdadera integración temporal en una concreta sesión no presencial, puesto que ante la pasividad de algunos de los vocales del Consejo habría de ponderarse, primeramente, si se cumplen las normas relativas a la concurrencia de quorum, plasmadas en el artículo 37, para, solo en ese caso, verificar se hay un acuerdo adoptado por mayoría de los miembros realmente asistentes.

Es más, la técnica de la denominada “votación por escrito”, en cuanto figura propia de la legislación mercantil y aplicable a ciertos tipos de sociedades, responde más bien a la posibilidad de que algunos órganos colegiados de esa clase de entidades puedan adoptar acuerdos sin necesidad de celebrar sesión, por lo que no cabe hablar en ese caso de sesiones desarrolladas a distancia, sino de acuerdos adoptados fuera de sesión. Por el contrario, la legislación básica estatal previamente mencionada no contempla esa posibilidad, ya que exige, ineludiblemente, la celebración de sesiones, que podrán ser presenciales o a distancia, pero imponiendo para la validez de estas últimas que su desarrollo tenga lugar a través de instrumentos que garanticen la interactividad e intercomunicación entre los miembros del órgano colegiado asistentes a la sesión, lo que parece querer eludirse con la técnica de la votación por escrito tratada en el precepto.

En consecuencia, se sugiere suprimir el apartado 3 examinado, sustituyéndolo, en su caso, por una mera remisión a las previsiones de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, aplicables al efecto”.

- El apartado 2 del artículo 40 del Anteproyecto establecía, sobre el tratamiento de los supuestos de posible concurrencia de sanciones, que “*no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, objeto y fundamento*”.

Se entendía en el dictamen que dicho precepto “*viene a recoger la tradicional fórmula impeditiva de la duplicidad sancionadora de una misma acción punible, pero lo hace empleando una redacción -aparentemente tomada de la Ley 4/2016, de 22 de julio, de Protección de los Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid-, que se aparta de las determinaciones de la legislación básica estatal de referencia, plasmadas actualmente en el artículo 31.1 de la citada Ley 40/2015, de 1 de octubre, que establece sobre dicha contingencia: “No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”*

. En idéntico sentido se manifestaba el artículo 133 de la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que aludía igualmente a la triple concurrencia de los mismos “sujeto, hecho y fundamento”.

El contraste de las determinaciones previamente transcritas denota que, en la disposición autonómica proyectada, que acomete -innecesariamente- una regulación de la materia ya tratada y resuelta por la legislación básica estatal enunciativa de los principios de la potestad sancionadora, dicha maniobra de reproducción se ha hecho erróneamente y sin respectar con rigor la terminología utilizada en dicha legislación básica, incurriendo así en una desviación susceptible de provocar controversias interpretativas y reparos de inconstitucionalidad por inobservancia de la normativa básica estatal de necesaria observancia.

Por consiguiente, se propone o eliminar el precepto analizado, por resultar prescindible, o modificar su tenor para adecuarlo con toda fidelidad al contenido del artículo 31.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre”.

- El artículo 42.21 definía como infracción de carácter grave: “*el incumplimiento de las condiciones establecidas para el sacrificio de animales en el artículo 18 de la presente Ley y en el resto de disposiciones vigentes*”. Y en el artículo 43.9 se tipificaba como infracción muy grave: “*realizar el sacrificio de un animal sin seguir las especificaciones de esta Ley y de la normativa aplicable*”.

Fundamentaba el dictamen que “*para la más adecuada comprensión de ambos preceptos conviene aquí reproducir el contenido del citado artículo 18 del anteproyecto, donde se establece sobre el sacrificio y la eutanasia de los anima-*

les: “1. La prohibición de causar [la] muerte de los animales se excepcionará cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: [] a) razones sanitarias, tanto de salud pública como de sanidad animal, constatadas. [] b) razones de seguridad personal o de otros animales. [] c) estar afectados por enfermedades de carácter zoológico. [sic] Siempre [sic] que su tratamiento y aislamiento no sea posible. [] Las circunstancias anteriores serán constadas [sic] en cada caso por las Consejerías competentes en la materia, que emitirán informe al respecto. [] 2. El sacrificio de los animales se efectuará, por personal veterinario, de manera instantánea, indolora, y previa anestesia cuando sea necesario para evitar angustia o sufrimientos innecesarios al animal. No obstante, en casos de peligro inminente o de especial gravedad se podrán realizar sacrificios por los cuerpos y fuerzas de seguridad. [] 3. La Consejería con competencia en protección y bienestar animal, las Administraciones Locales, las asociaciones de protección y defensa de los animales y el Consejo General de Veterinarios de Castilla-La Mancha podrán establecer conjuntamente protocolos de actuación que incluirán planes de acción concretos que garanticen el realojamiento, cesión temporal o adopciones que se puedan realizar en los supuestos [en] que por situaciones de hacinamiento, cierre de los establecimientos, insolvencia económica, falta de atención por personal especializado, a [sic] cualquier situación de emergencia sea necesario y urgente garantizar la vida y el bienestar de los animales. Estos protocolos serán informados por el Consejo Asesor de Bienestar y Protección Animal. [] Agotadas todas las actuaciones descritas en los protocolos de actuación y de manera excepcional se podrán autorizar por la Consejería con competencia en protección y bienestar animal sacrificios de animales en centros para la acogida y mantenimiento y en centros para el fomento, por la autoridad competente, previo informe del Consejo Asesor de Bienestar y Protección Animal. [] 4. La eutanasia de los animales será siempre prescrita y realizada por un veterinario, de forma rápida e indolora, aplicándose siempre sedación, y mediante métodos que impliquen el mínimo sufrimiento y provoquen una pérdida de conciencia inmediata. [] En perros, gatos y hurones se utilizará la inyección de barbitúricos solubles o de cualquier medicamento autorizado como eutanásico para estas especies”.

Pues bien, la lectura de dicho artículo 18 revela que los tipos infractores configurados en los artículos 42.21 y 43.9, anteriormente transcritos, son parcial o totalmente coincidentes, siendo así que ante la realización del sacrificio o eutanasia de un animal con inobservancia de las previsiones de dicho artículo 18, de otros preceptos del anteproyecto o de otras normas radicadas en distintas disposiciones, sin observarse las reglas y criterios que fueren de aplicación, la acción podría ser incardinada indistinta y discrecionalmente en cualquiera de ellos, con

muy dispar trascendencia sancionadora para el infractor. Tal falta de sintonía en la delimitación de los tipos infractores resulta atentatoria del principio de seguridad jurídica consagrado por el artículo 9.3 de la Constitución, en visible relación con un adecuado respecto del principio de tipicidad enunciado en el artículo 27 de la tan citada Ley 40/2015, de 1 de octubre”.

- El artículo 49, sobre “prescripción de infracciones y sanciones” disponía en sus tres apartados lo siguiente: “1. Las infracciones administrativas a las que se refiere la presente Ley prescribirán en el plazo de cinco años las muy graves, en el de tres años las graves y en el de un año las leves, contados desde el día en que la infracción se hubiera cometido. [] 2. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los cinco años, las graves a los tres años y las leves al año, contados desde el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución por la que se impuso la sanción. [] 3. El plazo de prescripción se interrumpirá por la iniciación del procedimiento correspondiente con conocimiento del interesado y por la realización de cualquier actuación judicial”.

El Consejo observó sobre dicho precepto que “*hay que recurrir nuevamente a las disposiciones de la normativa básica estatal de aplicación, contenidas, en este caso, en el artículo 30 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que establece sobre esta particular materia: “Prescripción. [] 1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. [] [...] 2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. [...]]. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, reiniciándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable. [] 3. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquél en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla. [] Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor. [] [...].”*

Fundamentaba a continuación que “*la puesta en conexión de las disposiciones proyectadas con su referente legal básico de obligada atención vuelve a mostrar ciertas faltas de sintonía que son merecedoras de objeción, en la medida en que introducen incertidumbres generadoras de posibles disparidades de interpretación y de potenciales diferencias aplicativas.*

Así, en primer lugar, debe reseñarse que no existe coincidencia entre la formulación empleada en el artículo 49.2, último inciso, del anteproyecto para identificar el hito inicial determinante del cómputo del plazo de prescripción de las sanciones -el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución por la que se impuso la sanción- y las especificaciones que con igual fin contempla el artículo 30.3 de la Ley básica de contraste, donde se hace mención al “día siguiente a aquél en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla”.

De otro lado, el confuso manejo del modo de interrupción de la prescripción previsto para ambas figuras -las infracciones y las sanciones-, al ser tratadas conjuntamente en el apartado 3 sin precisar a la iniciación de qué tipo de procedimiento se está refiriendo en cada caso, aconseja dar un régimen separado y más claro a cada una de las modalidades de prescripción objeto de regulación, siguiendo en ello el planteamiento adoptado por la citada Ley 40/2015, de 1 de octubre, donde se aborda aisladamente cada una de las dos interrupciones en los apartados 2 y 3 de su artículo 30.

Asimismo, la referencia final y común a ambos plazos de prescripción que establece su interrupción por “[...] la realización de cualquier actuación judicial”, no solo constituye un añadido que traspasa las previsiones de la legislación básica de referencia, sino que su palmaria falta de precisión genera serias dudas aplicativas, incluso si se intenta interpretar como una mera salvaguarda alusiva a los potenciales efectos paralizantes derivados de la prosecución de una investigación o procedimiento judicial penal por los mismos hechos conformadoras del tipo infractor; pues ese tipo de contingencias se adentran en una problemática de cierta complejidad y ligada al carácter subsidiario del procedimiento administrativo sancionador respecto del penal, que precisaría de un tratamiento mucho más cuidado y acabado -como el dado por los artículos 45 y 50 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana-, así como acorde a los criterios jurisprudenciales instaurados al efecto, de los que ofrece una muestra orientativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2002 (Ar. RJ 2002, 4463) -fundamento de derecho tercero-. En consecuencia, se considera que dicha referencia a “cualquier actuación judicial” resulta tan precaria e inespecífica que ni siquiera cabe ahondar fundadamente en valoraciones jurídicas tendentes a acotar sus posibilidades de compatibilidad con la regulación básica estatal de obligada observancia. En esas circunstancias, se aconseja la supresión de dicho inciso”.

Las observaciones esenciales efectuadas en el dictamen fueron recogidas en el texto definitivo finalmente aprobado mediante la Ley 7/2020, de 31 de agosto, de Bienestar, Protección y Defensa de los Animales de Castilla-La Mancha, publicada en el D.O.C.M. Núm. 180, de 7 de septiembre de 2020.

- Dictamen número 130/2020, de 26 de marzo, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 10/1999, de 26 de mayo de Creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha.

La memoria inicial del Anteproyecto fue suscrita por la Viceconsejera de Administración Local y Coordinación Administrativa, expresando en la misma la motivación, objetivos y alternativas de la propuesta, su contenido, análisis jurídico, descripción de la tramitación y análisis de impactos, señalando como objetivo general del proyecto el *“adecuar la Ley de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha a los cambios operados en la legislación estatal básica en materia de colegios profesionales, fruto de la transposición de la Directiva de Servicios”*. Manifestaba que tales cambios, fruto de la Directiva 2006/123/CE, se llevaron a cabo en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, en dos fases: la primera, mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (*“Ley Paraguas”*); y la segunda, mediante la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (*“Ley Ómnibus”*), de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley Paraguas. Asimismo, se explica en la memoria que la norma modificativa propuesta contribuiría favorablemente a la seguridad jurídica en el funcionamiento y organización de los colegios profesionales de Castilla-La Mancha, y a la supresión efectiva de trabas no justificadas o desmedidas en la prestación de servicios a sus colegiados y a los consumidores y usuarios de los servicios prestados por tales colegiados.

El Consejo efectuó dos consideraciones de carácter esencial, que a continuación se pasan a exponer:

- El artículo 8 del anteproyecto establecía que *“Los profesionales titulados vinculados con las Administraciones Públicas en Castilla-La Mancha mediante relación de servicios de carácter administrativo o laboral no precisarán estar colegiados para el ejercicio de funciones puramente administrativas”*.

El dictamen centró el análisis de este precepto poniéndolo en relación con el artículo 3.2, primer inciso, de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, que dispone que *“Será requisito indispensable para el ejercicio de las*

profesiones hallarse incorporado al colegio profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal”.

Mediante un amplio razonamiento, el Consejo consideró necesaria la supresión de dicho artículo del Anteproyecto, fundamentación que fue la siguiente:

“Dicha ley constituye norma básica del Estado, pues así lo establece la disposición final primera, párrafo tercero, de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, conocida como Ley Ómnibus (“Lo dispuesto en el artículo 5 se dicta al amparo de artículo 149.1.18^a y 30^a de la Constitución, que atribuyen al Estado, respectivamente, la competencia para dictar las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y para la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos profesionales”), y lo tiene declarado el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias dictadas en materia de colegios profesionales, por todas, la referida al artículo 8 de la Ley 10/1999, de 26 de mayo: la sentencia número 69/2017, de 25 de mayo. Dice la sentencia 69/2017, en su fundamento jurídico 5.d), que “La legislación básica estatal en materia de colegios profesionales está contenida en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, que se constituye así en parámetro de constitucionalidad mediata de la legislación autonómica. Como se expone en la STC 201/2013, de 5 de diciembre (RTC 2013, 201), FJ 3, siguiendo a su vez a la STC 137/2013, de 6 de junio (RTC 2013, 137), FJ 2 b), el hecho de que se trate de una norma preconstitucional no impide que esta pueda contener las bases estatales en una materia, precisamente por la dimensión material que tienen las mismas. Aparte de que, como ya hemos indicado, el concreto precepto que aquí debemos aplicar, es decir, el inciso inicial del artículo 3.2 en su redacción vigente al tiempo de plantearse la presente cuestión de inconstitucionalidad («será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal»), si ha sido establecido por una norma posterior a la Constitución (artículo 5.5 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, cuyo valor material y formalmente básico ha sido corroborado por este Tribunal en varias ocasiones, y especialmente en la STC 89/2013, de 22 de abril (RTC 2013, 89), por la que se desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra este precepto (también lo hemos hecho en la misma fecha en nuestra STC 91/2013, de 22 de abril (RTC 2013, 91), pero respecto de la redacción anterior del art. 3.2 de la Ley de colegios profesionales, establecida por el art. 39 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio”.

A la vista de la legislación estatal básica y de la autonómica propuesta, puede apuntarse una primera conclusión: el régimen de colegiación obligatoria de-

be venir impuesto por una norma estatal con rango de ley, siendo que, en el momento de emitirse el presente dictamen, dicha norma está constituida por el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, y en él no se prevé, con carácter general, excepción alguna a la colegiación profesional obligatoria y, menos aún, de manera particular respecto del colectivo de los empleados públicos al servicio de la Administración.

Esta conclusión viene reforzada por la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, nacida de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos. El nuestro (Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) promovió la cuestión de inconstitucionalidad sólo respecto de uno de los incisos (el segundo) del artículo 8 de la Ley 10/1999, de 26 de mayo y, como no podía ser de otra forma, sólo respecto de dicho inciso se pronunció el Tribunal Constitucional en sentencia 69/2017, declarando que “el inciso «ni para la realización de actividades propias de la correspondiente profesión por cuenta de aquéllas, cuando el destinatario inmediato de las mismas sea exclusivamente la Administración» del artículo 8 de la Ley 10/1999, de 26 de mayo, de creación de colegios profesionales de Castilla-La Mancha, es inconstitucional y nulo”.

Como se ha anticipado, fueron muchas las Comunidades Autónomas que incorporaron a su ordenamiento jurídico un precepto similar al aquí analizado, dando lugar a una amplia doctrina del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad o no de eximir de la necesidad de colegiación profesional a los empleados públicos que realicen actividades propias de su profesión por cuenta de la respectiva Administración Autonómica. La cronología completa de la referida doctrina se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 69/2017, de 25 de mayo, que ya declaró la inconstitucionalidad del siguiente inciso (que remarcamos) del artículo 8 de la Ley 10/1999, de 26 de mayo: “Los profesionales titulados vinculados con las Administraciones Públicas en Castilla-La Mancha mediante relación de servicios de carácter administrativo o laboral, no precisarán estar colegiados para el ejercicio de funciones puramente administrativas, ni para la realización de actividades propias de la correspondiente profesión por cuenta de aquellas, cuando el destinatario inmediato de las mismas sea exclusivamente la Administración. Sí será obligatoria, en consecuencia, la colegiación cuando los destinatarios inmediatos del acto profesional sean los ciudadanos o el personal al servicio de la Administración”.

Así, recogía el fundamento jurídico 4 de la STC 69/2017 que “Sobre esta cuestión el Tribunal se pronunció por primera vez en la STC 3/2013, de 17 de

enero (RTC 2013, 3), relativa al artículo 30.2 de la Ley andaluza 15/2001, de 26 de diciembre, de acompañamiento a los presupuestos autonómicos. La doctrina establecida en esta Sentencia fue reiterada poco después por la STC 63/2013, de 14 de marzo (RTC 2013, 63), esta vez al resolver un recurso interpuesto contra el artículo 4 de la Ley 10/2003, de 6 de noviembre, de organización de colegios profesionales de Andalucía, que reproducía el mismo precepto declarado inconstitucional. Algo semejante ocurrió en el caso de Extremadura, en el que primero la STC 46/2013, de 28 de febrero (RTC 2013, 46), apreció la inconstitucionalidad del inciso del artículo 17.1 de la Ley extremeña 11/2002, de 12 de diciembre, de colegios y consejos de colegios profesionales, que en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma eximía de colegiación a los funcionarios para la realización de actividades propias de su profesión por cuenta de la Administración a la que sirven, y luego la STC 144/2013, de 11 de julio (RTC 2013, 144), volvió a declarar la inconstitucionalidad de dos preceptos que aplicaban esa exención en sendas leyes autonómicas de 2010 de creación de los colegios profesionales de logopedas y de higienistas dentales. Respecto al Principado de Asturias, la STC 50/2013, de 28 de febrero (RTC 2013, 50), declaró la inconstitucionalidad de un inciso semejante a los anteriores, contenido en la Ley 6/2003, de 30 de diciembre, de medidas de acompañamiento presupuestario. Otro tanto ocurrió en el caso de Canarias, en el que la STC 123/2013, de 23 de mayo (RTC 2013, 123), anuló por inconstitucional el inciso que en 2002 introdujo la exclusión de colegiación obligatoria en la Ley de colegios profesionales de la Comunidad Autónoma de 1990. Finalmente, debe mencionarse la STC 201/2013, de 5 de diciembre (RTC 2013, 201), que resolvió el recurso presentado por cincuenta diputados del Congreso contra varios preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/2006, de 31 de mayo, de ejercicio de profesiones tituladas y de colegios profesionales. En ella el Tribunal apreció el exceso competencial en que había incurrido el artículo 38.1 (FJ 5), que establecía la regla general del régimen de adscripción colegial obligatoria; el artículo 38.2 (FJ 7), la cual incorporaba la excepción aplicable al personal al servicio de las Administraciones públicas catalanas para el ejercicio externo de funciones profesionales por cuenta de estas; y la disposición adicional cuarta (FJ 7), que condicionaba esta última exención en el ámbito sanitario a la aprobación de un decreto por parte del Gobierno catalán. [] Este nutrido grupo de sentencias se complementa además con dos pronunciamientos posteriores en cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre preceptos legales de otras dos Comunidades Autónomas (País Vasco y Castilla y León) que tenían un contenido semejante a los ya mencionados, y que se resolvieron con la anulación del inciso excluyente de colegiación de los empleados públicos por contradicción con la legislación básica estatal. En la STC 150/2014, de 22 de septiembre (RTC 2014, 150), se anuló la referencia a que la incorporación

a un colegio profesional no podía exigirse «a los profesionales vinculados con la Administración pública mediante relación de servicios regulada por el Derecho administrativo o laboral» en el artículo 30.2 de la Ley vasca 18/1997, de 21 de noviembre, de colegios profesionales. Por su parte, la STC 229/2015, de 2 de noviembre (RTC 2015,229), anuló el inciso «ni para la realización de actividades propias de una profesión por cuenta de aquéllas, cuando el destinatario inmediato de tales actividades sea la Administración», del artículo 16.2 de la Ley 8/1997, de 8 de julio, de colegios profesionales de Castilla y León, aplicable a los funcionarios y personal laboral de las Administraciones públicas en esa Comunidad Autónoma”.

A la luz de la doctrina transcrita, es labor de este Consejo Consultivo analizar si sus postulados deben hacerse extensivos al artículo 8 del anteproyecto de Ley que examinamos, en lo que se refiere al alcance competencial de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha para legislar sobre las reglas generales de colegiación. Para ello, se hace necesario poner el contenido del artículo 8 del borrador normativo en relación con la doctrina constitucional y el resto de legislación sectorial autonómica. En este contexto, el contenido del precepto parece constituir una excepción al régimen de colegiación profesional obligatoria, excepción aplicable a los empleados públicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cuando presten servicios para la misma en régimen administrativo o laboral, desempeñando funciones puramente administrativas. Tal excepción a la colegiación obligatoria de los empleados públicos ha sido objeto de amplio debate, tanto en trámite de audiencia e información pública del procedimiento de elaboración de la norma sometida a dictamen, como en el resto de Comunidades Autónomas que han regulado la materia en términos similares (como hemos visto). La cuestión suscitada se centra, pues, en determinar si aquella regulación constituye una verdadera excepción al régimen general básico y, como tal, una vulneración del régimen de distribución de competencias previsto constitucionalmente y de la reserva de ley estatal impuesta por la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales y por la propia norma examinada.

Tal cuestión ha sido puesta de manifiesto por la mayor parte de los afectados (Colegios Profesionales y Consejos de Colegios Profesionales) que han formulado alegaciones en trámites de información pública, invocando su encuadramiento en la injerencia competencial por parte de la Comunidad Autónoma en las competencias exclusivas y básicas del Estado, que ponían de manifiesto las sentencias del Tribunal Constitucional anteriormente mencionadas. Frente a tales alegaciones, la Consejería promotora de la iniciativa legislativa manifestó que

no había razón para suprimir el precepto, por cuanto a él no se había hecho extensible el fallo de inconstitucionalidad de la STC 69/2017, afectante únicamente al inciso “ni para la realización de actividades propias de la correspondiente profesión por cuenta de aquellas, cuando el destinatario inmediato de las mismas sea exclusivamente la Administración”. También se invocaba el derecho comparado con otras Comunidades Autónomas, en las cuales se habían conservado preceptos similares tras suprimir los incisos afectados de inconstitucionalidad.

Sobre tales manifestaciones de la Consejería promotora, efectuadas en el informe de alegaciones de 4 de diciembre de 2019, deben hacerse las siguientes observaciones:

1º) Si bien es cierto que el fallo de inconstitucionalidad sólo se extendía al segundo inciso del artículo 8 de la Ley 10/1999, de 26 de mayo, y no al texto que se mantiene y propone en el anteproyecto de Ley para el artículo 8, también lo es que este último no fue objeto de pronunciamiento constitucional al no haberse planteado respecto de él cuestión alguna ante el Tribunal.

No obstante, y pese a ello, la Consejería promotora está obviando una parte importante de la anterior declaración de inconstitucionalidad del precepto, contenida en el fundamento jurídico 5.e) de la STC 69/2017, como colofón y cierre de sus pronunciamientos, y en la que, después de transcribir el artículo 8 de la Ley 10/1999, de 26 de mayo, en su totalidad, expresamente se concluía lo siguiente: “Es doctrina reiterada de este Tribunal que las bases estatales en materia de colegiación se extienden también al ámbito de las posibles excepciones al régimen de colegiación obligatoria, pues «siendo competente el Estado para establecer la colegiación obligatoria [con arreglo a los arts. 149.1.18^a y 30^a CE, en relación con el art. 149.1.1^a CE], lo es también para establecer las excepciones que afectan a los empleados públicos a la vista de los concretos intereses generales que puedan verse afectados» (SSTC 3/2013, de 17 de enero (RTC 2013, 3), FJ 8; 150/2014, de 22 de septiembre (RTC 2014, 150), FJ 3, y 229/2015, de 2 de noviembre (RTC 2015, 229), FJ 7)”.

A la vista de tal conclusión, no cabe duda que el texto propuesto para el artículo 8 en el anteproyecto de Ley presentado, contiene una excepción a la colegiación obligatoria, para cuya regulación sólo ostenta competencia el Estado, y no las Comunidades Autónomas, y ello, con independencia del colectivo al que vaya dirigida la excepción, puesto que la injerencia competencial no se produce por el ámbito subjetivo de aplicación de la exención prevista, sino por el solo hecho de ejercitarse una competencia que le viene atribuida al legislador esta-

tal -que no al autonómico- por la Constitución Española (artículo 149.1.18^a CE) y por la norma básica del Estado en la materia (artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero).

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha carece de competencia para legislar sobre los principios y reglas básicas de los colegios profesionales, ya sea para determinar la necesidad de colegiación, ya lo sea para establecer su exención. En este sentido, ya se pronunció la STC 229/2015, de 2 de noviembre, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 16.2.2 de la Ley 8/1997, de 8 de julio, de Colegios Profesionales de Castilla y León, declarando en su fundamento jurídico 7 que “la inconstitucionalidad de una exención autonómica de colegiación no depende de su mayor o menor alcance, sino de la falta de competencia autonómica para determinar el régimen de colegiación obligatoria y sus excepciones”.

2º) Efectivamente, han sido muchas las Comunidades Autónomas, prácticamente la mayoría, las que tras las correspondientes sentencias del Tribunal Constitucional han mantenido en su normativa regional los respectivos preceptos que eximían a los empleados públicos de la colegiación obligatoria, suprimiendo únicamente aquellos incisos de los mismos relativos a la realización, por los empleados públicos, de actividades propias de su profesión por cuenta de las Administraciones Públicas. Sin embargo, también hay Comunidades Autónomas que se han separado de esta dinámica de crear la ficción jurídica de acatar las resoluciones del Tribunal Constitucional, suprimiendo las partes de los preceptos viciados de inconstitucionalidad, pero manteniendo la excepción, bien porque la correspondiente sentencia constitucional invalidaba la totalidad del precepto, bien porque, sin haber recaído fallo de inconstitucionalidad, han suprimido el artículo íntegramente. A juicio de este Consejo Consultivo es de estas de quienes debemos tomar ejemplo legislativo y no de aquellas.

Así, la Ley 3/2013, de 3 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/1999, de 4 de noviembre, de Colegios Profesionales de la Región de Murcia, suprime el apartado 4 de su artículo 6, que presentaba el siguiente tenor literal (similar a nuestro artículo 8): “4. Los profesionales titulados, vinculados con alguna de las administraciones públicas en la Región de Murcia mediante relación de servicios de carácter administrativo o laboral, no precisarán estar colegiados para el ejercicio de funciones puramente administrativas, ni para la realización de actividades propias de la correspondiente profesión por cuenta de aquellas, cuando el destinatario inmediato de las mismas sea exclusivamente la Administración. Sí será obligatoria, por tanto, la colegiación cuando el destinatario de la actividad profesional no sea exclusivamente la Administración y existan también par-

ticulares que sean destinatarios de dicha actividad. En estos casos, la Administración ejercerá la potestad disciplinaria sobre los mismos”.

El artículo 30.2 de la Ley 18/1997, de 21 de noviembre, de Colegios Profesionales del País Vasco, fue declarado inconstitucional en su primer inciso por la STC 150/2014, de 22 de septiembre. Decía el inciso: “Tal requisito (el de colegiación obligatoria) no podrá ser exigido a los profesionales vinculados con la Administración Pública mediante relación de servicios regulada por el Derecho administrativo o laboral”.

Más recientemente, la STC 82/2018, de 16 de julio, ha declarado inconstitucional (en lo que aquí nos interesa por analogía) el primer inciso del artículo 17.2, párrafo segundo, de la Ley 3/2010, de 20 de mayo, por la que se modifica la Ley 1/2001, de 16 de marzo, de Colegios Profesionales de Cantabria, para su adaptación a la Ley Ómnibus, el cual establecía que “El requisito de colegiación previsto en este apartado no podrá ser exigido a los profesionales vinculados con la Administración Pública mediante relación de servicios regulada por el derecho administrativo o laboral”.

Tanto País Vasco como Cantabria tenían preceptos de contenido muy similar al artículo 8 del anteproyecto de Ley sometido a dictamen, incluso de contenido menos expresivo, que han sido declarados inconstitucionales, no por razón de las funciones más o menos administrativas desarrolladas por los empleados públicos, sino por establecer para ellos excepciones al régimen general de colegiación obligatoria sometido al principio de reserva de ley estatal y, por tanto, circunscrito al ámbito competencial del Estado. Y así lo recoge claramente la STC 82/2018, que llega más allá y expresa lo que se podía leer entre líneas en los anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la legislación de las bases del régimen jurídico de los colegios profesionales: cualquier excepción debe ser regulada por norma estatal con rango de ley, incluida la relativa a los empleados públicos, aunque se quiera crear la ilusión jurídica de referirse exclusivamente a “funciones puramente administrativas”, concepto, por otro lado, indeterminado y ambiguo, por demasiado genérico, que pese a haberse solicitado en trámite de información pública por distintos colectivos afectados, no ha sido debidamente aclarado por la Consejería Promotora.

Como decíamos, los fundamentos jurídicos 3.e) y 4 de la STC 82/2018 declaran lo siguiente: “e) Por su parte, las Comunidades Autónomas con competencia de desarrollo del régimen jurídico de los colegios profesionales de conformidad con las bases estatales, como es el caso de Cantabria (art. 25.5

del Estatuto de Autonomía de Cantabria), no pueden introducir excepciones a la exigencia obligatoria de colegiación, aunque sea de manera acotada o limitada, porque ello no constituye un desarrollo sino una contradicción de las mismas, que las desvirtúa y excede de su competencia (SSTC 3/2013, de 17 de enero, FJ 8; 150/2014, de 22 de septiembre, FJ 3; 229/2015, de 2 de noviembre (RTC 2015, 229), FJ 7; y 69/2017, de 25 de mayo, FJ 5). Allá donde el Estado no ha previsto excepciones, ni ha permitido que sean las propias Comunidades Autónomas las que las introduzcan, al haber establecido el artículo 3.2 in fine de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, una reserva de ley estatal, no pueden éstas impedir la plena proyección de las bases estatales mediante exenciones de determinados colectivos, como puedan ser los empleados públicos. [] 4. En conclusión, debemos declarar la inconstitucionalidad de la exención autonómica de colegiación de los empleados públicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria por vulnerar las competencias estatales al contravenir la legislación básica dictada en la materia (art. 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales). Además, esa declaración debe extenderse al conjunto de la regulación establecida en los párrafos segundo y tercero del artículo 17.2 de la Ley 1/2001, de acuerdo con lo razonado en el fundamento jurídico 2 b) de esta Sentencia, por cuanto contienen simples modulaciones de la excepción a la colegiación obligatoria que forman parte de la norma aplicable al caso, las cuales carecen de sentido sin su conexión a esa excepción que debe quedar expulsada del ordenamiento”.

Tomando como fundamento tales pronunciamientos, se llega a la convicción de que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma (artículo 8 del anteproyecto) no viene determinada por las concretas funciones a las que se refiere (“puramente administrativas”) o por la naturaleza administrativa o laboral de la relación de servicios del profesional titulado con la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sino por el ejercicio de la competencia que, para el establecimiento de la obligación de colegiación y de su excepción, se atribuyen al legislador estatal, y no al legislador autonómico, por la Constitución Española y por la ley básica del Estado.

Recordemos que el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, al disponer que “Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal”, viene a establecer el principio de reserva de ley estatal, el cual postula la existencia de materias que sólo pueden regularse por ley, en este caso, la imposición de incorporación a un Colegio Profesional.

Asimismo, en materia de colegiación obligatoria la disposición transitoria cuarta de la Ley Ómnibus dispone que el Gobierno deberá presentar ante las Cortes un proyecto de Ley que determine las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación. Se confirma de ese modo que la decisión sobre la obligación de colegiarse para ejercer una determinada actividad profesional corresponde exclusivamente al legislador estatal, de acuerdo con el orden constitucional de competencias, tal como ya señalaba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -Sentencia 330/1994, de 15 de diciembre F.9 (Ar. RTC 1994,330)-.

Poniendo en relación las disposiciones constitucionales y legales referidas con la doctrina del Tribunal Constitucional que atribuyen al Estado la competencia exclusiva para ejercer la potestad legislativa sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas en materia de colegios profesionales, se desprende que los principios y reglas básicas de tales entidades corporativas sólo pueden ser establecidas mediante ley aprobada por las Cortes del Estado (artículos 149.1.18^a y 36 CE), careciendo el legislador de Castilla-La Mancha de competencia para ello, el cual solo puede adaptar las prescripciones estatales a su ordenamiento jurídico mediante ley autonómica, siguiendo el mandato que establece el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha en su artículo 32.5, del siguiente tenor literal: “En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, es competencia de la Junta de Comunidades el desarrollo legislativo y la ejecución en las materias siguientes: [...] 5. Corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos y profesionales. Ejercicio de las profesiones tituladas”.

Entiende este Consejo, que el artículo 8 del anteproyecto de Ley contiene una verdadera excepción a la colegiación obligatoria, de manera que, no estableciéndose por la ley básica del Estado ninguna excepción a la misma, la contenida en el artículo 8 del borrador normativo autonómico, vulnera el artículo 149.1.18^a de la Constitución Española, al traspasar el límite competencial impuesto en aquella norma básica estatal, toda vez que siendo el Estado el competente para establecer la colegiación obligatoria, también lo es para fijar los supuestos de exención a la misma que puedan afectar a los profesionales titulados, ya sean del sector privado o del sector público. Es decir, la excepción a la colegiación que introduce el artículo 8 del anteproyecto para los empleados públicos que ejercen la profesión por cuenta de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, vulnera la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas en materia de colegios profesionales contenida en el artículo 149.1.18^a CE, en relación con los artículos 36 y 149.1.1^a CE y, de manera mediata, en el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, en su redacción dada por la Ley Ómnibus.

En razón de lo hasta aquí expuesto, ha de concluirse que es contraria a la distribución constitucional de competencias la introducción por el artículo 8 del anteproyecto de Ley sometido a dictamen -en cuanto norma con rango de ley autonómica- de excepciones al régimen de colegiación obligatoria, cualquiera que sea su extensión material y subjetiva, por no estar previstas en el artículo 3.2 de la Ley estatal de Colegios Profesionales, que es norma básica. Esta vulneración es estrictamente competencial y, por ello, la adecuación de la normativa autonómica no depende del mayor o menor alcance de las excepciones introducidas a la colegiación obligatoria establecida por la regulación estatal, sino de la propia competencia ejercitada.

En consecuencia, deberá suprimirse el referido artículo 8, a fin de respetar el mandato constitucional sobre distribución de competencias y no incurrir en infracción de la legislación básica dictada por el Estado, por vulneración del principio de reserva de ley estatal.

Por último, y no por obvio, considera este Consejo conveniente señalar que la supresión del artículo 8 del anteproyecto en ningún caso debe suponer que todos los profesionales titulados vinculados con las Administraciones Públicas en Castilla-La Mancha mediante relación de servicios de carácter administrativo o laboral precisen estar colegiados para el ejercicio de sus funciones como empleados públicos, pues tal colegiación sólo podrá imponerse cuando, como manda el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, “así lo establezca una ley estatal”, y siempre que el desempeño de sus funciones o actividades lo sea en el ejercicio propio de una profesión para la que se exige aquella colegiación, en el ámbito de su relación laboral o funcionarial con las Administraciones Públicas para las que prestan sus servicios”.

- El artículo 6.1 de texto proyectado establecía que “Tendrán derecho a ser admitidos en el colegio profesional correspondiente quienes posean la titulación adecuada, o reúnan las condiciones determinadas al efecto en las leyes, en los términos que establezcan los respectivos estatutos, y lo soliciten expresamente”.

Tras observar que tal precepto pretendía ser reproducción del artículo 3.1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, -“Quien ostente la titulación requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente tendrá derecho a ser admitido en el Colegio Profesional que corresponda”-, el Consejo señaló que “sea por error o por descuido, donde la ley estatal exige la titulación requerida y el cumplimiento de las condiciones señaladas estatutariamente, parece que el borrador normativo requiere una u otra, indistintamente, pues emplea la conjunción alternativa “o”.

Como quiera que la ley del Estado está dotada de carácter básico y como tal es una ley de mínimos, la normativa autonómica debe respetar esos mínimos impuestos en aquella norma, de manera que, para no incurrir en infracción del principio de jerarquía normativa, deberá sustituirse la conjunción alternativa “o”, por la acumulativa “y”.

La trascendencia del error aludido determina la esencialidad de esta observación si no se desea caer en la inconstitucionalidad del precepto”.

El Anteproyecto de Ley descrito fue objeto de aprobación por las Cortes Regionales mediante Ley 6/2020, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 10/1999, de 26 de mayo, de Creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha, publicada en el DOCM número 155, de 5 de agosto de 2020.

El texto definitivamente aprobado tuvo en cuenta las observaciones esenciales expresadas en el dictamen.

- Dictamen 253/2020, de 2 de julio, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre Anteproyecto de Ley de Patrimonio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

La Secretaría General de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas suscribió la memoria inicial del Anteproyecto, analizando la justificación, objetivos y fines de la iniciativa legislativa, la estructura, sistemática y contenido de la norma, las principales novedades que comportaba respecto a la normativa anterior, y las normas jurídicas afectadas por la iniciativa. Se incluía asimismo un apartado referido al impacto presupuestario de la ley proyectada, en el que se indicaba que no tendría implicaciones directas de relevancia en el gasto público “[...] puesto que la mayoría del texto tiene por objeto la renovación de las normas reguladoras de la actividad relativa a la administración de sus bienes y derechos de contenido patrimonial, con la finalidad de mejorar la eficacia en cuanto a su protección, gestión y utilización”; y añadía que, aun cuando de algunos de sus contenidos pudiera pensarse en principio que generarían un incremento del gasto público, ello no sería así puesto que se ejecutarían con los medios y recursos ya disponibles. Finalmente, se incluía una relación de los procedimientos de gestión patrimonial afectados por la iniciativa, con las mejoras más destacables en lo que respecta a la simplificación y reducción de cargas administrativas.

El Consejo Consultivo, en su dictamen, realizó reparo esencial a diversos preceptos del articulado por las razones que seguidamente se exponen:

- El apartado 1 del artículo 2 recogía un concepto del patrimonio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que identificaba con “*todos los bienes y derechos de los que sean titulares las Cortes de Castilla-La Mancha e instituciones dependientes, la Administración de la Comunidad Autónoma, y los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes de la misma*”.

El dictamen consideraba que “*esta redacción no se ajusta al concepto fijado con carácter básico en el artículo 3 de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, en cuyo apartado 2, se excluye del concepto de patrimonio de las Administraciones públicas: “el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda ni, en el caso de las entidades públicas empresariales y entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería”*”.

Por ello y a fin de acomodarse a lo dispuesto en la norma básica de preceptiva observancia, debe especificarse esta exclusión, bien expresamente o mediante un reenvío al citado precepto”.

- El artículo 10, sobre “*Obligación de protección y defensa y deber de colaboración*”, tenía tres apartados. El primero recogía las obligaciones de entidades y órganos pertenecientes a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. El segundo afectaría a quienes son titulares de concesiones u otros derechos sobre bienes o derechos de titularidad de aquella. Finalmente, el apartado 3 imponía una obligación general de colaboración en los siguientes términos: “*Todas las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, estarán obligadas a colaborar con la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en la defensa y protección de los bienes y derechos integrantes de su Patrimonio. En particular, deberán aportar, previa solicitud, los datos e informaciones de los que dispongan que sean relevantes a dichos efectos, así como facilitar la realización de inspecciones y otros actos de investigación referidos a los citados bienes y derechos, con el debido respeto a los derechos de los sujetos requeridos de colaboración reconocidos en otras normas del ordenamiento jurídico*”.

El dictamen señalaba, al respecto de dicho precepto, que “*las obligaciones de cooperación en la defensa de los patrimonios públicos se encuentran reguladas con carácter básico en los artículos 61 y 62 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*”.

En relación con la regulación de contenidos afectados por normativa básica, la memoria elaborada explica que no ha seguido un criterio unitario en la elaboración del anteproyecto. Indica que ha optado en la mayoría de los casos por dar por sabida la norma básica o por emplear la técnica del reenvío a la misma. Únicamente en los casos en que ha considerado necesario para contextualizar e integrar la norma de desarrollo, ha reproducido el contenido de la ley básica.

Esta técnica de la reiteración de normas declaradas básicas ha venido siendo cuestionada continuadamente por este Consejo (entre otros muchos, cabe citar el dictamen 172/2009, de 16 de septiembre), por el margen de inseguridad y error que introduce, incrementando cuando se transcribe parcialmente la norma, trayendo a colación la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional que considera tal práctica como “potencialmente peligrosa” (así lo expresa, entre otras muchas, en su Sentencia 150/1998, de 2 de julio). No obstante, el Consejo ha señalado que, en determinados casos, puede estar justificada esa técnica en beneficio de la comprensión de la norma autonómica. Ahora bien, cuando se sigue esta opción, la reproducción ha de ser rigurosa con el contenido de la norma estatal y que, si bien no cabe exigir, a este respecto, una transcripción literal de ésta, sí es preciso que la norma autonómica incluya todos los aspectos que, sobre la materia, hayan sido declarados básicos.

En el caso del precepto analizado, se ha realizado una redacción sensiblemente diferente de la fijada en la norma básica. Así, el artículo 61 de esta, regula en los dos apartados la obligación de colaboración en la protección, defensa y administración de los bienes y derechos de los patrimonios públicos del personal al servicio de las Administraciones públicas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, respectivamente, determinando los aspectos en que se concreta el tipo de asistencia que se le exige a cada uno de estos colectivos.

A su vez el artículo 62 establece las obligaciones que corresponden a los ciudadanos en este ámbito, que circunscribe a dos cuestiones: la aportación de datos, informes y documentos que obren en su poder que sean relevantes para la gestión y defensa de sus bienes y derechos y la de facilitar la realización de inspecciones y otros actos de investigación referidos a los mismos.

Sin embargo, el proyecto sometido a dictamen ha optado en el apartado 3 del artículo 10, por refundir ese ámbito subjetivo establecido en los artículos 61 y 62 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, bajo una genérica alusión a “Todas las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas”, y prescinde de la concreción del alcance de las obligaciones que corresponden a cada uno, perfectamen-

te delimitados en la norma estatal, para sustituirla por la obligación general de “colaborar con la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en la defensa y protección de los bienes y derechos integrantes de su Patrimonio”.

De este modo se aparta de la literalidad de la norma básica para ofrecer una redacción mucho más genérica e imprecisa que la fijada en la propia norma objeto de desarrollo, que no es conciliable con el rigor exigible.

Si bien la Comunidad Autónoma puede, en ejercicio de sus competencias, añadir mediante Ley obligaciones dirigidas a terceros al objeto de defender y proteger su patrimonio y, por tanto, el precepto analizado no infringe directamente la legislación básica, el Consejo estima que es necesario precisar el alcance de las mismas. A tal efecto, deben concretarse tanto los sujetos afectados como las obligaciones que se les imponen. Ello por razones de seguridad jurídica que exigen que los destinatarios de una norma conozcan el alcance de los deberes que esta les impone, máxime en los casos como el presente en el que el texto configura el incumplimiento de dicha obligación como una infracción administrativa (artículo 34.3.c).

En definitiva, la generalidad y universalidad con que está redactada la obligación de colaboración en el artículo 10.3, se aparta de la redacción del precepto básico para ampliar la misma, sin concretar su alcance subjetivo ni objetivo, en perjuicio de la seguridad jurídica y sin acomodarse a los principios de buena regulación establecidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, entre los que se encuentra el de proporcionalidad que determina que: “la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios”.

- El artículo 24 regulaba la terminación del procedimiento de investigación y establecía en su apartado 3 que “el plazo para resolver y notificar la resolución será de veinticuatro meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación del inicio del expediente en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha. El incumplimiento de este plazo determinará la caducidad del procedimiento”.

Considera el Consejo que “la anterior previsión no se adapta al régimen de cómputo de plazos establecido con carácter básico en el artículo 21.3, letra a), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que dispone que el plazo máximo para resolver y notificar la resolución se computará: “En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación”. Esta previsión es aplicable tan-

to a los procedimientos cuyo plazo máximo se encuentre fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, como aquellos cuyas normas reguladoras no fijen el plazo máximo.

Esta misma observación cabe realizar respecto de otros procedimientos regulados en la norma proyectada como el de deslinde previsto en el artículo 28, apartado 2, que computa el plazo máximo para resolver y notificar desde el día siguiente al de la publicación del inicio en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha, o el de recuperación de la posesión, previsto en el artículo 31, apartado 1, que retrasa el comienzo del cómputo del plazo de resolución y notificación hasta la fecha de la notificación del inicio del procedimiento”.

- El artículo 30 del Anteproyecto venía referido a la iniciación e instrucción del procedimiento de recuperación de la posesión de bienes y derechos de la Junta de Comunidades, disponiendo en su apartado 2 que “*se comunicará el inicio del procedimiento al presunto usurpador, al que se ofrecerá un plazo de quince días para que pueda hacer las alegaciones y aportar los documentos que estime oportunos para acreditar o justificar la posesión*”.

Entiende el Consejo que “*dicho plazo de quince días no se ajusta al establecido en el artículo 68. 2 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que lo fija en “diez días, o en plazo inferior, si así se hubiera señalado motivadamente”. Dicho apartado tiene carácter básico de acuerdo con la disposición final única, apartado 2, del citado reglamento*”.

- El artículo 60 del texto proyectado, sobre “*exigencia de las autorizaciones y concesiones demaniales*”, fue examinado por el Consejo partiendo de la regla general contenida en el artículo 84 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, sobre necesidad de contar con un título habilitante para ocupar o utilizar bienes de dominio público. Dicho precepto dispone en su apartado 1 que: “*Nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos*”. A tal efecto, la norma estatal regula a continuación las figuras de las concesiones y de las autorizaciones demaniales, siendo básicos parte de sus preceptos.

Continúa el dictamen exponiendo que “*la citada Ley establece también una excepción al régimen anterior al regular, también con carácter básico, que: “No será necesario obtener estas autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público”.*

La norma proyectada contempla dicha excepción en el apartado 3 del artículo 60, al disponer que “Las autorizaciones y concesiones que habiliten para la ocupación de bienes de dominio público que sea necesaria para la ejecución de un contrato administrativo se considerarán accesorias de aquel, y estarán vinculadas a dicho contrato en cuanto a su otorgamiento, duración, vigencia y transmisibilidad. No será necesario obtener estas autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público”.

Sin embargo, el precepto innova seguidamente la regulación al añadir un segundo párrafo que dispone: “Esta misma norma se podrá aplicar a los convenios para cuya ejecución también se precise la ocupación de los bienes de dominio público”.

La memoria del anteproyecto no contiene razonamiento alguno que explique o justifique esta novedad, aunque hace referencia a la misma cuando relaciona las medidas de simplificación y reducción de cargas administrativas, al afirmar que: “Se establece la innecesidad de obtener las autorizaciones y concesiones administrativas cuando (al igual que se establece en el art. 91.4 LPAP con carácter básico), el convenio patrimonial habilite para la utilización u ocupación del bien demanial”.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece con carácter básico el concepto de convenio en su artículo 47.1, definiéndolo como “[...] los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común”.

A la vista de la definición anterior de convenio, que comprende tanto acuerdos con otras Administraciones, organismos públicos o entidades de derecho público, como con sujetos de derecho privado, estima el Consejo, que la excepción proyectada que permite excluir del régimen jurídico de la concesión y la autorización a las habilitaciones para la utilización o la ocupación de bienes de dominio público previstas en los convenios, es contraria a la normativa básica de aplicación, puesto que dicha excepción solamente está prevista para el supuesto de los contratos.

Debe tenerse en cuenta que la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, regula con carácter básico determinadas cuestiones que afectan al régimen del otorgamiento, trans-

misión y extinción de los títulos citados (por ejemplo, el régimen de concurrencia en el otorgamiento de autorizaciones cuando se encontrase limitado su número, y de concesiones con carácter general; los supuestos de transmisión; o la duración máxima) que la Comunidad Autónoma no tiene competencia para excepcionar”.

- La letra c) Artículo 68, sobre “*Procedimiento de adjudicación en régimen de concurrencia iniciado con motivo de la solicitud de un particular*”, disponía que “*el plazo para resolver el procedimiento y notificar la resolución será de 3 meses, que se computará desde la terminación del plazo de presentación de solicitudes*”.

Entiende el Consejo que “*la anterior previsión no se adapta al régimen de cómputo de plazos establecido con carácter básico en el artículo 21.3, letra a), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que establece que el plazo máximo para resolver y notificar se computará “En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación”. Dado que se trata de un procedimiento de concurrencia competitiva, el acuerdo de iniciación se corresponde con la convocatoria de dicho procedimiento y no con la terminación del plazo de presentación de solicitudes*”.

Por otra parte, conviene advertir que el título de este artículo induce a confusión, pues tratándose de un procedimiento iniciado de oficio (según indica el primer párrafo), en el título se describe como “Procedimiento [...] iniciado con motivo de la solicitud de un particular”. Por tanto, se sugiere su modificación para evitar confusiones.

La observación esencial formulada sobre el cómputo del plazo del procedimiento, debe hacerse extensiva también al artículo 69, relativo al procedimiento de adjudicación en régimen de concurrencia iniciado a instancia de la propia Administración, cuyo apartado 4 dispone que: “El plazo para resolver el procedimiento y notificar la resolución será de 6 meses, que se computará desde la terminación del plazo de presentación de solicitudes”.

Finalmente, se sugiere valorar si existen motivos para mantener la disparidad de plazos prevista en los dos artículos analizados, pues tratándose ambos de procedimientos de concurrencia competitiva, en el primer caso, artículo 68, se ha establecido un plazo máximo para resolver y notificar de tres meses, mientras que, en el segundo, artículo 69, el plazo es de seis meses.

- El artículo 136, que regula el “*Órgano de administración*”, preveía en el apartado 1 que los altos cargos y empleados públicos de la Junta de Comunida-

des que sean designados para formar parte del órgano de administración de las empresas públicas no estarían afectados “*por lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 213 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital*”.

En el dictamen se considera que este precepto reproducía lo dispuesto por el artículo 180.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, para los administradores de las sociedades de ámbito estatal, si bien la remisión se realizaba al precepto de la legislación de sociedades anónimas vigente en el momento de aprobación de la citada Ley, esto es el “*artículo 124 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*”.

Se continúa razonando que “*tanto el precepto derogado como el vigente determinan que no podrán ser administradores [...] los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal*”. Y en ambos casos se trata de disposiciones dictadas por el Estado al amparo de su competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1. 6^a de la Constitución.

El citado precepto de la Ley de patrimonio estatal no tiene carácter de norma básica y tampoco tiene alcance general, conforme a la disposición final segunda de la Ley, al ser una norma prevista para las sociedades mercantiles estatales cuyo capital sea en su totalidad de titularidad de la Administración General del Estado.

En el informe propuesta de la Secretaría General de Hacienda y Administraciones Públicas de 4 de abril de 2018, se ha justificado la inclusión de tal regulación en el anteproyecto de Ley, aludiendo a la necesidad de incorporar determinadas prerrogativas previstas por la Ley estatal que pueden ser extensibles a la Comunidad Autónoma, invocando a estos efectos lo dispuesto en el artículo 39.2 del Estatuto de Autonomía cuando señala que “En el ejercicio de sus competencias, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha gozará de las potestades y privilegios propios de la Administración del Estado, entre los que se comprenden [...]”.

Examinado el elenco de potestades y privilegios que contempla el citado precepto estatutario -listado no cerrado-, se advierte que todos ellos tienen un al-

cance general aun relacionado con ámbitos de actuación diversa de la Comunidad Autónoma (presunción de legitimidad y ejecutoriedad de sus actos, expropiación, sanción, procedimiento de apremio, inembargabilidad, privilegios de prelación y preferencia para el cobro de créditos, y exención de la obligación de caución ante organismos administrativos o Tribunales jurisdiccionales), por lo que no parece que una excepción concreta de la aplicación de la legislación mercantil como la que prevé el apartado objeto de estudio, resulte equiparable a tales privilegios o facultades.

No obstante lo anterior, es lo cierto que, como el contenido del precepto estatal que ahora se pretende acoger por el anteproyecto de Ley no es básico ni de aplicación general, el legislador autonómico ni está vinculado positivamente para hacer suya la excepción de la prohibición prevista, ni nada le impide asumirla como propia incorporándola al texto del anteproyecto, si bien y conforme se ha señalado en el anexo II de la Memoria intermedia actualizada, al analizar las consideraciones efectuadas al texto por el Decanato de Registradores de la Propiedad, su ejercicio con base en la Ley que finalmente se apruebe, sólo resultará posible mientras se mantenga por el Estado en su propia legislación al carecer la Comunidad Autónoma de competencia para incidir sobre dicha materia.

Procede también advertir que si bien en el artículo 180.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, la exención de la prohibición únicamente se predica de las sociedades previstas en el artículo 166.2, esto es “Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos [...]”, en el anteproyecto de Ley esta previsión se aplicaría a cualesquiera empresas públicas al referirse a ellas de forma genérica el apartado objeto de estudio.

En tanto en cuanto en el artículo 136.1 del anteproyecto de Ley se pretende acoger la excepción a una prohibición establecida por la legislación mercantil estatal para los administradores de las sociedades participadas íntegramente por la Administración General del Estado, el ámbito de aplicación de la misma en el anteproyecto de Ley debe fijarse en idénticos términos que los previstos por esta última, esto es para los altos cargos y empleados públicos de la Junta de Comunidades que pasen a formar parte del órgano de administración de aquellas empresas públicas íntegramente participadas por la Junta de Comunidades. Debe en consecuencia acotarse el alcance del citado apartado en el sentido que se acaba de indicar.

Por tanto, la objeción que con carácter esencial se formula al apartado objeto de estudio, a diferencia de las que se efectuarán en la siguiente consideración a otros artículos incluidos en el Título VI del anteproyecto, lo es en cuanto que la regulación proyectada amplía el ámbito de aplicación de la excepción dispuesta por el legislador estatal.

En cualquier caso, debe sugerirse que se complete la regulación proyectada efectuando una remisión al artículo 180 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre. Sirva de ejemplo la regulación que ofrecen los artículos 168.4 de la Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura o el artículo 122.6 de la Ley 6/2006, de 17 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias”.

El texto legislativo definitivamente aprobado en Cortes que atendió las observaciones esenciales descritas, se publicó en el D.O.C.M. N° 234 de 19 de noviembre de 2019, como Ley 9/2020, de 6 de noviembre, de Patrimonio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Finalmente, durante el año 2020, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha emitió en materia de carácter constitucional y estatutario los siguientes dictámenes:

- Dictamen 360/2020, de 22 de octubre, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2021.
- Dictamen 422/2020, de 3 de diciembre, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de concesión de un crédito extraordinario destinado a sufragar los gastos de las elecciones a las Cortes de Castilla-La Mancha de 2019.

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 2020, en la emisión de cinco dictámenes sobre anteproyectos de ley. En tres de ellos el Consejo realizó consideraciones de carácter esencial que conviene recordar como doctrina más significativa, referida a la materia que nos ocupa.

El esquema que se sigue en cada uno de los apartados del presente trabajo se estructura, a su vez, en tres claramente 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.

This work describes the work of the Castilla-La Mancha Advisory Council regarding the exercise of constitutional and statutory powers attributed by article Law 11/2003, of September 25, which regulates said body and the Government of our autonomous community. Said work has materialized, in 2020, in the issuance of five opinions on draft laws. In three of them, the Council made essential considerations that should be remembered as the most significant doctrine, referring to the matter at hand.

The scheme that is followed in each of the sections of this work is structured, in turn, in three clearly differentiated ones, referring to the purpose of the preliminary draft, fundamental considerations issued by the Board and, where appropriate, level of attention that said observations have had in the normative text approved by the Cortes of Castilla-La Mancha.

PALABRAS CLAVE

Reproducción de normativa básica, legislación básica, procedimiento administrativo, órganos colegiados, infracción administrativa, prescripción de infracciones y sanciones, protección animal, colegios profesionales, patrimonio de las Administraciones Públicas, defensa del patrimonio público, cómputo de plazos.

Reproduction of basic regulations, basic legislation, administrative procedure, collegiate bodies, administrative infraction, prescription of infractions and sanctions, animal protection, professional associations, assets of Public Administrations, defense of public assets, calculation of deadlines.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
AUTONÓMICO Y PARLAMENTARIO.

CONSTITUTIONAL, REGIONAL AND PARLIAMENTARY LAW ACTIVITIES REVIEW.
(1 ENERO DE 2020 A 1 DE ENERO DE 2021)

Dra. M^a Elena Rebato Peño
Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM.

Recibido: 28-02-2021

Aceptado: 01-04-2021

SUMARIO

I. Actividades sobre derechos fundamentales.

I.1. XXV. Jornadas de derecho constitucional: “Constitución y derechos fundamentales”. Ciudad Real, 26 y 27 de noviembre.

I.2. Seminario práctico de jurisprudencia constitucional comparada e internacional sobre derechos fundamentales, 6 a 10 de julio.

II. Actividades relacionadas con el sistema autonómico:

II.1. XXIII. Jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla- La Mancha: “Reformas en el modelo territorial”. Cuenca, 19 y 20 de noviembre de 2020.

III. Actividades en materia de justicia constitucional.

III.1.XX. Jornadas de justicia constitucional: El Tribunal Constitucional: Un siglo de tribunales constitucionales. Toledo, 11, 12 y 13 de noviembre.

I. ACTIVIDADES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES.

I.1. XXV. JORNADAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL: “CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES”, Ciudad Real, 26 y 27 de noviembre.

La pandemia de Covid-19 que impactó en todo el mundo en el año 2020, no solo ha tenido consecuencias sanitarias y económicas, sino también una amplia repercusión en el ámbito académico. Las labores docentes presenciales se suspendieron, los congresos y actividades de investigación también, pero afortunadamente las nuevas tecnologías nos ofrecieron una vía de escape para seguir llevando a cabo gran parte de los programas académicos que tradicionalmente el área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla- La Mancha desarrollaba.

La vigesimoquinta edición de las Jornadas de Derecho Constitucional que ofrece el área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real, dirigidas por el Dr. Tomás Vidal Marín, profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, se dedicaron al estudio en general de los derechos fundamentales. A diferencia de ocasiones anteriores no centraron el debate en un grupo determinado de los mismos, sino que, junto al análisis de los clásicos, se hizo referencia también a aquellos otros derechos fundamentales sometidos constantemente a debate en los últimos meses.

Las sesiones de estos dos días tuvieron lugar de forma virtual a través de la plataforma de Microsoft Teams, sin que esto restara calidad académica a las jornadas ni supusiera una menor participación del alumnado, que al igual que en ocasiones anteriores respondieron de forma masiva a la convocatoria.

Como ya se ha mencionado, en esta edición la temática de las jornadas estaba menos delimitada que en las anteriores, dando por tanto una mayor flexibilidad a la hora de abordar los derechos fundamentales y la Constitución.

Hay algunos temas y derechos clásicos en el ámbito del constitucionalismo sobre los que siempre es oportuno volver a debatir, pues se encuentran imperecederamente de actualidad en nuestra sociedad. Uno de estos, es el derecho a la vida y más concretamente si el mismo tiene un carácter positivo o también negativo. Se tiene derecho a vivir, pero ¿tenemos derecho a morir? Este fue el tema elegido por el Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Fco. Javier Díaz Revorio, quien perfiló los aspectos jurídicos más importantes en relación a la eutanasia y el derecho a disponer de la propia vida. Todo ello en el contexto

del debate que en ese momento se estaba produciendo en el Congreso en relación al proyecto de ley orgánica sobre la eutanasia.

También un tema tradicional en los últimos años es el denominado derecho al olvido. El tratamiento que del mismo ha realizado el Tribunal Supremo, desde la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en el caso Google, hasta la actualidad en la que los perfiles del mismo se van ampliando en las denominadas búsquedas digitales, constituyeron el núcleo de la ponencia del Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado.

La infección por Covid-19, ha tenido también un impacto en el ejercicio de los derechos fundamentales. La declaración del Estado de Alarma, que posibilita (aunque no impone) la limitación de algunos derechos fundamentales fue la cuestión tratada por el también Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Luis M^a Díez -Picazo. Como complemento a esta exposición general realizada por el profesor Díez- Picazo, la Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Miguel Hernández de Elche, D^a. Rosario Tur Ansina, se centró en la limitación del derecho de reunión, o como provocadoramente tituló su ponencia el derecho a molestar. Los perfiles clásicos del derecho de reunión se ponen en revisión, cuando en determinadas circunstancias entran en conflicto con otros derechos como por ejemplo el derecho a la salud pública; cuestión ésta muy debatida tras las convocatorias de manifestaciones para protestar contra las medidas adoptadas desde el Gobierno y la autorización de las mismas por algunos Tribunales Superiores, mientras otros las prohibían.

La intimidad y las nuevas tecnologías también fueron objeto de debate y estudio en esta vigésimo quinta edición, a partir de las intervenciones de D. Fernando Álvarez- Ossorio, Profesor Titular de la Universidad de Sevilla y D^a María Jesús García Morales, Profesora de la Universidad Autónoma de Barcelona.

1.2. SEMINARIO PRÁCTICO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA E INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES, 6 a 10 de julio.

Cádiz volvió a ser un año más, aunque en esta ocasión de forma virtual, el lugar idóneo para crear un espacio de debate sobre los casos más relevantes desde un punto de vista internacional sobre derechos fundamentales. Durante cinco días, y a través de la plataforma de Microsoft Teams, se dieron cita en esta activi-

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
AUTÓNOMICO Y PARLAMENTARIO.

Dra. M^a Elena Rebato Peño

dad, dirigida por los catedráticos de Derecho Constitucional, D. Fco. Javier Díaz Revorio y D. Miguel Revenga Sánchez, de la Universidad de Castilla- La Mancha y la Universidad de Cádiz respectivamente, magistrados de distintas cortes constitucionales y de tribunales supranacionales, profesores de Derecho Constitucional y en definitiva grandes expertos de Europa y Latinoamérica en el estudio de los Derechos Fundamentales y su protección por los supremos intérpretes de las Constitucionales nacionales y supranacionales.

Ponentes y asistentes al seminario práctico, estudiaron y polemizaron de forma conjunta sobre casos de suma actualidad, como el suicidio y el tratamiento que del mismo hizo la Corte Costituzionale italiana en el caso Cappato; en base a la conferencia del Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Pisa, D. Roberto Romboli. También de suma actualidad el debate sobre el matrimonio de personas del mismo género, que abordó el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires y de la Pontifica Universidad Católica de Argentina, D. Néstor Sagüés, partiendo de la opinión consultiva 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los retos de los derechos fundamentales ante el avance de las nuevas tecnologías también tuvieron su espacio de discusión particular con sendas intervenciones de los profesores D. Antonio Troncoso Reigada, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz; D. Adriana Travé Valls, Profesora Asociada de Derecho Constitucional y D^a María Ruiz Dorado, doctoranda en Derecho Constitucional.

El magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, D. Eloy Espinosa- Saldaña y el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, D. Pedro Grández Castro; se centraron en la especial situación de convulsión política y social que afectaba al Perú y como el Tribunal Constitucional se había encontrado con un conflicto competencial entre Gobierno y Congreso; y ante el control judicial del indulto al ex presidente Alberto Fujimori.

El ejercicio de los derechos fundamentales en tiempos de pandemia, o la discriminación y violencia política de género, fueron otros de los temas, cuyos rasgos generales en base a una sentencia presentaron para el debate posterior, los profesores D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM; D^a María Sofía Sagüés, Profesora Titular de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional de la Universidad de Buenos Aires y D^a Wendy M. Jarquín Orozco, Profesora investigadora de la Escuela Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México, respectivamente.

II. ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL SISTEMA AUTONÓMICO:

II.1. XXIII. JORNADAS SOBRE EL SISTEMA AUTONÓMICO DE CASTILLA- LA MANCHA: “REFORMAS EN EL MODELO TERRITORIAL”. Cuenca, 19 y 20 de noviembre de 2020.

Las tradicionales jornadas organizadas por el Área de Derecho Constitucional de las Facultades de Ciencias Sociales y de la Comunicación de Cuenca, sufrieron este año un cambio en su ubicación temporal y en vez de celebrarse en marzo de 2020, fecha en la que se decretó el Estado de Alarma y la suspensión de todas las actividades docentes presenciales, fueron pospuestas a los días 19 y 20 de noviembre de 2020.

Se llevaron a cabo en una modalidad híbrida, en la que los directores, el Dr. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y la Dra. Ana M^a Valero Heredia, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, así como los secretarios, la Dra. M^a del Pilar Molero, Profesora Contratada Doctora de la UCLM y D. Alberto Campos Jiménez, Profesor asociado, se encontraban en el Salón de Actos de la Facultad de Ciencias Sociales; mientras que los ponentes y el alumnado seguían las mencionadas jornadas a través de la plataforma de Microsoft Teams. De este modo, la actividad complementaria ofrecida por el área de Derecho Constitucional y financiada por las Cortes de Castilla- La Mancha y en la que colaboran instituciones como el Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha, pudo desarrollarse con la misma calidad académica de siempre e igual interacción por parte de ponentes y asistentes.

Las Jornadas comenzaron con una ponencia de carácter general sobre el poder constituyente, la reforma constitucional y el principio democrático, a cargo del profesor Roberto Gargarella, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Torcuato di Tella y de la Universidad de Buenos Aires de Argentina. En la misma se establecieron las bases teórico-doctrinales del modelo territorial necesarias para el análisis del modelo territorial español.

Si bien es cierto que la reforma del modelo territorial español es un tema recurrente en los distintos foros y enseñanzas académicas vinculadas no solo al Derecho Constitucional sino al Derecho Público en general, no deja de ser una cuestión de plena vigencia incluso en este contexto de crisis sanitaria y económica que sufrimos. El modelo territorial “definido, pero inacabado” que nos legaron los constituyentes, continúa despertando numerosos interrogantes, por ejemplo,

en materia de igualdad. Por ello el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, D. Marc Carrillo centró su intervención en la necesidad de constitucionalizar la igualdad y las diferencias en el marco de la reforma territorial.

Aunque parezca paradójico, pues en un Estado Autonómico como el nuestro, el Poder Judicial es único, el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla- La Mancha, disertó sobre las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de justicia a la luz de los artículos 148 y 149 del texto constitucional; o sería más preciso decir, delimitó el concepto de administración de la administración de justicia en la que sí tienen competencias las Comunidades Autónomas. Analizó la cláusula subrogatoria conforme a las cuales, les corresponde a las Comunidades Autónomas ejercer *“las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado”* (art. 149.1.5 CE) y por tanto acotó las materias relativas al poder judicial en las que pueden intervenir y/o colaborar las Comunidades Autónomas.

Dada la complejidad e indefinición que encontramos en relación al modelo territorial de distribución del poder por el que optó la Constitución de 1978, en ciertos sectores doctrinales se considera que el Estado Autonómico español es prácticamente un Estado federal o debe al menos ir caminando hacia esa forma de Estado compuesto. A todas esas teorías y propuestas se refirió D. Víctor Javier Vázquez, Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla.

Sin lugar a dudas, son numerosas también las demandas para reformar la composición y el funcionamiento de la cámara de representación territorial en España, - el Senado-. Hasta el momento el sistema de elección empleado, prácticamente el mismo que en el Congreso, hacen de esta cámara alta una réplica de la baja, el Congreso de los Diputados, pero con unas funciones de menor relevancia que ésta. Es el bicameralismo imperfecto que preside el sistema español y que sólo podría cambiarse además de mediante una reforma constitucional, con una reforma del sistema electoral nacional. Las disfunciones del sistema proporcional D'Hont se irradian en el Senado, tal y como puso de manifiesto D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM.

Evidentemente no se podía profundizar en el análisis del modelo territorial español, sin hacer referencia a la norma institucional básica de las Comunidades Autónomas – El Estatuto de Autonomía- y particularmente al Estatuto de

Autonomía de Castilla- La Mancha. Este fue el tema elegido por el ponente D. Enrique Belda Pérez- Pedrero, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, quien circunscribió su intervención a las perspectivas de la reforma estatutaria en el ámbito de la crisis del Estado.

La reforma estatutaria también fue la materia abordada en la primera de las dos mesas redondas que integraban el programa, si bien en este caso los participantes eran los representantes de los grupos parlamentarios de las Cortes Regionales. D^a. Ana I. Abengozar Castillo, por el Grupo Parlamentario Socialista; D^a M^a Dolores Merino Chacón, por el Grupo Parlamentario Popular y D^a M^a del Carmen Picazo Pérez, por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos. La oportunidad de la reforma del Estatuto, las propuestas de cada uno de los grupos y la conveniencia de las mismas fueron el núcleo de las distintas intervenciones y del debate posterior, que fue moderado por D. Fco. Calvo Cirujano, Letrado de las Cortes de Castilla- La Mancha.

El cierre de las jornadas, tal y como viene siendo habitual, lo constituyó una mesa redonda integrada por profesionales de la comunicación que llevaba por título “Reformas en el modelo territorial y opinión pública”. Sus participantes fueron, D. Jesús Maraña Marco, director de Infolibre; D. Fco. Reig Cruañes, Profesor de la Facultad de Comunicación de Cuenca y D^a Carmen Sánchez Jara, Subdirectora de La Tribuna de Toledo. La moderación de la mesa corrió a cargo de D^a M^a Soledad Rodríguez Rivero, Secretaria General del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha.

III. ACTIVIDADES EN MATERIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

III.1. XX. JORNADAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UN SIGLO DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. Toledo, 11, 12 y 13 de noviembre.

La vigésima edición de las Jornadas de Justicia Constitucional, organizadas por el área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, se dedicaron en esta ocasión a conmemorar los cien años de existencia de los Tribunales Constitucionales en el ámbito europeo. En esta ocasión y como ha ocurrido con el resto de las actividades de formación desarrolladas durante el año 2020, las sesiones han tenido lugar a través de la plataforma de Microsoft Teams teniendo la acogida habitual entre los destinatarios de la misma.

Aunque el Tribunal de Garantías Constitucionales de la II. República española no fue el primer Tribunal Constitucional en Europa, sino la tercera experiencia del modelo de justicia constitucional concentrada ideado por Kelsen, fue el objeto de la primera ponencia a cargo del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y ex Magistrado del Tribunal Constitucional español, D. Manuel Aragón Reyes. Como puso de manifiesto el profesor Aragón y pese a que no puede infravalorarse la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales como el antecedente inmediato de nuestro actual Tribunal Constitucional, el mismo tuvo muchas “luces” y demasiadas “sombras”. Fue un Tribunal que ya nació con serias dificultades. Su elevado número de miembros, la escasa cualificación jurídica de los mismos, el contexto en el que comienza a funcionar, en pleno decadencia del gobierno de Azaña en 1933 y la consideración por parte de la ciudadanía de que no era sino el sustituto del Senado, cámara que había desaparecido en la Constitución de 1931, no son sino algunos de los obstáculos con los que se enfrentó este Tribunal. Todo ello unido, tal y como afirmó el ponente, a la atribución de competencias a este Tribunal de muy difícil encaje en un Tribunal Constitucional y a un convulso momento social y político que no favorecieron el desarrollo de esta experiencia de control de constitucionalidad en España.

La relación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria en perspectiva comparada fue el tema elegido para la disertación del ponente, el Magistrado del Tribunal Supremo español y catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado. Tal y como afirmó el profesor Espín, no sólo los Tribunales Constitucionales contribuyen a la evolución de la Constitución, vía interpretativa, sino también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por lo cual su labor no ha sido menos relevante en este ámbito desde la entrada en vigor de la actual Constitución en 1978, que la del Tribunal Constitucional para adaptar la Constitución a los parámetros actuales sin necesidad de reformar su texto escrito.

La jornada del primer día, miércoles 11 de noviembre, finalizó con la mesa redonda, moderada por la co-directora de las Jornadas, D^a M^a Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, que llevaba por título “Tribunales Constitucionales en los principales sistemas”. En ella se hizo referencia a la labor de los Tribunales Constitucionales en otros ordenamientos, como en Francia, Polonia o en el *sui generis* caso de México, por los profesores doctores; Guillaume Tusseau, Catedrático de Derecho Público en la Escuela de derecho de Sciences Po (Paris); Marta Kłopocka, Profesora en la Universidad de Wrocław (Polonia) y Wendy M. Jarquín, Investigadora en la Escuela Judicial Electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, respectivamente.

La sesión del jueves 12 de noviembre comenzó con la conferencia del Dr. Enrique Belda Pérez - Pedrero, Profesor Titular de la UCLM, sobre la provisión de magistraturas y la independencia del Tribunal Constitucional. Sin lugar a dudas, uno de los temas más debatidos en relación con la legitimidad de los Tribunales Constitucionales es precisamente que la elección de sus miembros se hace depender de órganos políticos, lo cual pudiera afectar o comprometer su independencia. El profesor Belda, después de la comparación del sistema actual de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional español con la forma de designación en otros Tribunales Constitucionales en Europa y fuera del viejo continente, realizó algunas propuestas en aras precisamente de garantizar la independencia de los magistrados en relación con los órganos que los eligen.

Esta cuestión también fue el núcleo de la ponencia de la Magistrada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, D^a Anamari Garro, considerándola como uno de los desafíos actuales de la jurisdicción constitucional costarricense.

Al igual que en la sesión anterior, puso el broche de oro a la jornada la Mesa Redonda que llevaba por título: "Retos de la justicia Constitucional", moderada por el co-director de estas Jornadas, D. Fco. Javier Díaz Revorio y en la que participaron los profesores D. Tomás Vidal Marín y D^a M^a José Majano Caño, de la Universidad de Castilla- La Mancha; D^a. Esther González Hernández y D. Francisco Jesús Terrassa Ortuño, de la Universidad Rey Juan Carlos y D^a Carmen Morte Gómez, letrada-jefe del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El último día de las jornadas se dedicó al estudio de los orígenes de la justicia constitucional en Latinoamérica, con la ponencia de D. Eduardo Ferrer MacGregor, Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y en Europa, analizando la evolución de las funciones de los Tribunales Constitucionales desde Kelsen y el Tribunal Constitucional austriaco hasta la actualidad, labor esta última que correspondió el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III y ex magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, D. Luis López Guerra.

El cierre de esta vigésima edición de las Jornadas le correspondió a D^a Silvia Bagni, profesora de Derecho Público Comparado en la Universidad de Bologna, quien realizó una revisión de los modelos de justicia constitucional existentes desde una visión renovadora y rupturista.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
AUTONÓMICO Y PARLAMENTARIO.

Dra. M^a Elena Rebato Peño

RESUMEN

Esta reseña recoge las principales actividades académicas de Derecho Público desarrolladas en la UCLM durante 2020.

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 2020. 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 VERSUS DERECHO A LA PROPIA IMAGEN:
COMENTARIO A LA STC 27/2020, DE 24 DE FEBRERO**

**FREEDOM OF INFORMATION VERSUS THE RIGHT TO IMAGE:
COMMENT TO THE STC 27/2020, 24 OF FEBRUARY**

Tomás Vidal Marín

Prof. Titular de Derecho Constitucional UCLM

Recibido: 28-02-2021

Aceptado: 01-04-2021

El objeto del presente comentario lo constituye la STC 27/2020 en la que el Tribunal resuelve el amparo promovido por la Opinión de Zamora contra la sentencia del Tribunal Supremo nº 91/2017 por considerar que esta última ha vulnerado su derecho a comunicar libremente información veraz reconocido en el art. 20.1 de la Constitución.

Los hechos que dieron lugar a este litigio pueden resumirse así: el 8 de julio de 2013, en la edición en papel y digital del diario “La opinión-el correo de Zamora” se publicó un reportaje con el título “Un hombre muere en Zamora al dispararse después de herir a su hermano de otro tiro”. En este reportaje se narra un suceso ocurrido el 7 de julio en el domicilio familiar de I.I.L consistente en el suicidio de su hermano tras haber disparado previamente contra él con un arma, consecuencia de lo cual resultó lesionado. En la edición en papel del precitado Diario, se incluyeron fotografías de I.I.L. y de su hermano obtenidas de la red social Facebook sin el consentimiento de aquel, acompañadas del siguiente texto escrito: *“A la izquierda, imagen del fallecido (A.I.L.) que hirió a su hermano (I.I.L.) y se pegó un tiro a continuación en una imagen colgada por él en un portal de Internet. A la derecha, el hermano herido en una foto de su perfil en Facebook”*. A resultas de esta publicación, el señor I.I.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra La Opinión de Zamora, S.A., por considerar que la publicación del reportaje había supuesto una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen y en su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar; derechos ambos reconocidos en el artículo 18.1 CE.

En definitiva, en el presente supuesto el alto Tribunal se enfrenta a un problema de colisión entre dos derechos fundamentales, tales como el derecho a comunicar libremente información veraz del medio de comunicación (art. 20.1 CE) y el derecho a la propia imagen de I.I.L. (art. 18.1 CE).

Comienza el TC haciendo una exposición acerca de su doctrina jurisprudencial sobre la colisión entre los referidos derechos fundamentales. Y para ello lleva a cabo, previamente, una delimitación del derecho a la propia imagen, resaltando tanto la dimensión negativa como la dimensión positiva de este derecho fundamental. En este sentido dirá: *“(...) el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) como concreción del más amplio derecho a la dignidad de la persona, está dirigido a proteger su vida privada y familiar, lo que engloba su dimensión moral y también social, atribuyéndole dos facultades primordialmente: la de decidir qué información gráfica formada por sus rasgos físicos puede tener difusión pública y, la segunda, la de impedir la captación, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de cualquier persona no autorizada fuera de la que fue-”*

se la finalidad perseguida por esta(...)". Y puesto que la imagen es la apariencia física de la persona o, lo que es lo mismo, la representación o reproducción de la figura humana de forma visible y reconocible, la protección de este derecho fundamental requiere la prestación del correspondiente consentimiento para llevar a cabo tales acciones. “*(...) hemos de volver a insistir en que el aspecto físico, en tanto que instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como persona, constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo (...). Esto significa que la regla primera para lograr la protección de este derecho fundamental consiste en que, para poder captar, reproducir y/o publicar la imagen de una persona es indispensable su consentimiento inequívoco, siendo excepcionales los supuestos en los que no se requiere dicha autorización y que aparecen contemplados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (...)"*”.

Y puesto que este derecho fundamental a la propia imagen otorga a su titular la potestad de decidir si publica o no su imagen, también las llamadas fotografías neutrales estarían amparadas por la protección que la Constitución otorga al referido derecho fundamental; fotografías neutrales que son esas fotografías que solo muestran la figura de una persona de modo reconocible, sin que las mismas muestren información sobre la vida privada o familiar del fotografiado. Es de esta forma, en definitiva, como el TC destaca nuevamente el carácter autónomo del derecho a la propia imagen respecto del derecho a la intimidad y el derecho al honor. Por utilizar las palabras del más alto de nuestros Tribunales: “*Lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana*”.

A partir de aquí, el TC reproduce su doctrina sobre los criterios a tener en cuenta a la hora de resolver el conflicto entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen. Reproduce su doctrina por lo que nada nuevo bajo el sol. En este sentido, y habida cuenta de la importancia de la libertad de información en un sistema democrático, la misma ostentará una posición preferente sobre este derecho fundamental de la personalidad siempre y cuando la misma tenga por finalidad colmar el interés público y sea veraz. “(...) el derecho fundamen-

tal a la propia imagen no es un derecho absoluto e incondicionado. Existen circunstancias que pueden determinar que la regla general, conforme a la cual es al titular de este derecho a quien en principio corresponde decidir si permite o no la captación por un tercero, ceda a favor de otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos. Esto ocurrirá en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente sobre el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen. Esto quiere decir que cuando el derecho a la propia imagen entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, particularmente las libertades de expresión e información (art. 20.1 a) y d) CE) deberán ponderarse los diferentes intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección (...). Dicho de otra manera, para indagar si en un caso concreto el derecho de información debe prevalecer será preciso y necesario constatar, con carácter previo, la relevancia pública de la información ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada y la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidos en esa información. Sin haber constatado previamente la concurrencia o no de estas circunstancias no 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. Solo tras indagar si la información publicada está especialmente protegida sería procedente entrar en el análisis de otros derechos – como el derecho a la intimidad o al honor-, cuya lesión, de existir, solo deberá ser objeto de protección en la medida en que no esté justificada por la prevalencia de la libertad de información, de acuerdo a la posición preferente que por su valor institucional ha de concederse a esa libertad". Y añade a renglón seguido el TC para aclarar lo afirmado: "Por consiguiente, el valor preferente del derecho de información no significa dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que ha de sacrificarse solo en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática, como establece el artículo 20.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cuando el ejercicio del derecho de información no exija necesariamente el sacrificio de los derechos de otro, pueden constituir un ilícito las informaciones lesivas de esos derechos (...). Como es fácilmente deducible, esto ocurre no solo en su confrontación con los derechos al honor y a la intimidad, sino también con el derecho fundamental a la propia imagen, por ejemplo, en aquellos casos en los que en la información se difundan fotografías o videoclips que solo puedan entenderse como meros instrumentos de satisfacción de la curiosidad ajena y hayan sido incluidos no con una función informativa, sino con la finalidad de saciar la expectación que, en aquellos términos, puede levantar una determinada noticia".

Es, pues, el interés público de la información, del reportaje gráfico o de las fotografías captadas el que justifica la posible afectación del derecho a la propia imagen porque de esa forma se estará contribuyendo a la formación de la opinión pública. Como afirma el alto Tribunal: *“La protección del derecho a la imagen cede, por tanto, en aquellos casos en los que la publicación de la imagen, por si misma o en relación con la información escrita a la que acompaña, posea interés público, es decir, contribuya a la formación de la opinión pública. En las SSTC 176/2013, 19/2014 y 18/2015, de 16 de febrero, se declara que, más allá de la condición de personaje público de la persona fotografiada y del lugar también público en el que puedan ser tomadas las imágenes, cuando estas ser refieren a la vida privada del titular del derecho fundamental y, por tanto, carentes de relevancia pública, el derecho a la propia imagen debe seguir gozando de la protección preponderante que le dispensa la Constitución española”*. Y para apoyar sus consideraciones, el TC tiene en cuenta la jurisprudencia establecida a estos efectos por el TEDH. En este sentido, cita la SSTEDH asunto Couderc Hauchette Filipacchi contra Francia, de 10 de noviembre de 2015; asunto Axel Springer AG contra Alemania y asunto von Hannover contra Alemania, ambas de 7 de febrero de 2012.

Y añadirá el alto Tribunal: “(…) el derecho a la imagen deberá sacrificarse en aquellos casos en los que, aun sin su consentimiento, se capta reproduce o publica un documento gráfico en el que la persona aparezca -de manera no accesoria- en relación con un acontecimiento público que posea el rasgo de noticiable, especialmente si es en el ámbito por el que es conocida para el público, es decir, relacionado con su cargo o profesión de notoriedad. Subrayemos, en consecuencia, que el carácter noticiable de la información se erige, por tanto, en el criterio fundamental y decisivo que hará ceder un derecho público subjetivo como el derecho a la imagen que se funda en valores como la dignidad humana (...). El Tribunal ha interpretado que el derecho a la información no ocupa una posición prevalente respecto del derecho a la imagen, solo se antepone a este último tras apreciar el interés social de la información publicada como fin constitucionalmente legítimo. Por ello recibe una especial protección constitucional la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública, requisito este que deriva tanto del contenido como de la finalidad misma del derecho reconocido en el art. 20.1 d) CE, de manera que el derecho a comunicar y a emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercente de modo desmesurado y exorbitante al

fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección (...). En este sentido, los criterios de exclusión de la ilicitud en la intromisión contenidos en el art. 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982 relativos a la publicación de las imágenes de personajes públicos tomadas en lugares públicos solo deben aplicarse cuando la información transmitida posea relevancia por contribuir a la formación de la opinión pública o a un debate de interés general, lo que sucede (...) cuando la imagen versa 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, pero no concurre cuando tan sólo está dirigida a suscitar o satisfacer la curiosidad ajena por conocer el aspecto físico de otros o con lo que a juicio de ciertos medios pueda resultar noticioso en un momento determinado (...). Por ello, debe concluirse que, una vez descartado el interés público del reportaje, es irrelevante (...) la proyección pública del personaje o la circunstancia de que las imágenes se capten incluso en un lugar abierto al uso público. Dichas circunstancias, por sí solas, no justifican la difusión de cualquier imagen”.

Y para aclarar lo ahora expuesto, añade el Tribunal que “*es obvio que el interés público informativo que puede tener un suceso o acontecimiento público protagonizado por una persona con notoriedad o proyección pública justifica que el derecho a la propia imagen deba ceder frente al ejercicio del derecho a la información. En tal supuesto la imagen del personaje público está ligado estrechamente a la noticia que protagoniza. Puede incluso suceder que la noticia sea gráfica, es decir, que sea la imagen captada en ese lugar o acto público la que tenga la naturaleza de noticiable, no siendo un mero acompañamiento de la noticia escrita. Al contrario, la imagen de un particular anónimo o desconocido, o lo que es lo mismo, que no ejerce cargo público o una profesión de notoriedad, por más que sea captada en un lugar público no puede utilizarse sin su expreso consentimiento, salvo en dos supuestos. En primer lugar, aquel en el que la persona aparezca en la fotografía de manera meramente accesoria e intrascendente, sin protagonismo alguno. En segundo término, en el caso de que la participación en el acontecimiento noticiable de la persona inicialmente anónima fuera principal o protagonista, en cuyo caso su derecho fundamental a la imagen deberá ceder frente al derecho a la información, precisamente debido al papel no accesorio que ha asumido el propio sujeto*”.

Expuesta de esta forma la delimitación de la protección que nuestro ordenamiento jurídico constitucional otorga al derecho a la propia imagen, el Tribunal dedica unas líneas al uso de imágenes procedentes de redes sociales y cuyo uso no ha sido autorizado por su titular. Y esto no puede resultar extraño si tenemos en cuenta que, en el supuesto aquí enjuiciado, la supuesta intromisión se produ-

ce por la utilización de una foto del Facebook de la víctima de un suceso de relevancia pública, tal y como hemos puesto ya de manifiesto.

A este respecto comienza el Tribunal destacando la forma en que han proliferado las redes sociales como consecuencia del cada vez mayor uso de las mismas por parte de los ciudadanos; ciudadanos usuarios que, si bien en un principio se limitaban a recibir información a través de ellas, ahora interactúan unos con otros compartiendo fotografías, datos, informaciones propias, opiniones, etc. *“El aumento de la popularidad de las redes sociales ha transcurrido en paralelo al incremento de los niveles de intercambio de contenidos a través de la red. De este modo, los usuarios han pasado de una etapa en la que eran considerados meros consumidores de contenidos creados por terceros, a otra- la actual- en la que los contenidos son producidos por ellos mismos. Con plataformas como Facebook, Twitter, Instagram o Tuenti, por citar solo algunas, los usuarios (porque jurídicamente ostentan tal condición) se han convertido en sujetos colaborativos, ciudadanos que interactúan y que ponen en común en redes de confianza lo que tiene, lo que saben o lo que hacen, y que comparten con un grupo más o menos numeroso de destinatarios -usuarios igualmente de las redes sociales en Internet- todo tipo de imágenes, información, datos y opiniones, ya sean propios o ajenos”*.

El uso tan elevado de estas redes sociales y lo que las mismas comportan han venido a complicar y a añadir nuevos problemas en lo que a la protección de los derechos fundamentales de la personalidad se refiere, y en concreto, por lo que ahora interesa, en relación con el derecho a la propia imagen. Y entre dichos problemas destaca la pérdida de control de la información, datos y fotografías suministradas por el propio usuario. Afirma el Tribunal: *“(...) en Facebook, la persona, al registrarse como usuario no solo informa de su nombre y apellidos, sino en ocasiones también de su edad, dirección electrónica, estado civil, domicilio, intereses y preferencias, incluyendo en la mayoría de los casos fotografías y videos de carácter personal o familiar, comentarios, estados de ánimo e incluso ideologías. A ello hay que añadir que la utilización de esta red social no solo da acceso a la información ofrecida por cada usuario, sino también a la de sus contactos. Es obvio entonces que el usuario de la red social, solo por el hecho de serlo, puede verse abocado a perder el poder de decisión acerca de qué, cómo, dónde y cuándo desea que se difundan sus datos de carácter personal (entre los que debemos incluir la imagen)”*.

Pero esta realidad no puede conllevar que los usuarios de las nuevas tecnologías de la información y comunicación hayan perdido su esfera de vida privada y, en consecuencia, que aparezcan huérfanos de estos derechos fundamentales. Como con acierto señala el más alto de nuestros Tribunales: *“Pero el hecho de que*

circulen datos privados por las redes sociales en Internet no significa de manera más absoluta (...) que lo privado se haya tornado público, puesto que el entorno digital no es equiparable al concepto de lugar público del que habla la Ley Orgánica 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE". Y concluye el Tribunal: "Aunque los riesgos de intromisión hayan aumentado exponencialmente con el uso masivo de las redes sociales, para ahuyentártolos debemos seguir partiendo del mismo principio básico que rige el entorno analógico y afirmar que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprendidos en el artículo 18 CE conlleva la potestad de la persona de controlar los datos que circulan en la red social y que le conciernen. Por consiguiente, reiteramos que, salvo que concurra una autorización inequívoca para la captación, reproducción o publicación de la imagen por parte de su titular, la injerencia en el derecho fundamental a la propia imagen debe necesariamente estar justificada por el interés público preponderante en tener acceso a ella y en divulgarla".

Asimismo, el TC considera que del hecho de compartir una fotografía en una red social no se deduce que el usuario determinado esté prestando su consentimiento de modo tácito para la utilización de aquella por parte de terceros. Por el contrario, el titular del derecho debe autorizar el concreto acto de utilización de su imagen y los fines para los que la otorga. *"El consentimiento prestado, por ejemplo, para la captación de la imagen no se extiende a otros actos posteriores, como por ejemplo su publicación o difusión. De la misma manera debe entenderse que la autorización de una concreta publicación no se extiende a otras, ya tengan la misma o diversa finalidad que la primigenia. Tampoco el permiso de uso otorgado a una persona determinada se extiende a otros posibles destinatarios. En definitiva, hay que entender que no puede reputarse como consentimiento indefinido y vinculante aquel que se prestó inicialmente para una ocasión o con una finalidad determinada. Por ello, el usuario de Facebook que sube, cuelga o, en suma, exhibe una imagen para que puedan observarla otros, tan solo consiente en ser observado en el lugar que él ha elegido (perfil, muro, etc.)".*

Y es la finalidad de las redes sociales: facilitar y potenciar las relaciones personales entre los usuarios que la componen, lo que lleva al Tribunal a rechazar también la aplicación en estos supuestos de la doctrina de los actos propios a los que se refiere el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982 al disponer que la protección civil del derecho a la propia imagen queda delimitada por los usos sociales atendiendo ámbito que, por sus propios cauces, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. En palabras del TC: *"A este supuesto no puede aplicarse la doctrina de los actos propios, que tiene su fundamento en la protección de*

la confianza y en el principio de la buena fe que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables en el comportamiento ajeno. De conformidad con el comportamiento usual de los usuarios en las redes sociales en Internet y especialmente en aquellas como Facebook, no puede afirmarse que d. I.I.L. con la publicación de una fotografía suya en su perfil estuviera creando en la editora demandante de amparo (o cualquier otro medio de prensa) la confianza de que autorizaba su reproducción en el periódico como víctima de un suceso, como tampoco puede afirmarse que haya sido el comportamiento voluntario de d. I.I.L. el factor que haya podido inducir a la demandante de amparo a obrar en tal sentido, pues ningún tipo de relación personal existe entre ambos a raíz de la utilización de la red social”.

En fin, en el momento de la inscripción y registro en Facebook se formaliza un contrato electrónico puro. Con esto lo que quiere poner de manifiesto el TC es que en este tipo de contratación es difícil saber si estamos en presencia de una adecuada manifestación de voluntad, libre, inequívoca y específica así como informada, a través de la cual el usuario está consintiendo de manera indiscriminada el tratamiento de su imagen por cualquiera que pueda tener acceso a ella.

En definitiva, pues, y a tenor de los expuesto en las líneas que nos preceden, el Tribunal considera que no hay consentimiento por parte de d. I.I.L. para que terceros utilicen su imagen por el hecho de haber subido una fotografía en Facebook, pues lo que hizo el precitado señor fue consentir que su imagen fuera contemplada en un espacio de interacción social; espacios estos que no tienen la consideración de lugares abiertos al público a los que se refiere la Ley Orgánica 1/1982. Estamos, por tanto, en un supuesto en que la imagen de un simple particular se reproduce sin su consentimiento con ocasión de un suceso que tiene interés público y en el que se ve involucrado: víctima del intento de su hermano de matarlo y posterior suicidio de este, por lo que a lo que hay que dar respuesta es si la reproducción de su imagen captada de una red social sin su consentimiento constituye una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la propia imagen reconocido en el art. 18 de la CE.

A este respecto el Tribunal considerará que los acaecimientos que tiene relevancia penal son acaecimientos noticiales, independientemente de la naturaleza pública o privada que en ellos intervenga. Ahora bien, la línea roja que no se puede traspasar es la de individualizar a la víctima, puesto que ello constituye un dato que carece de relevancia para la información que se transmite, esto es, la individualización de la víctima carece por completo de relevancia pública. Así afirmará el Tribunal: “(...) ninguna duda hay en orden a la conveniencia de que la

comunidad sea informada sobre sucesos de relevancia penal y ello con independencia de la condición de sujeto privado de la persona o personas afectadas por la noticia (...), pero no cabe decir lo mismo en cuanto a la individualización, directa o indirecta, de quienes son víctimas de los mismos, salvo que hayan permitido o facilitado tal conocimiento general. Así se afirma que, en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos tan relevantes sobre su vida privada cuyo conocimiento es trivial e indiferente para el interés público. Porque es notorio que la identificación de la víctima de la agresión fue, en el sentido más propio de las palabras, irrelevante a efectos de la de la información que se quiso transmitir” Argumentación esta que la apoya el TC en la jurisprudencia del TEDH, en concreto en la establecida en la sentencia Sciacca contra Italia, de 11 de enero de 2005, en la que el Tribunal de Estrasburgo manifestó que “*la noción de vida privada comprende elementos que se refieren a su derecho a la imagen y que la publicación de una foto afecta a la vida privada, (...) existe una zona de interacción entre el individuo y terceras personas que, incluso en un contexto público, puede depender de la vida privada. El carácter de persona ordinaria de la presente demandante restringe en este caso esta zona de interacción que, por otro lado, no podría ampliarse en este caso por el hecho de que la demandante fuera objeto de diligencias penales”*”.

En consecuencia, en el presente supuesto no podría otorgársele preferencia a la libertad de información sobre el derecho fundamental a la propia imagen, puesto que la imagen exhibida a través de una fotografía de la víctima no era necesaria para la transmisión de la información.

De lo expuesto ahora se deduce que para el TC el carácter público o noticiable de una información no transforma en noticiable o de interés público la imagen de la persona que en ella interviene. “*La publicación de una fotografía supone una mayor intromisión en el derecho a la privacidad de la persona, pues muestra al público sus rasgos haciéndola identificable. Con el texto, por el contrario, simplemente se relatan los hechos, pero no se permite la identificación física de la misma. Ciertamente se trataba de un suceso con relevancia general, pero don I.I.L. hasta el momento en el que acaecieron los hechos de los que fue víctima, era una persona anónima y fue precisamente la difusión de su imagen la que le transformó momentáneamente en persona pública plenamente identificado, aunque su imagen carecía de todo interés general informativo, por lo que tampoco puede apreciarse su condición de accesoria a la que se refiere el art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982 a los efectos de justificar constitucionalmente su publicación no autorizada (...). Rectamente entendida, dicha excepción legal está prevista para aquellos sujetos particulares cuya imagen aparece secun-*

dariamente en una fotografía o grabación cuyo objeto principal es otro (...). Así puede afirmarse que las imágenes de los simples particulares solo pueden aparecer accesoriamente en la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, salvo que su participación en el acontecimiento noticiable hubiera sido principal y no meramente accesoria y además cuando dicha participación hubiera sido voluntaria. De este modo, quien libremente se proyecta en un espacio y lugar públicos como partícipe principal de un hecho noticiable ha de estar, como expresamente establece la Ley Orgánica 1/1982, a sus propios actos (art. 2) , pues debe entenderse que está prestando, en tal sentido, su consentimiento a la confrontación de tales actos por la opinión pública, que conserva su derecho a recibir información veraz sobre ellos, información que resultaría cuando menos distorsionada si se ofreciera sin unos de sus elementos significativos ”.

En el supuesto enjuiciado, sin embargo, la Opinión de Zamora publica una fotografía de d. I.I.L. que permitía la plena identificación de este; identificación facilitada, asimismo, por la publicación de diferentes datos personales de las personas implicadas en el acontecimiento, de tal forma que la imagen objeto de publicación adquirió relevancia en relación con el texto escrito, sin que se tratase de una imagen secundaria. La fotografía, extraída de Facebook, no guardaba relación con el acaecimiento de relevancia pública sobre el que se informaba, por lo que devenía innecesaria la publicación de la misma al no contribuir a la formación de una opinión pública libre.

A tenor de todas estas consideraciones no puede resultar extraño que el TC considerara que el medio de comunicación se excedió en el ejercicio del derecho a la libertad de información, constituyendo la publicación de una fotografía de la víctima del delito al que hacía referencia la noticia, sin su autorización, una conculcación de su derecho fundamental a la propia imagen.

RESUMEN

El objeto de este comentario lo constituye la STC 27/2020 en la cual el TC resuelve el conflicto entre la libertad de información del artículo 20 CE y el derecho a la propia imagen del artículo 18.1 CE. La fotografía, extraída de Facebook, no guardaba relación con el acaecimiento de relevancia pública sobre el que se informaba, por lo que devía innecesaria la publicación de la misma al no contribuir a la formación de una opinión pública libre. En consecuencia, el derecho a la propia imagen debe prevalecer sobre la libertad de información.

ABSTRACT

The object of this comment is STC 27/2020 in which the TC resolves the conflict between freedom of information (art. 20 CE) and the right to image (art. 18.1 CE). The photograph, taken from Facebook, was not related to the event of public relevance that was reported, so its publication became unnecessary as it did not contribute to the formation of a free public opinion. Consequently, the right to image must prevail over freedom of information.

PALABRAS CLAVE

Libertad de información, derecho a la propia imagen, Facebook.

KEY WORDS

Freedom for information, right to image, Facebook.

V. NUEVO DERECHO TRANVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

SUMARIO

- **Francisco José Sierra Fernández:** “*El Estado de Alarma y el derecho a la información accesible a las personas sordas*”.

**EL ESTADO DE ALARMA Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN
ACCESIBLE DE LAS PERSONAS SORDAS**

**THE STATE OF ALARM AND THE RIGHT TO ACCESSIBLE
INFORMATION OF DEAF PEOPLE**

Recibido: 10-02-2021

Aceptado: 15-04-2021

Francisco José Sierra Fernández
*es Licenciado en Derecho, en Ciencias Políticas y Sociología
y Técnico Superior en Interpretación de Lengua de Signos*

INDICE

1. Introducción. El Estado de Alarma. Regulación.

2. Situación de ausencia del intérprete de la lengua de signos en los mensajes institucionales en los primeros días del Estado de Alarma.

3. La Ley 27/2007, de 23 de octubre como figura legal del reconocimiento de la lengua de signos en España.

3.1. Regulación de la lengua de signos a través de la Ley 27/2007, de 23 de octubre.

3.2. El derecho a la información como derecho fundamental de las personas sordas usuarias de la lengua de signos.

4. La inaplicación en la práctica del art. 14.6 de la Ley 27/2007, de 23 de octubre. Análisis.

4.1. La materia relativa al derecho a la información en lengua de signos durante el Estado de Alarma, ¿es susceptible de regulación como Ley Orgánica?.

4.2. La protección del derecho a la información a través de los medios de comunicación como un derecho fundamental.

5. La afectación a otro derecho fundamental: la participación de los ciudadanos.

6. Conclusiones.

6.1. Mayor protección jurídica del derecho a la información de las personas sordas usuarias de la lengua de signos.

6.2 El papel de las Televisiones Pùblicas y Privadas como garantía de cobertura razonable en la accesibilidad de la información a las personas sordas usuarias de la lengua de signos.

6.3. El Papel del Estado Social y Democrático de Derecho como garante de la accesibilidad de las personas sordas usuarias de la lengua de signos.

6.4 Garantía con regulación con rango de Ley Orgánica del derecho a la información de las personas sordas usuarias de la lengua de signos durante los estados de alarma, excepción y sitio.

1. Introducción. El Estado de Alarma. Regulación.

El sábado 14 de marzo de 2.020, el Consejo de Ministros declaró el estado de alarma a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE 14-III-2021, núm. 67), en adelante Real Decreto de declaración del estado de alarma, para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. El Real Decreto de declaración de estado de alarma fue publicado y entró en vigor ese mismo día. Además de esta declaración de estado de alarma, sólo existe un antecedente de declaración de estado de alarma, durante la vigencia de la Constitución Española de 1.978, la promulgada por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre (BOE 4-XII-2010, núm.295) por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del transporte aéreo ante la huelga de los controladores, y con posterioridad, el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre (BOE 18-XII-2010, núm.307), que lo prorrogó. Tales Reales Decretos, fueron dictados al amparo del art. 116.2 de la Constitución¹ de 1.978, y como aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio (BOE 5-VI-1981, núm. 134), de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante Ley Orgánica 4/1981). Para el estado de alarma, la Ley Orgánica 4/81, en su art. 4.b)², incluye de manera expresa, las crisis sanitarias, epidemias y situaciones de contaminación graves. El propio Preámbulo³ del Real Decreto de declaración del estado de alarma hace referencia a la declaración de emergencia internacional por pandemia formulada desde la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2.020, para justificar la declaración del estado de alarma.

1 Art. 116.2 de la Constitución: “*El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración*”

2 Art. 4.b) de la L.O. 4/81: “*Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves*”

3 Preámbulo del RD 463/2020, de 14 de marzo: “*La Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos*”.

2. Ausencia del intérprete de la lengua de signos en los mensajes institucionales en los primeros días del Estado de Alarma.

En la línea de aportar más reflexiones a esta situación tan excepcional vivida con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19, el mecanismo del estado de alarma no se había puesto en marcha durante la vigencia de la Constitución Española de 1.978, a excepción del episodio de la huelga de controladores aéreos de diciembre de 2.010, regulado por RD 1673/2020 y 1717/2010, y con mucho menos alcance territorial por tratarse de una situación sectorial del transporte aéreo. Por el contrario, la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, tuvo un alcance global, de carácter transversal, y no dispuso desde el primer día que fue decretada, 14 de marzo de 2.020, de la presencia de un intérprete de lengua de signos en las emisiones de los mensajes institucionales emitidos desde las televisiones, destinado a facilitar la comprensión de las personas sordas que utilizan dicha lengua en el acceso a la información en las múltiples ruedas de prensa y comparecencias de los miembros del Gobierno, que fueron emitidas por todas las televisiones públicas y privadas. Todo ello, a pesar del impacto en la sociedad de dicha crisis sanitaria y la trascendencia que dicha información tiene para toda la población, incluida la población sorda en España, en aquellas medidas de contención, información y precaución que los medios de comunicación transmitían en esos momentos.

Una muestra de ello es la nota de prensa⁴ que el Real Patronato sobre Discapacidad, organismo oficial adscrito al Ministerio de Derechos Sociales emite instando a que todas las cadenas de televisión y demás medios fueran conscientes de la utilización de herramientas de comunicación eficaces, con el fin de garantizar el acceso al mensaje a todas las personas sordas, e incluso ofreciendo a entidades insertas en el Real Patronato, como el Centro de Normalización Lingüística de la Lengua de Signos Española, (CNLSE), para que en el cumplimiento de sus funciones, pudieran asesorar a los medios de comunicación en materia de lengua de signos española, en una prueba evidente, de que transcurridos cuatro días de la vigencia del estado de alarma, las televisiones no estaban emitiendo los mensajes institucionales en materia de crisis sanitaria COVID-19, y al que dicho Organismo Autónomo de la Administración, desde el ejercicio de sus competencias de asesoramiento en materia de discapacidad, de manera subliminal, querían poner en evidencia. Por otro lado, la presión social ejercida por las organizaciones de personas sordas, especialmente la más representativa, la Confederación Esta-

4 Nota de prensa del Real Patronato sobre Discapacidad de 17 de marzo de 2.020: Enlace web: https://www.cnlse.es/sites/default/files/COVID_Accesibilidad_Noticia%20DEF%202017_03_2020.pdf (fecha de consulta 20 de febrero de 2.020).

tal de personas sordas, (en adelante CNSE), obtuvo como respuesta más inmediata, que el Canal 24 Horas de Televisión Española⁵, unos días después del 14 de marzo de 2020, aumentara dentro de su programación, la presencia de un intérprete de lengua de signos, en los informativos de las nueve de la noche y los fines de semana.

3. La Ley 27/2007, de 23 de octubre como figura legal del reconocimiento de la lengua de signos en España.

3.1 Regulación de la lengua de signos a través de la Ley 27/2007, de 23 de octubre.

A este respecto, la Ley 27/2007, de 23 de octubre, (BOE 24-X-2007, núm.255) por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, en adelante Ley 27/2007, dispone en su art. 14.⁶ de la Ley 27/2007, que los mensajes institucionales y relativos a las declaraciones del estado de alarma, excepción y sitio deberán ser plenamente accesibles a todas las personas sordas. Sin embargo, la realidad de los hechos, es que hasta más de cuatro días después de decretado el estado de alarma, el Gobierno no puso a disposición de las televisiones de un servicio de interpretación a la lengua de signos que facilitará la información, imprescindible por otra parte, sobre la crisis sanitaria COVID-19.

El art.14 Ley 27/2007, de 23 de octubre⁷, se refiere a la accesibilidad de los

5 Nota de prensa del Servicio de Información sobre Discapacidad (SID) de la Universidad de Salamanca: Enlace web: <https://sid-inico.usal.es/noticias/el-canal-24-horas-de-tve-duplica-sus-emisiones-en-lengua-de-signos/> (fecha de consulta 20 de febrero de 2020).

6 Art. 14.6 de la Ley 27/2007: “*Los mensajes relativos a la declaración de estados de alarma, excepción y sitio, así como los mensajes institucionales deberán ser plenamente accesibles a todas las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas*”.

7 Art. 14 de la Ley 27/2007, de 23 octubre: “*Medios de comunicación social, telecomunicaciones y sociedad de la información. 1. Los poderes públicos garantizarán las medidas necesarias para que los medios de comunicación social, de conformidad con lo previsto en su regulación específica, sean accesibles a las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas mediante la incorporación de las lenguas de signos españolas. 2. Asimismo, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para que las campañas de publicidad institucional y los distintos soportes audiovisuales en los que éstas se pongan a disposición del público sean accesibles a estas personas. 3. Se establecerán las medidas necesarias para incentivar el acceso a las telecomunicaciones en lenguas de signos españolas. 4. Las páginas y portales de Internet de titularidad pública o financiados con fondos públicos se adaptarán a los estándares esta-*

medios de comunicación social, mediante la incorporación de la lengua de signos, en clara referencia a la interpretación como recurso necesario para dicho fin e incluyendo la presencia del servicio de interpretación en eventos de trascendencia organizados por entidades públicas, y sobre todo, lo dispuesto en su apartado sexto, relativo a la declaración de estado de alarma, excepción y sitio.

3.2 El derecho a la información como derecho fundamental de las personas sordas usuarias de la lengua de signos.

La interrelación entre el servicio de intérpretes de lengua de signos y varios derechos fundamentales de las personas sordas es más que evidente, y con ello, la configuración de dicho servicio como garantía para la accesibilidad de las personas sordas es consustancial a la hora de proteger y promocionar la lengua de signos bajo la aplicación del art. 9.2 de la Constitución⁸, como desarrollo del principio de igualdad efectiva entre ciudadanos a través de las medidas de acción positiva que supone el servicio de interpretación. Sin duda queda claro que el mandato legal de la Ley 27/2007, junto con la Ley 7/2010, de 31 de marzo, (BOE 1-IV-2010, núm. 79), general de la comunicación audiovisual, que ordena a los poderes públicos, en su art. 8⁹, hacer posible la accesibilidad a las personas

blecidos en cada momento por las autoridades competentes para lograr su accesibilidad a las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas mediante la puesta a disposición dentro de las mismas de los correspondientes sistemas de acceso a la información en la lengua correspondiente a su ámbito lingüístico. 5. Cuando las Administraciones Públicas promuevan o subvencionen Congresos, Jornadas, Simposios y Seminarios en los que participen personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, facilitarán su accesibilidad mediante la prestación de servicios de intérpretes en lengua de signos española y/o en las lenguas de signos propias de las comunidades autónomas si las hubiera, previa solicitud de los interesados. 6. Los mensajes relativos a la declaración de estados de alarma, excepción y sitio, así como los mensajes institucionales deberán ser plenamente accesibles a todas las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas”.

8 Art. 9.2 de la Constitución: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

9 Art. 8 de la Ley /2010, de 31 de marzo: “1. Las personas con discapacidad visual o auditiva tienen el derecho a una accesibilidad universal a la comunicación audiovisual, de acuerdo con las posibilidades tecnológicas.

2. Las personas con discapacidad auditiva tienen el derecho a que la comunicación audiovisual televisiva, en abierto y cobertura estatal o autonómica, substituye el 75% de los programas y cuente al menos con dos horas a la semana de interpretación con lengua de signos.

3. Las personas con discapacidad visual tienen el derecho a que la comunicación audiovisual televisiva, en abierto y cobertura estatal o autonómica, cuente al menos con dos horas audiodescritas a la semana.

4. Los poderes públicos y los prestadores fomentarán el disfrute pleno de la comunicación audiovisual para las personas con discapacidad y el uso de buenas prácticas que evite cualquier discriminación o

con discapacidad, y más concretamente a las personas sordas a través de la lengua de signos en sus contenidos televisivos, suponen dos leyes que sancionan la especial importancia de la promoción de la accesibilidad y la presencia de la lengua de signos por parte de los poderes públicos. Añadiendo más reflexiones a este respecto, el reciente Estado de Alarma decretado por el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, sobre crisis sanitaria del COVID-19, no dispuso la trasposición de ese mandato orientado a hacer accesible la información a las personas sordas en las múltiples ruedas de prensa y comparecencias de miembros del Gobierno, de tal manera que la presencia de intérpretes de lengua de signos pudiera facilitar que los mensajes institucionales que se dirigieron a la población resultaran accesibles a las personas sordas en cumplimiento del art. 14.6 de la Ley 27/2007, hasta el cuarto día del Estado de Alarma, cuatro días en que se sustrajo la posibilidad de acceder a la información institucional a las personas sordas usuarias de la lengua de signos.

4. La inaplicación en la práctica del art. 14.6 de la Ley 27/2007, de 23 de octubre. Análisis.

4.1. La materia relativa al derecho a la información en lengua de signos durante el Estado de Alarma, ¿es susceptible de regulación como Ley Orgánica?

Una cuestión no menor por analizar vinculada a la Ley 27/2007 y su art. 14.6 relativo a los mensajes institucionales de los estados de alarma, sitio y excepción, en relación a la Ley Orgánica 4/1981, es la ausencia de incorporación de este precepto relativo a las personas sordas en la Ley Orgánica, y como consecuencia de su no incorporación, que el Real Decreto de declaración del estado de alarma no mencione en ningún aspecto la obligación de incluir la accesibilidad a tra-

repercusión negativa hacia dichas personas.

Con objeto de garantizar la calidad del servicio y la satisfacción de las personas destinatarias, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual deberán atenerse, en la aplicación de las medidas de accesibilidad, a las normas técnicas vigentes en cada momento en relación con la subtitulación, la emisión en lengua de signos y la audio-descripción. Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual podrán emplear, excepto la Corporación RTVE, el patrocinio para sufragar las medidas de accesibilidad.

5. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual procurarán ofrecer en sus emisiones una imagen ajustada, normalizada, respetuosa e inclusiva de las personas con discapacidad, en tanto que manifestación enriquecedora de la diversidad humana, evitando difundir percepciones estereotipadas, sesgadas o producto de los prejuicios sociales que pudieran subsistir. De igual modo, procurarán que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de estas personas en el conjunto de la sociedad“

vés de la interpretación a la lengua de signos de los mensajes institucionales de dicha declaración y sus sucesivas actualizaciones diarias.

Así, la L.O 4/1981, en su art. 2¹⁰, dispone que la declaración del estado de alarma debe ser difundida obligatoriamente por los medios de comunicación públicos y privados, y de la misma forma, serán de difusión obligatoria todas las disposiciones de la autoridad competente, sin mencionar en su texto legal referencia alguna a la accesibilidad a la lengua de signos de dichos mensajes, cuestión que es obviada de la misma manera en su Real Decreto 463/2020 de declaración del estado de alarma, a pesar de la mención en el art. 14.6 del texto vigente de la Ley 27/2007.

Una posible razón para que este art. 14.6 de la Ley 27/2007 no haya modificado lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1981 estriba en el hecho de que la Ley 27/2007, disponga de un rango de ley ordinaria, y como tal, no pueda modificar una ley de rango superior como es la Ley Orgánica 4/1981. Sin embargo, sentencias como la STC 5/1981¹¹, en su fundamento jurídico 20º y que ha reiterado posteriormente, entre otras, la STC 213/1996¹², inciden en el hecho de que las leyes orgánicas y las ordinarias no se sitúan propiamente en distintos planos jerárquicos, por lo que el principio de jerarquía normativa no es fundamento adecuado para enjuiciar la posible inconstitucionalidad de una ley ordinaria por supuesta invasión del ámbito reservado a la ley orgánica. Es decir, el Tribunal Constitucional parece alinearse con el sector de la doctrina que articula las relaciones de la ley orgánica frente a la ley ordinaria en torno al principio de competencia. Así, cuando en una misma ley orgánica concurren materias estrictas y materias conexas, la propia ley orgánica señala (siguiendo las indicaciones de la STC 5/1981) cuáles de sus preceptos contienen materias que pueden ser alteradas por una ley ordinaria. En defecto de esta declaración o si su contenido no fuere ajustado a derecho, es el propio Tribunal Constitucional quién deberá indicar qué preceptos pueden ser modificados por ley ordinaria. La doctrina relativa a las materias conexas también se ha ido reiterando en la jurisprudencia del Tri-

10 Art. 2 de la L.O. 4/1981: “*La declaración de los estados de alarma, excepción o sitio será publicada de inmediato en el «Boletín Oficial del Estado», y difundida obligatoriamente por todos los medios de comunicación públicos y por los privados que se determinen, y entrará en vigor desde el instante mismo de su publicación en aquél. También serán de difusión obligatoria las disposiciones que la Autoridad competente dicte durante la vigencia de cada uno de dichos estados*”.

11 STC 5/1981, de 13 de febrero. Enlace web: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5> (fecha de consulta 23 de febrero 2021).

12 STC 213/1996, de 19 de diciembre. Enlace web: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3265> (fecha de consulta 23 de febrero de 2021).

bunal Constitucional, recientemente en las sentencias relativas al enjuiciamiento de la constitucionalidad, por ejemplo, de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación, en las SSTC 212¹³, 213¹⁴ y 214¹⁵ de 14 de noviembre de 2012.

Por tanto, hay que discernir si esta materia, relacionada con la obligación de transmitir los mensajes e información institucional de carácter relevante durante el periodo de estado de alarma a través de la interpretación de la lengua de signos, cabría o no determinar su regulación por razón de la materia, dentro de una ley orgánica. En este sentido, el art. 81.1¹⁶ de la Constitución, hace referencia a aquellas materias que desarrollen los derechos fundamentales y de libertades públicas, y como enlace más directo cabe encontrar el art. 20 de la Constitución en su apartado 1.d)¹⁷, que afirma que se reconoce y protege el derecho a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, protección que las personas sordas usuarias de la lengua de signos no disfrutaron en esos primeros días de la declaración del estado de alarma, a través de los programas institucionales dirigidos a informar a la población a través de la televisión; y de la misma forma, su apartado 3 del art. 20¹⁸ de la Constitución, otorga un mandato de regulación a través de una ley que regule los medios de comunicación dependientes del Estado, garantizando el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos y respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

13 STC 212/2012 de 14 de noviembre de 2012. Enlace web: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/23150> (fecha de consulta 23 de febrero de 2021).

14 STC 213/2012 de 14 de noviembre. Enlace web: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-15094> (fecha de consulta 23 de febrero de 2021).

15 STC 214/2012 de 14 de noviembre de 2012. Enlace web: <https://www.boe.es/boe/dias/2012/12/13/pdfs/BOE-A-2012-15095.pdf> (fecha de consulta 23 de febrero de 2021)

16 Art. 81.1 de la Constitución: “*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*”.

17 Art. 20.1.d) de la Constitución: “*A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*”.

18 Art. 20.3 de la Constitución: “*La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España*”.

4.2. La protección del derecho a la información a través de los medios de comunicación como un derecho fundamental.

Cabe encontrar por ello, dos mandatos constitucionales insertos en el art. 20, de reforzada protección constitucional al tratarse de la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Carta Magna, bajo la rúbrica “*De los derechos fundamentales y las libertades públicas*”, y en el mismo sentido la jurisprudencia constitucional, expresada por la STC 159/1986¹⁹ en su fundamento jurídico sexto, que afirma que “*...para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas...*”, lo que lleva a recordar por parte de NUÑEZ MARTINEZ que la doctrina constitucional insiste en que “*...los derechos reconocidos por el art. 20, no sólo protegen un interés individual sino que son garantía de la opinión pública libremente formada, indisolublemente ligada con el pluralismo político...*”²⁰, de ahí la trascendencia y el refuerzo impuesto en este artículo 20. Como desarrollo legislativo del art. 20.3 de la Constitución en materia de medios de comunicación, existen dos leyes, una, la Ley 17/2006, de 5 de junio (BOE 6/6/2006 núm. 134) de la radio y televisión de titularidad estatal, que en su art. 2.1²¹ define el servicio público de la televisión de titularidad del Estado como esencial por cuanto está destinado a satisfacer las necesidades de información, cultura, educación y entretenimiento de la sociedad; difundir su identidad y diversidad culturales; impulsar la sociedad de la información; promover el pluralismo, la participación y los demás valores constitucionales, garantizando el acceso de los grupos sociales y políticos significativos, y para ello su art. 25.3²²

19 STC 159/1986, de 16 de diciembre. Enlace web: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/722> (fecha de consulta 21 de febrero de 2021)

20 Núñez Martínez, M.A. “El Tribunal Constitucional y las libertades del art. 2º de la Constitución Española” Revista de Derecho UNED, núm. 3 (2.008) pag. 310 Enlace web: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/10954/10482> (Fecha de consulta 21 de febrero 2021)

21 Art. 2.1 de la Ley 17/2006, de 5 de junio: “*El servicio público de radio y televisión de titularidad del Estado es un servicio esencial para la comunidad y la cohesión de las sociedades democráticas que tiene por objeto la producción, edición y difusión de un conjunto de canales de radio y televisión con programaciones diversas y equilibradas para todo tipo de público, cubriendo todos los géneros y destinadas a satisfacer necesidades de información, cultura, educación y entretenimiento de la sociedad española; difundir su identidad y diversidad culturales; impulsar la sociedad de la información; promover el pluralismo, la participación y los demás valores constitucionales, garantizando el acceso de los grupos sociales y políticos significativos*”.

22 Art. 25.3 de la Ley 17/2006, de 5 de junio: “*La programación del servicio público encomendado a la Corporación RTVE deberá atender especialmente a los colectivos sociales que requieran una atención específica hacia sus necesidades y demandas, como la infancia y la juventud. Esta tarea de servicio pú-*

afirma que la Corporación RTVE en su tarea de servicio público debe extenderse a cuestiones de relevancia para la mayoría de la población o para determinados colectivos, al tiempo que se evitará cualquier forma de discriminación por causa de discapacidad; y otra ley, derivada de la transposición de la Directiva 2007/65/CE²³ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2.007, que en su párrafo 64²⁴ vincula como un derecho de las personas con discapacidad la accesibilidad de los servicios de comunicación audiovisual en aspectos como la lengua de signos y el subtítulo, en la que se inspiró España a la hora de trasponer dicha Directiva en la Ley 7/2010 de 31 de marzo (BOE 1/4/2010 núm. 79), General de la Comunicación Audiovisual, que en su art. 8.1²⁵ recoge el derecho de las personas sordas a una accesibilidad universal con el matiz de las posibilidades tecnológicas, y bajando más a la concreción, el apartado 2 del art. 8²⁶, recoge dos compromisos con las personas sordas, uno en materia de subtítulo con el objetivo de alcanzar el 75% de los programas, y otro en relación con la lengua de signos al efecto de asegurar dos horas a la semana de interpretación.

En esa misma línea de protección, la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, aprobada en el seno de Naciones Unidas en diciembre de 2.006, y ratificada por el Estado español el 21 de abril de 2.008 (BOE 21-IV-

blico debe extenderse a cuestiones de relevancia para la mayoría de la población o para determinados colectivos, al tiempo que se evitará cualquier forma de discriminación por causa de discapacidad”
23 Directiva 2007/65/CE, de 11 de diciembre de 2.007. Enlace web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007L0065&from=ES> (fecha de consulta 22 de febrero 2021)

24 Directiva 2007/65/CE de 11 de diciembre de 2.007, párrafo 64: “El derecho de las personas con discapacidad y de las personas de edad avanzada a participar e integrarse en la vida social y cultural de la comunidad está vinculado indisolublemente a la prestación de unos servicios de comunicación audiovisual accesibles. La accesibilidad de los servicios de comunicación audiovisual incluye, sin limitarse a ellos, aspectos como el lenguaje de signos, el subtítulo, la descripción acústica y menús de pantalla fácilmente comprensibles”.

25 Art. 8.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo: “Las personas con discapacidad visual o auditiva tienen el derecho a una accesibilidad universal a la comunicación audiovisual, de acuerdo con las posibilidades tecnológicas”.

26 Art. 8.2. de la Ley 7/2010, de 31 de marzo: “Las personas con discapacidad auditiva tienen el derecho a que la comunicación audiovisual televisiva, en abierto y cobertura estatal o autonómica, subtítule el 75% de los programas y cuente al menos con dos horas a la semana de interpretación con lengua de signos”.

2008)²⁷, en su artículo 9.1.b)²⁸ 9.2.f)²⁹ insta a que los Estados parte adopten medidas que aseguren a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, las medidas pertinentes que aseguren el acceso a la información y a las comunicaciones entre otros aspectos básicos de la vida, así como que promuevan accesos adecuados a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información, y en su art. 21 concreta más, cuando en su apartado d)³⁰ alienta a los medios de comunicación a que hagan sus servicios más accesibles para las personas con discapacidad, accesibilidad que los apartado b) y e)³¹ del mismo art. 21, distinguen de manera expresa, para las personas sordas, la utilización de la lengua de signos. A pesar de ello, la accesibilidad universal de las personas sordas a los medios de comunicación audiovisual, no ha conseguido imponerse, y son múltiples las situaciones de hecho que se producen de un incumplimiento sistemático del número de horas semanales en lengua de signos y en horas de subtitulación.

5. La afectación a otro derecho fundamental: la participación de los ciudadanos.

Del mismo modo, el art. 23.1³² de la Constitución consagra el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de re-

27 Ratificación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. Enlace web: <https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf> (fecha de consulta 22 de febrero de 2021).

28 Art. 9.1.b) de la Convención: “*A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.*”

29 Art. 9.2.f) de la Convención: “*Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información*”

30 Art. 21.d) de la Convención: “*Aentar a los medios de comunicación, incluidos los que suministran información a través de Internet, a que hagan que sus servicios sean accesibles para las personas con discapacidad*”

31 Art. 21 apartados b) y e) de la Convención: “*Aceptar y facilitar la utilización de la lengua de señas, el Braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas con discapacidad en sus relaciones oficiales*”; “*Reconocer y promover la utilización de lenguas de señas*”.

32 Art. 23.1 de la Constitución: “*Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal*”.

presentantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, perfilando un requisito fundamental del concepto de ciudadanía, como es la participación, que exige el ejercicio de una participación activa en las tomas de decisión, mayor participación directa, unas instituciones perfectamente regladas y un sistema institucional abierto a la interacción, y sin embargo, las barreras de comunicación que padecen las personas sordas, comenzando por la escasa información que llega a través de la televisión, no hay que olvidar que el art. 8.2 de la Ley 7/2010 garantiza “*...dos horas a la semana de interpretación a la lengua de signos...*”, limitan en gran medida la participación social activa en igualdad de oportunidades y su acceso a la interacción social. La construcción contemporánea de la ciudadanía requiere de ciudadanos activos y participativos, previa información a través de los medios de comunicación, construcción de un ejercicio de ciudadanía partiendo del concepto de dignidad dispuesto en el art. 10.1³³ de la Constitución que supone no solo el respeto a la persona, sino el respeto a los derechos que les son inherentes, así como el libre desarrollo de la personalidad, y que en el caso de las personas sordas usuarias de la lengua de signos, no reciben el tratamiento de la información y la accesibilidad a la misma en unas condiciones razonables que las permita disfrutar de una información suficiente a través de los medios de comunicación, y que les sitúa en enormes dificultades para participar en igualdad de condiciones, y más en situaciones como la crisis sanitaria por el COVID-19 de enorme inquietud social. El Estado Social y Democrático de Derecho en que se constituye España, propugna unos valores superiores, así el art. 1.1³⁴ de la Constitución, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, aunque todos ellos, son tributarios del concepto de dignidad humana expresado a través del Preámbulo constitucional, que asegura a todas las personas una calidad de vida digna. LUCAS resalta que “*...la dignidad humana no es, así, un resultado del Estado Social y Democrático de Derecho, sino un presupuesto del mismo...el hombre no es digno porque su convivencia se configura con arreglo a dicho Estado de Derecho, sino justamente al contrario: el Estado Social y Democrático de Derecho es digno en la medida en que cuadra con la dignidad humana...*”³⁵. Así pues, la primacía del valor de la dignidad del art. 10 de la Carta Magna, exige que el conjunto de derechos fundamentales de nues-

33 Art. 10.1 de la Constitución: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentales del orden político y de la paz social*”.

34 Art. 1.1 de la Constitución: “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”.

35 Lucas Verdú, P., “*Estimativa y política constitucionales*”, Madrid, UCM, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1984, pag. 109.

tro ordenamiento jurídico se adecuen a los parámetros estipulados y por ello, debe modularse el contenido esencial del derecho a la información que poseen las personas sordas usuarias de la lengua de signos debe ser aplicado e interpretado, a la luz de estos principios, para que en situaciones como el estado de alarma decretado por la crisis sanitaria COVID-19, ninguna persona quede fuera del alcance de la accesibilidad a la información a través de los medios de comunicación. De la misma manera, este derecho fundamental a la información, recogido por la Constitución ha de interpretarse de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y cualquier otro Tratado ratificado por España, puesto que forman parte del ordenamiento jurídico español en todo lo referente a los derechos humanos. No en vano, sobre la interpretación del art. 10.1 de la Constitución y la dignidad humana, el profesor BELDA subraya que *“...su juego como elemento definidor de los contenidos esenciales de algunos derechos, exige su llamada particularizada para explicar opciones de intervención social o jurídica en las que la dignidad ha de hacerse también presente en los medios empleados...”*³⁶, y para el caso objeto de análisis, referido a la accesibilidad universal a los medios de comunicación audiovisual de las personas sordas, determina que la dignidad se ha visto conculcada, en la medida que un derecho fundamental en el ejercicio de ciudadanía como es el derecho de comunicación e información del art. 20 de la Constitución no se hace presente para el caso de las personas sordas usuarias de la lengua de signos.

Como consecuencia de la conculcación del derecho a la información de que disponen las personas sordas usuarias de la lengua de signos, se ve afectado el de participación política, recogida en el art. 23.1 pues el derecho de participación en los asuntos públicos que tienen las personas sordas exige de un conocimiento de causa y de información previa de manera constante, que nuestro legislador ha venido a determinar en un mínimo de dos horas semanales en las televisiones, que a la luz de la Constitución y de los Tratados Internacionales es manifiestamente insuficiente e incumple el valor de la dignidad humana que inspira a nuestra Constitución.

36 Belda Pérez-Pedrero, E., ibidem pag. 112

6. Conclusiones.

6.1. Es precisa una mayor protección jurídica del derecho a la información de las personas sordas usuarias de la lengua de signos.

El art. 20.1.a)³⁷ de la Constitución garantiza el derecho a la libertad de opinión y pensamiento, pero para es preciso que se garantice con carácter previo el derecho de recibir libremente la información por los medios de difusión, bien jurídico que está protegido en el art. 20.1.d) de la Constitución. Bajo el mandato de los principios inspiradores del art. 1.1 de la Constitución, tales como la libertad, la justicia y la igualdad, y como la STC 12/1982, de 21 de marzo, en su fundamento jurídico sexto³⁸ aborda, la regulación del derecho a la libertad de expresión y comunicación del art. 20.1.a.), y que valdría para el caso de la lengua de signos, para preservar el derecho de las personas en su acceso básico y fundamental, no sólo es suficiente afirmar su carácter de ciudadanos libres e iguales, sino que requiere proteger un modo de comunicación esencial e íntimamente identificado con el desarrollo de su personalidad, que sin embargo encuentra obstáculos desde la actuación de los propios poderes públicos.

6.2. El papel de las Televisiones Públicas y Privadas debe garantizar una cobertura razonable en la accesibilidad de la información a las personas sordas usuarias de la lengua de signos.

Por otra parte, la Ley 4/1980, de 10 de enero (BOE 12/1/1980, núm.11) de Estatuto de la Radio y de la Televisión, declara en su Preámbulo “...*la televisión es un vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de cultura española y de sus nacionalidades y regiones, así como medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas...*”, lo cual refuerza la existencia de una opinión pública, que debe verse beneficiada de la información que el medio televisivo ofrece, sin excluir a ningún colectivo, aunque las personas sordas encuentran barreras en el acceso a esa información ante la ausencia de contenidos en lengua de signos dentro de la programación televisiva. En el ámbito de la televisión pública, el art. 4 de la Ley 4/1980 desglosa los principios que deben guiar su actuación, entre los que se encuentra

37 Art. 20.1.a) de la Constitución: “A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.

38 STC 12/1982, de 31 de marzo. Enlace web: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion>Show/54> (fecha de consulta 12 de mayo de 2020)

su apartado f)³⁹, referido a la igualdad como valor a respetar y consagrado en el art. 14⁴⁰ de la Constitución, y de la misma forma, la Ley 7/2010, de 31 de mayo, en su art. 4.6⁴¹ vuelve a referirse al derecho que todas las personas, sin exclusión de ningún tipo, tienen a ser informados de los acontecimientos de interés general, y del que la situación ocasionada por el COVID-19 no puede sustraerse. Por tanto, el cumplimiento de los fines que toda Televisión, sea por gestión pública directa, o bien a través de una gestión indirecta o privada, deben llevar a cabo, supone una declaración taxativa de la Televisión como servicio público esencial, y como tal, debe satisfacer a todos los ciudadanos sin exclusiones, contribuyendo al pluralismo informativo, formando a la opinión pública, y extendiendo la cultura, y por ello, sin la prestación de dicho servicio de manera accesible a las personas sordas usuarias de la lengua de signos no pueden ejercerse de manera correcta varios derechos fundamentales protegidos por la Constitución, como la igualdad real y efectiva del art. 14, el derecho a recibir información por cualquier medio de difusión, del art. 20.1.d) y el derecho a la participación de los asuntos públicos del art. 23.1 de la Carta Magna.

Existe por tanto un deber incondicionado de hacer accesible la Televisión a las personas sordas usuarias de la lengua de signos, así, lo dispuesto por el art. 14.1 de la Ley 27/2007, de 23 de octubre⁴², y que declara garantizar las medidas necesarias para la accesibilidad de la Televisión a través de la incorporación de la lengua de signos, remitiendo al mismo tiempo para su cumplimiento a la regulación específica, que en la anteriormente citada Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, dispone en su art. 8.2⁴³, que las personas sordas contarán con al menos dos horas semanales de interpretación a la lengua de signos, medida claramente insuficiente, si pensáramos por un instante en las reacciones de la socie-

39 Art. 4.f) de la Ley 4/1980, de Estatuto de la radio y la televisión: “*El respeto de los valores de igualdad recogidos en el artículo 14 de la Constitución*”

40 Art. 14 de la Constitución: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

41 Art. 4.6 de la Ley 7/2010, de: “*Todas las personas tienen el derecho a ser informados de los acontecimientos de interés general y a recibir de forma claramente diferenciada la información de la opinión*”.

42 Art. 14.1 de la Ley 27/2007, de 23 de octubre: “*Los poderes públicos garantizarán las medidas necesarias para que los medios de comunicación social, de conformidad con lo previsto en su regulación específica, sean accesibles a las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas mediante la incorporación de las lenguas de signos españolas*”

43 Art. 8.2 de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual: “*Las personas con discapacidad auditiva tienen el derecho a que la comunicación audiovisual televisiva, en abierto y cobertura estatal o autonómica, substituye el 75% de los programas y cuente al menos con dos horas a la semana de interpretación con lengua de signos*”

dad en su conjunto en el caso de que las televisiones emitieran solo dos horas a la semana de manera accesible a nuestra lengua, el castellano.

6.3. El Papel del Estado Social y Democrático de Derecho debe ser el garante último para que la accesibilidad de las personas sordas usuarias de la lengua de signos se lleve a cabo.

Ante esta desigualdad en el acceso a la información, el Estado Social y Democrático de Derecho, y concretamente el art. 9.2⁴⁴ de la Constitución, debe hacer valer la defensa del servicio público esencial que supone la Televisión en su acceso a través de la lengua de signos, promoviendo unas condiciones de igualdad real y efectiva al medio televisivo y estimule a los poderes públicos a promulgar en una Ley Orgánica la garantía en el acceso de las personas sordas a la Televisión, bien sean en canales de titularidad pública, o bien por vía de la concesión administrativa, en canales de titularidad privada, incorporando la lengua de signos en un número de horas semanales sensiblemente superior a las dos horas semanales que contempla la legislación vigente, y que permita el ejercicio de sus derechos fundamentales, y como garantía institucional para que la libertad y la igualdad del colectivo sean reales y efectivas. Para la delimitación de dicha propuesta, se tendría en cuenta la definición de ajuste razonable que proporciona el art. 2, párrafo cuarto de la Convención⁴⁵, en el sentido de realizar cuantas modificaciones sean necesarias en la programación televisiva al efecto de hacerla accesible a las personas sordas, sin que ello suponga imponer una carga desproporcionada o indebida a los canales televisivos, y cuya denegación por parte de los canales televisivos sean considerados discriminación por motivo de discapacidad, tal y como define el artículo 2, párrafo tercero de la Convención⁴⁶, que de-

44 Art. 9.2 de la Constitución: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”

45 Art. 2, párrafo cuarto de la Convención. Definición: “Por ajustes razonables se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

46 Artículo 2, párrafo tercero de la Convención. Definición: “Por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

biera incluir el establecimiento expreso de un régimen sancionador en caso de incumplimiento de dichas garantías.

6.4. La accesibilidad a la información de las personas sordas usuarias de la lengua de signos durante los estados de alarma, excepción y sitio debe quedar garantizada con una regulación con rango de Ley Orgánica.

Así, acreditada la materia del derecho a la información de las personas sordas usuarias de la lengua de signos a través de los medios de comunicación social, como una competencia de especial protección como derecho fundamental del art. 20 de la Constitución, reconociendo además, que la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio, también recogida en la Constitución, en su art. 116.2, y que la Ley 27/2007, de 23 octubre, por la que se reconoce la lengua de signos, en su art. 14.6, afirma que los mensajes institucionales deben ser plenamente accesibles a las personas sordas, hay que dejar claro que lo dispuesto no se cumplió en el estado de alarma decretado por el RD 463/2020 de 14 de marzo, hasta transcurridos cuatro días, y en virtud de la presión ejercida desde entidades públicas como el Real Patronato sobre discapacidad, entidades como el CNLSE, adscrito al mismo Real Patronato, o entidades de la sociedad civil como CNSE y otras.

Se antoja que la regulación en esta materia de la declaración del estado de alarma y la plena accesibilidad de los mensajes institucionales para las personas sordas, formulada desde la Ley 27/2007, de 23 de octubre, ha carecido del efecto, en razón de la materia, el derecho a la información de las personas sordas, de gozar del rango de Ley Orgánica, que el propio art. 81 de la Constitución habilitaba, y de esta manera, este aspecto del art. 14.6 de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, al menos hubiera gozado de esta cualidad, y haber modificado el art. 2 de la Ley Orgánica 4/1981, en el sentido de añadir a lo dispuesto, la obligación de hacer accesibles los mensajes institucionales a las personas sordas. Sólo de esta manera, el Real Decreto de declaración del estado de alarma hubiera podido incluir en su despliegue de efectos y actuaciones en relación a la materia, la directriz inequívoca de hacer accesibles a las personas sordas toda la información institucional que se derivaba del estado de alarma. Cabe, en este sentido, formular la reflexión de que este precepto del art. 14.6 de la Ley 27/2007, así como otros muchos que por razón de su dispersión legislativa, o bien por una falta de coordinación legislativa, puedan ser analizados y reformulados en orden a su encaje jurídico-constitucional, y que de esta manera, situaciones de emergencia como la crisis sanitaria COVID-19, no deje en su camino, en este caso por una falta de información accesible, a las personas sordas, y otros colectivos de personas con discapacidad.

RESUMEN

La reciente crisis sanitaria del COVID-19, y el Real Decreto de declaración del Estado de Alarma, a través del RD 463/2020, de 14 de marzo puso en evidencia la ausencia de la accesibilidad de los mensajes institucionales difundidos a través de las Televisiones en lengua de signos para aquellas personas sordas usuarias de dicha lengua. Así, durante los cuatro primeros días de la entrada en vigor, no existió dicho servicio, hasta que la presión ejercida desde diversos estamentos públicos y privados logró reconducir la situación.

La Ley 27/2007, de 23 de octubre, que reconoce la lengua de signos, dispone de manera expresa que durante los estados de alarma, excepción y sitio, los mensajes institucionales serán accesibles para las personas sordas. Pese a tratarse de un derecho fundamental, como es el derecho a recibir información a través de los medios de comunicación, la regulación de esta materia no está desarrollada desde una Ley Orgánica, lo cual dificulta su garantía y protección, a la hora de establecer por Real Decreto, la declaración del estado de alarma, así como los derechos a proteger de manera prioritaria.

Esto significa que el Estado Social y Democrático y de Derecho, debe desplegar a través de artículos como el 9.2 de la Constitución, la garantía de protección de derechos fundamentales como el derecho a la información a través de los medios comunicación, incluidas las personas sordas, y para ello, la regulación del Estado Alarma debe recoger dentro de su regulación por Ley Orgánica este mandato.

ABSTRACT

The recent health crisis of COVID-19, and the Royal Decree of declaration of the State of Alarm, through RD 463/2020, of March 14, highlighted the lack of accessibility of institutional messages broadcast on television. in sign language for deaf people who use that language. Thus, during the first four days after entry into force, said service did not exist, until pressure exerted from various public and private levels managed to redirect the situation.

Law 27/2007, of October 23, which recognizes sign language, expressly provides that during states of alarm, exception and siege, institutional messages will be accessible to deaf people. Despite being a fundamental right, such as the right to receive information through the media, the regulation of this matter is not developed from an Organic Law, which makes its guarantee and protection difficult, when establishing by Royal Decree, the declaration of the state of alarm, as

EL ESTADO DE ALARMA Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

ACCESIBLE DE LAS PERSONAS SORDAS

Francisco José Sierra Fernández

well as the rights to protect as a priority.

This means that the Social and Democratic State and of Law, must deploy through articles such as 9.2 of the Constitution, the guarantee of protection of fundamental rights such as the right to information through the media, including deaf people, and for this, the regulation of the Alarm State must include this mandate within its regulation by Organic Law.

PALABRAS CLAVE

Estado de Alarma, personas sordas, lengua de signos, accesibilidad, participación.

KEYWORDS

State of Alarm, deaf people, sign language, accessibility, participation



CORTES DE
CASTILLA-LA MANCHA

