

# Parlamento y Constitución



## Anuario

### SUMARIO

#### I. ESTUDIOS

Wendy Mercedes Jarquín Orozco: *“La violencia política contra la mujeres en razón de género como causa de nulidad de una elección”*.

Clicerio Coello Garcés: *“Estado de excepción en el siglo XXI. De la pandemia a la guerra y sus efectos en las libertades”*.

Francisco Javier López Hernández: *“Los Presupuestos Generales y los límites a la función legislativa en España”*.

José Ignacio Navarro Méndez: *“El Parlamento de Canarias y la técnica legislativa: Aspectos problemáticos y propuestas de mejora”*.

Cristian Altavilla: *“La jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como mecanismo de salvaguarda del federalismo argentino”*.

Alexis Rodríguez Montenegro: *“Efectos diferidos en la norma inconstitucional y su relación con la responsabilidad del Estado en Colombia”*.

#### II. ARTÍCULOS Y NOTAS

Alberto Campos Jiménez: *“Participación ciudadana en la Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha”*.

Daniel Martínez Cristóbal: *“Las competencias constitucionales españolas del derecho a disfrutar del medio ambiente en adaptación de la normativa europea”*.

Alessio Parente: *“El turismo educativo. Una primera aproximación en tema de distribución de competencias”*.

#### III. RECENSIONES

Silvia Bagni, al libro: F.J. Díaz Revorio, M. González Jiménez (dirs), M. Ruiz Dorado (ed.), M.A. Pacheco Rodríguez, A. Travé Valls (coords), *Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1-406, ISBN 9788413556697.

Marín Bajatierra Ruiz, al libro: I. Álvarez Rodríguez, *Crítica del constitucionalismo feminista*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 1-246.

Enrique Belda Pérez-Pedrero, al libro: F. J. Díaz Majano, *Cortes y Corte Trashumantes. Reuniones de las Cortes de Castilla en la actual Castilla-La Mancha (siglos XIV a XVI)*, Tirant humanidades – Cortes de Castilla-La Mancha, Valencia, 2020.

Salvadora Ginard Martínez, al libro: J. Oliver Araujo, *Cuarenta años de Monarquía en España, 1975-2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Jesús Manuel Martínez Torres, al libro: Ríos Vega, Luis Efrén y Spigno, Irene (Dirs.), *Esquivel Alonso, Yessica (Coord.), Estudios de casos líderes nacionales y extranjeros Vol. XXII, La muerte ciudadana en América y Europa. Un debate contemporáneo*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021, 399 pp.

#### IV. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

María Martín Sánchez, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2021)*.

Mª del Pilar Molero Martín-Salas, *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2021)*.

Joaquina Guerrero Sanz, *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2021)*.

Mª. Elena Rebato Peño, *Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2021)*.

Tomás Vidal Marín, *“El conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor en las redes sociales. Vulneración del derecho al honor de un torero fallecido: el caso de Víctor Barrio Hermaniz (STC 93/2021)”*.

#### V. NUEVO DERECHO TRANSVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Francisco José Sierra Fernández: *“La accesibilidad universal de las personas sordas a la televisión en España. La asignatura pendiente de la Lengua de Signos en la regulación audiovisual”*.

## 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**

*Vicerector 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-Pedro**

*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 Revorio**

*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*

**M<sup>a</sup> del Pilar Molero Martín-Salas**

*Profesora Contratada Doctor de Derecho Constitucional UCLM*

**M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño**

*Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM*

**M<sup>a</sup> 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 Revorio**

*Catedrático de Derecho Constitucional UCLM*

## SECRETARIA

**María del Pilar Molero Martín-Salas**

*Profesora Contratada Doctor de Derecho Constitucional UCLM*

**Adriana Travé Valls**

*Abogada y Profesora Asociada de Derecho Constitucional UCLM*

## EDITORES

**Eduardo Espín Templado**

*Catedrático de Derecho Constitucional UCLM*

*Magistrado del Tribunal Supremo*

**Francisco Javier Díaz Revorio**

*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 Doctor de Derecho Constitucional UCLM*

**Adriana Travé Valls**

*Abogada y Profesora Asociada de Derecho Constitucional UCLM*

## CONSEJO ASESOR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Luis Aguiar de Luque**, *Universidad Carlos III*

**Eliseo Aja Fernández**, *Universidad de Barcelona*

**Enoch Albertí Rovira**, *Universidad de Barcelona*

**José Asensi Sabater**, *Universidad de Alicante*

**Francisco Bastida Freijeido**, *Universidad de Oviedo*

**Paloma Biglino Campos**, *Universidad de Valladolid*

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

**José Luis Cascajo Castro**, *Universidad de Salamanca*

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

**Javier Corcuera Atienza**, *Universidad del País Vasco*

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

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

**Javier García Roca**, *Universidad de Valladolid*

**Ángel Garrorena Morales**, *Universidad de Murcia*

**Ángel Gómez Montoro**, *Universidad de Navarra*

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

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

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

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

**José Antonio Montilla Martos**, *Universidad de Granada*

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

**Alberto Pérez Calvo**, *Universidad Pública de Navarra*

**Javier Pérez Royo**, *Universidad de Sevilla*

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

**Manuel Ramírez Jiménez**, *Universidad de Zaragoza*

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

**Alejandro Saiz Arnaiz**, *Universidad del País Vasco*

**Remedio Sánchez Ferriz**, *Universidad de Valencia*

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

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

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

**Ernst Wolfgang Böckenförde**, *Universidad de Friburgo*

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

**Ricardo Combellas**, *Universidad Central de Venezuela*

**Krystian Complak**, *Universidad de Wrocław*

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

**Francisco Eguiguren Praeli**, *Pontificia Universidad Católica de Perú*

† **Héctor Fix Zamudio**, *Universidad Nacional Autónoma de México*

**José Xavier Garaicoa Ortiz**, *Universidad de Guayaquil*

**Domingo García Beláunde**, *Pontificia Universidad Católica de Perú*

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

**Peter Häberle**, *Universidad de Bayreuth*

**César Landa Arroyo**, *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. Sagiús**, *Universidad de Buenos Aires*

**Sofía Sagiús**, *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 Vannosi**, *Universidad de Buenos Aires*

Año 2022

Nº 23

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

Anuario



**C** y **P**arlamento  
**Constitución**

## ***PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO***

Revista Jurídica de periodicidad anual

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

### ***ENVÍO DE TRABAJOS***

Para la publicación en el Anuario “Parlamento y Constitución” pueden remitirse trabajos originales e inéditos que versen sobre materias vinculadas al Derecho Constitucional, en especial las referidas a Derecho parlamentario y autonómico. Deberán remitirse por correo electrónico a las siguientes direcciones: [FcoJavier.DRevorio@uclm.es](mailto:FcoJavier.DRevorio@uclm.es) o [MaríaPilar.Molero@uclm.es](mailto:MaríaPilar.Molero@uclm.es)

Los originales remitidos irán acompañados del archivo informático, formato Word, espaciado interlineal 1,5. La extensión máxima será de 50 páginas. Los trabajos irán acompañados de las **referencias bibliográficas** y, en su caso, jurisprudenciales y legislativas, de acuerdo con los estándares académicos habituales. En todo caso se acompañará un breve **resumen** y enumeración de **palabras-clave** en castellano y en inglés. También será obligatorio que el título del trabajo se haga constar tanto en castellano como en inglés.

Las referencias bibliográficas serán citadas de la siguientes forma:

-Monografías: APELLIDOS, Nombre del autor (año), *Título de la monografía*, ciudad: editorial, páginas.

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

### ***ACEPTACIÓN DE TRABAJOS***

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

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

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

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

### ***NOTA DE REDACCIÓN***

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

**Edita:** Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha

**Diseño y Maquetación:** Jer Publicidad

**Imprime:** EGESA

**Depósito Legal:** TO-984-2000

**ISSN:** 1139-0026

**Año:** 2022

# PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2022 N° 23 —

## COLABORAN EN ESTE NÚMERO

### **Cristian Altavilla**

*Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y PhD Visiting en la Universidad de Boloña, Italia. Magister en Derecho Constitucional Universidad Castilla La Mancha. Profesor de Derecho Constitucional, de Derecho Público Provincial y Municipal y de Derecho Político en Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Siglo 21 (UES21).*

### **Silvia Bagni**

*Profesora titular de Derecho público comparado en la Universidad de Bolonia, Italia.*

### **Martín Bajatierra Ruiz**

*Graduado en Derecho y estudiante del Máster de Derecho Constitucional de la UCLM.*

### **Enrique Belda Pérez-Pedrero**

*Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha.*

### **Alberto Campos Jiménez**

*Abogado. Profesor Asociado de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha.*

### **Clicerio Coello Garcés**

*Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional del Instituto Nacional de Administración Pública, INAP México. Ex Magistrado Presidente de la Sala Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.*

### **Salvadora Ginard Martínez**

*Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de las Islas Baleares.  
Letrada-Jefe del Consejo Consultivo de las Islas Baleares.*

### **Joaquina Guerrero Sanz**

*Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.*

### **Wendy Mercedes Jarquín Orozco**

*Doctora en Derecho. Profesora investigadora de la Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y del Tecnológico de Monterrey, México*

### **Francisco Javier López Hernández**

*Letrado del Parlamento de Canarias.*

### **María Martín Sánchez**

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

### **Daniel Martínez Cristóbal**

*Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Rey Juan Carlos.*

### **Jesús Manuel Martínez Torres**

*Licenciado y Maestro en derecho por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila. Doctorado en Derecho en la Universidad de Monterrey (UDEM) y Auxiliar de Investigación de la Academia Interamericana de Derechos Humanos.*

**M<sup>a</sup> del Pilar Molero Martín-Salas**

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

**José Ignacio Navarro Méndez**

*Letrado del Parlamento de Canarias.*

**Alessio Parente**

*Doctor en Derecho. Doctorando en el programa de "Doctorado interuniversitario en Turismo" - Universidad Rey Juan Carlos.*

**M<sup>a</sup>. Elena Rebato Peño**

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

**Alexis Rodríguez Montenegro**

*Abogado consultor. Máster Universitario en Derecho Constitucional y Especializado en Derecho Administrativo.*

**Francisco José Sierra Fernández**

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

**Tomás Vidal Marín**

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



## ÍNDICE

### I. ESTUDIOS

	<u>Págs.</u>
Wendy Mercedes Jarquín Orozco: “La violencia política contra la mujeres en razón de género como causa de nulidad de una elección”.	011
Clicerio Coello Garcés: “Estado de excepción en el siglo XXI. De la pandemia a la guerra y sus efectos en las libertades”.	055
Francisco Javier López Hernández: “Los Presupuestos Generales y los límites a la función legislativa en España”.	095
José Ignacio Navarro Méndez: “El Parlamento de Canarias y la técnica legislativa: Aspectos problemáticos y propuestas de mejora”.	155
Cristian Altavilla: “La jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como mecanismo de salvaguarda del federalismo argentino”.	197
Alexis Rodríguez Montenegro: “Efectos diferidos en la norma inconstitucional y su relación con la responsabilidad del Estado en Colombia”.	247

### II. ARTÍCULOS Y NOTAS

Alberto Campos Jiménez: “Participación ciudadana en la Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha”.	285
Daniel Martínez Cristóbal: “Las competencias constitucionales españolas del derecho a disfrutar del medio ambiente en adaptación de la normativa europea”.	299
Alessio Parente: “El turismo educativo. Una primera aproximación en tema de distribución de competencias”.	327

### III. RECENSIONES

Silvia Bagni, al libro: F.J. Díaz Revorio, M. González Jiménez (dirs), M. Ruíz Dorado (ed.), M.A. Pacheco Rodríguez, A. Travé Valls (coords), <i>Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1-406, ISBN 9788413556697.	355
Marín Bajatierra Ruiz, al libro: I. Álvarez Rodríguez, <i>Crítica del constitucionalismo feminista</i> , Atelier; Barcelona, 2020, pp. 1-246.	365
Enrique Belda Pérez-Pedrero, al libro: F. J. Díaz Majano, <i>Cortes y Corte Trashumantes. Reuniones de las Cortes de Castilla en la actual Castilla-La Mancha (siglos XIV a XVI)</i> . Tirant humanidades – Cortes de Castilla-La Mancha, Valencia, 2020.	377
Salvadora Ginard Martínez, al libro: J. Oliver Araujo, <i>Cuarenta años de Monarquía en España, 1975-2015</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.	385
Jesús Manuel Martínez Torres, al libro: Ríos Vega, Luis Efrén y Spigno, Irene (Dirs.). Esquivel Alonso, Yessica (Coord.), <i>Estudios de casos líderes nacionales y extranjeros Vol. XXII, La muerte ciudadana en América y Europa. Un debate contemporáneo</i> , Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021, 399 pp.	391

#### IV. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

María Martín Sánchez, <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2021)</i> .	401
M <sup>a</sup> del Pilar Molero Martín-Salas, <i>Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2021)</i> .	407
Joaquina Guerrero Sanz, <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2021)</i> .	421
M <sup>a</sup> . Elena Rebato Peño, <i>Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2021)</i> .	457
Tomás Vidal Marín, “ <i>El conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor en las redes sociales. Vulneración del derecho al honor de un torero fallecido: el caso de Víctor Barrio Hernaninz (STC 93/2021)</i> ”.	469

#### V. NUEVO DERECHO TRANSVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Francisco José Sierra Fernández: “ <i>La accesibilidad universal de las personas sordas a la televisión en España. La asignatura pendiente de la Lengua de Signos en la regulación audiovisual</i> ”.	489
---	-----

## TABLE OF CONTENTS

### I. STUDIES

	<u>Págs.</u>
Wendy Mercedes Jarquín Orozco: “Political violence against women on the basis of gender as cause of nullity of an election”.	011
Clicerio Coello Garcés: “State of exception in the 21st century. From the pandemic to war and its effects on freedoms”.	055
Francisco Javier López Hernández: “The General Budgets and the limits to the legislative function in Spain”.	095
José Ignacio Navarro Méndez: “The Parliament of the Canary Islands and the legislative technique: problematic aspects and proposals for improvement”.	155
Cristian Altavilla: “The Supreme Court Constitutional jurisdiction as a judicial safeguard of Argentine Federalism”.	197
Alexis Rodríguez Montenegro: “The delayed effects of the unconstitutional law and their relationship with the colombian state’s responsibility”.	247

### II. ARTICLES AND NOTES

Alberto Campos Jiménez: “Participation citizen in Law 1/2020, of February 3, of the Third Social Sector of Castilla-La Mancha”.	285
Daniel Martínez Cristóbal: “The Spanish Constitutional competences of the right to enjoy the environment in adaptation of the European regulation”	299
Alessio Parente: “Education Tourism. A first approach to distribution of competences”.	327

### III. BOOK REVIEWS

Silvia Bagni, book review: F.J. Díaz Revorio, M. González Jiménez (dirs), M. Ruíz Dorado (ed.), M.A. Pacheco Rodríguez, A. Travé Valls (coords), <i>Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1-406, ISBN 97888413556697.	355
Marín Bajatierra Ruiz, book review: al libro: I. Álvarez Rodríguez, <i>Crítica del constitucionalismo feminista</i> , Atelier, Barcelona, 2020, pp. 1-246.	365
Enrique Belda Pérez-Pedrero, book review: F. J. Díaz Majano, Cortes y Corte Trashumantes. <i>Reuniones de las Cortes de Castilla en la actual Castilla-La Mancha (siglos XIV a XVI)</i> . Tirant humanidades – Cortes de Castilla-La Mancha, Valencia, 2020.	377
Salvadora Ginard Martínez, book review: J. Oliver Araujo, <i>Cuarenta años de Monarquía en España, 1975-2015</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.	385
Jesús Manuel Martínez Torres, book review: Ríos Vega, Luis Efrén y Spigno, Irene (Dirs.). Esquivel Alonso, Yessica (Coord.), <i>Estudios de casos líderes nacionales y extranjeros Vol. XXII, La muerte ciudadana en América y Europa. Un debate contemporáneo</i> , Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 1-399.	391

#### IV. CHRONICLES AND COMMENTS

María Martín Sánchez, <i>Jurisprudence of the Constitutional Court on autonomous communities (January 1, 2021 to December 31, 2021)</i> .	401
M <sup>a</sup> del Pilar Molero Martín-Salas, <i>Legislative activity that Regional Parliament of Castilla-La Mancha (from January 1 to December 31 of 2021)</i> .	407
Joaquina Guerrero Sanz, <i>Activity of the Consultative Council of Castilla-La Mancha in constitutional and by-law matters</i> .	421
M <sup>a</sup> . Elena Rebato Peño, <i>Constitutional, regional and parliamentary law activities review (from January 1 to December 31 of 2021)</i> .	457
Tomás Vidal Marín, <i>“The conflict between freedom of expression and the right to honor in social networks. Violation of the right to honor of a deceased bullfighter: the case of Víctor Barrio Hennanz (STC 93/2021)</i> .	469

#### V. NEW TRANSVERSAL RIGHT OF PEOPLE WITH DISABILITIES

Francisco José Sierra Fernández: <i>“The universal accessibility of deaf people to television in Spain. The pending subject of Sign Language in audiovisual regulation”</i> .	489
---	-----

---

---

# I. ESTUDIOS

---

---

## SUMARIO

- **Wendy Mercedes Jarquín Orozco:** *“La violencia política contra la mujeres en razón de género como causa de nulidad de una elección”.*
- **Clicerio Coello Garcés:** *“Estado de excepción en el siglo XXI. De la pandemia a la guerra y sus efectos en las libertades”.*
- **Francisco Javier López Hernández:** *“Los Presupuestos Generales y los límites a la función legislativa en España”.*
- **José Ignacio Navarro Méndez:** *“El Parlamento de Canarias y la técnica legislativa: Aspectos problemáticos y propuestas de mejora”.*
- **Cristian Altavilla:** *“La jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como mecanismo de salvaguarda del federalismo argentino”.*
- **Alexis Rodríguez Montenegro:** *“Efectos diferidos en la norma inconstitucional y su relación con la responsabilidad del Estado en Colombia”.*



LA VIOLENCIA POLÍTICA CONTRA LAS MUJERES EN RAZÓN  
DE GÉNERO COMO CAUSA DE NULIDAD DE UNA ELECCIÓN

POLITICAL VIOLENCE AGAINST WOMEN ON THE BASIS OF GENDER  
AS CAUSE OF NULLITY OF AN ELECTION

Wendy Mercedes Jarquín Orozco<sup>1</sup>

Recibido: 10-07-2022

Aceptado: 29-07-2022

SUMARIO

*Introducción.*

*I. ¿Cómo podemos definir la violencia política contra las mujeres en razón de género?*

*II. ¿Cuándo puede considerarse que la violencia política tiene una connotación de género?*

*III. Algunos supuestos de la línea jurisprudencial sancionatoria en la materia.*

*IV. La violencia política de género como causa de nulidad de un proceso electoral.*

*A modo de conclusión.*

*Bibliografía.*

<sup>1</sup> Doctora en Derecho. Profesora investigadora de la Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.

### ***Introducción.***

En su libro sobre el Contrato Sexual, Carole Pateman nos invita a reflexionar sobre la historia no contada del génesis del derecho político: *el ejercicio de un derecho y un orden social patriarcal*. Nos dice que el pacto originario es un pacto sexual que establece una relación de sujeción entre hombres y mujeres, en la que estas interactúan a partir de la subordinación.<sup>2</sup>

De allí que una de las consecuencias relevantes ha sido la dicotomía entre la esfera pública y la privada, con la concepción de que las mujeres serían desterradas a esta última. Mestre i Mestre manifiesta que la asignación de las mujeres al espacio privado/doméstico, al espacio de las necesidades y de la dependencia implica una doble exclusión de la política y de los derechos; pues, por un lado, la política, el estado y los derechos no entran en la esfera privada y, por el otro, las mujeres están excluidas del espacio público, y de la actividad política.<sup>3</sup>

De allí venimos, de esa constante lucha de las mujeres por ser *consideradas parte y no objeto del contrato social*, de esta lucha por alcanzar la participación política en el espacio de lo público que se traduce en la posibilidad de ser parte activa de la agenda del Estado. En México, esta lucha data de inicios del siglo XX, encontrando que en 1910 se funda el movimiento “Las hijas de Cuauh-témoc” que reclamaba los derechos de participación política de las mujeres, derechos laborales y el derecho a la educación.<sup>4</sup>

El Primer Congreso Feminista se celebró en Yucatán, en el mismo se expuso la necesidad de reconocer el derecho de las mujeres de votar y de ser votadas. Cabe decir que fue precisamente en este estado donde por primera vez se reconoció el derecho al voto femenino en las elecciones municipales de 1922.<sup>5</sup>

En 1947, a raíz de la iniciativa del presidente Miguel Alemán, se extendió el sufragio femenino a todas las elecciones municipales del país. Y en 1953, en la época del presidente Adolfo Ruiz Cortines, se publicó, en el Diario Oficial de la

2 Véase Pateman, Carole (1995), *El contrato sexual*. editorial Anthopos, Barcelona, págs. 9-11.

3 Véase Mestre i Mestre, Ruth (2011), “La ciudadanía de las mujeres: el espacio de las necesidades a la luz del derecho antidiscriminatorio y la participación política”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, Universidad de Granada, España, pág. 148.

4 Para un esbozo de la participación política de las mujeres en México véase *Cuadernillo temático. Las mujeres en la legislatura de la paridad*, (2019) INMUJERES, México.

5 Se extendió posteriormente a Chiapas y Tabasco en 1925, y a Puebla en 1936.

Federación (DOF), la reforma al artículo 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en el cual se reconoció la ciudadanía de las mujeres en México y el correlativo derecho a votar y a ser votadas para cargos de representación federal.<sup>6</sup>

¿Una vez reconocido el derecho al voto podemos hablar de una ciudadanía plena para las mujeres? La respuesta es que no, pues los datos nos demuestran que, en las siguientes cuatro décadas, la participación de las mujeres en el Congreso de la Unión fue más bien simbólica, a manera de ejemplo: en la XLIII Legislatura (1955-1958) hubo 4 diputadas;<sup>7</sup> en la XLVIII Legislatura (1970-1973) hubo 14 diputadas;<sup>8</sup> y en la L (1976-1979) Legislatura hubo 21 diputadas.<sup>9</sup>

Esas cifras dan vida al concepto de *mujer símbolo* de Drude Dahlerup que se proyecta en una mujer sola o en unas cuantas mujeres en medio de un grupo dominado por hombres (lo que puede suceder en distintos ámbitos como el político o el laboral). En esta posición de símbolo a la mujer se le impone la responsabilidad de representar a las demás, por lo que, si la mujer llega a fallar en el ejercicio del cargo, la falla se vincula al género y la organización considera que las mujeres en su conjunto no son buenas para ejercer la labor. En cambio, el fallo de un hombre no se traslada a su género, por lo que la organización solo reemplaza “al señor Smith por el señor Miller”.<sup>10</sup>

Existía un mandato constitucional que permitía que las mujeres pudieran votar y ser votadas, pero se quedaba en lo formal, esto es, en el reconocimiento de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de lo político que estaba lejos de traducirse en un mandato de igualdad de oportunidades y más aún de resultados. En palabras de Molero Martín-Salas “no es lo mismo que el ordenamiento

6 Artículo 34 CPEUM: Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos: I. Haber cumplido 18 años, y II. Tener un modo honesto de vivir.

7 Las cuatro diputadas formaron parte del Partido Revolucionario Institucional, destacando que solo una de ellas pudo entrar al Colegio Electoral. Véase *Participación Política de las Mujeres en la Cámara de Diputados (XLII-LXIII)*, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, marzo 2017, pág. 5.

8 *Ibidem*, pág. 10.

9 Cabe decir que esta fue la última legislatura donde aparecieron las diputaciones por el principio de partido, pues en 1977 se reorganizó al Poder Legislativo y el principio de representación proporcional. Así, 4 de las 21 diputadas participaron por el entonces principio de partido, perteneciendo a la oposición, y las diputadas de mayoría relativa pertenecían al Partido Revolucionario Institucional. *Ibidem*, págs. 13-14.

10 Véase Dahlerup, Drude y Moreno, Hortensia (1993.), “De una pequeña a una gran minoría: una teoría de la ‘masa crítica’ aplicada al caso de las mujeres en la política escandinava”. En *Debate Feminista*, año 4, vol. 8, Universidad Nacional Autónoma de México, México, pág. 171.

jurídico permita el sufragio pasivo femenino, que efectivamente las mujeres puedan participar en las listas electorales de manera igualitaria que los hombres”.<sup>11</sup>

Esta subrepresentación hizo necesaria la introducción de reformas legales para implantar la obligación de los partidos políticos de seleccionar a sus candidaturas a través del mecanismo de la cuota de género. El camino hacia la cuota se hizo a partir de cuatro reformas al entonces Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE): iniciando con la de 1993 en la que se recomendó a los partidos promover un mayor número de mujeres en los procesos electorales, pero sin carácter de obligatoriedad y sin sanciones por el incumplimiento;<sup>12</sup> en la reforma de 1996 se reforzó la recomendación de no exceder el 70% de representación de un mismo género, sin establecer si dicho porcentaje correspondía a candidaturas de propietarias o suplentes.<sup>13</sup>

Con la reforma del 2002 se obligó a los partidos y coaliciones a no inscribir a más de un 70% de candidaturas de un mismo género, lo que implícitamente se tradujo en la consiguiente obligación de inscribir, por lo menos, a un 30% de candidaturas femeninas en las listas de puestos de elección en calidad de propietarias, incluyendo sanciones por el incumplimiento;<sup>14</sup> y con la reforma de 2008, se limitó el umbral a un 40% de candidaturas de un mismo género a cargos de diputación y senaduría por ambos principios.<sup>15</sup>

11 Véase Molero Martín-Salas, María del Pilar (2018), “Democracia paritaria y cuotas electorales” en *Estudio integral de la violencia de género*, María Martín Sánchez (Dir.), Tirant lo Blanch, España, pág. 349.

12 Art. 175 COFIPE en su versión de 1993: 3. Los partidos políticos promoverán, en los términos que determinen sus documentos internos, una mayor participación de las mujeres en la vida política del país, a través de su postulación a cargos de elección popular.

13 Véase Transitorio Vigésimo Segundo de las reformas al COFIPE: Los partidos políticos nacionales considerarán en sus estatutos que las candidaturas por ambos principios a diputados y senadores, no excedan del 70% para un mismo género. Asimismo, promoverán la mayor participación política de las mujeres.

14 Artículo 175-A COFIPE en su versión de 2002: De la totalidad de solicitudes de registro, tanto de las candidaturas a diputados como de senadores que presenten los partidos políticos o las coaliciones ante el Instituto Federal Electoral, en ningún caso incluirán más del setenta por ciento de candidatos propietarios de un mismo género.

Asimismo, cabe mencionar que se adicionó un artículo 175-B en el cual se incluyó la obligación de integrar las listas de representación proporcional por segmentos de tres candidaturas, debiendo incluir en cada uno de los primeros tres segmentos de cada lista una candidatura de género distinto, sin perjuicio de los mayores avances que en la materia señalasen la normativa interna y los procedimientos de cada partido.

15 Artículo 219 COFIPE en su versión de 2008: 1. De la totalidad de solicitudes de registro, tanto de las candidaturas a diputados como de senadores que presenten los partidos políticos o las coaliciones ante el Instituto Federal Electoral, deberán integrarse con al menos el cuarenta por ciento de candidatos propietarios de un mismo género, procurando llegar a la paridad.

2. Quedan exceptuadas de esta disposición las candidaturas de mayoría relativa que sean resultado de un

El impacto de estas reformas se comenzó a observar con la LIX Legislatura (2003-2009) cuando la masa crítica de las legisladoras presentó una tendencia a incrementar en ambas Cámaras, así a manera de ejemplo, mencionamos que las mujeres alcanzaron un 22.4% de representación en la Cámara de Diputados -112 mujeres diputadas- frente al 16.4% de la legislatura anterior.<sup>16</sup>

No obstante, al aumentar la masa crítica de las mujeres también aumentaron las resistencias, tales como el fenómeno conocido coloquialmente como “las juanitas”: mujeres que renunciaban al cargo a favor de sus suplentes hombres. Esto dio lugar a la famosa sentencia SUP-JDC-12624/2011 y acumulados en la que, entre otras cuestiones, se estableció que la cuota de género debe aplicarse a las candidaturas propietarias y suplentes, con el fin de que no se colocara a las mujeres solo para cumplir con el porcentaje estipulado por la ley.<sup>17</sup> Así de resultar electas y presentarse la ausencia, las mujeres serían sustituidas por una persona del mismo género, trascendiendo este al ejercicio del cargo.<sup>18</sup>

proceso de elección democrático, conforme a los estatutos de cada partido.

16 Véase *Participación Política de las Mujeres en la Cámara de Diputados (XLII-LXIII)*, op. cit., págs. 59-72.

17 El objeto de impugnación en esta sentencia lo fue el acuerdo CG327/2011: “Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se indican los criterios aplicables para el registro de candidaturas a los distintos cargos de elección popular que presenten los partidos políticos y, en su caso, las coaliciones ante los Consejos del Instituto, para el proceso electoral federal 2011-2012”.

18 Las actoras en este caso esgrimieron que, de cumplirse la recomendación referida, las mujeres perderían la posibilidad de ser postuladas como candidatas suplentes en todas las fórmulas en las que el propietario fuera hombre, entendiendo que la medida debería estar dirigida exclusivamente a las fórmulas encabezadas por mujeres. No obstante, en esta decisión, el criterio del máximo órgano jurisdiccional electoral, consideró que la norma en cuestión no tenía como efecto proteger primordialmente a un género sobre otro, sino promover la igualdad de oportunidades y la equidad de género en la vida política en un equilibrio razonable entre ellos. Como tuvimos ocasión de ver *supra*, el entonces artículo 219, párrafo primero *in fine* del COFIPE contenía el mandato de procurar llegar a la paridad, sin embargo, el criterio de integrar las candidaturas con, al menos, el 40% de propietarios o propietarias de un mismo género, se dirigía desde luego a la participación de las mujeres que venían de la subrepresentación ¿acaso podía entenderse, en aquel momento, que se presentarían listas con candidaturas de un 60% para las mujeres y un 40% para los hombres?

Por lo que, en cierta medida, la interpretación estricta de integrar las fórmulas con personas del mismo género, incluso cuando el propietario es hombre, puede resultar en un dique de contención normativo, e incluso interpretativo, para promover la participación de las mujeres en un porcentaje mayor a ese 40% que realmente permitiera alcanzar la paridad, entendida esta no como un techo, sino como un piso.

El artículo 232, párrafo 2 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE) establece que: “Las candidaturas a diputaciones tanto locales como federales y a senadurías a elegirse por el principio de mayoría relativa y por el principio de representación proporcional, se registrarán por fórmulas de candidatas y candidatos compuestas cada una por una persona propietaria y una suplente del mismo género, y serán consideradas, fórmulas y candidatas o candidatos, separadamente, salvo para efectos de la votación”; asimismo, el artículo 234, párrafo 1 señala que: “Las listas de representación proporcional se integrarán por fórmulas de candidatos y candidatas compuestas cada una por una persona propietaria y una suplente del mismo género, y se alternarán las fórmulas de distinto género para garantizar el princi-

En 2014 se publicó, en el Diario Oficial de la Federación, una reforma constitucional en materia político-electoral tras la cual se elevó la *paridad a rango de principio constitucional*,<sup>19</sup> al imponer la obligación de garantizar la paridad de género en la postulación de candidaturas a las legislaturas federales y estatales.<sup>20</sup>

pio de paridad, hasta agotar cada lista”. No obstante, el criterio del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ha evolucionado hasta el punto de considerar que la exigencia de fórmulas integradas por personas del mismo sexo debe interpretarse con perspectiva de género a fin de atender a los principios de igualdad y paridad, y de promover en mayor medida la participación de las mujeres en la vida política del país y en la integración de órganos de representación popular. El criterio da vida a la tesis XII/2018, de rubro: PARIDAD DE GÉNERO. MUJERES PUEDEN SER POSTULADAS COMO SUPLENTES EN FÓRMULAS ENCABEZADAS POR HOMBRES.

Esto es, que Sala Superior ha reconocido que la paridad y las acciones afirmativas de género tienen como principales finalidades: 1) garantizar el principio de igualdad entre hombres y mujeres, 2) promover y acelerar la participación política de las mujeres en cargos de elección popular, y 3) eliminar cualquier forma de discriminación y exclusión histórica o estructural. Por lo que el criterio actual es que las disposiciones normativas que incorporan el mandato de postulación paritaria de género o las acciones afirmativas a favor de las mujeres deben interpretarse y aplicarse procurando el mayor beneficio para las mujeres, por ser medidas orientadas a dismantlar la exclusión de la que han sido objeto en el ámbito político.

Como consecuencia de esta renovada interpretación, en México es posible la postulación e incluso el acceso de las mujeres a un número de cargos públicos que exceda la paridad en términos cuantitativos, si esto se traduce en un mayor beneficio para ellas. Este es el criterio de la Jurisprudencia 11/2018, de rubro: PARIDAD DE GÉNERO. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS DEBE PROCURAR EL MAYOR BENEFICIO PARA LAS MUJERES, criterio que a la vez informa a la Jurisprudencia 10/2021, de rubro: PARIDAD DE GÉNERO. LOS AJUSTES A LAS LISTAS DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL SE JUSTIFICAN, SI ASEGURAN EL ACCESO DE UN MAYOR NÚMERO DE MUJERES. Este criterio se ha extendido incluso a la integración de los Organismos Públicos Locales Electorales como parte de una política pública encaminada a garantizar el acceso real de las mujeres acorde a una interpretación del principio de paridad, como mandato de optimización flexible, así encontramos la Jurisprudencia 2/2021, de rubro: PARIDAD DE GÉNERO. LA DESIGNACIÓN MAYORITARIA DE MUJERES, EN LA INTEGRACIÓN DEL CONSEJO GENERAL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS LOCALES ELECTORALES MAXIMIZA LA IGUALDAD SUSTANTIVA.

19 Artículo 41 CPEUM, en su versión de 2014: I. Los partidos políticos son entidades de interés público; la ley determinará las normas y requisitos para su registro legal, las formas específicas de su intervención en el proceso electoral y los derechos, obligaciones y prerrogativas que les corresponden.

Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, así como las reglas para garantizar la paridad entre los géneros, en candidaturas a legisladores federales y locales. Sólo los ciudadanos podrán formar partidos políticos y afiliarse libre e individualmente a ellos; por tanto, quedan prohibidas la intervención de organizaciones gremiales o con objeto social diferente en la creación de partidos y cualquier forma de afiliación corporativa.

20 Aunque la reforma omitió pronunciarse respecto al ámbito municipal, los congresos locales, al hacer la armonización constitucional y legal, subsanaron la omisión. Estas reglas dieron lugar a la inclusión de la denominada paridad horizontal que establece el criterio de que los partidos y las autoridades electorales deben asegurar la paridad en el registro de las candidaturas municipales entre los diferentes ayuntamientos que forman parte de un determinado Estado. Así se establece en la Jurisprudencia 7/2015, de rubro:

Si bien derivado de esta reforma se produjo un aumento de las mujeres en las Cámaras, si no basta ver la representación de esta legislatura con relación a la elección de 2012 que se hizo bajo el régimen de las cuotas,<sup>21</sup> aún persistían condiciones de desigualdad en la competencia electoral y factores socio-culturales de discriminación.

En 2018 se llega a la denominada *legislatura de la paridad* (LXIV Legislatura) en la que las mujeres conformaron el 48.2% de la Cámara de Diputados y el 49.2% de la del Senado,<sup>22</sup> y en 2021 con la LXV Legislatura, a partir de la sentencia SUP-REC-1414/2021 y acumulados, se alcanzó la integración paritaria cuantitativa de 250 mujeres y 250 hombres en la Cámara de Diputados.

Sin embargo, esto no debe confundirnos con una falsa percepción de igualdad, pues la paridad no debe ser vista únicamente desde la perspectiva cuantitativa, al ser en esencia un principio de redistribución del poder público entre mujeres y hombres, en el sentido de que ambos tengan una participación en condiciones de igualdad en los procesos de toma de decisión, en un escenario de oportunidad y de responsabilidad.

A pesar de estos avances, siguen existiendo resistencias, quizá no resistencias francas, pero siguen existiendo asimetrías y subrepresentación en los ámbitos de toma de decisión. Las mujeres siguen enfrentando diversos techos y laberintos de cristal que obstaculizan su acceso a posiciones de liderazgo, así encontramos que: *entre más alta es la posición política menor es la representación de las mujeres*. Esto nos dice que no es suficiente con que se elijan a muchas mujeres, el siguiente paso es el de propiciar que existan condiciones de trabajo y de influencia.

Otra forma de resistencia que encontramos es la violencia política contra las mujeres por razón de género (VPG), así en el ámbito de lo político encontramos que ha existido un largo enfrentamiento con situaciones de acoso, intimidación y agresiones que prácticamente se habían normalizado e invisibilizado, lo que conllevó a que no se diera un tratamiento específico de la problemática. Por lo que, si bien el fenómeno no es nuevo, lo que sí se ha producido de manera relativamente reciente es su conceptualización.

#### PARIDAD DE GÉNERO. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO EN EL ORDEN MUNICIPAL.

21 El porcentaje de mujeres diputadas en la LXII Legislatura (2012-2015) fue de 37.2% y en la LXIII Legislatura (2015-2018) fue de 42.6% ocurriendo un aumento de un 5.2% en la representación.

22 En la reforma constitucional de 2019 se introdujo la *paridad en todo*, transversalizándola en la conformación de los tres poderes de la Unión, de los órganos autónomos y de los gobiernos estatales y municipales.

En el presente artículo se expone cómo a partir de las decisiones emitidas por el TEPJF se vino construyendo una línea jurisprudencial imprescindible para actuar en contra de este mal endémico que plantea un desafío enorme para nuestra democracia, para el estado de derecho y para nuestra identidad como sociedad. Dicha línea jurisprudencial se adelantó y tuvo un impacto directo en la legislación que se emite en el año 2020 para la materia, y ha llegado incluso a justificar la declaración de nulidad de una elección a partir de la violación genérica de principios constitucionales.

### ***I. ¿Cómo podemos definir la violencia política contra las mujeres en razón de género?***

El fenómeno de la violencia política por razón de género no es nuevo y a lo largo de la historia podemos detectar actos de violencia dirigidos a impedir la participación de las mujeres en lo público, entre ellos estuvieron las enconadas luchas a las que dieron lugar las reivindicaciones del derecho al voto femenino.<sup>23</sup> Como se mencionó anteriormente, lo que se ha producido de manera relativamente reciente es su identificación, conceptualización y correspondiente visibilización.

Krook y Restrepo destacan que en América Latina el concepto de acoso y violencia política en contra de las mujeres por ser mujeres aparece por primera vez en el año 2000, en el desarrollo de una reunión de concejales de Bolivia ante la Cámara de Diputados de dicho país, y que, posteriormente, se ha llevado a cabo una labor de identificación de las manifestaciones que integran a dicho fenómeno, tarea que no puede considerarse como acabada, sino que es (y debe ser) objeto de una continua actualización.<sup>24</sup>

La identificación y conceptualización de este fenómeno es relevante para tomar consciencia de que estos actos existen y que no deben ser vistos como parte del costo que la mujer debe pagar por incursionar en la política. Esta violen-

23 Uno de esos pasajes lo encontramos en los debates parlamentarios de las Cortes Constituyentes españolas de 1931, cuando se reconoce el sufragio femenino en dicho país, en esta lucha ocupó un lugar central la diputada Clara Campoamor Rodríguez quien defendió tenazmente, frente a la mayoría de la Cámara, el reconocimiento de la igualdad de oportunidades sin distinción de sexos. Para mayor abundamiento véase Jarquín Orozco, Wendy M., “El derecho al sufragio femenino en España. Clara Campoamor. La mujer olvidada [2011]” (2019), en *El sufragio en las pantallas. Perspectivas actuales de los derechos políticos desde el cine*, Luis Efrén Ríos e Irene Spigno (Dirs.), Tirant lo Blanch, México, págs.161-182.

24 Véase Krook, Mona Lena y Restrepo Sanín, Juliana (2016), “Violencia contra las mujeres en la política. En defensa del concepto”, en *Política y gobierno* n° 2, II semestre, CIDE, México, pág. 465.

cia conlleva una especie de reproche social o de castigo ante el desafío de querer ocupar un espacio que tradicionalmente había sido reservado para los hombres.

Sala Superior del TEPJF ha definido la violencia política en razón de género como: “todas aquellas acciones u omisiones de personas, servidoras o servidores públicos que se dirigen a una mujer por ser mujer [basadas en elementos de género], tienen un impacto diferenciado en ellas o les afectan desproporcionadamente, con el objeto o resultado de menoscabar o anular sus derechos político-electorales, incluyendo el ejercicio al cargo”.<sup>25</sup>

Continúa diciendo que el derecho de las mujeres a una vida libre de discriminación y de violencia, se traduce en la obligación de toda autoridad de actuar con la debida diligencia y hacer todo lo conducente, de manera conjunta para prevenir, investigar, sancionar y reparar una posible afectación de sus derechos.<sup>26</sup>

Y es que cuando las autoridades de un Estado, conociendo la existencia de determinados hechos, no actúan con la debida diligencia legitiman patrones de discriminación, propician la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos y transmiten el mensaje de un permiso tácito según el cual la violencia contra las mujeres es tolerada y aceptada como parte del diario vivir. Es decir, que con la falta de diligencia se crea un clima de impunidad generalizado.<sup>27</sup>

Una definición actualizada del concepto la encontramos tras la reforma en materia de violencia política de género, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 13 de abril de 2020, que no se trató de una ley en sí, sino que abarcó la reforma a una serie de leyes mexicanas: Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia

25 Véase Jurisprudencia 48/2016, de rubro: VIOLENCIA POLÍTICA POR RAZÓN DE GÉNERO. LAS AUTORIDADES ELECTORALES ESTÁN OBLIGADAS A EVITAR LA AFECTACIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS ELECTORALES.

26 El artículo 7 de la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará)* establece la obligación de los Estados parte de adoptar políticas legislativas, jurisdiccionales, administrativas y de otra naturaleza que sean necesarias para actuar frente a la violencia contra las mujeres, enfatizando que deben hacerlo con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

27 En el *Caso Campo Algodonero*, la Corte interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) reconoció que la falta de diligencia por parte del Estado en la investigación de la violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita, promueve la repetición de actos violentos y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir. Véase *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo 388.

Electoral, Ley General de Partidos Políticos, Ley General en Materia de Delitos Electorales, Ley General de Responsabilidades Administrativas y Leyes Orgánicas de la Fiscalía General de la República y del Poder Judicial de la Federación.

Así, el art. 20 bis de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia -adicionado con la reforma de 2020- la define como toda acción u omisión, incluida la tolerancia, basada en elementos de género y ejercida dentro de la esfera pública o privada, que tenga por objeto o resultado limitar, anular o menoscabar el ejercicio efectivo de los derechos políticos y electorales de una o varias mujeres, el acceso al pleno ejercicio de las atribuciones inherentes a su cargo, labor o actividad, el libre desarrollo de la función pública y la toma de decisiones, la libertad de organización, así como el acceso y ejercicio a las prerrogativas, tratándose de precandidaturas, candidaturas, funciones o cargos públicos del mismo tipo.

Como se puede ver, este concepto destaca que la misma puede ser ejercida tanto en el ámbito público como en lo privado, en reconocimiento de que las actoras políticas pueden ser atacadas en espacios que son generalmente seguros para los hombres, tales como sus oficinas y sus propias casas.<sup>28</sup>

Finalmente, es importante subrayar que cuando hablamos de violencia política de género, hablamos de acciones, omisiones o incluso de tolerancia, que se dirigen en contra de la mujer por el hecho de ser mujer, esto es, que se basan en elementos estereotipados de género<sup>29</sup> a fin de impedir que participen en la política o de causarles un daño en el ejercicio de sus derechos político-electorales.

Consecuencia de lo anterior es que, como se abordará posteriormente, no toda la violencia que se dirige en contra de una mujer en el ámbito de la política constituye violencia política en razón de género, ya que lo importante a determinar es que aquella esté motivada precisamente en una cuestión de género. Es decir, que no basta con identificar a la víctima como perteneciente al género femenino, sino que es necesario determinar que la motivación del acto, tolerancia u omisión se

28 Así encontramos que la violencia política de género se puede llevar a cabo en el ámbito de lo público o privado, en la esfera política, económica, social, cultural, civil, etcétera. Puede tener lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier relación interpersonal, en la comunidad, en un partido o institución política. Véase *Protocolo para la atención de la violencia política contra las mujeres en razón de género* (2017), Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, pág. 28.

29 Los estereotipos de género se refieren a la construcción social y cultural de hombres y mujeres en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales, son convenciones o un grupo de creencias en las que se sostiene la práctica social del género. Véase Cook, Rebeca y Cusack, Simone (2009), *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, pág. 23.

fundamentó en la estructura de dominación que históricamente se ha implantado en las relaciones entre hombres y mujeres.<sup>30</sup>

## II. ¿Cuándo puede considerarse que la violencia política tiene una connotación de género?

Sala Superior del TEPJF definió, antes de la reforma legal del año 2020, cuáles son los elementos constitutivos para actualizar la violencia política contra las mujeres en razón de género, encontrando a los siguientes:<sup>31</sup>

1. **El contexto:** esto es, que la acción, omisión o tolerancia que se dé en el marco del ejercicio de derechos político-electorales o bien en el ejercicio de un cargo público;
2. **Sujeto activo:** que sea perpetrada por el Estado o sus agentes, por superiores jerárquicos, colegas de trabajo, partidos políticos o representantes de estos; medios de comunicación y sus integrantes, un particular y/o un grupo de personas;<sup>32</sup>

Se debe destacar que para determinar la existencia del fenómeno violencia política en razón de género no es indispensable que sea cometida por un

30 La CorteIDH ha reconocido que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará, o una violación por razón de género. Así, en la sentencia *Perozo y otros vs. Venezuela* destacó que, aunque las periodistas mujeres habían sido agredidas en los hechos del caso, lo fueron junto a sus compañeros hombres, sin haber podido demostrar en qué sentido las agresiones estuvieron especialmente dirigidas contra las mujeres, ni por qué las mujeres se convirtieron en un mayor blanco de ataque por su sexo. Véase *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, párrafos 295-296. En *Ríos y Otros vs. Venezuela*, la Corte reiteró el criterio al considerar que no se especificaron hechos o argumentos que le llevaran a considerar que se trataba de una agresión por razón de género o la medida en la que la misma afectara a las mujeres de manera diferente. Para un mayor abundamiento sobre el tema, véase *Caso Ríos y Otros s. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, párrafos 274-280.

31 Véase Jurisprudencia 21/2018, de rubro: VIOLENCIA POLÍTICA DE GÉNERO. ELEMENTOS QUE LA ACTUALIZAN EN EL DEBATE POLÍTICO.

32 En el procedimiento especial sancionador SRE-PSC-94/2022 resuelto por Sala Regional Especializada se acreditó la violencia política por razón de género ejercida por un grupo de medios de comunicación y periodistas en contra de una candidata a diputada federal con motivo de la difusión de diversas publicaciones, imágenes y videos en un medio noticioso digital y en la red social Facebook. En la sentencia se hizo énfasis en la relación asimétrica de los medios de comunicación por la influencia que ejercen en la opinión de la ciudadanía, más aún en la etapa de campaña, y en la intención de la difusión de degradar o anular el reconocimiento, goce y/o ejercicio de los derechos político-electorales de la entonces candidata. Véase sentencia SRE-PSC-94/2022, de 9 de junio de 2022, párrafos 81-98.

hombre o un grupo de hombres, ya que la misma puede ser ejercida por mujeres contra mujeres. Y así encontramos una serie de casos que lo acreditan.<sup>33</sup>

3. **La forma en que se lleva a cabo:** puede ser simbólica, verbal, patrimonial, económica, física, sexual y/o psicológica;

La forma de violencia más generalizada que, incluso hoy se transmite al ámbito de lo digital potenciando aún más el daño a las víctimas, es la violencia simbólica que es definida como aquella violencia invisible, soterrada, implícita, que opera a nivel de las representaciones a fin de deslegitimar a las mujeres a través de estereotipos de género que les niegan habilidades para estar en el ámbito de lo público.<sup>34</sup>

4. **La motivación:** que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce y/o ejercicio de los derechos político-electorales de las mujeres; y;
5. **Que se base en elementos de género,** es decir:
  - i. Se dirija a una mujer por ser mujer;
  - ii. Tenga un impacto diferenciado en las mujeres;
  - iii. Afecte desproporcionadamente a las mujeres.

De lo anterior quisiera hacer un par de acotaciones: por un lado, conforme lo establecido en la Jurisprudencia 48/2016, y debido a la complejidad que encierran estos casos, se hace necesario que su estudio se haga de manera particular, a fin de definir si se trata o no de violencia política de género y poder reparar el daño que se haya podido causar a la víctima o víctimas y, por el otro, que la acreditación de estos elementos es indispensable para tener por actualizada la infracción, caso contrario corremos el riesgo de pervertir, desgastar o vaciar de contenido el concepto.<sup>35</sup>

33 A manera de ejemplo véase la sentencia SM-JE-25/2019, de, 25 de abril de 2019.

34 La violencia simbólica es un concepto identificado por el sociólogo francés Pierre Bourdieu en la década de los setenta y que puede definirse como el sometimiento de unos sujetos respecto de otros, a través del proceso de socialización que permite naturalizar las relaciones de poder convertidas en incuestionables a partir de las asimetrías entre las cuales están las basadas en la condición de género. Son relaciones simbólicas sobre el cuerpo de los sujetos sociales. Para un estudio sobre el tema, véase López Safi, Silvia Beatriz (2015), “La violencia simbólica en la construcción social del género”, en *ACADEMO Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades*, diciembre, vol. 2, núm. 2.

35 Véase *Protocolo para la atención de la violencia política contra las mujeres en razón de género*, op. cit., pág. 43.

Ahora bien, la relevancia práctica de distinguir entre actos de violencia que pueden sufrir las mujeres en la política y actos de violencia política con elementos de género radica principalmente en la forma en que deba tratarse a la víctima y la manera en que deben conducirse las autoridades.<sup>36</sup> Ya que, como tendremos ocasión de estudiar, la concurrencia de elementos de género exige la imparción de una protección reforzada para las víctimas a partir de la utilización de enfoques o lentes que permitan visibilizar y erradicar las estructuras de discriminación que aún persisten en la sociedad.

Lo anterior se produce porque al concurrir elementos de género,<sup>37</sup> el caso encierra la tutela de un grupo históricamente marginado que ha tenido que sortear una serie de prejuicios y estereotipos que se han forjado a partir del paradigma de superioridad de lo masculino.

### ***III. Algunos supuestos de la línea jurisprudencial sancionatoria en la materia.***

La línea jurisprudencial construida por el TEPJF ha sido amplia, no obstante, por razón de extensión y por el tema que particularmente nos ocupa, nos referiremos **únicamente** algunos criterios innovadores que han tenido un alto impacto en el estado de la cuestión mexicana.

Uno de los avances que se incorporó vía decisión judicial fue el de la sanción electoral por la comisión de violencia política contra la mujer por razón de género. Nos referimos a la sentencia de Sala Superior SUP-REC-531/2018, de 30 de junio de 2018, que dio respuesta a la pregunta de si se puede desvirtuar la elegibilidad de una persona por incurrir en VPG.

#### **¿Cuáles fueron los hechos del caso?**

La síndica municipal de San Juan Colorado (Oaxaca) demandó ante el Tribunal Electoral del Estado de Oaxaca (en adelante, Tribunal de Oaxaca) que el presidente municipal y otros integrantes del cabildo estaban obstaculizando el ejercicio de su cargo. Las conductas consistían en: omitir convocarla a las sesiones

<sup>36</sup> *Ídem*.

<sup>37</sup> Artículo 1º, párrafo quinto CPEUM: Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

del cabildo, dejar de proporcionarle información sobre la situación financiera y presupuestal del municipio, destituirla del cargo sin seguir el procedimiento legal e instruir a la síndica suplente a realizar las funciones del mismo, referirse a su persona con palabras y frases ofensivas (“bruja”, “no vales nada”, “estafadora”).

Todo ello constituía violencia política por razón de género no solo económica o patrimonial,<sup>38</sup> sino también verbal y psicológica por los insultos, humillaciones, devaluación y marginación que desde luego pueden influir en la autoestima de la víctima.

Después de estudiar los hechos, la autoridad local declaró la comisión de VPG y ordenó la restitución de la víctima en su cargo, así como dejar de obstaculizar el pleno ejercicio de aquel y abstenerse de realizar acciones que impliquen VPG. Asimismo, ordenó la implementación de medidas de protección, entre otras: que las autoridades del Estado de Oaxaca, de manera inmediata, adoptaran las decisiones que resultasen procedentes para salvaguardar los derechos y bienes jurídicos de la actora y de su familia.

Cabe decir que estas medidas de protección, en el ámbito de lo electoral, fueron implementadas por las autoridades jurisdiccionales antes de que estuvieran establecidas por ley,<sup>39</sup> ante la necesidad de evitar que se actualice un posible daño irreparable a los derechos o bienes que se encuentren aparentemente en una situación de riesgo, real e inminente.<sup>40</sup> Por lo que el TEPJF ha decidido que, ante los casos de VPG, se deben dictar medidas de protección que garanticen el respeto del ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, lo que hace razonable mantener dichas medidas aun después de que se tenga por cumplido el fallo,

38 La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia define a la violencia patrimonial como todo acto u omisión que afecta la supervivencia de la víctima, y que se puede manifestar en: la transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y puede abarcar los daños a bienes comunes o propios de la víctima (artículo 6, fracción III). La violencia económica se define como toda acción u omisión del agresor que afecta la supervivencia económica de la víctima, y que se puede manifestar en limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas, así como la percepción de un salario menor por igual trabajo, dentro de un mismo centro laboral (artículo 6, fracción IV).

39 Las medidas cautelares y de reparación se reconocen en la LGIPE, tras la mencionada reforma del 2020, en el Capítulo II BIS, artículos 463 Bis y 463 Ter.

40 Véase SUP-JDC-8/2017, sentencia de 24 de enero de 2017, pág.18. En este sentido, hay que enfatizar que las autoridades jurisdiccionales electorales deben adoptar, con la debida diligencia, las medidas necesarias, en el ámbito de su competencia, para contribuir a la protección de los derechos y bienes jurídicos, al encontrarse estos en peligro, siempre con una perspectiva de género.

siempre y cuando la víctima así lo requiera.<sup>41</sup> Incluso se ha reconocido la posibilidad de que estas medidas se adopten por autoridad que posteriormente resulte incompetente para conocer el caso.<sup>42</sup>

La sentencia fue dictada el 22 de diciembre de 2017,<sup>43</sup> y confirmada por Sala Regional Xalapa mediante sentencia SX-JE-2/2018, de 2 de febrero de 2018. Esta última resolución no fue impugnada con lo cual quedó firme la acreditación de VPG contra la síndica por parte del entonces presidente municipal.

Sin embargo, el ciudadano en mención fue postulado para ser reelecto en el mismo cargo para las elecciones que se celebraron el 1 de julio de 2018.<sup>44</sup> Ante esto, un partido político local de Oaxaca impugnó el registro bajo el argumento de que el funcionario incumplía con el requisito de elegibilidad de tener un modo honesto de vivir, al haberse acreditado la comisión de la conducta de VPG.

El Tribunal de Oaxaca confirmó el registro, mediante sentencia de 30 de mayo de 2018,<sup>45</sup> al considerar que no se habían presentado elementos de prueba relevantes para acreditar el incumplimiento de la calidad de tener un modo honesto de vivir, en la medida en la que un solo ilícito no era suficiente para tener por desplegada una conducta reiterada contraria a los principios de la convivencia humana.

Esta sentencia fue impugnada mediante juicio de revisión constitucional electoral ante Sala Regional Xalapa quien revocó tanto la decisión del Tribunal de Oaxaca cuanto el acuerdo del registro de candidatura bajo los siguientes criterios:<sup>46</sup>

41 Véase Tesis X/2017, de rubro: VIOLENCIA POLÍTICA DE GÉNERO. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PUEDEN MANTENERSE, INCLUSO DESPUÉS DE CUMPLIDO EL FALLO, EN TANTO LO REQUIERA LA VÍCTIMA.

42 Las medidas cautelares se deben emitir en cualquier medio por la autoridad -administrativa o jurisdiccional- que esté conociendo el asunto, en cualquier momento procesal en que se encuentre y en cualquier circunstancia, con independencia de que, con posterioridad a su dictado, el medio de impugnación resulte improcedente o sea remitido a autoridad diversa para que conozca el fondo de la controversia. Véase sentencia SUP-JE-115/2019, de 20 de noviembre de 2019, págs. 25-26.

43 La sentencia es la JDC/85/2017 y su acumulado JDC/96/2017.

44 El registro fue aprobado mediante acuerdo IEEPCO-CG-32/2018, POR EL QUE SE REGISTRAN DE FORMA SUPLETORIA LAS CANDIDATURAS A CONCEJALÍAS A LOS AYUNTAMIENTOS QUE SE RIGEN POR EL SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS, POSTULADAS POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LAS COALICIONES, PARA EL PROCESO ELECTORAL ORDINARIO 2017-2018.

45 Véase la sentencia en el recurso de apelación local RA/35/2018 y su acumulado RA/36/2018.

46 Véase esta sentencia que marcó un importante precedente en la materia electoral, sentencia SX-JRC-140/2018, de 22 de junio de 2018.

1- El requisito de elegibilidad de tener un modo honesto de vivir constituye una presunción *Iuris Tantum*, esto es, que se presume cumplido salvo prueba en contrario. En consecuencia, para desvirtuar dicha presunción se deben acreditar fehacientemente antecedentes de vida y conductas antisociales, dentro de las cuales se encuentran la violencia política de género.

2- La acreditación de violencia política de género es la base para desvirtuar la presunción de tener un modo honesto de vivir, pero por sí sola no puede generar el efecto, sino que es necesario que se actualicen otros elementos lo que exige analizar las particularidades de cada caso.

De este modo, en el caso concreto, además de la violencia política de género se acreditó:

- a) Que la misma se cometió por un servidor público en ejercicio de sus funciones, en abierta vulneración a principios constitucionales y a normas legales;<sup>47</sup> y
- b) que la conducta se realizó de manera previa e inmediata al proceso electoral en el que se pretendía reelegir.<sup>48</sup>

Asimismo, se encontró que la violencia política de género cometida por el funcionario se vio agravada ya que este persistía en el incumplimiento de la sentencia local, en la que se había mandado a restituir los derechos de la víctima, pues se comprobó que, aunque se le había proporcionado una oficina, se le convocaba a las sesiones del cabildo y se le pagaron las dietas correspondientes al cargo, sus labores seguían siendo ejercidas por la suplente y no se le permitía emitir propuestas ni opiniones.

La decisión de Sala Regional nos pone de frente con la importancia de *juzgar con perspectiva de género* a partir del reconocimiento del impacto diferenciado que el género produce en la vida de las personas, principalmente de las mujeres, niñas y minorías sexuales. De esta manera se ha venido implementando esta he-

47 "...quienes pretendan reelegirse o contender a algún cargo de elección popular, se encuentran obligados a cuidar su actuar como servidores públicos respetando en todo momento los principios de igualdad y no discriminación en contra de las mujeres". Véase sentencia SX-JRC-0140/2018, párrafo. 157.

48 Aquí la inmediatez se traduce en la pretensión de contender en el proceso electoral próximo respecto del cargo de elección en el que se cometió violencia política de género. De este modo, Sala Regional Xalapa entendió que la inmediatez generaba la presunción de que se carece de un modo honesto de vivir por pretender ser reelecto de manera inmediata al mismo cargo en el que se cometió violencia política de género.

ramienta de análisis al momento de apreciar los hechos, valorar las pruebas e interpretar y aplicar las normas jurídicas, a fin de no revictimizar a las mujeres al negarles el acceso a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación.<sup>49</sup>

Llama la atención cómo la sentencia emitida por el Tribunal de Oaxaca exige la acreditación de una conducta reiterada para tener por desvirtuada la calidad del modo honesto de vivir, sin tomar en cuenta la extrema situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima producida por la actitud de abierto desacato del funcionario sentenciado, pues quedó comprobado que días antes de tomar esta decisión, en concreto el 10 de mayo de 2018, el mismo Tribunal había emitido un acuerdo apercibiendo al entonces presidente municipal a cumplir su sentencia del 22 de diciembre de 2017, con orden de dar vista al Congreso del Estado de Oaxaca a fin de que este iniciara un procedimiento de revocatoria de mandato de dicho funcionario.<sup>50</sup> Por lo que, además de la falta de perspectiva de género, se evidencia una abierta incongruencia al permitir que el ciudadano para el cual se solicitaba la destitución en el cargo se pudiera presentar para la reelección en el mismo.

Volviendo a la sentencia de Sala Regional Xalapa, destacamos que se expresó que la revocación del registro de candidatura en modo alguno implicaba una sanción, sino que más bien debía ser vista como una interpretación respecto al contenido de un requisito de elegibilidad con la finalidad de erradicar conductas que entren en conflicto con los principios de igualdad y no discriminación.<sup>51</sup>

### **¿Cuál fue la decisión de Sala Superior en el SUP-REC-531/2018?**

El asunto llegó a Sala Superior mediante la promoción de un recurso de reconsideración por parte del funcionario sancionado, afirmando que la decisión recurrida -sentencia SX-JRC-140/2018- vulneraba el principio de autoorganización de los partidos políticos para elegir y registrar a sus candidaturas, así como su derecho a la reelección.

49 Véase *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* (2020) Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, pág. 119.

50 Véase sentencia SX-JRC-140/2018, de 30 de mayo, párrafo 41. El artículo 61, fracción IX de la *Ley Orgánica Municipal del Estado de Oaxaca* reconoce como causas graves para la revocación del mandato de algún miembro del Ayuntamiento: La violencia política ejercida por razón de género, decretada por un órgano jurisdiccional.

51 En la sentencia también se ordenaron medidas preventivas en aras de erradicar la violencia política ante posibles represalias, tales como dar vista a diversas autoridades del Estado de Oaxaca a fin de asegurar que la víctima pudiera desarrollar sus funciones de manera pacífica, recibiera apoyo y protección para salvaguardar su integridad física y se evitará cualquier tipo de violencia en su contra.

Sala Superior se centró en determinar si fue correcta la interpretación que realizó Sala Regional Xalapa sobre el requisito de tener un modo honesto de vivir, establecido en el art. 34 CPEUM<sup>52</sup> y en el art. 113, fracción I, inciso h) de la Constitución del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, para el caso de funcionarios que pretendan la reelección inmediata en el cargo en el que cometieron violencia política por razón de género.<sup>53</sup>

Como podemos observar, el modo honesto de vivir opera en este caso como requisito para obtener la ciudadanía mexicana y como requisito de elegibilidad local. No obstante, entendemos que, aun cuando no se exigiera en la legislación local, podría operar la sanción aplicando directamente el art. 34 de la Constitución Federal, en la medida en la que la pérdida de la calidad del modo honesto de vivir conllevaría a la suspensión de la ciudadanía mediante sentencia judicial, lo que le impediría que la persona pudiera optar a un cargo público de elección.

Sala Superior decidió que la expresión modo honesto de vivir como requisito de elegibilidad se traduce en que: **quien aspire a la reelección inmediata en un cargo debe respetar los principios del sistema democrático mexicano, lo que incluye la prohibición de violencia política por razón de género.** Acogiendo el criterio de fondo de la sentencia recurrida.

Asimismo, a partir de la aplicación del control de convencionalidad y de constitucionalidad, Sala Superior introdujo algunos elementos para la interpretación del mencionado requisito, entre otros: el impacto de la violencia institucional,<sup>54</sup> la interpretación principialista y el reconocimiento de la necesidad de implementar una sanción electoral frente a la comisión de la VPG, esto último co-

52 Artículo 34. Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

I. Haber cumplido 18 años, y

II. Tener un modo honesto de vivir.

53 Art. 113 de la Constitución del Estado Libre y Soberano de Oaxaca: El estado de Oaxaca, para su régimen interior, se divide en Municipios libres que están agrupados en distritos rentísticos y judiciales [...] I.- Cada municipio será gobernado por un Ayuntamiento de elección popular directa, integrado por un Presidente Municipal y el número de Regidores y Síndicos que la ley determine, garantizándose la paridad y alternancia entre mujeres y hombres, conforme a la ley reglamentaria [...] Para ser miembro de un Ayuntamiento se requiere ...h) Tener un modo honesto de vivir.

54 La realización de violencia política de género es una conducta reprochable que vulnera los derechos fundamentales de la víctima, pero además cuando se materializa en un contexto determinado supone una violencia institucionalizada que trasciende a la gobernabilidad y representatividad, afectando a los intereses de la ciudadanía y de la sociedad en general. Véase sentencia SUP-REC-531/2018, de 30 de junio de 2018, pág. 20.

mo consecuencia de la obligación que tienen todas las autoridades, derivada del artículo 1º CPEUM,<sup>55</sup> de respetar los derechos humanos, por lo que la comisión de violencia política de género en el ejercicio de la función debe tener no solo consecuencias penales o administrativas, sino también electorales.

Consideró, además, que la violencia política de género causa un impacto en la paridad de género sustantiva, pues esta no implica solo el acceso de las mujeres a los cargos públicos, sino que puedan ejercerlos en condiciones de igualdad. Es decir, que la paridad no debe verse únicamente como una medida de acceso, sino también de representatividad y de toma de decisiones. La paridad de género sustantiva garantiza el acceso al cargo, pero es ineficaz si se impide que en los hechos se puedan ejercer las funciones para las que las mujeres han sido electas, sin encontrar herramientas que reparen esta continua violencia.

Y se pronunció expresamente sobre la situación de revictimización, tolerada por el Tribunal de Oaxaca, que produjo una lesión continuada de la víctima y que exigía una reparación efectiva del derecho violado. Desde luego que la situación se agrava cuando quien comete los actos de violencia política de género no ha corregido su conducta irregular y pretende reelegirse en el cargo, ya que esto invisibiliza a la mujer y la mantiene en una posición de vulnerabilidad ante la falta de cumplimiento de las medidas ordenadas por la autoridad jurisdiccional.

Con base en lo expuesto, Sala Superior confirmó la decisión de Sala Regional Xalapa al determinar que la presunción de tener un modo honesto de vivir quedó desvirtuada al concurrir las siguientes circunstancias:

1. Haber cometido, el recurrente, violencia política de género en el desempeño de un cargo público.
2. Haber aspirado a la reelección inmediata.
3. Haber incumplido la sentencia en la que se le había ordenado abstenerse de seguir incurriendo en la conducta ilegal.

Esto es, que la pretensión de reelección inmediata -sin reparación de los daños- en el cargo público a pesar de haber incurrido en actos contrarios al sistema

<sup>55</sup> Artículo 1º, párrafo tercero CPEUM: Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

democrático se traduce en la pretensión de que la conducta quede sin sanción, lo que propicia una situación de impunidad ante la tolerancia de situaciones sistemáticas de vulneración de derechos.

Reiteramos que Sala Superior asumió el criterio introducido por Sala Regional Xalapa sobre la interpretación de este requisito de ciudadanía y de elegibilidad, destacando que, a pesar de que no fue parte de la *litis*, Sala Superior -en plenitud de jurisdicción- asumió directamente la implementación de medidas de protección y reparación a favor de la víctima, ya que advirtió que no constaba en autos que las medidas ordenadas por Sala Regional Xalapa hubieran sido cumplidas.<sup>56</sup>

En consecuencia, el caso estudiado permitió asentar el criterio conforme al cual toda persona que ejerza un cargo público de elección y que pretenda reelegirse al mismo o presentarse a otro cargo en el proceso electoral inmediato, debe cumplir con los principios sobre los que se asienta la democracia: lo que incluye la prohibición de violencia.

Como dato debemos decir que, tras la reforma en materia de violencia política de género del año 2020, el legislador hizo suyo lo establecido jurisdiccionalmente por el TEPJF, así el artículo 10 inciso g) LGIPE establece como requisito para ser diputado o diputada federal o senador o senadora, entre otros, el no estar condenado o condenada por el delito de violencia política contra las mujeres en razón de género.

Observamos que la norma no establece una delimitación temporal necesaria a fin de evitar que la sanción se convierta en un impedimento que excluya de por vida a la persona del ejercicio de una parte de sus derechos,<sup>57</sup> por lo que debemos estar a la interpretación que sobre la materia realicen las correspondientes autoridades electorales.

56 Véase Soto Fregoso, Mónica, Montoya Mexía, Alejandra y Ocampo Jiménez, Alicia María (2019), *2018 El año de la paridad. Breve recuento de la justicia electoral*, Tirant lo Blanch, México, pág. 143.

57 Véase Jurisprudencia 2/2002, de rubro: ANTECEDENTES PENALES. SU EXISTENCIA NO ACREDITA, POR SI SOLA, CARENCIA DE PROBIDAD Y DE UN MODO HONESTO DE VIVIR. En ella se reconoce que la persona que comete un ilícito no puede quedar marcada con el estigma de ser infractora el resto de su vida, pues ello obstaculizaría su reinserción social. En todo caso, la falta de probidad y honestidad deben tenerse por actualizada en el momento en que los ilícitos fueron cometidos, pero si estos han sido sancionados legalmente, no puede considerarse que las cualidades desaparecieron para siempre, pues la persona se encuentra en aptitud de reintegrarse socialmente y actuar conforme a los valores imperantes de la sociedad en la que habita.

En conclusión, este caso destaca la importancia de dotar de significados modernos y racionales a requisitos arcaicos, ambiguos y de un eminente contenido ético y moral,<sup>58</sup> a fin de hacer efectivas las consecuencias para quienes cometan violencia política de género desde el ejercicio de la función pública, cumpliendo así con la labor de interpretar de manera actual y contemporánea las normas constitucionales.

El otro criterio al que nos vamos a referir fue el emitido por Sala Superior en la sentencia SUP-REC-91/2020 y acumulado, en el que se ordenó la implementación de un registro nacional de personas sancionadas por VPG. Cabe decir que esta decisión, en armonía con la legislación aprobada sobre la materia, vino a erigirse como un instrumento para hacer efectiva la obligación que tienen todas las autoridades de actuar con la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar las violaciones de los derechos humanos, en este caso, basadas en la violencia o discriminación contra las mujeres en la política.

### **¿Cuáles fueron los hechos del caso?**

La sentencia recurrida en recurso de reconsideración ante Sala Superior fue la SX-JDC-151/2020 y acumulado, en la que se acreditó la comisión de VPG por parte del presidente municipal de Santa Lucía del Camino (Oaxaca), en contra de la regidora de equidad, género y grupos vulnerables. En ella se ordenó que el Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca llevara un registro de las personas que hubieran sido sentenciadas por la comisión de violencia, con la orden de inscribir al mencionado presidente municipal en el mismo a fin de tomarlo en consideración para efectos del proceso electoral 2020-2021; así como dar vista al Instituto Nacional Electoral para el caso de que el mencionado funcionario presentase una candidatura federal.

Cabe decir que esta no era la primera vez que Sala Regional Xalapa, a manera de medida de no repetición, ordenaba la creación de dicho registro, pues en la sentencia SX-JDC-390/2019, tras acreditar la conducta ordenó la creación de una lista de personas que tuvieran desvirtuado el *modo honesto de vivir* como requisito de elegibilidad.<sup>59</sup> Quizá la ampliación del registro, en la sentencia SX-

58 El Pleno de la SCJN ha declarado inconstitucional (en acción de inconstitucionalidad 107/2016) el requisito de tener un *modo honesto de vivir* que establecía la Ley número 9 Orgánica del Municipio Libre del Estado de Veracruz, para acceder a un cargo público no electivo, por resultar **ambiguo y anacrónico**.

59 La actora de este caso era regidora de equidad de género del municipio de Santa Catarina Quierí (Oaxaca). La sentencia impugnada fue emitida por el Tribunal Electoral de Oaxaca ordenando al presidente

JDC-151/2020, para todas las personas sentenciadas por violencia política por razón de género se deba a la armonización de la legislación federal llevada a cabo en el Estado de Oaxaca, según la cual es inelegible para un cargo público toda persona sentenciada por violencia contra las mujeres, delitos contra la libertad sexual, así como las morosas de pensiones alimenticias.<sup>60</sup>

Volviendo a la sentencia SUP-REC-91/2020 y acumulado, debemos destacar dos aspectos relevantes:

Por un lado, se ratificaron los criterios que deben regir para la valoración de la prueba en los casos de VPG: **un estándar flexible y la inversión de la carga de la prueba**, lo que se traduce en la presunción de verdad que debe acompañar a la prueba presentada por la víctima y en que sea la persona demandada quien demuestre que su conducta no obedeció a una actitud discriminatoria.

Es de destacar el carácter de preponderancia que debe darse al testimonio de la víctima, debido a que estos actos generalmente se realizan de manera subrepticia y en lo privado, lo que acarrea la dificultad de la prueba directa. Dicho testimonio, siempre que no se presente un hecho en contra, deberá administrarse con los indicios presentados y, en su caso, el órgano judicial deberá ser oficioso en allegarse de los medios para tener por probadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Por otro lado, se estableció la constitucionalidad de la integración de una lista de personas infractoras, yendo más allá, al ordenar que dicho registro debía reproducirse a nivel nacional bajo la dirección del Instituto Nacional Electoral.

Este registro funciona como una especie de control a fin de verificar la elegibilidad de las personas que quieran presentar sus candidaturas, esto en consonancia con las sentencias firmes en las que se desvirtúe el requisito de ciudadanía, y en algunos estados de elegibilidad, del *modo honesto de vivir*, y con aquellas en las que llanamente se acredite la conducta de la violencia política por razón de género.

municipal pagar a la actora las dietas inherentes al cargo, así como convocarla a las sesiones ordinarias del cabildo y de la comisión. Sin embargo, el Tribunal consideró que no se había acreditado la violencia política en razón de género y por su condición de persona adulta mayor, por falta de elementos probatorios que permitieran tener por probadas las humillaciones y burlas que la actora alegaba sufrir.

60 Es importante destacar que la acreditación de violencia política por razón de género no lleva aparejada de manera instantánea la pérdida de la calidad del modo honesto de vivir, sino que esto último debe declararse de manera expresa en la decisión.

Recordemos que, tras la reciente reforma, el art. 10, párrafo 1, inciso g) de la LGIPE establece a la condena por violencia política de género como una causa de inelegibilidad para acceder a la legislatura federal, y que esta previsión -como ya se manifestó- se ha mantenido e incluso ampliado en la armonización que han ido realizando las legislaturas estatales.

Asimismo, es importante destacar el carácter público del registro cuya temporalidad va a depender de la gravedad de la infracción, y que existirán vasos comunicantes con los registros que también deberán crear las autoridades electorales locales.

Por último, el registro no debe entenderse como una pena accesoria, ni como una sanción, sino como una forma de visibilizar la persistencia de estereotipos, de prejuicios y de marginación. En ese sentido debe verse como una medida para dejar claro que no se puede seguir haciendo política sin mujeres.

#### ***IV. La violencia política de género como causa de nulidad de un proceso electoral.***

La nulidad constituye una situación genérica de invalidez del acto electoral que provoca que el mismo deje de desplegar sus efectos jurídicos. Así, aunque suele definirse como una sanción a los actos que no cumplan con las formas esenciales que establece la ley, en sentido estricto, la nulidad no constituye una sanción, sino una cuestión de invalidez, pues su declaración priva de efectos al objeto del pronunciamiento que puede ser: el voto, la votación recibida en una casilla o la elección.

En este sentido, el sistema de nulidad en materia electoral persigue garantizar la constitucionalidad y legalidad de los actos y procedimientos electorales, pues a través de la declaración correspondiente se invalida cualquier acto de las autoridades que no cumplan con los principios constitucionales y requisitos legales exigidos para calificar a una elección como democrática.

Además, con el mismo se persigue que el resultado de una elección refleje fielmente la voluntad de la ciudadanía, expresada a través del sufragio. Esto porque la nulidad constituye un mecanismo que busca garantizar la vigencia del Estado Constitucional de Derecho y del régimen democrático del país.

El primer precedente en el que ***se reconoció la posibilidad de declarar nula una elección por conductas de violencia política contra la mujer por razón***

**de género** fue la sentencia SUP-REC-1388/2018. Los hechos de este caso se circunscriben a la elección de la Alcaldía de la Demarcación Coyoacán que se llevó a cabo el 1 de julio de 2018 y que, conforme al cómputo final, arrojó el siguiente resultado:<sup>61</sup>

CANDIDATO (A)	VOTACIÓN	PORCENTAJE DE VOTOS
Manuel Negrete Arias	190,531	46.09%
María de Lourdes Rojo e Incháustegui	144,609	34.98%
Diferencia entre 1° y 2° lugar	45,922	11.11%

Este cómputo fue llevado a cabo por el Instituto Electoral de la Ciudad de México que otorgó la constancia de mayoría al candidato Manuel Negrete Arias, de la coalición “Por la Ciudad de México al Frente” conformada por el Partido Acción Nacional, Partido de la Revolución Democrática y Movimiento Ciudadano. En contra de tal decisión se interpuso, respectivamente, juicio electoral por parte del Partido del Trabajo y el Movimiento de Renovación Nacional (MORENA) -de la Coalición “Juntos Haremos Historia”, por la que concurría la candidata que quedó en el segundo lugar-. El Tribunal Electoral de la Ciudad de México -en adelante, Tribunal local- confirmó la validez de la elección, de los cómputos distritales y del otorgamiento de la constancia de mayoría.

En vista de lo anterior, el Partido del Trabajo y MORENA promovieron juicios de revisión constitucional ante la Sala Regional Ciudad de México -en adelante, Sala Regional- quien, en sentencia de 21 de septiembre de 2018,<sup>62</sup> revocó la resolución del Tribunal local y declaró la nulidad de la elección de la Alcaldía de Coyoacán.

La invalidez de la elección se fundamentó en dos consideraciones: por un lado, la violación a los principios constitucionales de equidad y voto libre, al haber acreditado el uso indebido de programas sociales a favor del candidato y, por otro el otro, la comisión de violencia política de género en contra de la candidata que quedó en el segundo lugar.

61 Este fue el resultado producto de la modificación del cómputo total que realizó el Tribunal Electoral de la Ciudad de México, que declaró la nulidad de la votación recibida en ocho casillas.

62 Véase sentencia SCM-JRC-194/2018 y SCM-JRC-197/2018 acumulados, de 21 de septiembre de 2018.

Cabe decir que la violencia política de género había quedado acreditada desde la instancia local,<sup>63</sup> sin embargo, en este momento no se consideró de impacto suficiente para declarar nula la elección.

La decisión de la Sala Regional admitió que las conductas de VPG sí generaron una vulneración a los principios constitucionales que rigen en la materia, al considerar que la propaganda basada en estereotipos de género, realizada en contra de la candidata del segundo lugar, sí impactó en el ánimo del electorado, provocando una ventaja clara del candidato electo, y la violación de los principios de equidad en la contienda y de la posibilidad de emitir un voto libre.<sup>64</sup>

Asimismo, estimó que no era necesario demostrar el vínculo directo entre la violencia política por razón de género y la cantidad de votos que la candidata obtuvo en las elecciones, pues las conductas fueron lo suficientemente graves como para presumir el impacto que tuvieron en la contienda, al centrarse en denigrarla por cuestiones de género completamente ajenas, o que así deberían serlo, a la política. Por lo que el impacto generado no solo afectó a la persona de la candidata, sino que desde luego se extendió al sistema democrático en su conjunto.

En vista de lo anterior, el candidato al que se le había otorgado la constancia de mayoría interpuso recurso de reconsideración ante la Sala Superior del TEPJF.

¿Cuál fue la materia de estudio de Sala Superior?

Sala Superior procedió al estudio de los planteamientos del recurrente con base a las dos conductas que tuvo por probadas la Sala Regional en la sentencia impugnada:

- a) Por un lado, el uso indebido de recursos públicos a través de la utilización de programas sociales.
- b) Por el otro, la comisión de violencia política de género.

63 Al ser un hecho no controvertido, quedó firme la comisión de VPG.

64 En este sentido, Pou Giménez nos dice que las elecciones de las personas no pueden ser ejercicios perfectos de autonomía, sino que son consecuencias de la información con la que cuentan -que muchas veces es insuficiente o incluso falsa-, de asimetrías, presiones, carencias o de necesidades. Véase Pou Giménez, Francisca (2014), “Argumentación judicial y perspectiva de género”, en *Interpretación y argumentación jurídica en México*, Juan Antonio Cruz Parceros y otros (coords), Fontamara, México, pág. 130.

Acreditó, al igual que lo hizo el Tribunal local y la Sala Regional, que efectivamente existieron actos de violencia política en contra de la candidata, los que al no haber sido controvertidos se convirtieron en firmes y definitivos. Sin embargo, entendió que la Sala Regional cometió el error de enmarcar todos los actos en el concepto de violencia política de género, cuando algunos no se cometieron con motivo del género de la entonces candidata.

La distinción de los actos se puede hacer a partir de la aplicación de los elementos definidores de la violencia política de género, que como se manifestó anteriormente, están contenidos en la Jurisprudencia 21/2018.

La distinción es necesaria, no porque los actos de violencia que se cometan en la política tengan menos interés, sino porque al participar elementos de género hace que el tratamiento que se deba dar al asunto sea diferente: en cuanto a la carga de la prueba y su valoración, y en cuanto a los lentes o enfoques que debe utilizar el órgano judicial para resolver el caso.

Con base en lo anterior, Sala Superior determinó que los hechos fueron los siguientes:

Violencia política	Violencia política en razón de género
Actos de intimidación derivados de la presencia de personas a las afueras del domicilio de la candidata. Colocación de carteles con los mensajes de: “Asesina”, “Coyoacán no te quiere”, “Mata viejitas”, “Tú quieres regresar y a María Emilia ¿quién la regresa?” Ataques a su imagen al atribuirle la comisión de delitos, como el de corrupción, mediante volantes y calcomanías pegadas en bardas, postes de energía eléctrica y parabrisas de coches. Se le acusaba de que cuando fue delegada de Coyoacán había gobernado desde los camerinos.	Difusión de imágenes y mensajes basados en estereotipos de género, al referir que la candidata era amante de René Bejarano, quien además era su protector. Videos con esos mensajes se difundieron en Facebook. Se repartieron volantes con la imagen de la candidata, pertenecientes a la película “la tarea”, en la cual aparece desnuda, destacando que esto resaltaba una falta de valores de la familia y provocaba una denigración a las mujeres. Se hizo parangón de los desnudos que hizo como actriz con la manera en la que “desnudó las arcas de Coyoacán”. Se repartieron calcomanías y folletos con los mensajes: “Con María de Lourdes Rojo e Incháustegui no” “¿Tú votarías por ella?, Yo tampoco, si votas por ella es como votar por René Bejarano”.

## ¿Qué resolvió la Sala Superior?

En su decisión Sala Superior revocó la sentencia de la Sala Regional y, por ende, confirmó la validez de la elección de la Alcaldía de Coyoacán.

Con relación al tema que nos concierne, queremos destacar que Sala Superior tuvo por acreditada la conducta de violencia política y de violencia política de género en contra de la candidata, pero entendió que la misma no produjo un impacto suficiente para considerar que la voluntad del electorado estuvo viciada y que, en consecuencia, también lo estuvo el resultado de la contienda electoral.

Es decir que, consideró que para declarar nula la elección no era suficiente con que se tuviera por acreditado el hecho, sino que se debía demostrar la afectación que aquel produjo en la elección, en ese sentido expresó que: no hubo prueba suficiente de un ataque generalizado o reiterado, que no quedó demostrado que se hubieran repartido calcomanías y folletos en diferentes puntos de la demarcación, ni el número de personas a las que se les hubieren entregado, y que no quedó acreditado el impacto de la difusión de los vídeos con estereotipos de género, al no haberse demostrado el número de reproducciones ni la cantidad de personas que pudieron verlos. Por lo que no dio por probada la determinancia cuantitativa de dichas irregularidades, sobre esto volveremos en adelante.

A pesar de que en el caso concreto no se confirmó la nulidad de la elección al entender que las conductas carecieron de la entidad suficiente, sí queremos destacar que la sentencia reconoció:

1- Que la violencia política de género puede llegar a vincularse con violaciones graves y sustanciales que impiden que el proceso se lleve a cabo en condiciones de igualdad y de equidad.

2- Que de existir un contexto generalizado de violencia por razón de género sería admisible declarar la nulidad de una elección, a fin de no validar una práctica de violación grave de los derechos humanos y de los principios constitucionales sobre los que se asienta el sistema democrático.

En consecuencia, con la decisión comentada asistimos a la **creación judicial de una causal de nulidad electoral por actos de violencia política en contra de una mujer por ser mujer**, si los mismos son graves, estructurales y sistemáticos.

Asimismo, cabe resaltar que en la misma se fijaron los elementos que los operadores de la justicia electoral deben examinar para tener por *acreditada la determinancia de la VPG*:<sup>65</sup>

**a) Circunstancias de tiempo, modo y lugar de las violaciones acreditadas:** necesarias para probar que existió una actuación generalizada que tuvo un impacto en el resultado de la elección.

**b) Diferencia de votos entre el primer y el segundo lugar:** en el caso concreto la diferencia era del 11.11% lo que llevó a no tener por actualizada *la presunción de determinancia* en la voluntad del electorado, debido a que el art. 41 CPEUM, establece que dicha presunción es *Iuris Tantum* y opera cuando la diferencia de votos entre el primer y segundo lugar es menor al 5%, a menos que se ofrezca prueba en contra.

**c) Atribuibilidad de la conducta:** Sala Superior consideró que la atribuibilidad de la conducta es un aspecto que debe ser valorado por la autoridad electoral a fin de analizar su trascendencia en el proceso, estimando que no es lo mismo si los actos irregulares los comete algún sujeto de derecho electoral (partido político, dirigente, candidato o candidata) que si los comete un tercero ajeno al proceso, o incluso no es lo mismo cuando se desconoce la autoría.

Expresó que la ausencia de atribuibilidad no debe traducirse en impunidad, sino que lo que se pretende con el mismo es contar con un elemento más para calificar el grado de afectación al proceso, por lo que al no existir pruebas de que el candidato electo o sus simpatizantes fuesen responsables de los actos de violencia política por razón de género o de la misma violencia política, se concluyó que hubo una menor incidencia en los resultados.

**d) Incidencia concreta en el proceso electoral:** Sala Superior manifestó que en el caso concreto no se acreditaron pruebas para determinar el impacto que los actos de VPG tuvieron en la elección. Esto es, que a su juicio ni siquiera se mencionó cómo la violencia pudo haber trascendido al resultado de la elección, ni se concatenó con el número de actos o hechos plenamente acreditados.

65 Véase sentencia SUP-REC-1388/2018, de 30 de septiembre, págs. 45-53. Aclaremos que estos elementos deben analizarse no para tener por acreditada la VPG, sino su determinancia.

Con relación al estándar probatorio necesario para acreditar la trascendencia de la VPG encontramos que la sentencia padece de una incoherencia interna, ya que, por un lado, se asienta que dicho estándar probatorio debe ser mínimo para evitar que se traduzca en una carga excesiva o en una prueba imposible, agregando que en estos casos las autoridades competentes tienen un deber reforzado para allegarse de pruebas y valorarlas con perspectiva de género en el contexto de violencia.<sup>66</sup> Y, por el otro, también se señala que no se presentaron pruebas para acreditar la influencia que la difusión de la campaña de desprestigio y de violación de derechos humanos tuvo en el electorado.

Por lo que, contrario al planteamiento que se quiso adoptar, la decisión de la Sala exigió una carga probatoria demasiado alta, prácticamente imposible de cumplir por parte de la víctima ¿Cómo se podría determinar el número de personas que modificaron el voto -en perjuicio de la candidata- como consecuencia de los mensajes, imágenes y videos difundidos?<sup>67</sup>

- e) **Afectación de los derechos político-electorales:** en este punto, el órgano decisor determinó que no se acreditó que los hechos de violencia hayan impedido que la candidata pudiera ejercer su derecho a ser votada, a hacer campaña o actos de propaganda.

Parece ser que en un lapsus, Sala Superior olvidó que la violencia política de género no solo produce un impacto en el ejercicio de los derechos políticos de la víctima, sino que además trasciende a su dignidad, igualdad y al derecho a una vida libre de violencia, pero que además estas conductas indeseables son un respiro para mantener vivos a los prejuicios y estereotipos que afectan a todas las mujeres como tal, sumado al impacto que se produce en los cimientos sobre los que se asienta y pervive la democracia.

Como expresamos, este fue el primer precedente en el que Sala Superior equipara a la violencia política contra las mujeres por razón de género con la violación de principios constitucionales que puede derivar en la nulidad del proceso electoral. No obstante, en una exigencia de estándar probatorio demasiado alto, concluyó que no se acreditó la determinancia de dicha conducta a fin de considerar superado el principio de conservación de los actos públi-

<sup>66</sup> *Ibid.*, pág. 46.

<sup>67</sup> Véase voto razonado del Magistrado Reyes Rodríguez Mondragón. *Ibid.*, págs. 75-76.

cos válidamente celebrados,<sup>68</sup> tomando en cuenta principalmente la diferencia de votos entre el primer y el segundo lugar, así como la falta de atribuibilidad de la conducta al candidato o partido ganador. Lo que nos indica que el impacto fue medido desde una perspectiva cuantitativa y no desde la perspectiva cualitativa de afectación a la democracia.

**En el reciente proceso electoral** se dictó la sentencia SUP-REC-1861/2021 que vino a marcar el parteaguas en la imposición definitiva de una sanción electoral ejemplar al confirmar por primera vez la nulidad de una elección municipal por la acreditación de actos determinantes, graves y generalizados de violencia política en contra una candidata por ser mujer.<sup>69</sup>

### **¿Cuáles fueron los hechos que le dieron lugar?**

Los hechos de este caso se circunscribieron a la elección del Ayuntamiento de Iliatenco, Guerrero, y consistieron en una serie de pintas y espectaculares con mensajes públicos, ofensivos y misóginos dirigidos a alcanzar un impacto negativo en el ejercicio de los derechos político-electorales de la candidata a la presidencia municipal.<sup>70</sup>

Estas frases denigrantes fueron: “Las viejas no sirven”, “Las mujeres no saben gobernar”, “Ni una vieja más en el poder”, “Es el tiempo de los hombres”, lo que nos habla de una violencia simbólica que, como ya se expresó, busca denigrar y deslegitimar a las mujeres en la política, a través de imágenes y de símbolos que las muestran como menos valiosas y capacitadas que los hombres

En una primera instancia,<sup>71</sup> el Tribunal Electoral del Estado de Guerrero tu-

68 El principio de conservación de los actos públicos válidamente celebrados establece que pretender que cualquier infracción de la norma electoral pueda dar lugar a la nulidad de una elección, haría nugatorio el ejercicio del derecho de votar en las elecciones populares y propiciaría la comisión de todo tipo de faltas a la ley dirigidas, a impedir la participación efectiva del pueblo en la vida democrática, la integración de la representación nacional y el acceso de la ciudadanía al ejercicio del poder público. Véase Jurisprudencia 9/98. PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS PÚBLICOS VÁLIDAMENTE CELEBRADOS. SU APLICACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA NULIDAD DE CIERTA VOTACIÓN, CÓMPUTO O ELECCIÓN.

69 Posteriormente se dictó la sentencia SUP-REC-2214/2021 y acumulados, de 29 de diciembre de 2021, que confirmó la sentencia emitida por Sala Regional Toluca en la que se declaraba la nulidad de la elección del Municipio Atlautla del Estado de México, por conductas de VPG.

70 La candidata se postuló por el Partido Movimiento Ciudadano.

71 La jornada electoral se llevó a cabo el día 6 de junio de 2021, cuatro días después, el Consejo Distrital realizó la asignación de los cargos para integrar el Ayuntamiento, expidiendo constancia de mayoría y

vo por acreditada la existencia de actos violencia política de género focalizados en las inmediaciones de cinco comunidades de Iliatenco, sin embargo, consideró que la misma no contaba con la entidad suficiente para trascender a la anulación de la elección.<sup>72</sup> Fue Sala Regional Ciudad de México, en la sentencia SCM-JRC-225/2021,<sup>73</sup> quien declaró la nulidad de la elección y revocó el otorgamiento de las constancias de mayoría, al reconocer que los actos de VPG constituyeron una violación grave que transgredió los principios de igualdad, libertad y equidad en la contienda.

El asunto fue llevado a Sala Superior en recurso de reconsideración por el candidato y las candidatas que habían sido proclamadas como presidente municipal y síndicas propietaria y suplente, respectivamente, con la pretensión de revocar la nulidad declarada por la Sala responsable.

Uno de los agravios principales fue que la Sala Regional hizo una valoración indebida de los alcances de la violencia política por razón de género, pues no se acreditó la autoría intelectual, el grado de afectación, ni la determinancia cualitativa ni cuantitativa de la irregularidad.

Es decir que, siguiendo el hilo del asunto revisado anteriormente, consideraban que al no haberse probado la atribubilidad de la conducta a los candidatos ganadores o a sus simpatizantes, la decisión de la Sala Regional les vulneraba el principio de presunción de inocencia que, a su parecer, debía traducirse en presumir que quienes ejercieron actos de violencia son personas ajenas al proceso electoral, por lo que el cambio de ganador provocaría una afectación por causa de un tercero que ha actuado de mala fe.

Asimismo, alegaron que la candidata víctima de la VPG había participado en el proceso electoral 2014-2015 perdiendo la elección contra otra mujer por una diferencia de 59 votos; y en el proceso electoral 2017-2018 en el cual había resultado ganadora contra un candidato hombre, por una diferencia de 332 votos -en consecuencia, en el proceso 2020-2021 pretendía la reelección-. Según con esto demostraban que:

validez de la elección a favor de la planilla postulada por el Partido del Trabajo. Inconforme con este acuerdo, Movimiento Ciudadano interpuso juicio de inconformidad local ante el Tribunal Electoral del Estado de Guerrero.

72 El Tribunal Electoral del Estado de Guerrero confirmó los resultados del cómputo y la declaración de validez de la elección, así como la expedición de las constancias de mayoría otorgadas a quienes integran la planilla del Partido del Trabajo.

73 Sentencia de 25 de septiembre de 2021, en la que se resolvió el juicio de revisión constitucional electoral interpuesto por Movimiento Ciudadano.

de haber sido determinante los hechos de VPG se habría reflejado en una disminución significativa de los votos; y que en el Ayuntamiento en disputa el patriarcado no impedía que la mujer pudiera participar y más aún ganar una elección, pues dos mujeres habían sido electas en los dos procesos electorales anteriores.

### **¿Qué resolvió la Sala Superior?**

Sala Superior concluyó que el criterio planteado por la Sala responsable estuvo apegado a derecho y obedeció a un estudio realizado con perspectiva de género e interseccionalidad.

Con base en los elementos o criterios fijados en la sentencia SUP-REC-1388/2018, se realizó el análisis para determinar en qué medida las expresiones dirigidas a menoscabar o anular el goce y ejercicio de los derechos político-electorales de las mujeres pudieron generar un impacto trascendente al resultado de la elección. Así se tomó en cuenta:

**1. El contexto de la comunidad, o las circunstancias de tiempo, modo y lugar:** Destacando el panorama general del municipio, su ubicación geográfica, su población mayoritariamente indígena con altos índices de marginación y atraso económico. Asimismo, se comprobó que los mensajes que dieron lugar a las conductas se colocaron en lugares públicos y transitados, al menos seis días antes de la jornada electoral, exponiendo al electorado durante el periodo de reflexión, durante su traslado a las casillas e incluso al momento de votar.<sup>74</sup>

**2. Diferencia de votos entre primer y segundo lugar:** Se consideró la diferencia de votos obtenidos entre el primer y segundo lugar, que representó el 0.97% es decir, una diferencia mínima de cincuenta y tres votos. Con lo cual se dio por actualizada la presunción de determinancia del artículo 41 Constitucional, sin encontrar prueba en contra que la desvirtuara.

**3. La incidencia en el proceso electoral:** Toda vez que la población estuvo expuesta a los mensajes peyorativos que fueron colocados en lugares estratégicos que necesariamente debían ser transitados por las y los votantes.

<sup>74</sup> Comprobando del análisis de los hechos que en aquellos lugares donde se acreditó que las personas debían transitar para trasladarse a la casilla en la que debían ejercer su voto, fueron justamente en los que la diferencia de votos entre el primer y segundo lugar se hizo mayor. De allí, Sala Superior infringió, con un alto grado de certeza, la influencia de los actos de VPG en la decisión del electorado. Véase sentencia SUP-REC-1861/2021, de 29 de septiembre de 2021, pág. 49.

**4. La atribuibilidad:** en una interpretación progresista respecto al SUP-REC-1388/2018, consideró que es un error pretender que las conductas de violencia política de género no pueden ser consideradas como causal de nulidad si no se atribuyen a un sujeto determinado, pues lo que se busca con la nulidad de la elección no es castigar quitando el triunfo obtenido a la candidatura ganadora, si bien la revocación es una consecuencia jurídica inevitable.

En este punto traemos a colación que la nulidad de una elección no debe verse como una sanción, sino como una declaración de invalidez de un acto irregular, en este caso del acto electoral, producto de la acreditación de violaciones graves que vulneraron de forma sustancial e irreparable los derechos de igualdad y no discriminación de las mujeres y los principios fundamentales sobre los que se asienta una elección democrática.

En consecuencia, como quedó demostrado en este caso, lo relevante es establecer el grado de afectación de los principios que rigen a la contienda electoral, sin que sea determinante acreditar a la persona o personas responsables de la misma, partiendo del hecho de que estos actos se cometen generalmente desde el anonimato.

Por otro lado, Sala Superior destacó la omisión del deber de cuidado que tienen los partidos políticos para actuar a tiempo cuando operen estas conductas, pero también debería incidirse en el deber de las propias autoridades electorales, pues la falta de diligencia en estos casos envía un mensaje de tolerancia y de permisión.

Como podemos observar, Sala Superior estudió este caso con los lentes o enfoque de género a fin de identificar y erradicar los estereotipos sobre los que perviven las situaciones de desigualdad histórica, más aun cuando en este caso existía interseccionalidad en la discriminación al tratarse de una mujer, indígena, en condición de precariedad, víctima de violencia política de género. Así, hay que recordar que juzgar con perspectiva de género, en estos supuestos de relaciones asimétricas, no puede ser una opción, sino una obligación dirigida a garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación a través del quehacer judicial.

#### ***A modo de conclusión.***

Los casos estudiados nos ponen de frente con el hecho de que si bien las mujeres han llegado a la política, se ha aprobado el principio constitucional de la paridad en todo, se ha alcanzado la integración paritaria de la Cámara de Diputa-

dos, e incluso tenemos legislaturas estatales con una mayoría de parlamentarias, aún sigue existiendo el lastre de la resistencia patriarcal a través de simulaciones y de la violencia política por razón de género.

Esta violencia se alimenta de los estereotipos y roles de género que históricamente han asociado a los hombres con el manejo de lo político-público desterrando a las mujeres a la esfera de lo doméstico, de los cuidados y de la familia, dando como resultado a una ciudadanía sexuada que se caracteriza por reproducir situaciones de subordinación en lo individual y en lo social.

Y aquí está el mayor peligro, el de normalizar o aceptar estas conductas, minimizando la gravedad de los hechos. Es más, en muchas situaciones incluso se llega a responsabilizar a la propia víctima, más aún cuando denuncia, al entender que las mujeres deben de pagar una especie de precio o de castigo por pretender entrar a espacios que se han reservado de manera tradicional únicamente para lo masculino.

De allí la importancia y la necesidad de dar nombre a estas conductas y de otorgarles un castigo electoral que las inhiba, pues la violencia es discriminación, y la discriminación es una violación de los derechos más elementales de la persona, una violación que trasciende a la comunidad en general y socaba los cimientos sobre los que se asienta la democracia.

Es por ello que debe reconocerse la labor que ha venido haciendo el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación quien en la construcción de la línea jurisprudencial sancionadora en la materia se ha adelantado al legislador no solo en la identificación de la conducta y de los elementos que la integran, sino también en la incorporación de sanciones electorales ejemplares como la declaración de nulidad de una elección, en la búsqueda de una forma de desincentivar estas conductas a fin de dejar en claro que si se sigue incurriendo en ellas, el precio que se va a pagar es un precio muy alto.

### ***Bibliografía.***

Cook, Rebeca y Cusack, Simone (2009), *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania.

Dahlerup, Drude y Moreno, Hortensia (1993) “De una pequeña a una gran minoría: una teoría de la ‘masa crítica’ aplicada al caso de las mujeres en la polí-

tica escandinava”, en *Debate Feminista*, año 4, vol. 8, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

INMUJERES (2019), *Cuadernillo temático. Las mujeres en la legislatura de la paridad*. Disponible en [http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos\\_download/Cuadernillo\\_I\\_%202019%20.pdf](http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/Cuadernillo_I_%202019%20.pdf) (consultada, 20 de junio de 2022).

Krook, Mona Lena y Restrepo Sanín, Juliana (2016), “Violencia contra las mujeres en la política. En defensa del concepto”. *Política y gobierno* n° 2, II semestre, CIDE, México.

Jarquín Orozco, Wendy M. (2019), *El derecho al sufragio femenino en España: Clara Campoamor: La mujer olvidada [2011]*, en *El sufragio en las pantallas. Perspectivas actuales de los derechos políticos desde el cine*, Luis Efrén Ríos e Irene Signo (Dirs.), Tirant lo Blanch, México.

López Safi, Silvia Beatriz (2015), “La violencia simbólica en la construcción social del género”, en *ACADEMO Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades*, diciembre, vol. 2, núm. 2.

Mestre i Mestre, Ruth (2011), “La ciudadanía de las mujeres: el espacio de las necesidades a la luz del derecho antidiscriminatorio y la participación política”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, Universidad de Granada, España.

Molero Martín-Salas, María del Pilar (2018), “Democracia paritaria y cuotas electorales” en *Estudio integral de la violencia de género*, María Martín Sánchez (Dir.), Tirant lo Blanch, España.

Paterman, Carole (1995), *El contrato sexual*, editorial Anthopos, Barcelona.

Pou Giménez, Francisca (2014), “Argumentación judicial y perspectiva de género”, en *Interpretación y argumentación jurídica en México*, Juan Antonio Cruz Parceros y otros (coords), Fontamara, México,

Soto Fregoso, Mónica, Montoya Mexía, Alejandra y Ocampo Jiménez, Alicia María (2019), *2018 El año de la paridad. Breve recuento de la justicia electoral*, Tirant lo Blanch, México.

*Participación Política de las Mujeres en la Cámara de Diputados (XLII-LXI-II)* (2017), Dirección de Servicios de Investigación y Análisis de la Cámara de

Diputados. Disponible en [https://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/dir/DIR-ISS-02-17\\_Part.pdf](https://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/dir/DIR-ISS-02-17_Part.pdf) (consultada, 1 de julio de 2022).

*Protocolo para la atención de la violencia política contra las mujeres en razón de género* (2017), Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Ciudad de México. Disponible en [https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos\\_libros/Protocolo\\_Atención\\_Violencia\\_.pdf](https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos_libros/Protocolo_Atención_Violencia_.pdf) (consultado, 26 de junio de 2022).

*Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* (2020) Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20género%20%28191120%29.pdf> (consultado, 26 de junio de 2022).

### **Tratados Internacionales y Legislación.**

*Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.*

*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.*

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (consultada, 5 de julio de 2022).

Ley Orgánica Municipal del Estado de Oaxaca. Disponible en [http://docs64.congresoaxaca.gob.mx/documents/legislacion\\_estatals/Ley\\_Organica\\_Municipal\\_\(Ref\\_dto\\_2431\\_aprob\\_LXIV\\_Legis\\_17\\_mzo\\_2021\\_PO\\_24\\_6a\\_Secc\\_12\\_jun\\_2021\).pdf](http://docs64.congresoaxaca.gob.mx/documents/legislacion_estatals/Ley_Organica_Municipal_(Ref_dto_2431_aprob_LXIV_Legis_17_mzo_2021_PO_24_6a_Secc_12_jun_2021).pdf) (Consultada, 1 de julio de 2022).

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca.

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia.

*Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales de 2008.* Disponible en [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/cofipec/COFIPE\\_abro\\_14ene08.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/cofipec/COFIPE_abro_14ene08.pdf)

(Consultado, 1 de julio de 2022).

*Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversos artículos del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*, Diario Oficial de la Federación 24/09/1993. Disponible en [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=4786683&fecha=24/09/1993#gsc.tab=0](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4786683&fecha=24/09/1993#gsc.tab=0) (Consultado, 1 de julio de 2022).

*DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; y se expide la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral*. Disponible en [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/cofipec/COFIPE\\_ref08\\_22nov96.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/cofipec/COFIPE_ref08_22nov96.pdf) (consultado, 1 de julio de 2022).

*DECRETO por el que se adiciona el numeral 1 del artículo 4o.; se reforma el numeral 3 del artículo 175; se adicionan un artículo 175-A, un artículo 175-B y un artículo 175-C; se adicionan dos incisos al párrafo 1 y se reforma el párrafo 3 del artículo 269 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Se deroga el artículo transitorio Vigésimo Segundo del Artículo primero del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, publicado el 22 de noviembre de 1996*. Disponible en [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/cofipec/COFIPE\\_ref10\\_24jun02.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/cofipec/COFIPE_ref10_24jun02.pdf) (Consultado, 1 de julio de 2022).

### **Jurisprudencia y tesis:**

Jurisprudencia 9/98. PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS PÚBLICOS VÁLIDAMENTE CELEBRADOS. SU APLICACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA NULIDAD DE CIERTA VOTACIÓN, CÓMPUTO O ELECCIÓN.

Jurisprudencia 18/2001. MODO HONESTO DE VIVIR COMO REQUISITO PARA SER CIUDADANO MEXICANO. CONCEPTO.

Jurisprudencia 2/2002. ANTECEDENTES PENALES. SU EXISTENCIA NO ACREDITA, POR SÍ SOLA, CARENCIA DE PROBIDAD Y DE UN MODO HONESTO DE VIVIR.

Jurisprudencia 7/2015, de rubro: PARIDAD DE GÉNERO. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO EN EL ORDEN MUNICIPAL.

Jurisprudencia 48/2016. VIOLENCIA POLÍTICA POR RAZONES DE GÉNERO. LAS AUTORIDADES ELECTORALES ESTÁN OBLIGADAS A EVITAR LA AFECTACIÓN DE DERECHOS POLÍTICO ELECTORALES.

Tesis X/2017, de rubro: VIOLENCIA POLÍTICA DE GÉNERO. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PUEDEN MANTENERSE, INCLUSO DESPUÉS DE CUMPLIDO EL FALLO, EN TANTO LO REQUIERA LA VÍCTIMA.

Tesis XII/2018, de rubro: PARIDAD DE GÉNERO. MUJERES PUEDEN SER POSTULADAS COMO SUPLENTE EN FÓRMULAS ENCABEZADAS POR HOMBRES.

Jurisprudencia 11/2018, de rubro: PARIDAD DE GÉNERO. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS DEBE PROCURAR EL MAYOR BENEFICIO PARA LAS MUJERES.

Jurisprudencia 21/2018, de rubro: VIOLENCIA POLÍTICA DE GÉNERO. ELEMENTOS QUE LA ACTUALIZAN EN EL DEBATE POLÍTICO.

Jurisprudencia 2/2021, de rubro: PARIDAD DE GÉNERO. LA DESIGNACIÓN MAYORITARIA DE MUJERES, EN LA INTEGRACIÓN DEL CONSEJO GENERAL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS LOCALES ELECTORALES MAXIMIZA LA IGUALDAD SUSTANTIVA.

Jurisprudencia 10/2021, de rubro: PARIDAD DE GÉNERO. LOS AJUSTES A LAS LISTAS DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL SE JUSTIFICAN, SI ASEGURAN EL ACCESO DE UN MAYOR NÚMERO DE MUJERES.

### **Sentencias y resoluciones:**

Acuerdo IEEPCO-CG-32/2018, POR EL QUE SE REGISTRAN DE FORMA SUPLETORIA LAS CANDIDATURAS A CONCEJALÍAS A LOS AYUNTAMIENTOS QUE SE RIGEN POR EL SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS, POSTULADAS POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LAS COALICIONES, PARA EL PROCESO ELECTORAL ORDINARIO 2017-2018.

Sentencia SUP-JDC-12624/2011 y acumulados, de 30 de noviembre de 2011. Disponible en <https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-JDC-12624-2011>(consultada, 1 de julio de 2022).

Sentencia SUP-JDC-8/2017, de 24 de enero de 2017. Disponible en [https://www.te.gob.mx/EE/SUP/2017/JDC/8/SUP\\_2017\\_JDC\\_8-628932.pdf](https://www.te.gob.mx/EE/SUP/2017/JDC/8/SUP_2017_JDC_8-628932.pdf) (consultada, 1 de julio de 2022).

Sentencia SX-JE-2/2018, de 2 de febrero de 2018. Disponible en [https://www.te.gob.mx/EE/SX/2018/JE/2/SX\\_2018\\_JE\\_2-703697.pdf](https://www.te.gob.mx/EE/SX/2018/JE/2/SX_2018_JE_2-703697.pdf)(consultada, 8 de julio de 2022).

Sentencia JDC/85/2017 y su acumulado JDC/96/2017, de 22 de diciembre de 2017. Disponible en <https://teeo.mx/images/sentencias/JDC-85-2017.pdf> (consultada, 8 de julio de 2022).

Sentencia RA/35/2018 y su acumulado RA/36/2018, de 30 de mayo de 2018. Disponible en [https://www.te.gob.mx/estudios\\_te/media/pdf/d8d7ced0ba5fa10.pdf](https://www.te.gob.mx/estudios_te/media/pdf/d8d7ced0ba5fa10.pdf) (consultada, 8 de julio de 2022).

Sentencia SUP-REC-531/2018. Disponible en <https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/197ed7f553c0584.pdf> (consultada, 1 de julio de 2022).

Sentencia SX-JRC-140/2018. Disponible en [https://ieqroo.org.mx/2018/descargas/2018/revocacion\\_SX-JRC-0140-2018.pdf](https://ieqroo.org.mx/2018/descargas/2018/revocacion_SX-JRC-0140-2018.pdf) (consultada, 1 de julio de 2022)

Sentencia SCM-JRC-194/2018 y SCM-JRC-197/2018 acumulados, de 21 de septiembre de 2018 (consultada, 1 de julio de 2022)

Sentencia SUP-REC-1388/2018, de 30 de septiembre de 2018. Disponible en [https://www.te.gob.mx/Informacion\\_judicial/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-1388-2018.pdf](https://www.te.gob.mx/Informacion_judicial/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-1388-2018.pdf) (consultada, 8 de julio de 2022).

Sentencia SUP-JE-115/2019, de 2 de noviembre de 2019. Disponible en [https://www.te.gob.mx/Informacion\\_judicial/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-JE-0115-2019.pdf](https://www.te.gob.mx/Informacion_judicial/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-JE-0115-2019.pdf) (consultada, 1 de julio de 2022).

Sentencia SM-JE-25/2019 de 25 de abril de 2019. Disponible en [https://www.te.gob.mx/EE/SM/2019/JE/25/SM\\_2019\\_JE\\_25-852239.pdf](https://www.te.gob.mx/EE/SM/2019/JE/25/SM_2019_JE_25-852239.pdf) (consultada, 1 de julio de 2022).

Sentencia SX-JDC-390/2019. Disponible en <https://www.te.gob.mx/sentencias-HTML/convertir/expediente/SX-JDC-0390-2019> (consultada, 4 de julio de 2022).

Sentencia SX-JDC-151/2020 y acumulado, de 2 de junio de 2020. Disponible en <https://www.te.gob.mx/salasreg/ejecutoria/sentencias/xalapa/SX-JDC-0151-2020.pdf> (consultada, 2 de julio de 2022).

Sentencia SUP-REC-91/2020 y acumulado, de 29 de julio de 2020. Disponible en [https://www.te.gob.mx/Informacion\\_judicial/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-0091-2020.pdf](https://www.te.gob.mx/Informacion_judicial/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-0091-2020.pdf) (consultada, 2 de julio de 2022).

Sentencia SUP-REC-1414/2021 y acumulados, de 28 de agosto de 2021. Disponible en [https://www.te.gob.mx/Informacion\\_judicial/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-1414-2021.pdf](https://www.te.gob.mx/Informacion_judicial/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-1414-2021.pdf) (consultada, 2 de julio de 2022).

Sentencia SCM-JRC-225/2021, de 25 de septiembre de 2021. Disponible en [https://te.gob.mx/EE/SCM/2021/JRC/225/SCM\\_2021\\_JRC\\_225-1087521.pdf](https://te.gob.mx/EE/SCM/2021/JRC/225/SCM_2021_JRC_225-1087521.pdf) (consultada, 10 de julio de 2022).

Sentencia SUP-REC-1861/2021, de 29 de septiembre de 2021. Disponible en [https://www.te.gob.mx/Informacion\\_judicial/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-1861-2021.pdf](https://www.te.gob.mx/Informacion_judicial/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-1861-2021.pdf) (consultada, 10 de julio de 2022).

Sentencia SUP-REC-2214/2021 y acumulados, de 29 de diciembre de 2021. [https://www.te.gob.mx/Informacion\\_judicial/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-2214-2021.pdf](https://www.te.gob.mx/Informacion_judicial/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REC-2214-2021.pdf) (consultada, 10 de julio de 2022).

Sentencia SRE-PSC-94/2022, de 9 de junio de 2022. Disponible en <https://www.te.gob.mx/salasreg/ejecutoria/sentencias/especializada/SRE-PSC-0094-2022.pdf> (consultada, 2 de julio de 2022).

*Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_195\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf) (consultada, 2 de julio de 2022).

*Caso Ríos y otros s. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_194\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf) (consultada, 2 de julio de 2022).

*Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009 [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf) (consultada, 2 de julio de 2022).

### **Resumen:**

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha venido construyendo una importante línea jurisprudencial inclusiva dentro de la cual destaca la materia de género. En este sentido no solo se ha pronunciado directamente sobre el derecho de participación política de las mujeres en igualdad de condiciones que los hombres, sino que además ha actuado frente a las barreras o resistencias que han existido y aún existen para impedir que se alcance la igualdad sustantiva, dentro las cuales encontramos a la violencia política contra la mujer por razón de género.

Los criterios del Tribunal se han adelantado incluso a la intervención del legislador destacando la declaración de inelegibilidad por la comisión de violencia política contra una mujer por razón de género, la puesta en marcha de un registro nacional de personas sentencias por dicha conducta, la incorporación de un estándar probatorio flexible y de la inversión de la carga de la prueba, así como la adopción de medidas de protección para las víctimas. Finalmente, se ha aplicado la consecuencia máxima en la materia, como es la declaración de nulidad de un proceso electoral.

### **Palabras Claves:**

Violencia, discriminación, estereotipos de género, debida diligencia, sanción electoral.





ESTADO DE EXCEPCIÓN EN EL SIGLO XXI.  
DE LA PANDEMIA A LA GUERRA Y SUS EFECTOS EN LAS LIBERTADES

STATE OF EXCEPTION IN THE 21ST CENTURY.  
FROM THE PANDEMIC TO WAR AND ITS EFFECTS ON FREEDOMS

**Clicerio Coello Garcés<sup>1</sup>**

Recibido: 11-07-2022

Aceptado: 29-07-2022

**SUMARIO**

*I. Introducción. El estado de excepción en el siglo XXI: entre la pandemia y la guerra.*

*II. Perspectivas del estado de excepción en casos de emergencia. Desde los límites a las libertades hasta la suspensión de derechos.*

*III. El estado de excepción en España.*

*1. Supuestos constitucionales de excepción.*

*2. La distinción de los supuestos constitucionales y sus efectos en la sentencia del Tribunal Constitucional STC-2054-2020.*

*IV. La regulación constitucional en Europa y el criterio interpretativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

*1. Algunos modelos europeos.*

*2. El margen de apreciación nacional.*

*V. El estado de excepción en México.*

*VI. El estado de excepción en América Latina.*

*VII. Apuntes conclusivos.*

*VIII. Fuentes consultadas.*

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional del Instituto Nacional de Administración Pública, INAP México. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, de Toledo, España. Ex Magistrado Presidente de la Sala Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores de México, CONACYT.

## ***I. Introducción. El estado de excepción en el siglo XXI: entre la pandemia y la guerra.***

Las primeras décadas del siglo XXI han puesto a prueba el andamiaje de los Estados democráticos de Derecho ante la presencia de acontecimientos de gran relevancia histórica, en virtud de los efectos que tienen tanto las pandemias como los conflictos bélicos en el sistema de derechos y libertades. En estos casos, se pone énfasis en la necesidad de preservar la estabilidad constitucional y, al mismo tiempo, generar eficacia en la resolución de los retos que estos fenómenos le imponen a los modelos estatales en la actualidad. Para ello, la propia Constitución prevé mecanismos de defensa, garantías de tutela e instrumentos de protección para cada uno de los componentes democráticamente pactados, y en casos extraordinarios, la determinación del estado de emergencia o excepción<sup>2</sup>, dentro de los cauces que el marco constitucional prevé.

Esto sucede con las previsiones constitucionales sobre situaciones graves, es decir, los lineamientos de conservación del régimen democrático y del orden constitucional en casos excepcionales que, con independencia de su denominación como estado de guerra, sitio, emergencia, excepción, peligro o con medidas de seguridad específicas, requieren de una configuración y alcance en sintonía con los parámetros de la propia Constitución.

La mayoría de los ordenamientos constitucionales del mundo prevén la posibilidad de decretar el estado de excepción o de emergencia, y en su caso, limitar o hasta suspender derechos y garantías, pero la determinación formal de si esas condiciones se han o no actualizado corresponde a los órganos del poder público facultados para realizar un pronunciamiento de esta naturaleza, por lo que, se le reconocen facultades y procedimientos a un ente u órgano para realizar e implementar dicha determinación. Esto es congruente con el establecimiento del papel normativo de la Constitución de la que emanará la validez, en principio, de los actos realizados por los operadores constitucionales.

De ahí que, la finalidad de este estudio es revelar, desde un enfoque constitucional y de análisis comparado, las vertientes del estado de excepción y sus efectos en las libertades en diferentes latitudes de Europa y América Latina, para advertir sus diferencias, convergencias y, de ser posible, el grado de efectividad pa-

<sup>2</sup> Un referente importante sobre el estado de excepción consta en la obra de Agamben, Giorgio (2007), *Estado de excepción*, trad. de Flavia e Ivana Costa, Argentina, Adriana Hidalgo Editora. Así como en la obra de Negri, Antonio y Hardt, Michael (2005), *Imperio*, trad. de Alcira Bixio, Barcelona, Paidós.

ra superar las adversidades dentro del orden constitucional y sin anular los mandatos pactados democráticamente. Por ello, en este estudio se establece la relevancia de contar con un estándar de mínima afectación a los derechos y libertades, con el objeto de delimitar, por una parte, las restricciones necesarias y adecuadas para el fin que persiguen las medidas extraordinarias, y por la otra, la breve temporalidad de éstas, para que las afectaciones, aunque encuentren una justificación excepcional, generen las menores consecuencias posibles en el sistema de libertades.

Como se precisó, el análisis del estado de excepción recobra particular relevancia ante situaciones que requieren de acciones extraordinarias para su resolución, y esto podemos advertirlo con claridad a través de los diversos acontecimientos que se han presentado en las recientes décadas del siglo XXI. Como es el caso de los ataques terroristas a las Torres Gemelas de Nueva York (2001) que generó un replanteamiento de la seguridad nacional en Estados Unidos<sup>3</sup>, con un efecto inmediato en el ejercicio de las libertades por la emisión de decretos y actas presidenciales<sup>4</sup> que permiten restringir derechos bajo el argumento de la sospecha de terrorismo<sup>5</sup>. Así como la autorización para el uso de la fuerza militar (AUMF, por sus siglas en inglés) que le permite al presidente utilizar la fuerza necesaria en contra de las naciones, organizaciones o personas que representen algún tipo de amenaza a la seguridad interna (Rodríguez 2021), bajo el argumento del derecho de autodefensa<sup>6</sup> que permaneció durante mucho tiempo y, que

3 Sobre el estado de excepción por razones de seguridad nacional, véase la tesis doctoral de Rodríguez Moreno, Alonso (2021) *La estructura conceptual del estado de excepción y su articulación contemporánea en el discurso de seguridad nacional*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México.

4 Un claro ejemplo de estos instrumentos jurídicos es la *Patriot Act*, que “es un acta del Congreso de Estados Unidos que fue firmada por el presidente Bush en el año 2001, con motivo de los ataques terroristas del 11 de septiembre del mismo año. Esencialmente, esta acta amplía los poderes de las agencias de seguridad norteamericanas y permite la suspensión de ciertos derechos fundamentales –sin necesidad de una sentencia judicial– de las personas sospechosas de terrorismo y la intervención de las comunicaciones privadas. Así, por ejemplo, se puede privar de la libertad a una persona de la cual se sospeche que tiene algún vínculo con el terrorismo, sin tener pruebas y sin decirle por qué está siendo retenida, y esto, de modo indefinido. Esta *Patriot Act* fue ratificada por Obama en 2011, si bien con ciertas modificaciones que ofrecen algunas garantías mínimas, y en el año 2015 quedó refrendada hasta el 2019, aunque se quitó del acta la posibilidad de espiar directamente las comunicaciones privadas; ahora, se pide a las compañías de servicios de telecomunicación guarden las comunicaciones y, llegado el caso, el gobierno puede pedir las a través de una orden judicial emanada de juez competente”, en Coello Garcés, Clicerio y AA. VV. (2019) *Democracia y costumbre. La elección presidencial en Estados Unidos*, México, Tirant lo Blanch, p. 10.

5 Sobre la *Patriot Act* y sus efectos en las libertades véase a Etzioni, Amitai, *How patriotic is the Patriot Act? Freedom versus security in the age of terrorism*, Nueva York, Routledge, 2005.

6 Sobre el derecho a la defensa en Estados Unidos puede consultarse a Kim, Janine, “The rhetoric of self

por esta razón, se cuestiona válidamente la continuidad de las medidas extraordinarias porque en los estados excepcionales éstas deben ser transitorias y por un periodo limitado<sup>7</sup>.

Recientemente, la pandemia por el virus Sars-cov-2 (2019) ha planteado retos de gran envergadura para preservar la salud y la vida de las personas, por lo que se han emitido decretos y medidas jurídicas en casi todo el mundo para reducir, en algún momento, la circulación y las actividades propias de la sociedad, así como las diversas restricciones a las libertades con el objeto de mitigar los contagios por Covid19, con mecanismos y alcances diferentes entre los países, e incluso, entre las entidades o regiones que componen un Estado<sup>8</sup>. Lo cual, pone en la palestra, nuevamente, la necesidad de analizar las medidas adoptadas por las situaciones de emergencia en el contexto constitucional.

En ese contexto, la Organización Mundial de la Salud consideró a la COVID-19 como una pandemia y realizó “un llamamiento a los países para que adopten medidas urgentes y agresivas”<sup>9</sup>. Lo cual tuvo un impacto relevante en las limitaciones a las libertades de tránsito y de determinadas actividades productivas con el objeto de evitar la propagación del virus.

Un caso más, propio del estado de excepción, lo constituyen las disposiciones jurídicas emitidas por Rusia y Ucrania (2022) en el conflicto bélico que ha generado grandes estragos en diversos ámbitos de la vida social y económica del mundo. Con la firma inicial del decreto presidencial de Rusia mediante el cual reconoce la independencia de Donietsk y Lugansk, se dejan sin efectos los acuerdos de Minsk<sup>10</sup>. Según esos compromisos Moscú aceptaba que las regiones que no se supeditan a Kiev debían pertenecer a Ucrania, aunque con un estatus especial. De manera que, tanto Rusia como Ucrania han emitido posteriores determinaciones para hacer frente al conflicto bélico, con restricciones a los derechos y

defense”, *Berkeley Journal of Criminal Law*, volumen 13, issue 2, article 4, 2008.

<sup>7</sup> Sobre lo excesivo que resultan las medidas adoptadas por Estados Unidos a partir del referido ataque terrorista y su prolongación que pone en duda el calificativo de estado de excepción, Fix Zamudio, Héctor, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 111, México, 2004.

<sup>8</sup> Sobre las implicaciones jurídicas de la pandemia puede consultarse a Betanzos Torres, Eber Omar y otros (coordinadores), *El Derecho ante la pandemia de la Covid 19*, México, Tirant lo Blanch, 2021.

<sup>9</sup> Declaratoria emitida por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020, consultable en <https://www.who.int/es/news/item/29-06-2020-covidtimeline>.

<sup>10</sup> Protocolo de Minsk, de 5 de septiembre de 2014, visible en el repositorio de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (en ruso). Consultado el 25 de julio de 2022.

libertades, conforme a la configuración del estado de excepción por razones de guerra o invasión.

Como es el caso de la aprobación de la Ley Marcial en Ucrania mediante el decreto 64/2022<sup>11</sup>, a través del cual se restringen temporalmente, entre otros derechos, la inviolabilidad del hogar, las libertades de movimiento y de expresión, el derecho a la protesta, la huelga y la asociación, así como la propiedad privada; con un elemento relevante que consiste en que la población masculina de entre 18 y 60 años no puede salir del país, con lo cual se le suspende la libertad de circulación y debe estar preparada para combatir. Este decreto se aprobó, inicialmente, con un plazo de 30 días y ha tenido diversas prórrogas con la votación favorable del Parlamento<sup>12</sup>.

Bajo estas circunstancias, en la actualidad resulta relevante analizar los alcances del estado de excepción, entendido como “la suspensión temporal del orden jurídico en todo o en parte, llevada a cabo por el poder soberano de un Estado, con motivo de una crisis que no puede ser resuelta desde el ordenamiento jurídico” previamente establecido (Rodríguez, 2021).

Con la precisión, de que en ocasiones las medidas para enfrentar las condiciones de excepcionalidad se generan de *facto*, es decir sin mediar un decreto o instrumento jurídico para estos efectos<sup>13</sup>, en esos casos, se da un estado de excepción en los hechos a través de acciones estatales concretas, como ha sucedido en algunos países que enfrentan problemas de seguridad o de delincuencia organizada, y se ven obligados a generar situaciones de sitio, en donde se limitan libertades, como la libre circulación de personas, entre otras. Lo que desde luego es cuestionable bajo la perspectiva del Estado constitucional.

11 Decreto 64/2022, con inicio de su vigencia el 24 de febrero de 2022, suscrito por el Presidente de Ucrania con la aprobación de 300 votos de los integrantes del Parlamento, en el que se prevé que los derechos y libertades constitucionales del hombre y del ciudadano previstos en los artículos 30-34, 38, 39, 41-44, 53 de la Constitución de Ucrania pueden ser restringidos temporalmente, también considera que se impondrán restricciones temporales a los derechos e intereses legítimos de las personas jurídicas. Al respecto, véase el comunicado oficial del Gobierno de Ucrania en <https://www.president.gov.ua/en/news/prezident-pidpisav-ukaz-pro-zaprovdzhennya-voyennogo-stanu-73109#> (consultado el 23 de mayo de 2022).

12 Al respecto, pueden consultarse los efectos de la extensión de la Ley Marcial en <https://www.dw.com/es/ucrania-rada-extiende-la-ley-marcial-hasta-el-23-de-agosto/a-61894861> (consultado el 23 de mayo de 2022).

13 “Son aquellos que generan situaciones de excepcionalidad sin que formalmente se haya declarado un estado de excepción, esto es, incumpliendo los procedimientos legales establecidos”, Rodríguez Moreno, Alonso (2021) *La estructura conceptual del estado de excepción y su articulación contemporánea en el discurso de seguridad nacional*, op. cit. p. 140.

## ***II. Perspectivas del estado de excepción en casos de emergencia. Desde los límites a las libertades hasta la suspensión de derechos***

La figura de los estados de excepción, con diversas denominaciones, es tan clásica como vigente, el origen de su evolución histórica puede ubicarse, incluso, en la época de la dictadura de la República romana, en la que se distinguía entre la dictadura comisarial (temporal) y soberana (permanente), con el objeto de superar adversidades derivadas del continuo conflicto interno y de la guerra exterior (Schmitt, 1985). Sin embargo, en la actualidad debe analizarse desde la perspectiva del Estado democrático y a partir de la viabilidad de que las limitaciones temporales al ejercicio de los derechos se encuentren justificadas. Por estas razones, su estudio para fines académicos y prácticos retoma mayor impulso, por una parte, con los problemas de seguridad que ha enfrentado el mundo en las últimas décadas, y por otra, ante la necesidad de hacer frente a factores específicos, como es el caso de una pandemia o de la invasión a un país democrático en pleno siglo XXI.

En ese sentido, es importante considerar que el estado de excepción o estado en situación de emergencia tiene múltiples variables, y que puede ser analizado desde diversas disciplinas (jurídica, filosófica o política) y vertientes, porque ante una situación excepcional se requieren de diversas acciones extraordinarias acordes con la condición de emergencia, por lo que, una de las vertientes de análisis es el impacto que estas determinaciones tienen en los derechos y libertades, cuyas consecuencias pueden ser desde el límite al ejercicio de algunas libertades por tiempo determinado, hasta la suspensión colectiva de derechos.

Es decir, el grado de excepcionalidad depende de la situación emergente, como es el caso de: i) una pandemia que requiere medidas urgentes en materia de salud y que en ocasiones se restringe la circulación de personas o determinadas actividades económicas o sociales; ii) un conflicto bélico que demanda acciones extraordinarias en los ámbitos económicos, políticos y sociales, con un impacto directo en los derechos de las personas; iii) una invasión, que ante la ofensiva de otro Estado, requiere de determinaciones para su legítima defensa, e inclusive, convocar a la ciudadanía a tomar las armas en su territorio, de manera obligatoria; iv) una afectación grave a la seguridad nacional, de manera permanente o por un suceso específico, que necesita de la atención prioritaria del Estado con la consecuente restricción de algunos derechos y libertades; entre otros supuestos. Aspectos que siguen presentes en el siglo XXI y que requieren de un análisis desde la visión de los derechos humanos.

Esto puede apreciarse con claridad, a partir de finales del año 2019, cuando las autoridades sanitarias de Wuhan, provincia de Hubei, China, informaron sobre la existencia de un nuevo coronavirus (COVID-19) y, en específico, después del 11 de marzo de 2020, cuando la Organización Mundial de la Salud declaró que el brote del mencionado virus había ocasionado una pandemia y era necesario tomar medidas propias de un estado de emergencia.

Por las connotaciones novedosas – y particularmente adversas – que trae esta situación, es necesario analizar desde el plano teórico constitucional, de qué hablamos cuando nos referimos al estado de excepción, cuáles son los mecanismos de respuesta que establece la Constitución y, en esa medida, advertir su efectividad y la delimitación de sus alcances. Así, a causa de esta crisis sanitaria los Estados decretaron el estado de alarma o de emergencia para movilizar fuerzas de seguridad, protección civil y salubridad, lo que en algún momento generó la paralización de las actividades públicas y el confinamiento de la población.

Por ejemplo, en México, el Consejo de Salubridad General declaró la emergencia sanitaria con motivo de la pandemia desde el 30 de marzo y, derivado de ello, las autoridades locales y federales implementaron diversas medidas sanitarias con la finalidad de prevenir contagios y contener su expansión. Entre ellas, algunas medidas de distanciamiento social, suspensión de las actividades no esenciales en los sectores público, privado y social, restricciones a la movilidad e interacción física y resguardo domiciliario corresponsable<sup>14</sup>.

Antes de abordar estas medidas, es preciso puntualizar que, en principio, el estado de excepción es un mecanismo legítimo cuando las facultades ordinarias de los poderes no son suficientes para establecer la normalidad y mantenerla ante alteraciones graves, para garantizar el funcionamiento de las instituciones democráticas, los servicios públicos esenciales u otro aspecto del orden público. Por lo que se otorga mayor margen de actuación al Ejecutivo para reestablecer el orden alterado o atender la contingencia, a partir de ciertas condiciones, en las que pueden aplicarse normas constitucionales en situaciones de riesgo e incertidumbre, de tensión entre libertad y seguridad, legalidad y necesidad, a través de lo que Bruce Ackerman denomina como la *Constitución de emergencia* (Ackerman, 2005 y 2004) por la relevancia que tiene defender el sistema y proteger derechos y libertades fundamentales de las personas.

14 Medidas de seguridad sanitaria ordenadas por el Consejo de Salubridad General el 30 de marzo de 2020. Disponibles en: [http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/index/informacion\\_relevante/COVID19\\_Presentacion\\_CSG\\_-\\_Medidas\\_Seguridad\\_Sanitaria.pdf](http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/index/informacion_relevante/COVID19_Presentacion_CSG_-_Medidas_Seguridad_Sanitaria.pdf) (Consultada el 11 de marzo de 2022).

Las constituciones democráticas regulan la emergencia ante situaciones de posible fractura institucional y alteración de principios fundamentales, de acuerdo al modelo garantista que asegura la “defensa de la Constitución” y el “restablecimiento de la normalidad constitucional” (Tushnet, 2008; Agamben, 2003; De Vergottini, 2004 y 1994).

La finalidad del “estado de excepción” o “emergencia de estado” es la protección de la Constitución ante peligros graves que enfrenta el Estado o la seguridad y el orden público, objetivos que no se alcanzan con las vías normales previstas, de ahí que su defensa requiere adoptar medios excepcionales, como: proteger el contenido esencial o núcleo de derechos fundamentales; prohibir rupturas o quebrantamientos constitucionales; limitar modificaciones constitucionales, o garantizar el “orden fundamental de libertad y democracia para la protección contra los enemigos de la Constitución” (Häberle, 2003).

La declaración de situaciones de necesidad o de emergencia, como “estados de excepción, de sitio o catástrofe”, presupone la posibilidad de imponer ciertos límites razonables en el ejercicio de determinados derechos (Brague, 2004)<sup>15</sup>. Así, debe tenerse en cuenta que los conceptos restricciones, límites y limitaciones a los derechos se emplean como sinónimos (Alexy, 1993; Bernal, 2007). En principio, los límites o limitaciones a diferencia de la suspensión de derechos tienen variantes internas y externas; las primeras son expresamente previstas por el mismo precepto que reconoce el ejercicio de un derecho con sus delimitaciones, en tanto que las segundas, se relacionan con los demás derechos y su ejercicio, y en el desarrollo legislativo que les impone determinadas cargas a los derechos, cuando así está previsto por disposición constitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) considera que, al fijar el alcance de un derecho individual por parte del legislador, esta limitante externa debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; ser necesaria y estar justificada en razones constitucionales. Es por ello que el legislador en el desarrollo de los límites o en la regulación específica debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica (Tesis P./J. 130/2007).

<sup>15</sup> Aunque para Gregoire Webber sí existe un cúmulo de derechos con la etiqueta de *absolutos*, de manera que no admitirían límite alguno, ni en los estados excepcionales, al precisar que: “*Human rights law reserves the label ‘absolute’ to a small number of rights, including the rights not to be tortured, not to be subject to cruel and unusual punishment, and not to be held in slavery or servitude*”. Vid. Webber, G., *Proportionality and Absolute Rights*, en *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, 2017.

También estableció que los límites internos emergen al momento de definir los alcances del objeto concretamente protegido por cada derecho fundamental; es decir, sirven para definir el contenido del derecho, intrínseco a la propia definición y alcance del bien y fin tutelado; en tanto que los externos, al existir derechos, fines o bienes constitucionales que también merecen tutela y eficacia, una vez contrapesados y armonizados con otros derechos e intereses distintos u opuestos, constituyen la única razón susceptible de generar la limitación, que alude a la diferencia normal y esperada entre el contenido *prima facie* de los derechos fundamentales y la protección real que ofrecen en los casos concretos (Tesis I.4o.A.17 K, 10a.)<sup>16</sup>.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sostiene en sus artículos 29 y 30, la prohibición de interpretar la Convención en el sentido de *suprimir o limitar* el goce y ejercicio de derechos y libertades, excluir derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. Además, puntualiza que los alcances de las restricciones no pueden aplicarse sino conforme a las leyes dictadas en razón del interés general y de acuerdo con el propósito para el cual han sido establecidas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), en la Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, al analizar la expresión “Leyes” de su artículo 30, refiere a las restricciones expresamente autorizadas y en las condiciones particulares en que las mismas han sido permitidas; que tengan fines legítimos (razones de interés general y no se aparten de su propósito), que estén dispuestas por leyes y se apliquen de conformidad con éstas. Desde esta perspectiva, la delimitación refiere a la capacidad del legislador en la definición de linderos conceptuales de un derecho a través de la configuración de restricciones de que es objeto, en tanto que su propósito es la ordenación legislativa de derechos fundamentales para hacer que un derecho sea practicable para su titular, se abran posibilidades concretas de ejercicio o, se le facilite o promueva su utilización (Brague, 2004; Jiménez, 1999).

16 Además, la SCJN al referirse a las restricciones de derechos fundamentales, advierte que su regulación no puede ser arbitraria y para que sean válidas deben ser: admisibles, necesarias y proporcionales (Tesis 1a./J. 2/2012, 9a). Asimismo, expone los requisitos para considerar válidas las restricciones: 1) el establecimiento en una ley formal y material (principio de reserva de ley) y, 2) que superen un *test* de proporcionalidad (Tesis 1a. CCXV/2013, 10a).

Respecto a la suspensión de derechos<sup>17</sup>, el artículo 27 de la CADH en sintonía con el precepto 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que ésta consiste en una cuestión de naturaleza excepcional que tiene lugar ante el peligro público o de otra emergencia que amenace a la independencia o seguridad del estado, es decir, por circunstancias objetivamente graves que no puedan ser superadas por medios ordinarios de regulación de conflictos. De lo anterior, se obtiene que la suspensión refiere a un acto complejo que hace cesar en forma temporal el goce de ciertos derechos y garantías establecidos en la Constitución (Arteaga Nava, 1992).

Un aspecto importante, es que la suspensión de derechos tiene una vertiente individual y otra colectiva. Por ejemplo, el artículo 38 de la Constitución mexicana describe la suspensión del ejercicio de los derechos políticos o de ciudadanía en lo individual, previo pronunciamiento expreso de la autoridad competente (Coello Garcés, 2017)<sup>18</sup>. En tanto que, el artículo 29 constitucional regula la suspensión colectiva de derechos ante situaciones excepcionales, es decir, el estado de excepción que es materia del presente estudio.

Las posibles distinciones entre los conceptos abordados son sutiles y deben considerarse los contextos particulares en los que se utilizan para afinar su sentido y alcance. En algunos supuestos de emergencia se establecen limitantes sin que ello implique, necesariamente, llegar hasta la suspensión de los derechos y libertades<sup>19</sup>.

17 Sobre la suspensión de derechos *vid.* Fix-Zamudio, H. (2005), *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas; Carbonell, M., “Defensa de la Constitución y estados de emergencia: breves reflexiones contextuales”, en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (coords.) (2008), en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. IV, *Derechos fundamentales y tutela constitucional*, México, Marcial Pons, IMPDC, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

18 Un análisis sobre la suspensión de derechos desde el ámbito individual puede encontrarse en Coello Garcés, Clicerio (2016), *Repensar la ciudadanía. Derechos políticos de las minorías y grupos vulnerables*, México, Tirant lo Blanch. De igual forma, del mismo autor (2017) *Suspensión del derecho al sufragio de los presos: Caso Hirst vs. el Reino Unido (no. 2), Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, disponible en <https://www.te.gob.mx/publicaciones/contenidos/1239> y en <https://www.te.gob.mx/repositorio/A70F41-C/Caso%20Hirts.pdf> (Consultada el 18 de mayo de 2022).

19 Con la precisión de que el artículo 29 de la Constitución mexicana prevé que “En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

El estado de excepción no sólo tiene diversas vertientes o grados de restricciones conforme a la gravedad de la situación excepcional o de emergencia, sino que además, tiene diferentes denominaciones, regulaciones y alcances en los países democráticos que reconocen en sus normas constitucionales esta figura de aplicación extraordinaria. En ese sentido, podemos observar las disparidades en su configuración y en la delimitación de hasta dónde es admisible restringir o suspender derechos. Es decir, la regulación constitucional de los límites a las restricciones de los estados de excepción tiene diversos alcances, que va desde preservar la vida, la dignidad humana o la no discriminación, hasta la prevalencia de los recursos judiciales o la no permisibilidad de prohibir la tutela judicial efectiva en casos de emergencia, con algunos matices relevantes en Europa y América Latina, que son merecedores de un análisis específico.

Es por ello que, desde nuestra perspectiva, la declaratoria del estado de excepción debe justificarse de manera reforzada, bajo el estándar de mínima afectación, para ello es necesario que las medidas atiendan a los siguientes parámetros: a) Deben justificarse las restricciones a los derechos y libertades, de forma tal que las limitaciones resulten proporcionales, necesarias y adecuadas para superar la situación de excepcionalidad o emergencia; b) Se emitan por un periodo breve y, en caso de continuar las condiciones adversas, reforzar la legitimidad de las medidas a través de los órganos de representación política; c) La suspensión de derechos es una medida extrema que requiere de una justificación constitucional reforzada, y d) En ningún supuesto debe restringirse el derecho a controvertir las medidas adoptadas y el acceso a la justicia, ya que el estado de excepción no implica la imposibilidad de revisar los alcances de sus determinaciones y del actuar de las autoridades.

### ***III. El estado de excepción en España.***

#### **1. Supuestos constitucionales de excepción.**

Para los estados excepcionales, en España se prevén las bases de las restricciones y de la suspensión de derechos y libertades en el plano constitucional. Por una parte, se considera que los derechos podrán ser suspendidos, únicamente, cuando se declare el estado de excepción o de sitio en los términos establecidos en la Constitución española, con un impacto directo en la libertad, seguridad, inviolabilidad de domicilio, residencia, tránsito, libertad de pensamiento, ideas, opiniones e información, así como en el derecho de reunión, huelga y medidas de conflicto colectivo de trabajadores y empresarios (Fernández, 2011; Higuera,

2011; Cruz, 1984); por otra parte, no se prevé que en el estado de alarma puedan suspenderse derechos, porque en este supuesto solo podrán limitarse o restringirse derechos y libertades, pero sin llegar a su suspensión.

Específicamente para el caso del estado de excepción, la Constitución prevé que no puede ser objeto de suspensión el derecho que tiene toda persona detenida de ser informada de forma inmediata, de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar, así como el derecho a la asistencia de un abogado<sup>20</sup>, con el objeto de evitar detenciones arbitrarias.

Los diversos supuestos se regulan en el artículo 116 de la Constitución española y en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de 1991, como el estado de alarma, de excepción y de sitio, que solo procederán cuando circunstancias extraordinarias hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios<sup>21</sup>. En estos casos, la ley establece que las medidas a adoptar y su duración serán las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad y de manera proporcionada a las circunstancias.

En relación al estado de alarma, constituye una facultad del gobierno declararla mediante decreto acordado en el Consejo de Ministros, en todo o parte del territorio nacional, cuando tenga lugar: a) catástrofes, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud; b) crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves; c) paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, y d) situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad. En el decreto se determinará el ámbito territorial, la duración y los efectos del estado de alarma, que no podrá exceder de quince días. Sólo se podrá prorrogar con autorización expre-

20 Artículo 55 de la Constitución española.

21 El artículo 116 de la Constitución española establece lo siguiente: 1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes. 2. 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. 3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos. 4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

sa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga<sup>22</sup>.

La ley en cita considera la posibilidad de limitar derechos específicos durante el estado de alarma, como es el caso de: a) la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; b) practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias; c) intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados; d) racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad, y e) impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción<sup>23</sup>.

El estado de alarma se distingue del estado de excepción porque en este último puede establecerse cuando “el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo”<sup>24</sup>. En estos supuestos, el gobierno solicitará al Congreso de los Diputados la autorización para declarar el estado de excepción.

22 Artículos cuarto, quinto y sexto de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de 1991, consultable en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-12774>.

23 Artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de 1991, consultable en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-12774>.

24 Artículo trece de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de 1991, consultable en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-12774>. El apartado 2 del mismo artículo 13 referido, prevé que “el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados una solicitud de autorización que deberá contener los siguientes extremos:

- a) Determinación de los efectos del estado de excepción, con mención expresa de los derechos cuya suspensión se solicita, que no podrán ser otros que los enumerados en el apartado uno del artículo cincuenta y cinco de la Constitución.
- b) Relación de las medidas a adoptar referidas a los derechos cuya suspensión específicamente se solicita.
- c) Ámbito territorial del estado de excepción, así como duración del mismo, que no podrá exceder de treinta días.
- d) La cuantía máxima de las sanciones pecuniarias que la Autoridad gubernativa esté autorizada para imponer, en su caso, a quienes contravengan las disposiciones que dicte durante el estado de excepción”.

## ***2. La distinción de los supuestos constitucionales y sus efectos en la sentencia del Tribunal Constitucional STC-2054-2020.***

En el orden jurídico español se precisan las diferencias del estado de alarma y del estado de excepción, ambos para situaciones excepcionales, lo que ha generado un pronunciamiento del Tribunal Constitucional al resolver el recurso de inconstitucionalidad 2054-2020, el 14 de julio de 2021, interpuesto por diputados del grupo parlamentario del partido político Vox contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo de 2020, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19<sup>25</sup>.

Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que su sentencia “no cuestiona la necesidad de adoptar medidas excepcionales para hacer frente a la gravedad y extensión de la pandemia sanitaria ocasionada por el COVID-19; medidas que se consideran necesarias, idóneas y proporcionadas, así como parangonables a las adoptadas en otros países de nuestro entorno. Lo que se cuestiona es el instrumento jurídico utilizado para ello, por considerar que algunas de éstas, en cuanto implican la suspensión de derechos fundamentales, no encuentran cobertura constitucional en el estado de alarma declarado, y habrían justificado la declaración del estado de excepción. Que no se hiciera así violenta la distinción constitucional entre una y otra situación de crisis, convirtiendo la alarma en un sucedáneo de la excepción, no sometida a previa autorización parlamentaria”<sup>26</sup>.

En ese tenor, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las medidas previstas en los apartados 1, 3 y 5 del art. 7 del Real Decreto referido, porque vulneran el derecho fundamental a circular libremente por todo el territorio nacional, el derecho a elegir libremente residencia y el derecho de reunión pacífica; bajo el argumento de que las medidas han supuesto la suspensión de determinados derechos lo que, en todo caso, desde la perspectiva del Tribunal solo puede establecerse a través del estado de excepción y no del estado de alarma. Sin embargo, no cuestiona las medidas adoptadas sino el instrumento jurídico utilizado para ello, porque la determinación del estado de excepción requie-

25 Derivado de este Real Decreto se han generado diversas posturas sobre sus alcances, si el incumplimiento de la prohibición general de circular por las vías públicas puede ser considerado, sin más, una infracción administrativa grave de desobediencia (art 36.6 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana) o, incluso, un delito de desobediencia grave (art. 556.1 Código Penal), al respecto, Ramón Ribas, Eduardo, *Desobediencia, estado de alarma y Covid 19*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.  
26 Nota informativa No. 74/2021 del Tribunal Constitucional de España, de 20 de julio de 2021. Consultable en [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2021\\_074](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_074)

re de la aprobación del Congreso, a diferencia del estado de alarma, que como se precisó, su emisión constituye una facultad del gobierno<sup>27</sup>.

El criterio sostenido en esta sentencia podría ser debatible, desde muchas perspectivas, como las siguientes:

- a) La literalidad: el estado de alarma esta previsto en la Ley Orgánica 4/1981, específicamente, para crisis sanitarias o epidemias, como es el caso del COVID-19, por tanto, en principio constituye el instrumento jurídico idóneo para este supuesto, en el que lógicamente se establecen algunas restricciones a los derechos y libertades, principalmente vinculados con la movilidad y reunión de personas con el objeto de mitigar los contagios. Es decir, el supuesto habilitante previsto en la norma es acorde al caso materia de la excepcionalidad.
- b) La oportunidad: el estado de alarma para hacer frente a una pandemia requiere de medidas sanitarias oportunas y urgentes, lo que se garantiza con la emisión del decreto expedido por el gobierno con una temporalidad limitada que no podrá exceder de quince días y que se podría prorrogar con autorización del Congreso de los Diputados, quien además definirá los alcances y condiciones durante la prórroga<sup>28</sup>. Optar por otro procedimiento distinto, implica la necesidad de agotar desde el inicio un mecanismo de consenso o de mayoría en la sede parlamentaria, con las posibles consecuencias por la demora en la emisión de las medidas urgentes.
- c) La suspensión de los derechos versus los límites: la sentencia estima que la suspensión de derechos solo debe tener lugar ante la declaratoria del estado de excepción, sin embargo, lo que es discutible es si en el decreto del estado de alarma el derecho a la circulación estaba o no suspendido<sup>29</sup>, pues existía la posibilidad limitada de transitar para abastecerse de alimentación o medicamentos, para acudir a los servicios médicos, para el cuidado de personas, para trasladarse al trabajo o retornar a la residen-

27 Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC) en el Recurso de inconstitucionalidad 2054-2020, de 14 de julio de 2021.

28 Artículo sexto de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de 1991, consultable en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-12774>.

29 Este aspecto ha dividido a la doctrina española. Como referencia, puede consultarse a Soriano, Ramón, “La ilegal sentencia del Constitucional sobre el estado de alarma”, publicado en el portal de internet elDiario.es, el 23 de julio de 2021, consultable en [https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/ilegal-sentencia-constitucional-alarma\\_129\\_8161264.html](https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/ilegal-sentencia-constitucional-alarma_129_8161264.html)

cia, e incluso para desplazarse a entidades financieras, entre otras posibilidades. Con ello, es importante distinguir entre la suspensión de un derecho (que consiste en dejar en receso su ejercicio, sin suprimirlo) y la limitación de una libertad para el cumplimiento de un fin razonable y constitucionalmente admisible.

- d) La contradicción entre el instrumento y su contenido: se cuestiona el instrumento jurídico más no la necesidad de las medidas adoptadas, es decir, desde la visión del tribunal la vía del estado de alarma y su decreto no son acordes a las medidas porque éstas implicaban una suspensión de derechos (lo que amerita una declaración del estado de excepción), sin embargo, considera que sí es válida la necesidad de las medidas adoptadas. Por lo que, es importante analizar el alcance de una sentencia que estima inconstitucional un instrumento jurídico porque no es el idóneo, pero deja incólume parte de las consecuencias o efectos que las medidas han generado.

Sin embargo, también puede advertirse que la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional español tiene como finalidad blindar con una mayor protección a los derechos afectados por las medidas, a través de un instrumento jurídico reforzado que requiere, necesariamente, de la aprobación del Congreso, es decir, el criterio que prevalece en esta resolución se perfila a concluir que, ante la suspensión de un derecho o libertad (o su posible suspensión), debe optarse por el procedimiento que otorgue mayores garantías, como es el caso del estado de excepción.

Es importante distinguir entre la supresión, suspensión y límites a los derechos. En ningún supuesto excepcional se considera admisible la supresión de un derecho o libertad, en tanto que la suspensión deja en receso el ejercicio pleno de un derecho, sin que ello signifique que se anule o suprima de manera absoluta. En tanto que los límites o restricciones atienden a parámetros constitucionales y deben respetar el contenido esencial del derecho. Y es aquí donde se centra el aspecto que mayor análisis ha generado sobre esta sentencia del Tribunal Constitucional español, es decir, si en efecto se generó una suspensión material de la libre circulación o solo se establecieron límites acordes a la naturaleza de la emergencia. De lo que no parece haber duda, es que sí se generó una suspensión implícita o indirecta respecto del derecho a la reunión, pues las medidas generaban como consecuencia la imposibilidad de que las personas se reunieran, porque los desplazamientos permitidos o “limitados” debían hacerse de manera individual<sup>30</sup>.

30 Un interesante análisis sobre este tema puede consultarse en Díaz Revorio, Francisco Javier, “A vuel-

#### ***IV. La regulación constitucional en Europa y el criterio interpretativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.***

##### **1. Algunos modelos europeos.**

En principio, debe tenerse en cuenta que los poderes públicos en los países europeos pueden declarar el estado de excepción cuando el ejercicio de derechos y libertades, instituciones democráticas, servicios públicos esenciales o cualquier aspecto de orden público se altere gravemente, y las potestades ordinarias resulten insuficientes para reestablecerlas o mantenerlas. Sin que se pretenda abordar todos los modelos constitucionales, lo que superaría el objeto del presente estudio, de manera orientativa se enuncian brevemente las generalidades de Alemania, Francia e Italia, para analizar, posteriormente, el criterio que sobre este particular ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**i. Alemania.** En específico, la Ley Fundamental alemana establece la posibilidad de determinar el estado de excepción en casos de catástrofe natural o siniestro particularmente grave (artículo 35); de tensión (artículo 80a); en estado de emergencia interior (artículo 91) o por defensa (artículo 115a).

De estos supuestos, resulta de particular interés el caso de emergencia interior, que tiene por objeto establecer mecanismos “para la defensa contra un peligro que amenace la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land”<sup>31</sup>. Con la limitante de que estas disposiciones serán revocadas una vez que quede superado el peligro o en cualquier momento cuando así lo exija el Consejo Federal de representación de los estados federados, el Bundesrat.

Por otra parte, el Parlamento Federal (Bundestag) con la aprobación del Bundesrat puede emitir la declaración de excepción cuando el país sea objeto de una agresión armada o cuando una agresión de esta naturaleza es inminente (caso de defensa). Sin embargo, si el territorio federal fuera objeto de una agresión armada y los órganos federales competentes no estuvieren en condiciones de declarar inmediatamente el “caso de defensa”, se considerará como realizada y promulgada en el

tas con la suspensión de los derechos fundamentales”, publicado el 9 de abril de 2020, en el portal electrónico Almacén de Derecho, en <https://almacendederecho.org/a-vueltas-con-la-suspension-de-los-derechos-fundamentales> (consultado el 19 de mayo de 2022).

31 Artículo 91 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, consultable en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

momento en que hubiere comenzado la agresión. El Presidente Federal dará a conocer esta determinación tan pronto como lo permitan las circunstancias<sup>32</sup>.

**ii. Francia.** La Constitución francesa regula el ejercicio de poderes de excepción, cuando las instituciones de la República, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales se encuentren amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido. Los supuestos son: estado de sitio, estado de urgencia o de emergencia, dada la naturaleza y gravedad de la situación, y la calamidad pública<sup>33</sup>.

**iii. Italia.** Destaca porque únicamente menciona casos extraordinarios de necesidad y de urgencia por las que el gobierno adoptará medidas provisionales con fuerza de ley. Asimismo, sólo refiere que conferirá al Gobierno los poderes necesarios cuando se trata de estado de guerra. El gobierno podrá subrogarse órganos de regiones, ciudades metropolitanas, provincias y municipios por incumplimiento de normas y tratados internacionales o de la normativa comunitaria; o bien, por peligro grave a la incolumidad y seguridad pública, o cuando lo exija la defensa de la unidad jurídica o económica y, en particular, la salvaguarda de niveles básicos de prestaciones sociales y de derechos civiles<sup>34</sup>.

Para ello, se establecerán por ley procedimientos oportunos para garantizar que las potestades subrogadas se ejerzan conforme al principio de subsidiariedad y colaboración. Por razones de seguridad nacional, se establece la posibilidad de que el presidente de la República disuelva al Consejo Regional y cese al presidente de la Junta que realice actos contrarios a la Constitución o incurra en violaciones graves a la ley<sup>35</sup> (De Vergottini, 2006).

Como se observa, no existe una regulación uniforme de los supuestos excepcionales o de las figuras jurídicas y denominaciones utilizadas en cada orden constitucional, muchas veces influenciados por los contextos nacionales, como el escalonamiento de la criminalidad organizada (terrorismo) que genera inseguridad e incertidumbre en los valores esenciales de los estados democráticos (Gambino, 2009; Bonetti, 2006).

32 Artículo 115a de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, consultable en español en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

33 Artículos 16 y 36 de la Constitución Francesa; 2 de la Ley 55/385, del 3 de abril de 1955, así como 2122-1/8 de la Ordenanza 2004-1374, de 20 de diciembre de 2004.

34 Artículos 77 y 78 de la Constitución italiana.

35 Artículos 120 y 126 de la Constitución italiana.

## 2. El margen de apreciación nacional.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) contiene una cláusula horizontal que legitima a los estados parte, en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, a adoptar medidas que deroguen las obligaciones previstas, en la estricta medida en que lo exija la situación y con la condición de que no contradigan las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional. Las restricciones a derechos y libertades solo podrán aplicarse para cumplir con la finalidad prevista<sup>36</sup>.

Esta cláusula derogatoria pretende evitar el ejercicio arbitrario de poderes de excepción, la suspensión o derogación de normas vinculadas a derechos fundamentales y la salida de la Convención por situaciones de emergencia, aun así, algunos países presentan reserva de excepción por considerar que podría violar su soberanía.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sostenido la doctrina del margen de apreciación<sup>37</sup> respecto de la referida cláusula derogatoria, cuando los estados adopten medidas que restrinjan derechos fundamentales; además, ha considerado que la restricción tiene que estar justificada en una sociedad democrática y debe ser proporcional entre los instrumentos, medidas adoptadas y finalidades perseguidas; asimismo, ha establecido que deberá asegurarse que la limitación sea acorde a la gravedad de la situación<sup>38</sup> y que ante abusos eventuales se cuente con garantías para su defensa (Sentencia del TEDH, *A. y Otros c. Reino Unido*).

Es importante precisar que el TEDH tiene como uno de sus fundamentos para el ejercicio de sus funciones el principio de subsidiariedad. “Esto significa que las autoridades internas de los Estados estarían, en principio, en una mejor posición que el juez internacional para determinar las peculiaridades objetivas y jurídicas del cualquier asunto y para efectuar la compleja ponderación entre los intereses en conflicto. Sólo en el caso de que la actuación estatal contravenga de manera evidente la Convención, alguno de sus Protocolos o la jurisprudencia del propio Tribunal, éste tendría facultades legales –con base en la demanda interpuesta por un peticionario legitimado– para examinar la medida tomada por el

36 Artículos 15, numeral 1 y 18 del CEDH.

37 Vid. TEDH, *Lawless c. Irlanda*, 1 de julio de 1961; TEDH, *Irlanda c. Reino Unido*, 18 de enero de 1978; TEDH, *Brannigan y McBride*, 26 de mayo de 1993; TEDH, *Aksoy c. Turquía*, 18 de diciembre de 1996; TEDH, *Marshall c. Reino Unido*, 10 de julio de 2001.

38 Artículos 5 y 6 del CEDH.

Gobierno, a efecto de dilucidar si hubo una violación y, llegado el caso, dictar una sentencia en su contra” (Coello Garcés, 2017, p. 122).

Aunado a lo anterior, como se precisó, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado un criterio interpretativo sobre “el margen de apreciación nacional”<sup>39</sup>. Este criterio, nos dice Johann Justus Vassel (2009), tiene 4 funciones fundamentales<sup>40</sup>: i. Instrumento mediador entre la soberanía nacional y la fijación de un estándar europeo; ii. Respuesta a conceptos jurídicos indeterminados. Esto significa que se reconoce la importancia de la labor jurisdiccional nacional para la interpretación de los artículos de la Convención; iii. Expresión del principio de subsidiariedad, y iv. Auto-restricción judicial, en el sentido de que los propios Estados partes se comprometen, como los protectores primarios de los derechos de la Convención, a tomar sus resoluciones teniendo en cuenta el estándar convencional y la jurisprudencia del Tribunal (Coello Garcés, 2017).

Estos principios que rigen la labor del Tribunal Europeo son una barrera que lo limita a la hora de cuestionar la legitimidad de los fines establecidos por las instituciones jurídicas nacionales en el estado de excepción, entre otros supuestos. A la vista de lo anterior, pareciera que sólo en los casos extremos en que una ley nacional fuera evidentemente injusta, el Tribunal podría superar los límites impuestos por los criterios de subsidiariedad y margen de apreciación nacional, y a partir de ahí analizar de lleno los alcances de una disposición jurídica o decreto de estado de excepción o emergencia emitido por un país<sup>41</sup>.

39 Sobre este tema pueden consultarse los interesantes trabajos de investigación de García Roca, Francisco Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, UNED, núm. 20, 2007; García Roca, Francisco Javier, *El margen de apreciación en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Navarra, Cizur Menor, Cuadernos Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario-Thomson Reuters, 2010; así como a Fernández Sánchez, Pablo Antonio, “La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (art. 15 CEDH)”, en Santolaya Machetti, Pablo; García Roca, Francisco Javier (coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

40 Este autor además precisa que, “su origen (en lo que afecta a la concepción y concepto del margen de apreciación) no se halla en un plano de derecho internacional público o supranacional, sino que se fundamenta en la jurisprudencia administrativa de los Estados nacionales. Así el «Conseil d’Etat» francés, de forma parecida, otorga a las autoridades una libertad de estimación («*pouvoir discrétionnaire*»). Similares espacios de libre decisión existen también en la ciencia y praxis jurídica alemana bajo la forma de ámbitos de valoración («*Beurteilungsspielräumen*»), prerrogativas de estimación («*Einschätzungsprärogativen*»), potestad discrecional («*Ermessen*»), discrecionalidad de valoración («*Beurteilungsermessen*») y espacios de libre arbitrio («*Ermessensfreiräumen*»).

41 Lo aquí expuesto sobre el margen de apreciación nacional y lo sostenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue abordado con mayor profundidad en la obra: Coello Garcés, Clicerio (2017). *Sus-*

### V. El estado de excepción en México.

La Constitución vigente de 1917 regula la suspensión de derechos en su artículo 29<sup>42</sup>, misma que tiene como antecedente de aplicación el decreto emitido en 1942 con motivo de la Segunda Guerra Mundial. Este precepto constitucional hace referencia a los supuestos de excepción siguientes: invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto. Aunado a lo anterior, también podemos clasificar las situaciones excepcionales que no necesariamente requieren de la suspensión de derechos, en las siguientes: el uso del ejército en caso de desastres naturales<sup>43</sup>, la participación de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública<sup>44</sup> y las facultades del Poder Ejecutivo en emergencias sanitarias. Para cumplir con el objeto del presente estudio, únicamente abordaremos las facultades extraordinarias en casos de emergencias sanitarias, dada la experiencia reciente, y que no necesariamente implica la suspensión de derechos prevista en el artículo 29 constitucional.

Ante emergencias sanitarias, como es el caso de las epidemias graves, la Secretaría de Salud tendrá la obligación de emitir, inmediatamente, las medidas preventivas indispensables, a reserva de que con posterioridad sean sancionadas por el presidente de la República<sup>45</sup> o, en su caso, aprobadas por el Consejo de Sa-

*pensión del derecho al sufragio de los presos: Caso Hirst vs. el Reino Unido (no. 2), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, volumen 15 de la colección Sentencias relevantes de cortes extranjeras. Disponible en <https://www.te.gob.mx/repositorio/A70F41-C/Caso%20Hirts.pdf> (Consultada el 18 de mayo de 2022).*

42 El artículo 29 constitucional ha tenido cuatro modificaciones: 21 de abril de 1981; 2 de agosto de 2007; 10 de junio de 2011, en la reforma en materia de derechos humanos, que introdujo el concepto “derechos humanos” en lugar de “garantías individuales”; y la del 10 de febrero de 2014.

43 La Secretaría de la Defensa Nacional de conformidad con sus normas y como integrante del Sistema Nacional de Protección Civil (SINAPROC), coopera con los tres órdenes de gobierno, particularmente, al aplicar el Plan DN-III-E en sus fases de prevención, auxilio y recuperación; con esto, desarrolla actividades para apoyar a la población civil en casos de emergencias, desastres naturales y provocados, e incluye actividades de labor social. Por lo que, en este supuesto específico, cabe destacar que no es necesario suspender derechos. En ese tenor esta previsto en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos y los artículos 21 y 73 de la Ley General de Protección Civil.

44 En relación a la participación del ejército en actividades de seguridad pública, la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 1/96, analizó las fracciones III y IV del artículo 12 de la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, y determinó que el artículo 29 constitucional autoriza considerar que las fuerzas armadas pueden actuar en auxilio de autoridades civiles, cuando éstas soliciten su apoyo. Por esta razón, se encuentran constitucionalmente facultadas para actuar en materia de seguridad pública en auxilio de las autoridades competentes.

45 Así lo prevé el artículo 181 de la Ley General de Salud en sintonía con el artículo 73, fracción XVI, disposición 2ª, de la Constitución Política de México.

lubridad General, que es el órgano constitucional previsto para aprobar determinaciones en situaciones excepcionales en esta materia, así como para la prevención de adicciones. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en todo el país<sup>46</sup>.

En este contexto se insertan las emergencias sanitarias acontecidas en México en el siglo XXI. En primer lugar, la de 2009 provocada por el brote de influenza AH1N1, en la que el Poder Ejecutivo emitió el decreto de 25 de abril, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica y restringió el ejercicio de determinados derechos, tales como: trabajo, reunión, tránsito, salud, inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, sin suspender garantías. Con posterioridad, mediante decreto de 30 de abril, se emitió un acuerdo en el que suspendió del 1 al 5 de mayo, las labores en la Administración Pública Federal y en el sector productivo de todo el país, excepto las indispensables para enfrentar la contingencia.

En concordancia con lo anterior, la Secretaría de Salud implementaría en las regiones afectadas diversas acciones de conformidad con lo establecido en el decreto, como son las siguientes: aislamiento de personas que pudieran padecer la enfermedad y de portadores de gérmenes de la misma, por el tiempo necesario; la limitación de actividades por razones epidemiológicas cuando lo ameritara; ingreso a locales o casa habitación para cumplir con actividades de control y combate a la epidemia; medidas para evitar congregaciones de personas en cualquier lugar de reunión, lo cual incluía la clausura temporal de locales o centros de espectáculos; regulación de tránsito terrestre, marítimo y aéreo, y disposición libre de medios de transporte propiedad del Estado y del servicio público, independientemente del régimen legal de éstos últimos; utilización libre y prioritaria de servicios telefónicos, telegráficos y correos, así como la transmisión en radio y televisión de medidas adoptadas para afrontar la contingencia<sup>47</sup>.

En segundo lugar, la pandemia de 2019<sup>48</sup>, cuando se descubre un nuevo virus (SARS-CoV-2) que originó un brote epidémico en la ciudad de Wuhan, provincia de Hubei, China, de la enfermedad infecciosa COVID-19, de la cual se notificó el 31 de diciembre de 2019 a la Organización Mundial de la Salud (OMS), posteriormente, el virus se expandió a varios países. Con motivo de lo anterior, en Mé-

46 Artículo 73, fracción XVI, disposición 1ª, de la Constitución Política de México.

47 Fracciones I, IV, VIII, IX, X y XI.

48 El 28 de febrero de 2020 se confirmó el primer caso de COVID-19 en México.

xico se declaró la emergencia de salud pública el 11 de marzo de 2020, en tanto que el 23 del mismo mes, se publicó el Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de COVID-19 en México como una enfermedad grave de atención prioritaria<sup>49</sup>, con medidas extraordinarias aprobadas en subsecuentes acuerdos<sup>50</sup>, mediante los cuales se determinó la restricción de actividades no esenciales, de manera que las actividades productivas, comerciales y de servicios quedaron en un receso provisional, con excepción de los servicios de salud, seguridad, transporte, alimentación y telecomunicaciones, pero en todo tiempo prevaleció el derecho a la libre circulación, porque no se generó un confinamiento obligatorio, salvo en algunas entidades federativas que endurecieron las medidas con algunas restricciones de horarios para la movilidad.

De ahí que, el impacto a los derechos y libertades estuvo vinculado, principalmente, a la restricción de la actividad económica y en el ámbito laboral para evitar la propagación del virus, sin dejar de reconocer que las medidas extraordinarias pueden generar consecuencias, mediatas o indirectas, en otros derechos como sucedió en todos los países dada la magnitud de la pandemia.

Una vez atendida la contingencia, se publicaron dos acuerdos para establecer la estrategia de reapertura de actividades sociales, educativas y económicas en el país<sup>51</sup>, se aprobó un sistema de semáforo por regiones que evalúa semanalmente el riesgo epidemiológico en cada entidad federativa, se emitieron criterios para establecer acciones extraordinarias y se programaron tres etapas para la reapertura de las actividades<sup>52</sup>.

49 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de marzo de 2020. Un día después se ordenó instrumentar medidas preventivas para mitigar y controlar los riesgos para la salud (DOF de 24 de marzo de 2020).

50 Con posterioridad, el 30 de marzo, se declaró formalmente la emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV-2 en nuestro país (DOF de 30 de marzo de 2020), y al día siguiente se publicó el acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria, que definió una lista de actividades esenciales durante la contingencia (DOF de 31 de marzo de 2020).

51 Acuerdos publicados en el Diario Oficial de la Federación el 14 y 15 de mayo de 2020.

52 Etapa 1. Inició el 18 de mayo con la reapertura de las actividades en los municipios que no presentaran casos ni tuvieran vecindad con municipios con casos de COVID-19. Etapa 2. Entre el 18 y 31 de mayo, la Secretaría de Salud determinó la realización de acciones generales para preparar la reapertura de actividades: Elaboración de protocolos sanitarios para el reinicio de actividades, capacitación de personal para seguridad en el ambiente laboral, readecuación de espacios y procesos productivos, y la implementación de filtros de ingreso, desinfección e higiene de los espacios laborales entre otras. Etapa 3. Inició el 1 de junio, conforme al sistema de semáforo por regiones para la reapertura de actividades sociales, educativas y económicas, el regreso a las actividades sería de forma ordenada, gradual y paulatina en cada una de las entidades federativas.

De forma extraordinaria se definieron las actividades esenciales de la industria de la construcción, minería y de fabricación de equipo de transporte, y la Secretaría de Salud publicó los Lineamientos Técnicos de Seguridad Sanitaria en el Entorno Laboral (DOF 17 de mayo de 2020), que marcan las principales directrices hacia la nueva normalidad en los espacios de trabajo respecto a estrategias de promoción de la salud y medidas de protección, relacionadas con seguridad e higiene en el trabajo. Por otra parte, la Secretaría de Salud, la Secretaría de Economía, la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, y el Instituto Mexicano del Seguro Social, publicaron el acuerdo por el que se establecen los Lineamientos Técnicos Específicos para la Reapertura de las Actividades Económicas (DOF 29 de mayo de 2020), en el que establecen formalmente el inicio de la nueva normalidad a partir del 1 de junio y definieron los principios rectores: privilegiar la salud y la vida; solidaridad y no discriminación; economía moral y eficiencia productiva; responsabilidad compartida (pública, privada y social). También se caracterizaron los centros de trabajo según el tipo de actividad; el nivel de riesgo epidemiológico; el tamaño del centro de trabajo; y las características internas, en función de las cuales se describieron las medidas específicas a implementarse en los centros de trabajo.

Con las medidas emitidas a través de decretos se atendió esta situación excepcional, con algunas restricciones a las libertades, pero sin suspender derechos fundamentales, de manera que no se acudió a los extremos que la referida suspensión requiere en términos de lo establecido en el artículo 29 constitucional. Quizá lo que puede ser materia de análisis es si la suspensión de actividades no esenciales durante un periodo específico generó como consecuencia una suspensión de *facto* de determinados derechos, pero lo cierto es que, ello no ha estado presente en el debate constitucional mexicano.

A nivel mundial se adoptaron diversas medidas que contrastan con las adoptadas en México, como es el caso del control de precios de bienes (insumos)<sup>53</sup>, control de la industria<sup>54</sup>, intervención de hospitales privados<sup>55</sup>, medidas ante la esca-

53 Protección del precio de la canasta básica y productos de primera necesidad, regulación de precio de medicamentos y material sanitario, determinación de precios máximos para evitar especulación, e incremento de precio que impida el acceso de la población más vulnerable: España, Perú, Colombia, Chile y Argentina.

54 Para asegurar el suministro de materiales necesarios para atender la contingencia: Estados Unidos, Panamá y España.

55 Los insumos e infraestructura del sector privado se ponen a disposición del gobierno a través de medios de colaboración o intervención: España, Perú y Reino Unido.

sez de insumos médicos y su atención<sup>56</sup>, restricción a la libertad de tránsito<sup>57</sup> y cierre temporal de fronteras<sup>58</sup>. Y otras acciones de apoyo como la condonación de intereses<sup>59</sup> y el subsidio o pago de servicios por parte del Estado<sup>60</sup>, entre otros.

Con lo anterior, puede advertirse que, en el caso mexicano, las restricciones fueron acotadas a determinadas actividades y por un tiempo limitado, sin generar una afectación directa a un cumulo importante de derechos y libertades.

## ***VI. El estado de excepción en América Latina.***

Respecto a las Constituciones de América Latina se advierte una exposición de distintas regulaciones del estado de excepción o de emergencia<sup>61</sup>. La diversidad de términos es evidente en la región, pero con un denominador común respecto a la suspensión de derechos como un medio para atender situaciones de emergencia pública y preservar las funciones del Estado democrático, es por ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos subraya que la suspensión de derechos no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa, porque carece de legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático que dispone de límites infranqueables a la vigencia de ciertos derechos esenciales de la persona (Opinión consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987).

En países de Centroamérica se cuenta con una regulación diversificada, en atención a las particularidades de cada estado, ya sea que se reconozca el estado de excepción en la Constitución o bien, en las leyes secundarias; por ejemplo, la Constitución de Guatemala, refiere la nulidad de leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier orden que disminuya, restrinja o tergiversar derechos consti-

56 Control de precios en insumos específicos, inversión para compras y desarrollo de medidas de prevención que permitan uso moderado y estratégico de insumos existentes: Canadá, Estados Unidos, Corea del Sur y Uruguay.

57 Colombia, Marruecos, Perú, El Salvador y Estados Unidos.

58 Perú, Estados Unidos y El Salvador.

59 Estados Unidos.

60 El Salvador, España, Francia, Estados Unidos e Italia.

61 En el presente estudio solo se analizarán, brevemente, algunos países latinoamericanos que en atención a su regulación tienen particularidades que contribuyen al contraste para el modelo comparado. Sobre los estados de excepción en América Latina puede consultarse a Hurtado, Javier y Aguilar, Gerardo, *Regímenes de excepción en Iberoamérica por el COVID-19: Afectaciones al estado de derecho y la democracia*, México, Tirant lo Blanch, 2021.

tucionales, pero es la Ley de Orden Público y Estados de Excepción, que regula el estado de prevención, de alarma, de calamidad pública, de sitio y de guerra<sup>62</sup>.

Por su parte, la Constitución de Costa Rica regula la suspensión total o parcial por evidente necesidad pública de derechos y garantías individuales, de tránsito y permanencia, inviolabilidad de domicilio, intimidad, libertad y secreto de comunicaciones, reunión, libertad de opinión, libertad de expresión e imprenta, secretos de estado y libertad personal<sup>63</sup>.

La Constitución de Honduras, refiere que se podrán suspender los siguientes derechos: libertad personal, libertad de pensamiento, asociación, tránsito, inviolabilidad de domicilio y propiedad privada, por invasión del territorio nacional, perturbación grave de la paz, epidemia o cualquier otra calamidad general, pero deben considerarse los motivos de justificación, las garantías a restringir y el territorio a afectarse, en los términos previstos en la Ley de Estado de Sitio<sup>64</sup>.

En Sudamérica, se destaca Argentina que prevé la declaración constitucional de estado de sitio en la provincia o territorio en que se perturbe el orden, en caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades<sup>65</sup>. La Constitución de Bolivia establece que podrá declararse estado de excepción en todo o en parte del territorio, en caso de peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastre natural, con los que no podrá suspenderse determinados derechos fundamentales, como el debido proceso, el derecho a la información y los derechos de las personas privadas de la libertad<sup>66</sup>.

Brasil prevé en su Constitución que podrá decretarse estado de defensa en lugares restringidos y determinados, por inestabilidad institucional o calamidades naturales de grandes proporciones, con motivo de su declaración se restringirán los derechos de reunión, secreto de correspondencia, secreto de comunicaciones telegráficas y telefónicas, así como bienes y servicios públicos en caso de calamidad pública. También autoriza el estado de sitio, por conmoción grave de repercusión nacional u ocurrencia de hechos que comprueben la ineficacia de medidas tomadas durante el estado de defensa, obliga a permanecer en una locali-

62 Artículos 44 y 139 de la Constitución de Guatemala.

63 Artículos 22, 23, 24, 26, 28, 29, 30, 37 y 121 numeral 7, de la Constitución de Costa Rica.

64 Artículos 69, 71, 84, 93, 72, 78, 81, 99, 103, 187 y 188 de la Constitución de Honduras.

65 Artículo 23 de la Constitución de Argentina.

66 Artículo 137 de la Constitución de Bolivia.

dad determinada, posibilita la detención en establecimientos que no estén destinados a acusados o condenados por delitos comunes, restringe la libertad de prensa, radiodifusión y televisión, suspende la libertad de reunión, permite la búsqueda y aprehensión en domicilio, la intervención a empresas de servicios públicos y la requisa de bienes; también regula la declaración de guerra o respuesta a una agresión extranjera armada<sup>67</sup>.

Colombia, constitucionalmente puede declarar estados de excepción, como el estado de guerra exterior para repeler la agresión, defender la soberanía, atender requerimientos de guerra y procurar el restablecimiento de la normalidad; el estado de conmoción interior, por grave perturbación del orden público que atente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser atendida con las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía. Al respecto, la Constitución advierte que no podrán suspenderse derechos humanos ni libertades fundamentales, se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario, y una ley estatutaria regulará los aspectos atinentes, para no interrumpir el funcionamiento normal del poder público<sup>68</sup>. El estado de emergencia económica, ecológica y social refiere hechos distintos al estado de guerra exterior. Se podrán establecer nuevos tributos o modificar los existentes de manera temporal o definitiva cuando se ratifique en el siguiente ejercicio, pero no podrán existir limitaciones a los derechos sociales de los trabajadores<sup>69</sup>.

Perú señala en su Constitución que podrán decretarse estados de excepción por plazo determinado, en todo o en parte del territorio nacional. El Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la nación, restringe o suspende la inviolabilidad de domicilio, de tránsito en el territorio, la libertad de reunión, la libertad y la seguridad personales. En el estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, no podrán restringirse ni suspenderse los derechos fundamentales<sup>70</sup>.

Visto desde una perspectiva interamericana, la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene preceptos aplicables a la suspensión de derechos humanos por motivos relacionados a los estados de excepción; en particular, establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de suprimir

67 Artículos 136, 137 y 139 de la Constitución de Brasil.

68 Artículos 212, 213 y 214 de la Constitución de Colombia.

69 Artículo 215 de la Constitución de Colombia.

70 Artículos 2, numerales 9, 11, 12, 24 apartado f; 137, numeral 2 de la Constitución de Perú.

el goce y ejercicio de derechos y libertades reconocidos por la Convención, o limitarlos en mayor medida de lo que se prevé, excluir derechos y garantías inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno. Las restricciones permitidas sólo se aplicarán conforme a las leyes dictadas por razones de interés general y que cumplan con el propósito de su establecimiento<sup>71</sup>.

Lo anterior se refuerza cuando señala que, en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del estado parte, podrá adoptar disposiciones que suspendan obligaciones contraídas en la Convención, siempre que no sean incompatibles con obligaciones del Derecho Internacional y no entrañen discriminación (artículo 27, numeral 1 CADH). Esto no autoriza la suspensión de los derechos: al reconocimiento de la personalidad jurídica; a la vida; a la integridad personal; prohibición de la esclavitud y servidumbre; principio de legalidad y de retroactividad; libertad de conciencia y de religión; protección a la familia; derecho al nombre; derechos del niño; a la nacionalidad y derechos políticos, ni de las garantías judiciales indispensables para su protección<sup>72</sup>.

El Estado parte que decrete o declare la suspensión deberá informar inmediatamente a los demás estados parte de la Convención, así como las disposiciones, motivos y fecha en que se haya dado por terminada la suspensión<sup>73</sup>.

Cabe destacar lo que al respecto ha sostenido la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-8/87, en la cual asumió el criterio sobre limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, a partir de ciertas condiciones, tales como: que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; que los fines para los cuales se establece la limitación sean legítimos y que las restricciones estén dispuestas por leyes y se apliquen de conformidad con éstas.

Por otra parte, en la Opinión Consultiva OC-9/87 señala que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión los recursos o cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, destinado a garantizar el respeto a derechos y libertades cuya suspensión no está prevista por la misma Convención, así como los procedimientos judiciales relacionados con la forma democrática representativa de gobierno<sup>74</sup>.

71 Artículo 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

72 Artículos 3, 4, 5, 6, 9, 12, 17, 18, 19, 20, 23, 27 numerales 1 y 2 de la CADH.

73 Artículo 27, numeral 3 de la CADH.

74 Artículos 7, numeral 6; 25, numeral 1; 29, inciso c, de la CADH.

En este sentido, la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los estados de excepción ha sido posible dada las denuncias recibidas y a las peticiones de acciones urgentes, éstas proceden si se trata de violaciones a derechos reconocidos por la CADH, independientemente de suceder en períodos de normalidad o en situaciones de emergencia excepcional o conflictos armados.

Finalmente cabe decir que, la CIDH puede realizar investigaciones en el territorio de los estados, previo consentimiento de estos, sobre un caso concreto de violación de derechos humanos, para ello, el interesado presentará petición o comunicación que reúna los requisitos formales de admisibilidad, lo que puede acontecer en los estados de excepción<sup>75</sup>.

Por otra parte, es importante destacar que la Corte Interamericana emitió la Declaración 1/20, en relación a las medidas adoptadas por los países americanos para hacer frente a la pandemia por Covid 19, en la que se establecen, entre otras, las siguientes previsiones<sup>76</sup>:

Todas aquellas medidas que los estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

El derecho constitucional latinoamericano evidencia la previsión generalizada del reconocimiento de los estados de excepción para hacer frente a situaciones de grave emergencia. Como se advierte, se presenta un amplio abanico de instrumentos constitucionales para dictar y aplicar las medidas; pero, ante todo, no debe perderse de vista que, por la particular historia de la región, debe ponerse énfasis en que toda medida debe estar justificada y tener el carácter de excepcional y temporal con el objeto de no transgredir las disposiciones constitucionales y convencionales.

75 Artículo 48, numeral 2 de la CADH.

76 Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20, de 9 de abril de 2020, visible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/declaracion.html>.

### ***VII. Apuntes conclusivos.***

El estado de excepción con sus efectos en el ámbito de los derechos y las libertades representa un instrumento constitucional para atender de manera justificada y en un periodo breve las situaciones de emergencia, sin que ello deba generar una afectación a los derechos de manera desproporcionada al fin temporal que se persigue, porque tiene por objeto preservar la estabilidad del Estado democrático en circunstancias excepcionales.

Si bien en la doctrina y en los sistemas constitucionales existe una diversidad de conceptos vinculados a estos mecanismos de conservación del régimen constitucional, lo cierto es que se recogen principios comunes que permiten la continuidad de las instituciones y la necesidad de justificar la proporcionalidad entre las medidas adoptadas y las finalidades establecidas, así como prever los criterios formales y materiales en relación a los órganos competentes para emitir las medidas de excepción, su contenido, los plazos y los alcances de las restricciones de algunas libertades, y en su caso, el extremo constitucional de la suspensión de derechos. Lo que debe considerarse como el último recurso para hacer frente a condiciones de verdadera excepcionalidad en los estados democráticos.

En ese sentido, es de suma relevancia considerar que en los sistemas democráticos la declaratoria del estado de excepción debe justificarse de manera reforzada, bajo el estándar de mínima afectación, para ello es necesario que las medidas atiendan a los siguientes parámetros: a) Deben justificarse las restricciones a los derechos y libertades, de forma tal que las limitaciones resulten proporcionales, necesarias y adecuadas para superar la situación de excepcionalidad o emergencia; b) Se emitan por un periodo breve y, en caso de continuar las condiciones adversas, reforzar la legitimidad de las medidas a través de los órganos de representación política; c) La suspensión de derechos es una medida extrema que requiere de una justificación constitucional reforzada, y d) En ningún supuesto debe restringirse el derecho a controvertir las medidas adoptadas y el acceso a la justicia, ya que el estado de excepción no implica la imposibilidad de revisar los alcances de sus determinaciones y del actuar de las autoridades. De esta manera se atienden las situaciones excepcionales dentro de los parámetros constitucionales para preservar la estabilidad del sistema democrático de Derecho.

### VIII. Fuentes consultadas.

#### 1. Bibliografía.

Ackerman, B. (2005). *La Costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo (Le melusine)*, Roma, Meltemi.

----- (2004). “The emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*.

Agamben, G. (2007), *Estado de excepción*, trad. de Flavia e Ivana Costa, Argentina, Adriana Hidalgo Editora.

----- (2003). *Lo stato di eccezione*, Italia, Bollati Boringhieri.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Arteaga Nava, E. (1992 septiembre-diciembre). “La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias”. *Alegatos. Órgano de difusión del Departamento de Derecho*. Universidad Autónoma Metropolitana, núm. 22. México.

Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Betanzos Torres, Eber Omar y otros (coordinadores), *El Derecho ante la pandemia de la Covid 19*, México, Tirant lo Blanch, 2021.

Bonetti, P. (2006). *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Collana “Saggi”, Bologna, Il Mulino.

Brage Camazano, J. (2004). *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson.

Brokmann Haro, C. (2011). “Suspensión de garantías y reforma constitucional al artículo 29. Perspectiva del estado de excepción en México”, *Derechos Humanos México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, Nueva Época, Año 6, núm. 17, México.

Carbonell, M. (2008). “Defensa de la Constitución y estados de emergencia: breves reflexiones contextuales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Le-

lo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, t. IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional*, México, Marcial Pons, IMDPC, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Carpizo, J. (1978). *El Presidencialismo Mexicano*, México, siglo XXI.

Coello Garcés, Clicerio y AA. VV. (2019). *Democracia y costumbre. La elección presidencial en Estados Unidos*, México, Tirant lo Blanch.

Coello Garcés, Clicerio (2017). *Suspensión del derecho al sufragio de los presos: Caso Hirst vs. el Reino Unido (no. 2)*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, volumen 15 de la colección Sentencias relevantes de cortes extranjeras. Disponible en <https://www.te.gob.mx/repositorio/A70F41-C/Caso%20Hirts.pdf>.

----- (2016). *Repensar la ciudadanía. Derechos políticos de las minorías y grupos vulnerables*, México, Tirant lo Blanch.

----- (2013). *El estado democrático postnacional. Dimensiones actuales del principio de soberanía y ciudadanía*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Cruz Villalón, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos.

De Vergottini, G. (2006). *Diritto costituzionale comparato*, 5a. ed., Padua, CEDAM.

----- (2004). *Guerra e Costituzione: nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bolonia, Il Mulino.

----- (1994). *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati*, Pádua, Diritto e Società, CEDAM.

Del Castillo del Valle, A. (2003). *Garantías individuales y amparo en materia penal*, 3a ed., Ediciones Jurídicas Alma, S. A. de C. V., México.

Díaz Revorio, Francisco Javier (2020), "A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales", en el portal electrónico Almacén de Derecho. Dispo-

nible en <https://almacenederecho.org/a-vueltas-con-la-suspension-de-los-derechos-fundamentales>.

Díez-Picazo Giménez, L. M. (2003). *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas.

Etzioni, Amitai, *How patriotic is the Patriot Act? Freedom versus security in the age of terrorism*, Nueva York, Routledge, 2005.

Fernández Sánchez, P. A. (2005). “La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (art. 15 CEDH)”, en Santolaya Machetti, Pablo; García Roca, Francisco Javier (coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Fernández Segado, F. (1981). “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”, Madrid, *Revista de Derecho Político*, núm. 11.

Ferrajoli, L. (2000). “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución, Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa, UNAM.

Fioravanti, M. (2001). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de Martínez Neira, M., Madrid, Trotta.

Fix Zamudio, Héctor, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 111, México, 2004.

----- (2005). *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Gambino, S.; Scerbo, A. (2009). “Diritti fondamentali ed emergenza nel costituzionalismo contemporaneo. Un’analisi comparata”, *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, núm. 4.

García Roca, F. J. (2007). “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, UNED, núm. 20.

----- (2010), *El margen de apreciación en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Navarra, Cizur Menor, Cuadernos Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario-Thomson Reuters.

Häberle, P. (2003). *El Estado Constitucional*, trad. de Fierro, Héctor Fix, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Higuera Guimerá, J. F. (2011). “Los estados de alarma, excepción y sitio, y el código penal militar de 1985”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 15.

Hurtado, Javier y Aguilar, Gerardo, *Regímenes de excepción en Iberoamérica por el COVID-19: Afectaciones al estado de derecho y la democracia*, México, Tirant lo Blanch, 2021.

Jiménez Campo, J. (1999). *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Madrid, Trotta.

Kim, Janine, “The rhetoric of self defense”, *Berkeley Journal of Criminal Law*, volumen 13, issue 2, article 4, 2008.

Negri, A. y Hardt, M. (2005). *Imperio*, trad. de Alcira Bixio, Barcelona, Paidós.

Ramón Ribas, Eduardo, *Desobediencia, estado de alarma y Covid 19*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021

Rodríguez Moreno, A. (2021). Tesis de doctorado: *La estructura conceptual del Estado de excepción y su articulación contemporánea en el discurso de seguridad nacional*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México.

Schmitt, C. (1985). *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, trad. de José Díaz García, Madrid, Alianza Editorial.

Soriano, R. (2021), “La ilegal sentencia del Constitucional sobre el estado de alarma”, publicado en el portal de internet elDiario.es.

Tomás y Valiente, F. (1996). “Soberanía y autonomía en las Constituciones de 1931 y 1978”, en Iglesia Ferreirós, Aquilino (ed.), *Autonomía y soberanía. Una consideración histórica*, Madrid, Marcial Pons.

Tushnet, M. (2008). “The political constitution of emergency powers: parliamentary and separation-of-powers regulation”, *International Journal of Law in Context*, Cambridge University Press, núm. 3.

Vasel, J. J. (2009). “El «margin of appreciation» como elemento clave en el derecho constitucional europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo* número 11. Disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/07JVasel.htm> (consultada el 22 de mayo de 2022).

Webber, G. (2017). “Proportionality and Absolute Rights”, en *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press.

Yoo, J. (2008). *Lincoln and Habeas: O Merryman and Milligan and McCardle*, Berkeley Law Scholarship Repository, 12 Chap. L. Rev.

## **2. Normativa.**

Constitución Española, 29 de diciembre de 1978, con sus reformas.

Constitución de Francia, 4 de octubre de 1958.

Constitución de Honduras, Decreto número 131, 11 de enero de 1982.

Constitución de la República Federativa de Brasil, 5 de octubre de 1988, reformas hasta 2020.

Constitución de la República Italiana, Senado de la República 2018.

Constitución Española, 05 de octubre de 2018.

Constitución Nacional de Argentina, 22 de agosto de 1994.

Constitución Política de Colombia, 2019.

Constitución Política de la República de Costa Rica, 2017.

Constitución Política de la República de Guatemala, 31 de mayo de 1985.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

Constitución Política del Perú, 29 de diciembre de 1993.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, versión en alemán del 23 de mayo de 1949, última modificación del 28 de marzo de 2019.

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, «BOE» núm. 134, de 05 de junio de 1981.

### **3. Acuerdos, sentencias y tesis de jurisprudencia.**

Acción de Inconstitucionalidad 1/96 de la SCJN de México.

Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia, DOF 23 de marzo de 2020.

Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), DOF 30 de marzo de 2020.

Acuerdo por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias, DOF 14 de mayo de 2020.

Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, DOF 31 de marzo de 2020.

Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), DOF 24 de marzo de 2020.

Acuerdo por el que se establecen los Lineamientos Técnicos Específicos para la Reapertura de las Actividades Económicas, DOF 29 de mayo de 2020.

Acuerdo por el que se establecen los Lineamientos Técnicos Específicos para la Reapertura de las Actividades Económicas, DOF 29 de mayo de 2020.

Acuerdo por el que se modifica el diverso por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias, publicado el 14 de mayo de 2020, DOF 15 de mayo de 2020.

CoIDH, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8, párrafo 20.

Sentencia del Tribunal Constitucional español, en el Recurso de inconstitucionalidad 2054-2020, de 14 de julio de 2021.

TEDH, A. y otros c. Reino Unido, 19 de febrero de 2009.

TEDH, Aksoy c. Turquía, 18 de diciembre de 1996.

TEDH, *Brannigan y McBride*, 26 de mayo de 1993.

TEDH, *Irlanda c. Reino Unido*, 18 de enero de 1978.

TEDH, *Lawless c Irlanda*, 1 de julio de 1961.

TEDH, *Marshall c. Reino Unido*, 10 de julio de 2001.

Tesis sin número, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo XLV, Tercera Sala, Constitucional, p. 4740, rubro: GARANTÍAS INDIVIDUALES, SUSPENSIÓN DE LAS.

Tesis: 143, Apéndice 2000, *Jur. Acciones de Inconstitucionalidad y C.C.*, Novena Época, Tomo I, Pleno, Constitucional, p. 121, rubro: EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. SU PARTICIPACIÓN EN AUXILIO DE LAS AUTORIDADES CIVILES ES CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 129 DE LA CONSTITUCIÓN).

Tesis: 1a. CCXV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1, Primera Sala, Constitu-

cional, p. 557, rubro: DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, Novena Época, Primera Sala, Constitucional, p. 533, rubro: RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.

Tesis: 1a./J. 51/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, Abril de 2009, Primera Sala, Constitucional, Laboral, p. 507, rubro: RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD PREVÉ UNA RESTRICCIÓN VÁLIDA A LA LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS MÉDICOS.

Tesis: I.4o.A.17 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3, Tribunales Colegiados de Circuito, Constitucional, Común, p. 2110, rubro: DERECHOS FUNDAMENTALES. SUS LÍMITES INTERNOS Y EXTERNOS.

Tesis: P./J. 130/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, Pleno, Constitucional, p. 8, rubro: GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.

**Resumen:**

En las primeras décadas del siglo XXI los países democráticos han emitido algunas medidas extraordinarias propias del estado de excepción para hacer frente a diversos factores que no pueden resolverse con el marco jurídico previamente establecido, como es el caso del terrorismo, la pandemia o el retorno de los movimientos bélicos y las invasiones de unas naciones sobre otras. Esto plantea grandes retos para los sistemas constitucionales por el impacto que el estado de excepción tiene en el ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales, de ahí la trascendencia de analizar sus fundamentos y su justificación para preservar al Estado democrático de Derecho.

**Abstract:**

*Throughout the first decades of the XXI century democratic countries have issued some typical extraordinary measures of the state of exception, to face several factors which cannot be solved through the actual legal framework such as terrorism, pandemic or warlike attitudes and invasions of nations by other nations. This situation sets important challenges for constitutional systems, due to the impact the state of exception has on the exercise of fundamental rights and freedoms. Therefore, it is important to analyze the fundamentals and justifications of the state of exception to preserve the democratic state.*

**Palabras clave:**

Estado de excepción, límites a los derechos, suspensión de derechos, medidas extraordinarias, libertades públicas.

**Key words:**

*State of exception, limits to rights, suspension of rights, extraordinary measures, public freedoms.*



**LOS PRESUPUESTOS GENERALES Y LOS LÍMITES  
A LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN ESPAÑA<sup>1</sup>**

**THE GENERAL BUDGETS AND THE LIMITS  
TO THE LEGISLATIVE FUNCTION IN SPAIN**

**Francisco Javier López Hernández<sup>2</sup>**

Recibido: 05-05-2022

Aceptado: 29-07-2022

**SUMARIO**

*I. Introducción.*

*II. Límites al derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos de los parlamentarios en el procedimiento de aprobación de los presupuestos generales.*

*III. La fuerza vinculante de los presupuestos generales aprobados en la función legislativa: consecuencias en el derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos de los parlamentarios.*

*IV. Conclusiones.*

*V. Bibliografía.*

1 El presente artículo es el resultado de la actualización y adaptación a las reglas de publicación de la revista Parlamento y Constitución del Trabajo Fin de Máster del autor, presentado en los estudios del Máster de Derecho Parlamentario y Técnica Legislativa de la Universidad de Castilla-La Mancha, trabajo que fue calificado con Matrícula de Honor.

2 Letrado del Parlamento de Canarias.

## ***I. Introducción.***

La aprobación de los presupuestos generales constituye una de las principales funciones de los Parlamentos en España. Sin embargo, su tramitación parlamentaria aparece condicionada por una serie de limitaciones a los derechos de participación de los miembros de las Cámaras. Si bien existe un monopolio del Ejecutivo en el ejercicio de su iniciativa presupuestaria, ello no empece el papel superior de las Cámaras Legislativas en la aprobación a través de ley del proyecto presentado. Con todo, la intervención legislativa no despliega toda su amplitud como para desvelar una preponderancia de los Parlamentos en esta materia.

Así pues, se trata de analizar cómo las limitaciones al derecho de participación política que afectan a los diputados, senadores y diputados autonómicos durante la tramitación parlamentaria de los presupuestos generales, que se traducirán en condicionantes a su derecho de iniciativa, en este caso, a través de enmiendas. Junto a lo anterior, el presupuesto puede constituir un condicionante ulterior en la función del Legislador, que se verá constreñido en el ejercicio de aquellas iniciativas que pudieran alterar la planificación presupuestaria en curso del Ejecutivo. Ello introduce al denominado veto presupuestario, potestad gubernamental que aunque claudicante de los derechos de participación, no es absoluta, y se encuentra sujeta a una serie de requisitos y controles que resultan imprescindibles para su adecuada utilización por el Gobierno.

En línea con lo expuesto, también se debe tener en cuenta el importante papel que despliega el constitucionalizado principio de estabilidad presupuestaria en el desarrollo de los presupuestos generales, que en la actualidad tiende a introducir complejidad en la fase preliminar de las cuentas públicas.

Por todo ello, el estudio de la afectación de los presupuestos a la función legislativa cobra una especial importancia en el contexto político contemporáneo en el que la aprobación de las cuentas públicas se ve afectada por otros procesos concomitantes como son: la fragmentación de las fuerzas políticas del arco parlamentario, y en consecuencia, la inexistencia de mayorías reforzadas en las Cámaras; o legislaturas efímeras caracterizadas por períodos cortos de gobernabilidad, que desembocan en la repetición de elecciones por frustración de investidura, entre otras muchas circunstancias.

En suma, la concepción liberal de los presupuestos permite analizar a la luz del reparto competencial entre Legislativo y Ejecutivo, las distintas limitacio-

nes que acechan a la labor legislativa tanto en el procedimiento de elaboración y aprobación de los presupuestos generales; como con posterioridad -durante la vigencia de los mismos- a toda la función legislativa que pudiera incidir en el ejercicio presupuestario corriente. De suerte que las cuentas públicas elaboradas por el Gobierno que finalmente se autoricen por medio de ley, no sólo condicionarán la política del Ejecutivo sino también la propia labor del Legislativo.

## ***II. Límites al derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos de los parlamentarios en el procedimiento de aprobación de los presupuestos generales.***

### **1. Introducción.**

Fuera de toda duda queda que la función de dirección política que corresponde al Ejecutivo, está condicionada de modo absoluto por el presupuesto que para cada anualidad consiga aprobar. Tanto es así que tradicionalmente se ha señalado, citando a Rodríguez Bereijo, que el presupuesto es “(...) *expresión de la política del Gobierno en cifras (...)*”<sup>3</sup>. Sin embargo, añade este mismo autor que el presupuesto “*refleja «el esqueleto del Estado desprovisto de todas las ideologías engañosas» como decía de manera expresiva Goldscheid*”<sup>4</sup>. Debe matizarse con Carabajo Vasco que “*aunque Goldscheid defendía que el Presupuesto es el esqueleto del Estado desprovisto de ideologías, actualmente se impone en todas las latitudes la idea de que la estructura fiscal de un país democrático responde siempre a una elección política*”<sup>5</sup>.

En esta línea el artículo 32 de la Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), señala que “[*I*]os Presupuestos Generales del Estado constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de los derechos y obligaciones a liquidar durante el ejercicio por cada uno de los órganos y entidades que forman parte del sector público estatal”. Aunque la elaboración de los presupuestos corresponda al Ejecutivo, su examen, enmienda y aprobación corresponde al Legislativo (artículo 134.1 de la Constitución Española, en adelante CE).

3 RODRÍGUEZ BEREIJO, A., “Los fundamentos constitucionales del control interno de la actividad financiera del Estado”, *Ponencias y comunicaciones X Jornadas Control Interno Sector Público*, 1993, p.21.  
4 *Ibid*, p.21.

5 CARBAJO VASCO, F., “Las transformaciones fiscales de los ochenta”, *Revista De Fomento Social*, nº 178, 1990, p. 157.

De esta manera, el monopolio en la iniciativa legislativa del Gobierno<sup>6</sup> en cuanto a la remisión del proyecto de ley de presupuestos al Legislativo se ve respaldado con una serie de limitaciones al legislador en cuanto a su intervención en dicho procedimiento legislativo presupuestario. Por añadidura, la fuerza vinculante que desplegarán los presupuestos operará como límite a posteriores iniciativas del ejercicio presupuestario en curso.

Como no podía ser de otra manera, todas estas limitaciones forman parte del contenido esencial del derecho de participación política del artículo 23 de la Constitución Española (en adelante CE), siendo un derecho de configuración legal (STC 161/1988, de 20 de septiembre). No obstante lo anterior, como indica Martín Núñez, “[e]so no supone constitucionalizar todos los derechos y las facultades que constituyen el estatuto del parlamentario, “sino tan sólo aquellos que pudiéramos considerar pertenecientes al núcleo esencial de la función representativa parlamentaria, como son, principalmente, los que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción de gobierno” (STC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 4, reproducida en la STC 39/2008, de 10 de marzo, FJ 5)”<sup>7</sup>.

De todo ello se extraen dos principales consecuencias: la primera, que el establecimiento de limitaciones *ratione materiae* derivadas de un procedimiento legislativo, en este caso, presupuestario, no suponen rebasar o desconocer el contenido esencial del derecho del artículo 23 de la CE. Y la segunda, que para que exista violación o lesión al derecho fundamental, se precisa analizar en cada caso el ejercicio de las limitaciones aplicadas sobre titular del *ius in officium*, para valorar si se ha ejercido correctamente la limitación en los términos de la normativa configuradora del derecho. Sólo en el caso en que se produzca violación del derecho fundamental podrá entrar el Tribunal Constitucional a enjuiciar el ejercicio de la limitación a través del recurso de amparo. Por ello se hace preciso examinar el alcance de las limitaciones al *ius in officium* de los parlamentarios.

6 Martínez Lago afirma que “la posición del Gobierno sobresale en el ejercicio de esa función condicional como es la presupuestaria, puesto que sólo aquél puede dar comienzo al trámite de aprobación del Presupuesto” en MARTÍNEZ LAGO, M.A. “Las relaciones del Gobierno y el Parlamento en la aprobación de “presupuestos estables” In Procedure di bilancio in chiave di stabilità: un confronto tra Italia e Spagna, 29 de octubre de 2009 Università di Pisa” (No publicado), *E-Print Complutense*, 2009 <https://eprints.ucm.es/id/eprint/11447/>

7 MARTÍN NÚÑEZ, E. “La garantía jurídica de la democracia como derecho fundamental: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la participación política”, *Revista catalana de dret públic*, n° 37, 2008, pp. 315-342.

## 2. Límites impuestos por el principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

a) Las reglas de la estabilidad presupuestaria.

El 27 de septiembre de 2011 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Reforma de la Constitución Española, la segunda que se ha producido hasta la fecha, afectando al artículo 135. En efecto, el artículo 135 CE, aparte de consagrar el principio de estabilidad presupuestaria al más alto rango normativo, llama a una ley orgánica, a complementar sus previsiones, norma que a la postre fue la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante LOEPSF).

Esta norma recoge una serie de *reglas numéricas*<sup>8</sup> que procuran la satisfacción de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera: el objetivo de estabilidad presupuestaria y deuda pública, el límite de gasto no financiero, el fondo de contingencia y la regla de gasto. De todas las magnitudes expuestas, cobra especial importancia a la luz del *ius in officium* la aprobación parlamentaria de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública. En efecto, el artículo 15.1 de la LOEPSF señala que “[e]n el primer semestre de cada año, el Gobierno, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, (...), fijará los objetivos de estabilidad presupuestaria, (...), y el objetivo de deuda pública referidos a los tres ejercicios siguientes, tanto para el conjunto de Administraciones Públicas como para cada uno de sus subsectores (...)”.

Por lo que respecta a la tramitación parlamentaria, conforme al apartado 6 del artículo 15, el meritado Acuerdo del Consejo de Ministros “*en el que se contengan los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública se remitirá a las Cortes Generales (...)*”. Y añade que “[e]n forma sucesiva y tras el correspondiente debate en Pleno, el Congreso de los Diputados y el Senado se pronunciarán aprobando o rechazando los objetivos propuestos por el Gobierno. Si el Congreso de los Diputados o el Senado rechazan los objetivos, el Gobierno, en el plazo máximo de un mes, remitirá un nuevo acuerdo que se someterá al mismo procedimiento”.

En caso de aprobación de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública por las Cortes Generales, concluiría este procedimiento parlamen-

8 ANTOLÍN RUIZ DE LA CUESTA, B. “Marco jurídico” en MEDRANO PERALES, M. (coord.) et al *Manual didáctico de los Presupuestos Generales del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2019, pp. 47-77.

tario abriendo la puerta, a la elaboración de los proyectos de Presupuesto de las Administraciones Públicas, los cuales habrán de acomodarse a dichos objetivos (artículo 15.7 LOEPSF). El establecimiento de estos objetivos se convirtió de esta manera en la clave de bóveda de la aprobación de las cuentas públicas, condicionando no sólo estas, sino también el endeudamiento y ciclo financiero de todos los entes públicos.

b) Problemática de la aprobación por el Congreso de los Diputados y por el Senado: propuestas de reforma.

Del artículo 15.6 LOEPSF se deduce una equiparación total del Congreso de los Diputados y del Senado, lo que no encuentra en nuestra Carta Magna parangón en ninguna otra materia. En efecto, existen algunos ejemplos en los que el Constituyente resolvió un posible bloqueo en algunas materias en las que fueran llamadas a intervenir con el mismo peso ambas Cámaras:

- En el artículo 74.2 de la CE, se refieren las decisiones de las Cortes Generales en materias de: autorización para la prestación del consentimiento del Estado en los Tratados Internacionales del artículo 94.1 de la CE; la autorización de acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas que prevé el artículo 145.2 de la CE; y la distribución de los recursos del Fondo de Compensación Interterritorial del artículo 158.2 de la CE. En todos estos casos las decisiones se adoptarán por mayoría de cada una de las Cámaras y “si no hubiera acuerdo (...), se intentará obtener por una Comisión Mixta compuesta de igual número de Diputados y Senadores. La Comisión presentará un texto que será votado por ambas Cámaras. Si no se aprueba en la forma establecida, decidirá el Congreso por mayoría absoluta.” (art. 74.2 de la CE in fine).
- En el artículo 167 de la CE se prevé el procedimiento de reforma ordinaria del Texto Constitucional, e igualmente debe aprobarse por una mayoría de tres quintos de cada Cámara los proyectos de reforma constitucional y “[s]i no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado” (artículo 167.1 segundo párrafo de la CE). Finalmente, “[d]e no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma” (artículo 167.2 de la CE).

De este modo, ello ha permitido sostener que en la Norma Fundamental se consagra un bicameralismo imperfecto, con una prevalencia del Congreso frente al Senado; aunque matiza Chueca Rodríguez, que “(...) parece más acertado señalar que, en razón de la función, en unos casos nos encontraremos ante un bicameralismo imperfecto, como es el caso del control extraordinario en donde el Congreso tiene una posición de primacía indiscutida. Pero esta relación también presenta el caso inverso en el supuesto del artículo 155, 1, donde la posición ventajosa corresponde al Senado. Caben a su vez supuestos de bicameralismo perfecto, como el supuesto de designación de Defensor del Pueblo, etc.<sup>9</sup>”.

Si se acude a la redacción dada por la reforma constitucional 27 de septiembre de 2011 del artículo 135 de la CE, no se atisba en ningún momento esta equiparación absoluta que propugna el artículo 15.6 de la LOEPSF. Es más, el artículo 135.4 de la CE atribuye al Congreso de los Diputados la apreciación de los supuestos que permiten superar los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública. Fuera de este caso, en el que el artículo 135 se refiere a las funciones de las Cámaras, son llamadas las Cortes Generales a aprobar una Ley Orgánica que desarrolle los contenidos del apartado 5 del meritado artículo.

No deja de resultar llamativa la consagración de una suerte de bicameralismo perfecto en este campo, que no se compadece con el fin perseguido por el trámite parlamentario del artículo 15.6 de la LOEPSF, y que ni siquiera prevé un mecanismo de desbloqueo. Fuera de los casos en los que ambas Cámaras votasen afirmativamente los objetivos de déficit y deuda pública, y límite máximo de gasto no financiero, o que ambas los rechacen, cabe imaginar una tercera hipótesis consistente en que una de las Cámaras los aprueben y la otra los rechace. En la práctica se configura así por la LOEPSF una suerte de veto para cada Cámara sobre la otra, que podría constituir un óbice insalvable y condena a un conflicto entre órganos constitucionales que sin embargo, no lo es de competencias, por lo que no podría resolverse por el Tribunal Constitucional. Esta situación no puede calificarse de auténtica laguna legal, pues para estos casos el artículo 15.6 LOEPSF ya prevé la consecuencia jurídica de falta de aprobación, esto es, comenzar de nuevo con la remisión de un nuevo acuerdo del Gobierno. Sin embargo, poco margen de maniobra tendría el Ejecutivo, teniendo en cuenta los plazos temporales que marca el Semestre Europeo.

9 CHUECA RODRÍGUEZ, R. L., “Teoría y práctica del bicameralismo en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 10, 1984, pp. 63-90.

Entre los intentos de reforma destaca el promovido por los Grupos Parlamentarios Socialista, Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, de Esquerra Republicana y Mixto<sup>10</sup> en la XIIª Legislatura, sin perjuicio de que apenas días después retiró su firma el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea<sup>11</sup>. En la proposición de ley de referencia, existe una Exposición de Motivos que afirma que

*“[!]a redacción actual resulta distorsionadora en tanto responde a un modelo de bicameralismo perfecto que no se corresponde con el que establece nuestra Constitución y que no encuentra cumplida explicación (o justificación) en el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria, que introdujo este especial mecanismo de aprobación ajeno al funcionamiento ordinario de nuestro sistema parlamentario. Es más, la redacción de este apartado ya fue criticada en su momento por el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de la Ley Orgánica que ahora se reforma<sup>12</sup>”.*

Por eso, calificándolo de anormalidad normativa, propuso modificar el artículo 15.6 de la LOEPSF en el sentido de que en caso de rechazo por el Senado, se confiera al Congreso la posibilidad de que tras una nueva votación, pueda ratificar la aprobación por mayoría simple.

Resultó laudable que el texto pretendiese establecer un cauce que sortee el bloqueo entre ambas Cámaras. No en vano, no resultaba aceptable considerar que en nuestra Carta Magna existe exclusivamente un modelo de bicameralismo imperfecto, pues como se ha podido indicar, se dan supuestos en los que se puede afirmar que la Constitución define un modelo bicameral perfecto, piénsese por ejemplo en la designación de algunos órganos constitucionales. Tampoco parecía adecuada la previsión específica de otorgar al Congreso de los Diputados la facultad de superar la desaprobación senatorial por mayoría simple, por cuanto ni siquiera se exige mayoría absoluta en la primera votación para ninguna de las

10 122/000269 Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 307-1, 7 de septiembre de 2018.

11 122/000269 Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 307-2, 21 de septiembre de 2018.

12 122/000269 Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 307-1, 7 de septiembre de 2018

Cámaras. Probablemente se trataba de retornar al sistema establecido en artículo 8 del Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2007 de 28 de diciembre.

En cualquier caso, resultaba inadecuada la reforma porque en esencia venía a despojar al Senado de su capacidad de intervención, ya que *de facto* resultaría irrelevante su actuación siempre que en el Congreso de los Diputados exista en primera votación una mayoría simple. Si se observan los distintos supuestos referenciados en los artículos 74.2 y 167 de la CE, la atribución de la facultad de desbloqueo o superación al Congreso viene acompañada en ambos casos de una mayoría reforzada o absoluta; mayoría absoluta que curiosamente también contempla el artículo 90 de la CE —en el ámbito de los procedimientos legislativos— para el veto senatorial durante los dos primeros meses, transcurridos los cuales, bastaría una mayoría simple. Ciertamente, si al menos en la primera votación se exigiera en ambas Cámaras mayoría absoluta, tendría sentido atribuir al Congreso una facultad de desbloqueo aprobando en segunda votación por mayoría simple; pero siendo la misma mayoría la de aprobación que la de desbloqueo, difumina de hecho el papel del Senado, y deja de nuevo sin resolver qué sucede si aprueba el Senado y bloquea el Congreso. Por todo ello, no parece aconsejable que esta segunda votación mantenga la misma mayoría que la primera, debiendo al menos reforzarse hasta la mayoría absoluta.

Se presentaron dos enmiendas, una del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, y otra del Grupo Parlamentario Ciudadanos. El primero, proclive a mantener el texto en su redacción sin reformar, introduce el matiz de acompañar al término “*Senado*” el predicado “*como Cámara de representación territorial*”, sin que esta precisión innove de ningún modo lo que ya la Constitución establece en el artículo 69.1. El segundo, formuló la enmienda número 2, que por contra, plantea una modificación de la proposición de ley, calificando de veto la intervención desaprobatoria del Senado, y elevando la mayoría con la que el Congreso de los Diputados podrá levantar dicho veto a tres quintos de los miembros de la Cámara. Ninguna de las dos prosperó.

Lo cierto es que esta proposición de ley finalizó su tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados, por caducidad<sup>13</sup> como consecuencia de la disolución de la Cámara. Sin embargo, tuvo un azaroso camino, llegando a conocer

13 420/000079 Relaciones de iniciativas caducadas y de iniciativas trasladadas a la Cámara que se constituya en la XIII Legislatura. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 519, 27 de marzo de 2019.

en amparo el Tribunal Constitucional acerca de su *iter* parlamentario. Los Grupos Parlamentarios proponentes habían solicitado en el ejercicio de su iniciativa legislativa la tramitación en lectura única y por el procedimiento de urgencia. La Mesa de la Cámara Baja no accedió a ninguna de las dos solicitudes, recurriendo finalmente en amparo 73 diputados del Grupo Parlamentario Socialista ante la desestimación de la reconsideración intentada frente a su solicitud de tramitación de la iniciativa en lectura única. El asunto controvertido fue resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2019, de 2 de octubre, la cual desestimó el amparo solicitado. En sus fundamentos jurídicos señaló que “[e]l derecho al «procedimiento debido», indudablemente asociado al reconocido en el artículo 23.2 CE, no debe confundirse con un inexistente «derecho» al procedimiento «preferido» y ni siquiera la demanda, que reconoce que correspondía al pleno la decisión sobre la tramitación en lectura única, pretende aquí tal cosa.”<sup>14</sup>.

En la XIV<sup>a</sup> Legislatura ha sido presentada por el Grupo Parlamentario Socialista una proposición de ley de reforma de la LOEPSF<sup>15</sup>, dirigida a modificar el artículo 15.6, que reproduce en sus mismos términos, la iniciativa que intentó también en la XIII<sup>a</sup> Legislatura, pero que había finalizado por caducidad. En el momento actual, entre las enmiendas presentadas<sup>16</sup>, sólo se refieren a este extremo –artículo 15.6 de la LOEPSF– los Grupos Parlamentarios Vox, Ciudadanos y Popular en el Congreso. El primero de ellos formula la enmienda número 1, y considera que “[l]a literalidad del precepto actual supone la asunción por parte del Senado de unas competencias sobredimensionadas; como así señaló el Dictamen del Consejo de Estado en su análisis de la reforma introducida por la Ley Orgánica 2/2012. Sin embargo, no es una solución razonable la retrocesión al modelo anterior, recogido en el artículo 8.3 del Real Decreto Legislativo 2/2007, (...)”<sup>17</sup>. Por este motivo propone una modificación en la que se eleva la mayoría de la segunda votación del Congreso de los Diputados, en caso de desaprobación de los objetivos por parte del Senado, a la mayoría absoluta.

14 STC 110/2019, de 2 de octubre, FJ 2.

15 122/000022 Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 48-1, 31 de enero de 2020.

16 122/000022 Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 48-4, 27 de abril de 2020).

17 122/000022 Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 48-4, 27 de abril de 2020).

El segundo Grupo Parlamentario enmendante, formuló la enmienda número 2, que en la misma línea que el anterior Grupo, plantea una modificación de la proposición de ley, en los mismos términos que en la XIIIª Legislatura, y en la misma línea que el Grupo Parlamentario Vox, con una mayoría reforzada del Congreso que superase el que califica como veto del Senado, pero en este caso de tres quintos.

El tercer Grupo Parlamentario citado formuló la enmienda número 17, que reproduce la presentada en la XIIIª Legislatura orientada a mantener la LOEPSF en su redacción actual e incorporando al “*Senado*” el predicado “*como Cámara de representación territorial*”. Huelga reiterar lo mencionado en torno al artículo 69.1 de la CE, *nihil novum sub sole*.

Habrà que esperar a que finalice la tramitación parlamentaria de la iniciativa para valorar cómo quedará finalmente la aprobación en las Cortes Generales de los objetivos de déficit y deuda pública y límite de gasto no financiero, pues sin lugar a dudas, el apartado 6 del artículo 15 de la LOEPSF plantea en la actualidad serios inconvenientes para el Ejecutivo que en su momento no cuente con mayoría en el Senado. El papel de las Cámaras se ve también reducido a un papel estrictamente formal –a modo de mera ratificación-, sin posibilidad de innovar o enmendar la propuesta gubernamental en ningún punto, pero sí pudiendo convertirse un elemento obstativo, no solo de los objetivos presentados, sino, en cadena, de las cuentas mismas. Propuesta gubernamental que ya ha sido examinada a través del Semestre Europeo, y que por tanto ya constituye una decisión definitiva, lo que podría fundamentar que no pueda ser esencialmente modificada en las Cortes Generales. Ello refleja el fenómeno de relativización del papel de los Parlamentos mediatizado no sólo por el Ejecutivo sino por los órganos supranacionales.

Resulta en tal sentido paradójico que el acto iniciador a escala interna, de la estrategia presupuestaria que cristalizará en la elaboración del proyecto de Ley de Presupuestos, tenga un trámite mucho más complejo, que queda equiparado –si se compara con una proposición de Ley- a una suerte toma en consideración. En buena medida, podría quedar justificado en la incidencia para todas las Administraciones Públicas, pero no parece que sea acorde con los principios que disciplinan el procedimiento legislativo presupuestario, en el que una vez aprobado el proyecto de Ley, procederá la tramitación parlamentaria oportuna, bajo preferencia y celeridad. Tan sólo lo podría rechazar la Cámara en caso de prosperar una enmienda a la totalidad de devolución, lo que evidencia que los parlamentarios hayan podido ejercer su derecho de participación política pronunciándose –a modo de enmienda- sobre el proyecto de Ley citado.

c) Breve referencia a la estabilidad presupuestaria en el ámbito autonómico.

El principio de estabilidad presupuestaria que consagra nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a la estructura territorial del Estado, y aunque se pueda afirmar el papel preponderante del Estado en su garantía, no es menos cierto que la Constitución y la LOEPSF permiten individualizar la responsabilidad en los distintos entes. Por tanto, para analizar el condicionamiento a los presupuestos autonómicos se debe partir del acuerdo al que se refiere el artículo 15 LOEPSF, advirtiendo Guerrero Vázquez que “[c]on anterioridad a su adopción por el Gobierno, no se da participación autonómica alguna de carácter efectivo, y simplemente está prevista la emisión de un informe no vinculante por parte del CPFF (...)”<sup>18</sup>. Es entonces que una vez establecido, deberán ajustarse los presupuestos y la intervención autonómica en la materia a lo aprobado en las Cortes Generales. Por ese motivo, el artículo 21 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante LOFCA), -modificado en 2015<sup>19</sup>- somete los presupuestos autonómicos al cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Entonces, el artículo 30.1 LOEPSF establece la competencia de las Comunidades Autónomas para aprobar, en sus respectivos ámbitos, un límite máximo de gasto no financiero, coherente con el objetivo de estabilidad presupuestaria y la regla de gasto, que marcará el techo de asignación de recursos de sus Presupuestos. Dicha aprobación corresponde al Ejecutivo en el caso de Andalucía, Navarra, Comunidad Valenciana, La Rioja o Canarias; o en su caso al Parlamento o Asamblea Regional como sucede en el caso de Aragón, Galicia, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Baleares o Murcia<sup>20</sup>. En el campo de los reglamentos parlamentarios, sólo se puede divisar contenido relacionado con el principio de estabilidad presupuestaria en el Reglamento Vasco, en el que se señala que en el debate del proyecto de ley de presupuestos “*se velará por el principio de equilibrio financiero, de modo que, con respecto a cada una de las entidades integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma, la totalidad de los ingresos cubra el importe de los gastos*”<sup>21</sup>. Y una vez establecidos todos los condicionantes

18 GUERRERO VÁZQUEZ, P., *Freno constitucional al endeudamiento y descentralización política*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2019, p. 290.

19 Por medio de la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

20 GUERRERO VÁZQUEZ, P., *op. cit.*, pp. 312-317.

21 Cfr. Artículo 154.2 del Reglamento del Parlamento Vasco.

de los presupuestos generales de los distintos entes públicos puede comenzar su elaboración.

### ***3. El procedimiento legislativo especial en materia de presupuestos en del derecho parlamentario español: idea general.***

A pesar de que nos encontramos con tantos procedimientos parlamentarios de aprobación de leyes de presupuestos como cámaras legislativas existen en nuestro Estado compuesto, al objeto de desarrollar los condicionantes del derecho de enmienda de los parlamentarios se expondrán las líneas maestras de la regulación procedimental en el ámbito de las Cortes Generales; y a continuación la idea general del Derecho Parlamentario Autonómico comparado. No serán objeto de estudio en esta parte, las distintas limitaciones que afectan al Ejecutivo en el ejercicio su iniciativa legislativa presupuestaria las cuáles se abordarán posteriormente.

a) Idea del procedimiento de aprobación de los Presupuestos Generales del Estado en las Cortes Generales.

El Reglamento del Congreso de los Diputados configura como especialidades en el procedimiento legislativo al “proyecto de Ley de Presupuestos” en los artículos 133 a 135. Expresamente señala el artículo 133.1 que “[e]n el estudio y aprobación de los Presupuestos Generales del Estado se aplicará el procedimiento legislativo común, salvo lo dispuesto en la presente Sección”. La mayoría de las especialidades se abordarán en sucesivos epígrafes, por lo que, además de la preferencia en la tramitación sobre los demás trabajos de la Cámara, las líneas esenciales de este procedimiento llevan a distinguir:

- Una fase de comparecencias informativas –no prevista en el Reglamento del Congreso–.
- El debate de totalidad del proyecto de ley de presupuestos para fijar las cuantías globales de los estados de los Presupuestos.
- Debate en la Comisión de Presupuestos, referido al articulado y al estado de autorización de gastos.
- Debate final de los presupuestos generales, en el Pleno de la Cámara diferenciando el conjunto del articulado de la ley y cada una de sus secciones.

El Reglamento del Senado, prevé en los artículos 148 a 151 el “procedimiento presupuestario”, fuera del capítulo reservado a los procedimientos legislativos especiales, en el capítulo tercero, en el que se especifica que se seguirá el proce-

dimiento legislativo ordinario salvo lo dispuesto en ese capítulo (artículo 148.2 del Reglamento del Senado). Después de establecer la preferencia en la tramitación de la que goza según el artículo 148.1 del Reglamento del Senado la *ley de presupuestos (sic)* -cuando lo cierto es que aún es un proyecto de ley en tramitación-, señala que la Mesa, oída la Junta de Portavoces, aprobará el calendario de tramitación. Las líneas esenciales de la tramitación son:

- Debate de totalidad para las propuestas de veto en sesión plenaria, y en caso de prosperar alguna de ellas, se dará por concluida la tramitación del proyecto de ley de presupuestos generales del Estado en el Senado.
- Fase en la Comisión competente en materia de Presupuestos, que dictaminará el proyecto de ley de referencia.
- Debate en el Pleno, en el que se debatirán y votarán el dictamen de la Comisión y los votos particulares mantenidos.

En caso de haberse opuesto veto por el Senado, los artículos 121 a 123 del Reglamento del Congreso de los Diputados establecen que será sometido el proyecto de ley a nueva consideración del Pleno de la Cámara, ajustándose el debate a lo establecido para los de totalidad, quedando el veto levantado si se ratifica el texto inicialmente aprobado por el Congreso por el voto favorable de la mayoría absoluta; y en caso contrario, se someterá a nueva votación transcurridos dos meses a contar desde la interposición del veto, donde bastará para levantar el veto, que el proyecto logre la mayoría simple. En caso contrario, resultará rechazado el proyecto. Finalmente, tratándose de enmiendas propuestas por el Senado, -no veto como en el caso anterior-, serán objeto de debate y votación y quedarán incorporadas si obtienen la mayoría simple de los votos emitidos. Resta indicar que la última fase será la propia de toda norma aprobada en las Cortes, procediendo en consecuencia la sanción, promulgación y publicación.

b) Líneas maestras de los procedimientos de aprobación de los Presupuestos Generales en los Parlamentos y Asambleas Autonómicas.

En el panorama autonómico nos encontramos con procedimientos presupuestarios parlamentarios similares al establecido a nivel estatal, pero adaptados a la realidad unicameral de las Asambleas y Parlamentos autonómicos<sup>22</sup>. En la mayo-

22 Vid. Artículos 129 a 133 del Reglamento del Parlamento de Andalucía; artículos 188 a 196 del Reglamento de las Cortes de Aragón; artículos 157 a 159 del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias; artículos 144 a 146 del Reglamento del Parlamento de Canarias; artículos 134 a 137 del Reglamento del Parlamento de Cantabria; artículos 161 a 165 del Reglamento de las Cortes de Castilla-La

ría de los casos se conciben como especialidades del procedimiento legislativo ordinario o común, que se aplicará o supletoriamente o directamente, sin perjuicio de las especificidades que singularizan esta tramitación procedimental. Este es el caso de Andalucía, Aragón, Principado de Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, País Vasco, Galicia, Islas Baleares, La Rioja, Comunidad de Madrid, Comunidad Foral de Navarra y la Comunidad Valenciana. A pesar de que se inserta dentro de las especialidades del procedimiento legislativo, el caso de Murcia no se equipara a las anteriormente citadas, ya que el artículo 148.1 del Reglamento de su Asamblea señala que el proyecto de ley de presupuestos será debatido y aprobado conforme al procedimiento establecido en esa sección, sin que se indique aplicación supletoria del procedimiento legislativo común. En el caso de Canarias, su regulación parlamentaria lo configura dentro de los procedimientos especiales a pesar de compartir con el otro grupo antes citado, la aplicabilidad del procedimiento legislativo común con las especialidades de tramitación propias del proyecto de ley de referencia. Por último, en el caso de Extremadura, su reglamento lo recoge dentro de las iniciativas legislativas especiales, y sin embargo indica también que seguirá el procedimiento legislativo ordinario, salvo lo dispuesto en estos artículos.

Reconocen además todos los reglamentos la preferencia en la tramitación respecto de los demás trabajos de las Cámaras respectivas; excluyéndose expresamente de la tramitación de urgencia en el caso de Aragón, Asturias y Castilla-La Mancha. Como especialidad, indica el Reglamento del Parlamento Vasco, que la preferencia en la tramitación con respecto a los demás trabajos de la Cámara, no supone necesariamente la paralización de los asuntos en trámite.

Asimismo, algunos reglamentos parlamentarios prevén la elaboración de calendarios específicos para la tramitación en las Cámaras de los presupuestos generales correspondiendo establecerlos según los casos: o bien a las Mesa, oída la Junta de Portavoces, como es el caso de Aragón, Canarias y País Vasco; o bien lo fija la Mesa sin que se aluda a la Junta de Portavoces, como sucede en Cantabria, Extremadura, Comunidad Valenciana y la Comunidad de Madrid; o bien lo

Mancha; artículos 127 a 129 del Reglamento de las Cortes de Castilla y León; artículos 131 a 134 del Reglamento del Parlamento de Cataluña; artículos 182 a 188 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura; artículos 153 a 157 del Reglamento del Parlamento Vasco; artículos 129 a 131 del Reglamento del Parlamento de Galicia; artículos 146 a 148 del Reglamento del Parlamento de las Islas Baleares; artículos 110 a 112 del Reglamento del Parlamento de La Rioja; artículos 158 a 164 del Reglamento de la Asamblea de Madrid; artículos 147 a 153 del Reglamento de la Asamblea de Murcia; artículos 154 a 156 del Reglamento del Parlamento de Navarra; y artículos 134 a 136 del Reglamento de las Cortes Valencianas.

fija la Junta de Portavoces como sucede en la Región de Murcia. Interesa señalar que en el caso de Madrid existe una facultad de propuesta de calendario que corresponde a la Mesa de la Comisión competente.

Como particularidad, el Reglamento de las Cortes de Aragón, prevé en el artículo 188.3 la comparecencia del Presidente o titular del Departamento competente en materia de Hacienda, que podrá proponer dos grupos parlamentarios o una quinta parte de los Diputados, ante el pleno de la Cámara, en el caso de que se incumpliera la remisión del proyecto de ley de presupuestos el plazo establecido, que debe ser presentado a las Cortes de Aragón antes del inicio del último trimestre del ejercicio anterior (artículo 188.2 del Reglamento de las Cortes de Aragón). Podría resultar una consecuencia inexorable del principio de anualidad de los presupuestos, pero no deja de ser curioso el ejercicio del control-fiscalización sobre el Ejecutivo para el caso del incumplimiento del plazo establecido tanto por el Estatuto de Autonomía de Aragón (artículo 111) como por el reglamento parlamentario citado.

La estructura del procedimiento a escala autonómica diferencia:

- Una fase de comparecencias informativas de los Consejeros autonómicos ante la Comisión parlamentaria competente en materia de presupuestos, fase que tan sólo prevén los reglamentos parlamentarios de Aragón, Canarias, Cataluña, País Vasco, Islas Baleares, Comunidad de Madrid, Región de Murcia, Comunidad Valenciana y Extremadura, si bien en este último caso, las comparecencias informativas se sustancian después del debate de totalidad, y antes del trámite en Comisión. Como especialidades:
  - a) En el caso de Andalucía se prevén comparecencias de los agentes sociales, organizaciones y Administraciones públicas, previa propuesta de los diputados y grupos parlamentarios, pero no en el Reglamento sino en la Resolución de la Presidencia de 19 de junio de 1996, sobre normas que regulan la tramitación y enmienda del proyecto de Ley de Presupuestos<sup>23</sup>.
  - b) En el caso del Reglamento de las Cortes de Castilla y León se prevé un trámite de comparecencias de los miembros de la Junta de Castilla y León, así como las autoridades y funcionarios públicos competentes por

23 Vid. Resolución de la Presidencia de 19 de junio de 1996, sobre normas que regulan la tramitación y enmienda del proyecto de Ley de Presupuestos (publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía núm. 20, de 25 de junio de 1996).

razón de la materia objeto de debate; comparencias que se producirían previa solicitud de los grupos parlamentarios, en un plazo perentorio de dos días desde la publicación del proyecto de Ley de Presupuestos, para que informen sobre el mismo. Resulta también significativo que resolverá la Mesa de la Comisión competente en materia de Hacienda sobre la oportunidad de las comparencias solicitadas, según el artículo 127.5 del Reglamento de las Cortes de Castilla y León.

- c) En la misma línea prevé el reglamento parlamentario gallego una fase de comparencias que tendrán lugar en la Comisión 3<sup>a</sup> 24, antes de finalizar el plazo de presentación de las enmiendas parciales, previa solicitud por los grupos parlamentarios y acordadas por la Mesa de dicha Comisión; compareciendo los responsables de las secciones presupuestarias, y siempre que se hubiere solicitado, los responsables de los entes instrumentales del sector público de la Comunidad Autónoma que gestionen los principales programas de gasto (artículo 129.5 del Reglamento del Parlamento Gallego).
- d) En el caso del Reglamento de la Asamblea de Madrid, las comparencias informativas se producirán previa solicitud de los grupos parlamentarios, previéndose también preguntas previas a las comparencias presentándose las contestaciones a través del registro de la Cámara. Además se prevé un trámite previo a las comparencias informativas, conforme al artículo 160 del reglamento parlamentario madrileño. Del mismo resulta que, presentado el proyecto de Ley de Presupuestos, solicitará la Secretaría General informe de los Servicios Jurídicos de la Cámara al objeto *“de verificar que el proyecto de ley se ajusta al contenido y se acompaña la documentación legalmente exigible”* (artículo 160.1 del Reglamento de la Asamblea de Madrid). A la mera emisión del informe, se anuda la publicación en el Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid. Sin embargo, la Mesa de la Asamblea, de acuerdo con el Informe de los Servicios Jurídicos requerirá al Consejo de Gobierno que proceda a la subsanación pertinente, -en su caso-. Lo llamativo es que si no se produce la subsanación, *“la Mesa de la Asamblea devolverá el proyecto de ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid al Consejo de Gobierno, con las indicaciones pertinentes”* (artículo 160.2, segundo párrafo del Reglamento de la Asamblea de Madrid).

24 Según el artículo 45.1 del Reglamento del Parlamento de Galicia *“Son comisiones permanentes legislativas las siguientes: 3º. Economía, Hacienda y Presupuestos.”*

- Un debate de totalidad de primera lectura, del que:
  - a) o bien resultarán fijadas, en el caso aragonés, asturiano, canario, cántabro, castellano-manchego, castellano-leonés, balear, riojano, madrileño, y valenciano, las cuantías globales de los estados de los presupuestos;
  - b) o bien resultarán fijadas, en el caso andaluz la cifra global del proyecto de Ley de Presupuestos como las de cada una de sus secciones, indicándose que no podrán ser alteradas sin acuerdo entre la Cámara y el Consejo de Gobierno, lo que abre la puerta a una alteración posterior<sup>25</sup>;
  - c) o bien, como en el caso murciano y con alguna diferencia, el caso catalán –aunque respecto de éste último existen más singularidades que posteriormente se detallarán-, en los cuales se señala que quedará fijada y aprobada la previsión de ingresos y el gasto global máximo establecido en el proyecto de ley presentado, y la distribución de ese por secciones, así como el presupuesto de los organismos públicos y demás entes públicos;
  - d) o bien, como en el caso vasco, quedan fijados los importes definitivos de ingresos y gastos totales.

En el caso de Castilla-La Mancha, de su reglamento parlamentario se desprende que se producirá este debate de totalidad siempre que se haya presentado una enmienda de esa naturaleza, lo cual resulta interesante, habida cuenta las consecuencias que anuda su propia regulación respecto de la fijación de las cuantías globales de los estados de presupuestos. Por contra, en el caso de los Reglamentos de la Asamblea de Extremadura y del Parlamento de Galicia, expresamente no se establece que queden fijadas las cuantías globales de los estados de presupuestos.

- Tramitación en Comisión en materia presupuestos, en la que reglamentariamente se contempla el nombramiento de ponencia sólo en el caso de Ara-

<sup>25</sup> En efecto, conforme al apartado Sexto de la Resolución de la Presidencia de 19 de junio de 1996, sobre normas que regulan la tramitación y enmienda del proyecto de Ley de Presupuestos (publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía núm. 20, de 25 de junio de 1996), señala que “[c]omo excepción, cuando este tipo de enmiendas que pretenden alterar las cifras fijadas tras el debate de totalidad se propongan en Ponencia (art. 116.4) o en Comisión (art. 117.3), el plazo para que el Consejo de Gobierno se manifieste sobre las mismas se extiende hasta la celebración del debate final en Pleno del Proyecto de Ley de Presupuestos.(...)”. Ello pone de manifiesto el carácter mutable de las cifras del debate de totalidad en el ámbito del proyecto de ley de presupuestos en el Parlamento Andaluz.

gón, no siendo relevante la omisión, por cuanto en general se produce una remisión a los procedimientos legislativos ordinarios o comunes.

- Debate final en sesión plenaria, diferenciando el conjunto del articulado de la ley, o en su caso, determinados artículos o grupos de artículos, y cada una de sus secciones, no apareciendo expresamente esta diferencia en cuanto a la votación en el reglamento parlamentario catalán.
- Resta indicar que como última fase aparece la promulgación y publicación.

#### **4. Límites a las enmiendas a la totalidad y al articulado.**

En lo sucesivo se hará un tratamiento de las enmiendas al proyecto de ley de presupuestos que parte de las líneas generales antes expuestas, sin perjuicio de pormenorizar, si procede, alguna especificidad en el ámbito de algún reglamento parlamentario concreto.

a) Las enmiendas a la totalidad y al articulado en los reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado.

El Reglamento del Congreso de los Diputados no prohíbe expresamente la presentación de ningún tipo de enmiendas a la totalidad en los arts. 133 a 135, por lo que, en principio, resultan aplicables las disposiciones del procedimiento legislativo común en esta materia. Sin embargo, respecto de las enmiendas de totalidad, como Martínez Lago afirma, “*dada la facultad de iniciativa exclusiva que posee el Gobierno en esta materia [...] aquéllas sólo deberán solicitar la devolución del texto presentado al Gobierno, y no la formulación de un texto alternativo al mismo*”<sup>26</sup>. Quedan en consecuencia prohibidas las enmiendas de totalidad de texto alternativo.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta la regulación parlamentaria en el Senado, la singularidad de que la impugnación de una sección del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado se formaliza mediante una propuesta de veto, que se dirimirá en un debate de totalidad ante el Pleno. Por ello, a estos efectos, comparte la naturaleza de enmienda a la totalidad de carácter devolutivo.

26 MARTÍNEZ LAGO, M.A. “Limitaciones de las Cortes Generales en la iniciativa y aprobación de los presupuestos”. *Revista de las Cortes Generales*, nº 21, 1990, p. 109.

b) Las enmiendas a la totalidad en los reglamentos parlamentarios autonómicos.

En el caso de los reglamentos parlamentarios autonómicos no nos encontramos ante una regulación uniforme pues podemos distinguir aquellos que prevén enmiendas a la totalidad y enmiendas al articulado del proyecto de ley de presupuestos; y aquellos que tan sólo prevén enmiendas al articulado o parciales, no admitiendo por tanto la formulación de enmiendas a la totalidad. A este segundo grupo obedecen los reglamentos parlamentarios de Aragón y de la Región de Murcia.

Pero junto a la dicotomía expuesta, también los reglamentos parlamentarios pueden clasificarse en aquellos que tan sólo prevén un tipo de enmiendas a la totalidad, -que por supuesto tienen una finalidad devolutiva-; y aquellos otros que califican de totalidad -además de a las enmiendas antes citadas- a otros supuestos específicos. Integrando este último grupo se citan:

- El caso del Reglamento del Parlamento de Cataluña, donde existen dos tipos de debate de totalidad, uno para las enmiendas a la totalidad que postulan la devolución del proyecto de ley, que se sustanciará ante el Pleno, del que resultarán, en caso de no prosperar una enmienda de devolución, fijados la previsión de ingresos y el gasto global máximo que resulte del proyecto presentado, y la distribución de estos por secciones. El segundo debate de totalidad que prevé el reglamento catalán se celebra en las comisiones legislativas que corresponda, y se prevé para aquellas enmiendas a la totalidad que propongan la devolución del estado de gastos de una sección presupuestaria correspondiente a un departamento del Gobierno. En caso de que una Comisión acuerde la devolución de una sección, se deberá ratificar esa devolución por el Pleno para considerarse rechazada y devolverse al Gobierno en aras de que presente una nueva. Sin embargo, si el Gobierno no retira el proyecto de ley de presupuestos, la tramitación quedará en suspenso hasta que el Ejecutivo remita un nuevo presupuesto de la sección rechazada y sea aceptado por el Pleno.
- Ciertamente, el caso catalán no es el único que distingue dos tipos de enmiendas a la totalidad, ya que el reglamento andaluz también prevé dos tipos de enmiendas a la totalidad, las que postulan la devolución y las que impugnen una sección presupuestaria al completo. Sin embargo, el reglamento parlamentario andaluz unifica el tratamiento de ambos tipos de enmiendas a la totalidad, dándoles el mismo carácter devolutivo.

- El reglamento extremeño distingue las enmiendas a la totalidad que podrán referirse al conjunto del proyecto, al estado de ingresos o a cualquiera de las secciones del estado de gasto, en cuyo caso se podrá solicitar el incremento o disminución total del gasto de una sección, expresando qué sección o secciones se alteran<sup>27</sup>. Se aprecia un margen de intervención más amplio que el que ordinariamente corresponde a las enmiendas a la totalidad, que podría llevar a plantear si se configura un derecho de enmienda a la totalidad de texto alternativo. Ello es debido a que en las enmiendas que pudieran plantearse a las secciones del presupuesto, no parece asociarse el carácter devolutivo. Sin embargo, dispone el reglamento que si el Pleno aprobase alguna de estas enmiendas citadas anteriormente se entenderá rechazado el proyecto y será devuelto al Gobierno.
  
- También el reglamento gallego prevé dos tipos de enmiendas a la totalidad con efectos devolutivos: tanto las que postulen la devolución global del proyecto de ley como la de cualquier sección o centro gestor de gastos. Sin embargo, solo se asocia un efecto devolutivo a las enmiendas que postulen la devolución global del proyecto como la de cualquier sección o centro gestor de gastos. En el debate de totalidad, que indica su reglamento que será único –sin perjuicio de que también prevé un debate final en el Pleno de la Cámara-, se debatirán a continuación las enmiendas que afecten a la cuantía global de los estados de los presupuestos o que transfieran créditos entre secciones. Parece colegirse de ello una suerte de enmiendas a la totalidad con efecto no devolutivo.
  
- El caso vasco, que distingue hasta tres tipos de enmiendas a la totalidad: las que postulen la devolución al Gobierno del proyecto de ley o de secciones presupuestarias completas; las que propongan una redacción alternativa de partes sustanciales del proyecto de ley, modificando principios o bases significativas del mismo; y las que propongan una variación positiva o negativa de las cantidades del gasto o del ingreso total<sup>28</sup>. No en vano, todas estas enmiendas a la totalidad son debatidas en el Pleno del Parlamento Vasco, quedando fijados en esa sesión los importes definitivos de ingresos y gastos totales. Debe significarse la posibilidad excepcional prevista en este reglamento que admite una suerte de enmienda a la totalidad de texto alternativo, al

27 Vid. Artículo 184 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, que lleva por rúbrica “*Enmiendas a la totalidad*”.

28 Vid. Artículo 155.4 del Reglamento del Parlamento Vasco, donde recoge los tipos de enmiendas a la totalidad.

referir el tipo de enmiendas que propongan una redacción alternativa, así como las que propongan variaciones en cantidades del gasto o del ingreso total. No deja de ser llamativo por cuanto prever enmiendas a la totalidad de texto alternativo al proyecto de presupuestos no encuentra parangón en el Derecho Parlamentario español.

- El caso madrileño cuyo reglamento prevé enmiendas a la totalidad de carácter devolutivo del proyecto de ley de presupuestos, pero que podrán contener también una declaración de rechazo específico a una Sección completa o a las determinaciones del estado de ingresos o del texto articulado, sin proponer en ningún caso alternativas al proyecto de ley. Aunque pudiera parecer una tipología plural de enmiendas a la totalidad, pronto aclara el artículo 162.1 in fine del Reglamento de la Asamblea de Madrid, que “[l]as declaraciones de rechazo específico a una sección completa, al estado de ingresos o del texto articulado forman parte de la enmienda a la totalidad y, por lo tanto, se consideran implícitas en su votación”.
- Por último, en el caso valenciano, como especialidad se prevé que serán consideradas enmiendas a la totalidad tanto las que pretendan la devolución del proyecto de ley como las que manifiesten igual criterio con relación a la totalidad de una sección. Como limitación específica indica el artículo 135.2 del Reglamento de las Cortes Valencianas que no podrán admitirse como enmiendas a la totalidad aquellas que pretendan un incremento en el estado de ingresos. Igualmente prevé en el apartado 7º del mismo artículo la celebración de debate de totalidad aun cuando no existan enmiendas a la totalidad.

De cuanto se ha expuesto, a modo de comparativa, en los casos: andaluz, extremeño, gallego, madrileño y valenciano, las enmiendas a la totalidad se debaten ante el órgano plenario, a diferencia del caso catalán que, como supuesto único en el Derecho Parlamentario español, debate un subtipo de enmiendas a la totalidad en Comisión.

Pues bien, salvo el caso del País Vasco -y con las observaciones efectuadas sobre el caso de Extremadura-, todas las regulaciones configuran como límite la no previsión -y por ende exclusión- de las enmiendas a la totalidad de texto alternativo, lo cual resulta comprensible debido a la distribución competencial del poder presupuestario constitucional y estatuariamente establecida. Atribuir en exclusiva al Ejecutivo el monopolio en la iniciativa presupuestaria, como vehículo de su política, difícilmente se compadecería con la facultad de los parlamentarios de enmendar con un texto alternativo dicha iniciativa. Por esas razones

llama poderosamente la atención la previsión del reglamento vasco, pues, a pesar de limitar el alcance del texto alternativo de la enmienda a la totalidad, al referir “*partes sustanciales*”, modificando “*principios o bases*”, consagra un margen de actuación del Legislativo superior al que prevén otros reglamentos parlamentarios. Cabría considerar el Estatuto de Autonomía de dicha Comunidad Autónoma por si estableciera alguna especificidad en torno a esta cuestión, pero lo cierto es que del mismo no cabe inferir tal aserto, ya que el artículo 44 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, aprobado por Ley Orgánica 3/1979 de 18 de diciembre, prevé que los presupuestos generales del País Vasco “*serán elaborados por el Gobierno Vasco y aprobados por el Parlamento Vasco de acuerdo con las normas que éste establezca*”.

En la misma línea, el tercer subtipo de las enmiendas a la totalidad del Reglamento Vasco se asemeja al subtipo controvertido del Reglamento de la Asamblea de Extremadura. Sin embargo, como se apuntó anteriormente, en la regulación extremeña este tipo de enmienda a la totalidad tiene carácter devolutivo; lo cual no parece ser de igual modo en el caso vasco. La Cámara vasca, en virtud de su autonomía parlamentaria ha configurado en su reglamento la tramitación parlamentaria de los presupuestos, y ha consagrado una singularidad que podría poner en cuestión la interrelación Ejecutivo-Legislativo en la aprobación de las cuentas públicas, teniendo en cuenta lo que establece el Estatuto de Autonomía para el País Vasco.

Con estos límites reglamentariamente establecidos, la problemática de su apreciación se traslada al órgano rector de la Cámara en el ejercicio de sus funciones de calificación. Como ha reiterado el Tribunal Constitucional entre otras muchas en la STC 10/2016 “*(...) a la Mesa le compete, por estar sujeta al Ordenamiento jurídico, en particular a la Constitución y a los Reglamentos Parlamentarios que regulan sus atribuciones y funcionamiento, y en aras de la mencionada eficiencia del trabajo parlamentario, verificar la regularidad jurídica y la viabilidad procesal de la iniciativa (STC 205/1990), esto es, examinar si la iniciativa cumple con los requisitos formales exigidos por la norma parlamentaria*”<sup>29</sup>.

Además de verificarse la presentación en el plazo establecido para ello y por el sujeto legitimado, en sus funciones de calificación y admisión a trámite las Mesas deben verificar que las enmiendas a la totalidad que se hayan postulado no encubren una finalidad no permitida, lo que resulta fundamental dada la generali-

29 STC 10/2016, de 1 de febrero, FJ 4.

zación reglamentaria de inviabilidad de enmiendas a la totalidad de texto alternativo. Puede concluirse en definitiva, que las Mesas deberán inadmitir la enmienda a la totalidad de texto alternativo siempre que no sea dable su presentación. Fuera de estos casos, cuando se trate de otros tipos enmiendas a la totalidad previstas reglamentariamente, el juicio de calificación comprenderá su examen a la luz de la normativa de la Cámara y jurisprudencia constitucional.

b) Examen comparado de la regulación de las enmiendas al articulado en el derecho parlamentario español.

La primera cuestión ante la que se encuentran las Mesas de las Comisiones Permanentes que intervienen en el procedimiento legislativo presupuestario es la concerniente a la calificación de las enmiendas al articulado. Esta función de calificación sirve de pretexto para el análisis de los distintos límites que delimitan el ejercicio del derecho fundamental de los diputados, senadores y diputados autonómicos en los respectivos procedimientos legislativos. Como se ha apuntado anteriormente, todos los reglamentos parlamentarios contemplan el derecho de enmienda parcial o al articulado al proyecto de ley de presupuestos generales:

- De un lado algunos reglamentos las definen por delimitación negativa, e identificando su objeto, es decir, que se proyectan sobre el texto articulado, programas, capítulos, conceptos o partidas de los estados de autorización de gastos o ingresos. Tal es el caso de los reglamentos: vasco, madrileño, y aragonés, si bien en este último caso, las enmiendas parciales pueden ser tanto al articulado como a las secciones, dado que éste no reconoce que se puedan presentar enmiendas a la totalidad.
- Y de otro, los que no las definen en las disposiciones que regulan el procedimiento de aprobación parlamentaria de los presupuestos, como sucede con los reglamentos del Congreso de los Diputados, del Senado, andaluz, extremeño, canario, asturiano, cántabro, castellano-manchego, castellano-leonés, catalán, gallego, balear, riojano, murciano, navarro y valenciano.

Sin duda la función de calificación de las enmiendas parciales o enmiendas al articulado presenta una complejidad muy superior a la calificación de las enmiendas a la totalidad. El control sobre las iniciativas de los parlamentarios, en este caso, enmiendas, irá dirigido a comprobar, junto a los requisitos generales verificables en cualquier otro procedimiento legislativo, la concurrencia de los requisitos específicos para que la Mesa de la Comisión acuerde finalmente su admisión o inadmisión. Como requisitos generales, de acuerdo con la normativa

parlamentaria y jurisprudencia constitucional, pero adaptados al proyecto de ley de presupuestos, podemos distinguir:

**1. Presentación de la enmienda en plazo y por el sujeto legitimado para ello:** generalmente los reglamentos parlamentarios fijan unos plazos de presentación de enmiendas a la totalidad y enmiendas al articulado de una extensión que puede llegar a ser demasiado amplia en relación a la celeridad con la que ha de tramitarse el proyecto de ley. Sin embargo dicha previsión puede verse reducida por los calendarios de tramitación *ad-hoc* que para cada proyecto de ley de presupuestos se adopten allí donde se aprueben. La presentación en plazo entonces atenderá a la que sea fijada con carácter específico o en los calendarios y en su defecto en la que fijen los reglamentos. Por lo que se refiere al control de la legitimación se estará a la comprobación de las firmas del autor de la iniciativa.

**2. Carácter parcial y viabilidad procesal de la enmienda:** es decir, que se trate de enmiendas parciales y que por tanto presenten un contenido propio de una iniciativa de esta naturaleza. Primero, la Mesa de la Comisión debe verificar los escritos presentados al objeto de comprobar si se refieren al texto articulado o a las secciones de los estados de gastos. En el primer caso la enmienda debe contener el texto normativo que se encuentre en condiciones de incorporarse en su caso a la ley que se apruebe. En el segundo caso, es decir, tratándose de enmiendas a los estados financieros, debe identificarse con precisión la baja o bajas que se efectúen así como el alta o altas. Esto viene a suponer la adecuada identificación, al menos, de la sección en la que se produce la modificación de créditos, el servicio, el programa, proyecto, capítulo, concepto/subconcepto e importe. No obstante, en este primer análisis puede suceder que los reglamentos parlamentarios prevean la posibilidad de que por medio de la calificación, la Mesa estime que la enmienda parcial presentada reviste naturaleza de enmienda a la totalidad. Tal es el caso del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias que pone de relieve la importancia de la función de calificación, ya que señala que serán calificadas de enmiendas a la totalidad las que supongan incremento o minoración de ingresos, así como las que afecten a las cuantías totales de las secciones del estado de gastos<sup>30</sup>. Asimismo, en este examen formal de la enmienda debe verificarse en cuanto a su contenido que las enmiendas parciales no transgreden directa o indirectamente

30 Vid. Artículo 158.4 del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias.

las cifras globales de los estados de presupuestos, en aquellos casos en que del debate de primera lectura resultaren fijadas.

**3. Homogeneidad y congruencia de la enmienda:** esto es, que la enmienda se refiera al proyecto de ley de presupuestos y que responda al contenido esencial o eventual admisible en las leyes de esta naturaleza. En definitiva, la Mesa de la Comisión debe controlar la adecuación de las enmiendas con el contenido y función constitucional propios de la ley de presupuestos. Cobra especial relevancia el análisis de este requisito en las enmiendas presentadas al texto articulado por cuanto difícilmente una enmienda a los estados financieros puede estar viciada de falta de homogeneidad o congruencia. La jurisprudencia constitucional ha identificado este requisito en múltiples pronunciamientos de los que se cita a título de ejemplo la STC 122/2018, de 31 de octubre, que en su fundamento jurídico 3 hace una síntesis de la doctrina constitucional en la materia. De ella se destacan las siguientes ideas:

- a) El contenido esencial de la ley de presupuestos se identifica con *“la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, así como por las normas que directamente desarrollan o aclaran las partidas presupuestarias en que el gasto público se concreta, esto es, el presupuesto en sí”*<sup>31</sup>.
- b) Junto al contenido esencial es dable admitir un contenido eventual que se identifica con *“otras disposiciones no estrictamente presupuestarias (...) si bien de forma limitada (...)”*<sup>32</sup> lo que encuentra su fundamento en que *“(...) una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de Presupuestos Generales del Estado, no contenga más disposiciones que las que guardan correspondencia con su función constitucional (...)”*<sup>33</sup>. Para la determinación de los límites de este contenido eventual exige la jurisprudencia constitucional dos condiciones:
  - “la conexión de la materia con el contenido propio de este tipo de leyes y la justificación de la inclusión de esa materia conexa en la ley que aprueba anualmente los Presupuestos Generales<sup>34</sup>” lo que se traduce en que “la materia guarde relación directa con los ingresos y gastos

31 STC 122/2018, de 31 de octubre de 2018, FJ 3.

32 Ibid.

33 Ibid.

34 Ibid.

que integran el Presupuesto y que su inclusión esté justificada por ser un complemento de los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento<sup>35</sup>”. Dicha conexión subraya el Tribunal Constitucional ha de ser directa e inmediata.

- “y de otra, que ‘sea un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno’<sup>36</sup>”

Sin alcanzar la cuidada elaboración jurisprudencial del este requisito desarrollado por el Tribunal Constitucional, se pronuncian exigiendo coherencia de las enmiendas parciales con el proyecto de ley, en el caso del Reglamento de la Asamblea de Murcia (artículo 151.2) y del Reglamento de la Asamblea de Madrid (artículo 162.2).

**4. Condiciones para la admisibilidad de las modificaciones en los estados financieros siempre que la enmienda que afecte los créditos o los ingresos.** No puede darse una respuesta uniforme en torno a la exigibilidad de este requisito en el Derecho Parlamentario comparado. Por ello, a continuación se expondrán, subrayando las singularidades allí donde existan, las líneas maestras del régimen comparado de los límites a las enmiendas parciales o al articulado a los proyectos de leyes de presupuestos generales en todo el Estado.

4.1º) Con base en el artículo 134.6 de la CE, que dispone que “[t]oda *proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación*”, se puede identificar un primer grupo de reglamentos parlamentarios en los que se configura un régimen jurídico que distingue:

- Si la enmienda supone aumento de créditos en algún concepto, en cuyo caso únicamente podrán ser admitidas a trámite si, además de cumplir los requisitos generales proponen una baja de igual cuantía en la misma Sección.
- Si la enmienda supone minoración de ingresos, en cuyo caso requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación.

35 Ibid.

36 Ibid.

En este primer grupo se incluyen los reglamentos parlamentarios del Congreso y del Senado<sup>37</sup>, siguiendo la misma línea los reglamentos de Castilla-La Mancha, Cantabria, Asturias, Aragón, País Vasco, Castilla y León, Galicia, La Rioja y Comunidad Valenciana.

4.2º) Existe un segundo grupo de reglamentos parlamentarios que admitiendo modificaciones tanto en los ingresos como en los gastos, no admiten la alteración de las cifras globales de los estados de presupuestos. En ese sentido, no permiten una enmienda que pueda suponga minoración de ingresos, si no se produce el incremento en los ingresos con carácter compensatorio. Y parece evidente que con la fijación de las cifras globales de los estados de presupuestos, las enmiendas parciales a los estados financieros deban respetar el principio de nivelación. Este principio exige según Corcuera Torres que “*los gastos presupuestados deben estar financiados en su totalidad por los ingresos públicos ordinarios previstos, sin que puedan elaborarse o aprobarse presupuestos con déficit inicial*”<sup>38</sup>. Así pues se instaure un régimen de enmienda constructiva, o como lo denomina Jiménez Díaz “*técnica de las enmiendas constructivas o compensatorias*”<sup>39</sup> que exige que toda modificación practicada en los estados financieros incluya el reajuste correspondiente: así una enmienda que minore o incremente un ingreso debe ir acompañada respectivamente del aumento o minoración en los ingresos. Lo mismo ocurriría en los gastos, lo que impone “*la necesidad de que el enmendante que propone incrementar un determinado crédito presupuestario o crear uno nuevo no previsto en el proyecto de Ley de PGE (alta), identifique el crédito que ha de minorarse para compensar el incremento de gasto (baja) dentro de la misma Sección. (...) De ese modo, alta y baja se compensan y el importe total de los créditos de la Sección de que se trate no sufre modificación alguna*”<sup>40</sup>. A este segundo grupo de reglamentos se adscriben balear y canario.

37 Cfr. Artículo 133 apartados 3 y 4 del Reglamento del Congreso de los Diputados; y artículo 149.2 del Reglamento del Senado.

38 CORCUERA TORRES, A. “Los principios presupuestarios”, Universitat Oberta de Catalunya, 2012 en [http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/62546/3/Actividad%20financiera%20y%20gastos%20p%C3%BAblicos\\_M%C3%B3dulo%203\\_Los%20principios%20presupuestarios.pdf](http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/62546/3/Actividad%20financiera%20y%20gastos%20p%C3%BAblicos_M%C3%B3dulo%203_Los%20principios%20presupuestarios.pdf)

39 JIMÉNEZ DÍAZ, A., “El derecho de enmienda y el veto del Gobierno en el nuevo marco de elaboración de los Presupuestos Generales del Estado”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 104, 2018, p. 461.

40 JIMÉNEZ DÍAZ, A., *op. cit.*, p. 461.

Los Reglamentos del Parlamento de las Islas Baleares<sup>41</sup> y del Parlamento de Canarias<sup>42</sup> se apartan de la línea general por cuanto prevén que las enmiendas -al articulado según el texto del reglamento canario- que supongan aumento de crédito en algún concepto o modificación sustantiva y alternativa de ingresos, únicamente podrán ser admitidas a trámite si, además de cumplir los requisitos generales, proponen –en el caso balear- el reajuste correspondiente; o –en el caso canario- una baja de igual cuantía en la misma sección, produciéndose la correspondiente modificación en los programas afectados.

4.3º) Partiendo de la idea de este segundo grupo de reglamentos, aparece un tercer grupo de reglamentos parlamentarios que no prevé modificaciones por vía de enmienda sobre los estados de ingresos del presupuesto, sometiendo sus enmiendas parciales a los estados de gastos al régimen de altas y bajas en los créditos. En este grupo se incardinan el caso catalán y murciano.

El Reglamento del Parlamento de Cataluña sólo contempla respecto de las enmiendas al articulado, disposiciones o estados de gastos –a las que da tratamiento conjunto de enmiendas al articulado-, el supuesto de aumento de créditos<sup>43</sup> para cuya admisión a trámite requiere una baja de igual cuantía como mínimo, en algún otro concepto del estado de gastos del mismo departamento del Gobierno y de los organismos, entidades y empresas que dependen del mismo. En definitiva, no contempla el régimen de una eventual enmienda que suponga minoración de ingresos. Esto mismo sucede en el Reglamento de la Asamblea de Murcia<sup>44</sup>.

4.4º) Luego existe un cuarto grupo de reglamentos parlamentarios que impone la intervención gubernamental en enmiendas con afectación a los estados de gastos. Es el caso extremeño, navarro, madrileño y andaluz.

El Reglamento de la Asamblea de Extremadura contempla otra particularidad ya que a diferencia de los casos balear y canario, tanto las enmiendas al articulado que supongan aumento de los créditos o minoración de ingresos sólo podrán ser tramitadas previa conformidad de la Junta de Extremadura<sup>45</sup>. En la misma línea que el reglamento extremeño, el Reglamento del Parlamento de Navarra prevé que las enmiendas que supongan aumento de gastos o disminución de ingre-

41 Vid. Artículo 147.1 del Reglamento del Parlamento de las Islas Baleares.

42 Vid. Artículo 144.5 del Reglamento del Parlamento de Canarias.

43 Vid. Artículo 131.5 del Reglamento del Parlamento de Cataluña.

44 Vid. Artículo 151.2 del Reglamento de la Asamblea de Murcia.

45 Vid. Artículo 185.4 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura.

sos en algún concepto requerirán, para su admisión a trámite, la previa conformidad de la Diputación Foral; la cual no será preceptiva si en la enmienda se especifican los recursos, ya consignados en el proyecto, que hayan de financiar el aumento del gasto o la disminución del ingreso<sup>46</sup>.

Con un régimen parecido al murciano, sin embargo el Reglamento de la Asamblea de Madrid, sin prever el supuesto de enmiendas que supongan minoración de ingresos, introduce un prolijo régimen de admisión de enmiendas en el que va distinguiendo los requisitos de las enmiendas, e identificando cuando procede requerir el parecer del Ejecutivo regional<sup>47</sup>.

Finalmente, aunque el Reglamento del Parlamento de Andalucía, solo se refiere a las enmiendas que supongan un aumento de crédito en algún concepto -anudando el requisito de proponer la baja de igual cuantía en la misma sección-, el desarrollo contenido en la interesantísima resolución supletoria de la Presidencia del Parlamento Andaluz<sup>48</sup> añade además, que si se produjese el aumento de crédito con cargo a un aumento admisible de previsiones de ingresos o bajas de secciones distintas requerirán conformidad del Consejo de Gobierno para su tramitación. Por el contrario, se establece el supuesto en el que la enmienda que pretenda la minoración de ingresos son admisibles sin otros requisitos.

En síntesis, para valorar este cuarto requisito por las Mesas parlamentarias, se tomará como referencia para el análisis el primer grupo de reglamentos, teniendo en cuenta los requisitos específicamente previstos en los reglamentos del Congreso de los Diputados, del Senado, castellano-manchego, cántabro, asturiano, aragonés, vasco, castellano-leonés, gallego, riojano, y valenciano. No obstante, se incardinarán con las especificidades de los reglamentos catalán, madrileño, murciano, navarro, extremeño, andaluz, balear y canario, al objeto de contemplar los puntos comunes:

- El aumento de créditos con cargo a bajas en la misma sección presupuestaria: Si la enmienda supone aumento de créditos en algún concepto, para ser admitidas a trámite deben proponer una baja de igual cuantía en la misma Sección. Así, las Mesas de las Comisiones en materia de Presupuestos deben

46 Vid. Artículo 155 apartados 1 y 2 del Reglamento del Parlamento de Navarra.

47 Vid. Artículo 162 del Reglamento de la Asamblea de Madrid.

48 Resolución de la Presidencia de 19 de junio de 1996, sobre normas que regulan la tramitación y enmienda del proyecto de Ley de Presupuestos (publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía núm. 20, de 25 de junio de 1996).

proceder a la calificación de las enmiendas teniendo en cuenta, junto al control reglado, el control material que por imperativo de los reglamentos parlamentarios deben llevar a cabo, comprobando que en efecto, se ha cumplido el requisito que permitiría la admisibilidad de la enmienda. Esta función de calificación se dirige a constatar como requisito de admisibilidad la precisa identificación correctamente la baja en la sección, con todos los elementos que localicen la partida presupuestaria, para, a continuación referir el alta por el mismo importe en otra partida presupuestaria existente. No existiría obstáculo en proveer el alta con dos partidas diferenciadas siempre que las operaciones positivas y negativas sean del mismo importe. Se sujetan al régimen de “enmiendas constructivas o compensatorias<sup>49</sup>”.

Todas las regulaciones son contestes en entender que la modificación de créditos que entraña el objeto de la enmienda determinaría la operación de baja y la consecuente alta en créditos o partidas de la misma sección presupuestaria. Sin embargo, en general los reglamentos no plantean la hipótesis en que pretendiese la enmienda una alteración de créditos que determinase bajas y altas en secciones distintas, excepción hecha de la Comunidad de Madrid, en el reglamento de su Asamblea; y de la resolución supletoria de la Presidencia del Parlamento Andaluz. De hecho, plantea la Resolución de la Presidencia del Parlamento Andaluz<sup>50</sup>, que las bajas de secciones distintas sigan un

49 JIMÉNEZ DÍAZ, A., *op. cit.*, p. 461.

50 Resolución de la Presidencia de 19 de junio de 1996, sobre normas que regulan la tramitación y enmienda del proyecto de Ley de Presupuestos (publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía núm. 20, de 25 de junio de 1996).

*“QUINTO. Las enmiendas al Proyecto de Ley de Presupuestos que supongan aumento de crédito en algún concepto de una sección presupuestaria, con cargo a aumento admisible en las previsiones de ingresos o a una baja de igual cuantía en sección presupuestaria distinta, requerirán la conformidad del Consejo de Gobierno para su tramitación.*

*Las enmiendas así calificadas por la Mesa de la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos serán comunicadas inmediatamente por el Presidente de la Comisión a la Presidencia de la Cámara, que las remitirá al Consejo de Gobierno para que éste manifieste su conformidad o no en orden a la tramitación ulterior.*

*Transcurridos diez días sin que el Consejo de Gobierno hubiese negado expresamente su conformidad a la tramitación, las enmiendas citadas se entenderán admitidas a trámite.*

*Antes de iniciarse el debate en Comisión, se dará lectura al criterio del Consejo de Gobierno, si lo hubiera.*

*Todo lo anterior se entiende sin menoscabo del derecho del Diputado o Grupo enmendante a interponer reclamación contra el citado acuerdo de calificación de la Mesa de la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos, que se tramitará conforme a lo previsto en la Resolución de la Presidencia de 20 de mayo de 1996, sobre normas que regulan la calificación de los escritos de enmiendas presentados a textos legislativos, y que no producirá efectos suspensivos.*

*Estas enmiendas, en ningún caso, se considerarán por la Ponencia para la redacción de su informe.”*

trámite mixto, por cuando además de la oportuna alta y baja se comunicarán al Ejecutivo. Ello no empece que la regulación del reglamento vasco, balear, riojano, y navarro parezcan amparar estas hipótesis también, al no prohibirlas expresamente. Esto lleva a plantear si en la práctica parlamentaria el inveterado requisito de afectación a la misma sección presupuestaria con cargo a la cual se aumenta el crédito, ha experimentado variación.

Lo cierto es que, Jiménez Díaz, en el ámbito de los Presupuestos Generales del Estado señala que “[l]a rigidez de la fórmula reglamentaria, que obliga no sólo a compensar el incremento del gasto que se propone, sino a hacerlo con créditos propios de la misma Sección en la que se propone el incremento, determinó la necesidad de buscar soluciones que flexibilizasen esa obligación para los Diputados y los Grupos Parlamentarios, (...) A tal efecto, la Mesa de la Comisión de Presupuestos ha venido admitiendo que la baja podría identificarse también dentro de una Sección distinta de la del alta, siempre que dicha baja se diese con cargo a la Sección 31, cualquiera que fuese la Sección en la que se diese al alta.<sup>51</sup>”. Lo mismo cabe indicar en el ámbito autonómico, ya no de los Ministerios sino de las Consejerías, en aquellos presupuestos que contemplan la Sección “*Diversas Consejerías*”.

Tampoco los reglamentos con carácter general plantean el supuesto de enmiendas al articulado que supongan modificación sustantiva y alternativa de ingresos, salvo el caso de Canarias y Baleares para los que se da el mismo tratamiento que para aquellas enmiendas que supongan aumento de créditos. Nótese como en el caso de Canarias existe una especificidad digna de análisis. Tanto el reglamento balear como el canario plantean un mismo supuesto de hecho, que contempla dos fenómenos distintos: aumento de créditos y modificación sustantiva y alternativa de ingresos. Sin embargo, la fórmula jurídica que emplean para la admisión de una enmienda parcial con ese objeto es distinta. A diferencia del caso balear que exige un reajuste –coherente con el principio de nivelación y la prohibición de déficit inicial en la aprobación-, el reglamento canario dispone en su artículo 144.5 que “únicamente podrán ser admitidas a trámite si, además de cumplir los requisitos generales, proponen una baja de igual cuantía en la misma sección, produciéndose la correspondiente modificación en los programas afectados”. Si en el ámbito de los créditos no ofrece duda alguna esta exigencia, sí podría suscitar dudas en cuanto a las modificaciones en ingresos pues el término “sección”

51 JIMÉNEZ DÍAZ, A. *op. cit.*, p. 461.

es una categoría más propia de las clasificaciones de gastos<sup>52</sup>. Una interpretación literal del artículo 144.5, podría soslayar las cifras globales de los estados de presupuestos, que quedaron fijadas en el debate de primera lectura conforme al artículo 145 del Reglamento canario. Por lo que, la interpretación sistemática a la luz del principio de nivelación, lleva a entender que el reajuste que procede, o si se prefiere, la enmienda constructiva procedente, exige una modificación de signo contrario y por la misma cantidad en el estado de ingresos.

Por último, junto al criterio analizado de requerir la conformidad para las enmiendas que impliquen aumento de créditos (cuarto grupo de reglamentos: extremeño, navarro, madrileño y andaluz), existen otros criterios específicos para calificación de las enmiendas en los reglamentos: madrileño, murciano y catalán, que, junto al criterio ya analizado introducen otros de índole semejante, pero distintos en su formulación que conllevarían una operativa similar que el expuesto, debiendo comprobarse en cada caso los requisitos que establecen para la calificación, los cuales determinarán un control material sobre el contenido de las enmiendas formuladas por parte de las Mesas de las Comisiones respectivas.

Ningún reglamento contempla qué sucede cuando la enmienda presentada no cumple el requisito de admisión, referido a las altas y bajas correspondientes. En tal sentido, no parece existe obstáculo para que la Mesa de la Comisión, antes de adoptar la inadmisión, requiera de subsanación al promotor de la enmienda para evitar la inadmisión de la enmienda. A esos efectos, debe indicarse en virtud del principio *in dubio pro libertate*, parece que un acuerdo de inadmisión, sin requerir de subsanación siempre que existan dudas derivadas del contenido de la enmienda podría vulnerar el *ius in officium*. Del mismo modo, el eventual acuerdo de inadmisión sin motivación podría vulnerar el *ius in officium*.

52 En el ámbito de Canarias, el artículo 42.1 a) de la Ley 11/2006, de 11 de diciembre establece la clasificación orgánica de los estados de gastos de los entes con presupuesto limitativo, que agrupa por secciones y servicios los créditos asignados a los distintos centros gestores de gasto de los órganos con dotación diferenciada. Por lo que respecta a los ingresos, el artículo 43.a) define la clasificación orgánica sin referir ni secciones ni servicios. No obstante lo anterior, el anexo 1 de la Orden de 12 de julio de 2021, por la que se dictan normas sobre la elaboración y la estructura de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2022 contempla la clasificación orgánica de ingresos enumerando secciones.

- El parecer conforme del Gobierno para la tramitación: Si la enmienda supone minoración de ingresos, requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación. Igualmente, el que se ha denominado anteriormente como cuarto grupo de reglamentos parlamentarios también requiere el parecer el Ejecutivo en determinadas modificaciones que afecten a los créditos. Pues bien, a diferencia del requisito anterior, en este caso, es la Mesa que ejercita su función de calificación la que primero aprecia la concurrencia del supuesto de hecho, para a continuación, y por el cauce reglamentario, requerir al Gobierno su parecer, que de ser disconforme, aboca a inadmitir la enmienda en cuestión. No en vano, la valoración de dicha disconformidad gubernamental no opera ipso iure, pues previamente opera la “función genérica de calificación de ese órgano rector de la Cámara en relación con los documentos de índole parlamentaria que le remita el Gobierno. Tal función de la Mesa tendrá siempre carácter jurídico-técnico, no pudiendo responder en ningún caso a criterios de oportunidad política”<sup>53</sup> (STC 44/2018). De esta manera, recibido el parecer del Gobierno, deberá la Mesa de la Cámara ejercitar el control que determine que la actuación del Ejecutivo es conforme a Derecho, y sólo acreditada ésta, cabe admitir o en su caso frustrar legítimamente el derecho de enmienda de los parlamentarios, en aras de garantizar la salvaguarda del bien superior que constituye la competencia exclusiva del Gobierno para establecer la planificación económica de su política. La función de calificación del parecer gubernamental examinará:

- a) La regularidad formal del acuerdo que expresa el parecer del Ejecutivo, comprobando, -normalmente a través de la certificación que reciben las Cámaras-, que el acuerdo ha sido adoptado por el único órgano con competencia para ello, el Consejo de Gobierno respectivo, o en el Estado el Consejo de Ministros. No colmarían este requisito las eventuales manifestaciones o informes de autoridades subordinadas, directores generales, o incluso el Ministro del ramo. En estos extraños supuestos cabría barajar que la Mesa de la Comisión reclamase del Ejecutivo que el improrrogable plazo que dispusiese manifestase su criterio, dado que lo remitido no podría considerarse su parecer.
- b) La remisión del parecer en el plazo conferido para ello; lo que plantea el caso en el cual el Gobierno no manifieste parecer alguno. A diferencia del procedimiento legislativo ordinario -en el que las enmiendas con inciden-

53 STC 44/2018, de 26 de abril de 2018, FJ 5 d).

cia presupuestaria a un proyecto de ley-, así como, las proposiciones de ley que impliquen aumento de los créditos o disminución de los ingresos, no existe en los reglamentos parlamentarios un precepto que impulse -en el sentido de admisión- las enmiendas sobre las que se ha requerido el parecer del Ejecutivo. Por ende, ante la ausencia de su conformidad o disconformidad, queda en suspenso la admisión de la referida enmienda al proyecto de ley de presupuestos. De *lege ferenda* debiera considerarse un mecanismo que resuelva esta indefinición, dado que el elevado número de enmiendas a considerar pueden llevar a situaciones de esta naturaleza, en las que serviría de orientación un criterio reglamentario supletorio de la falta de manifestación gubernamental. Por otro lado, no cabría considerar sanción alguna por remisión extemporánea del parecer del Ejecutivo, salvo las consecuencias lesivas para el autor de la enmienda que de manera extemporánea recibiera la conformidad, que podría toparse con el proyecto de ley ya dictaminado por la Comisión, a título de ejemplo.

- c) La expresa conformidad o disconformidad del Gobierno sobre la enmienda. Sería un contrasentido que el acuerdo del Ejecutivo no manifestase con carácter expreso su parecer, abocando a una situación de indefinición en este trámite. En Navarra y también en Extremadura, este requisito del parecer del Gobierno, operaría no sólo como en los reglamentos que se han denominado anteriormente como del primer grupo, para enmiendas que supongan minoración de ingresos, sino también las que supongan aumento de gastos; y en ambos casos dicho parecer se requerirá en el caso de Navarra cuando no se especifiquen los recursos consignados en el proyecto de ley que hayan de financiar el objeto de la enmienda. En el ámbito de Extremadura, y sin distinción, señala el reglamento que deberán proponer una baja o alta de igual cuantía en la misma sección y que no pueden cambiar la fuente de financiación y, en su caso, el mismo porcentaje de cofinanciación, cuando ésta sea de carácter finalista y, por lo tanto, se pueda producir minoración de ingresos para la comunidad autónoma<sup>54</sup>.

Como particularidad, el artículo 162.2 del Reglamento de la Asamblea de Madrid señala en la letra d) que las enmiendas parciales no podrán afectar a los créditos destinados al pago de la deuda pública y sus intereses, salvo que medie parecer expreso favorable del Consejo de Gobierno. Sin embargo, en el apartado siguiente de ese mismo artículo señala que

54 Vid. Artículo 185.3 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura.

“[d]e no haber sido inicialmente consultado en la forma reglamentariamente establecida, el Consejo de Gobierno podrá manifestar su disconformidad a la tramitación de enmiendas que no se ajusten a las condiciones establecidas en los apartados anteriores, en cualquier momento del procedimiento legislativo. La disconformidad supondrá la paralización de la tramitación de las enmiendas afectadas, que solo podrá reanudarse previo acuerdo de subsanación adoptado al efecto por la Mesa de la Comisión y en los términos y con las condiciones contenidas en el mismo y en el presente Reglamento”. Es llamativo que en el caso madrileño el parecer del Gobierno opera respecto de múltiples supuestos, y no sólo el referido en la letra d)<sup>55</sup>. Se observa que esos apartados anteriores refieren todos los requisitos de admisibilidad de cualesquiera enmiendas, no sólo, las que se hayan de comunicar al Ejecutivo. Resulta laudable que se prevea la garantía de manifestación de su criterio en cualquier tiempo.

55 Vid. Artículo 162.2 del Reglamento de la Asamblea de Madrid:

“2. Se considerarán enmiendas parciales las que, sin estar comprendidas en el apartado anterior, se formulen al articulado o al estado de autorización de gastos, en cualquiera de sus clasificaciones. Habrán de ser coherentes con el contenido del proyecto de ley y quedarán sujetas a las siguientes condiciones:

a) Las que supongan aumento de los créditos presupuestarios únicamente podrán ser admitidas a trámite si proponen, en el mismo documento, una baja de igual cuantía en el propio articulado, en la misma Sección o en las Secciones correspondientes a créditos centralizados, cuando esto último no esté prohibido por una norma de rango legal.

b) Las que afecten a gastos vinculados a ingresos no podrán suponer minoración del porcentaje de financiación que corresponda a la Comunidad de Madrid por disposición legal, normativa comunitaria o acuerdo vinculante previo.

c) Las que afecten al fondo de contingencia no podrán suponer minoración del mismo por debajo de los límites legalmente establecidos al efecto.

d) No podrán afectar a los créditos destinados al pago de la deuda pública y sus intereses, salvo que medie parecer expreso favorable del Consejo de Gobierno.

e) No se admitirán enmiendas al articulado que supongan alta, baja o modificación de las cuantías numéricas del estado de gastos, ni alteración de la finalidad o régimen de aplicación de sus partidas, salvo que se formulen en relación con preceptos del propio texto articulado del proyecto de ley que sí contengan dichas operaciones, en cuyo caso, estos se podrán enmendar con la misma vinculación jurídica.

f) Las enmiendas a cualquiera de los parámetros de programa del estado de gastos que no impliquen por sí solas incremento de crédito se formularán en un documento independiente por cada una de ellas, expresando con claridad los objetivos, actividades, indicadores u otros parámetros afectados, así como si las mismas están vinculadas a enmiendas de incremento de crédito; en este caso la decisión sobre esta se extenderá automáticamente a aquella.”

Pues bien, existen dos alternativas para la Mesa de la Comisión:

- En caso de prestación de conformidad, acreditada ésta, procederá sin solución de continuidad la admisión a trámite por la Mesa de la Comisión.
- Por contra, manifestada expresamente la disconformidad, del Ejecutivo, procede inadmitir la enmienda referida por la Mesa de la Comisión. Cabría plantearse si en este punto sería exigible un control material de la disconformidad del Gobierno, similar al que procede cuando éste hace uso de su facultad de veto presupuestario. No parece que sea posible trasladar esta teorización al trámite que se analiza, toda vez que las previsiones reglamentarias no ofrecen un margen de apreciación alguno, ya que el Gobierno para oponer su disconformidad no ha de justificar el impacto al presupuesto en curso, -el cual aún está in fieri-, sino que le basta oponerse sin más. Por esta razón, no es posible que la Mesa de la Comisión rechace la disconformidad, por improcedente. Se trata de un veto sui generis, en el cuál la calificación tiene vedado un control material.

Como supuesto singular cabe imaginar que se comuniquen varias enmiendas por la Mesa de la Comisión, y olvide pronunciarse el Ejecutivo sobre alguna de ellas. Dado que las regulaciones parlamentarias condicionan la tramitación de la enmienda al parecer del Ejecutivo, no habiéndose expresado éste, llevaría a la Mesa de la Comisión a requerir del Ejecutivo que en el improrrogable plazo que disponga, manifestase su criterio.

En último lugar, no existe ningún mecanismo en los reglamentos referidos para resolver una eventual discrepancia entre los Ejecutivos y las Mesas de la Comisiones, lo cual sería deseable, dado que así se prevé en otros procedimientos legislativos ordinarios; aunque también en el reglamento parlamentario de Navarra, que prevé un mecanismo adicional de resolución de discrepancias entre la Mesa de la Comisión y el Ejecutivo, en este caso, la Diputación Foral, respecto de la implicación presupuestaria de las enmiendas al proyecto de ley foral de presupuestos, en cuyo caso se resolverá por la Junta de Portavoces<sup>56</sup>.

56 Vid. Artículo 155.3 del Reglamento del Parlamento de Navarra.

### ***III. La fuerza vinculante de los presupuestos generales aprobados en la función legislativa: consecuencias en el derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos de los parlamentarios.***

#### **1. Introducción.**

La promulgación y la publicación de la Ley de Presupuestos Generales, no sólo operan como condiciones de eficacia inherentes a toda norma jurídica, sino que delimitarán grandemente el papel de las cámaras legislativas, ya sea en cuanto al derecho de iniciativa legislativa, ya sea en cuanto al derecho de enmienda; que le puedan corresponder tanto a los diputados *uti singuli* como a los grupos parlamentarios en su caso. Dicha delimitación obedece a un fin superior, ya que con ella se pretende armonizar cualquier nueva iniciativa o enmienda con el escenario de ingresos y gastos aprobado para el ejercicio corriente, de manera que no se desconozca la autorización conferida al Gobierno por medio de la ley de presupuestos, comprometiendo seriamente su actuación política y la ejecución presupuestaria en curso. Siendo ésta la finalidad primordial, esta limitación persigue como fines derivados que no se sustraiga al Gobierno el monopolio de la iniciativa en cuanto la ley de presupuestos, así como, que se respeten la gestión y ejecución presupuestaria por el Gobierno sobre la base de las cuentas aprobadas previamente por los Parlamentos.

A pesar de que en la práctica parlamentaria, ha despertado un enorme interés el veto presupuestario, no es menos desdeñable referir una serie de limitaciones que, sin pretender enmendar un proyecto de ley que se sustancie en las Cámaras, afecten a la iniciativa legislativa. Por ello, se hace necesario analizar no sólo la incidencia del marco presupuestario en el programa legislativo del Gobierno, sino en el derecho fundamental de iniciativa legislativa.

La progresiva extensión del derecho de iniciativa legislativa ha hecho proyectar limitaciones también a su ejercicio, de las que se dará cuenta inmediatamente, y que responden generalmente –salvo alguna excepción–, a la exclusión material de la materia presupuestaria. Asimismo, la sensibilidad que suscita este campo por su directa relación con la dirección de la política, hace que el Legislador prive – en virtud de la autonomía parlamentaria, a través de su potestad de autorregulación– a determinados procedimientos legislativos de su intervención en materia presupuestaria, de los que se dará cuenta también.

## 2. La materia presupuestaria como limitación al ámbito material de iniciativa legislativa y enmienda de los parlamentarios: examen jurisprudencial del veto presupuestario.

La materia presupuestaria constituye en sí misma un elemento que determinará modulaciones en los sujetos apoderados con el derecho de iniciativa legislativa. Para analizar en primer término las limitaciones que operan sobre el *ius in officium* de los parlamentarios en lo tocante a las proposiciones de ley que puedan presentar, resulta conveniente comenzar por el examen jurisprudencial del veto presupuestario<sup>57</sup>. Podría pensarse que esta facultad gubernamental ha sido objeto de intenso tratamiento por el Tribunal Constitucional. Desgraciadamente, no ha sido así. El Alto intérprete de la Constitución se ha pronunciado en varias ocasiones, pero han sido muy pocas las sentencias que han aquilatado la figura del veto presupuestario, siendo especialmente interesantes los últimos pronunciamientos, por cuanto precisan esta potestad del Ejecutivo. Podría hacerse un bosquejo de la evolución jurisprudencial citada:

- Primera fase: no se puede controlar el veto presupuestario por los órganos del Parlamento sino a través de la privación de la confianza parlamentaria al Ejecutivo. En esta fase primitiva, se encuadra la Sentencia del Tribunal Constitucional 223/2006, de 6 de julio, en la que se resuelven dos recursos de inconstitucionalidad —uno del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, y otro de 81 senadores del Grupo Socialista— frente a la reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura que desnaturalizó la facultad de veto del Ejecutivo al preceptuar que podía el Pleno de la Cámara decidir sobre la conformidad de la Junta de Extremadura cuando fuera manifiestamente infundada y no existiera coincidencia con la interpretación que hiciera la Mesa de la Asamblea. Se formula una cuestión que se espera, que sea resuelta, al final del FJ 4: “[a]sí las cosas, la cuestión a resolver es si la atribución al Pleno de la Asamblea de la facultad de rechazar por notoriamente infundada la oposición del Gobierno a la tramitación de una enmienda o de una proposición de ley que alteren las previsiones presupuestarias en relación con los créditos y los ingresos es o no contraria al art. 60.b) EAE<sup>58</sup>”.

57 Delgado Ramos afirma que “*En ese sentido, la disconformidad manifestada por el Gobierno —el llamado «veto presupuestario»— del art. 134.6 de la Constitución colabora al cumplimiento de ese fin, al articularse como un mecanismo constitucional de defensa de la integridad del Presupuesto aprobado, limitando las funciones legislativa y de control del Parlamento*”, en DELGADO RAMOS, D “El veto presupuestario del Gobierno”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 183, 2019, p. 96.

58 STC 223/2006, de 6 de julio, FJ 4.

En aquel momento el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales estas normas reglamentarias por conculcar el Estatuto de Autonomía de Extremadura considerando que esa reforma llevó “*pura y simplemente a privar al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de la facultad que tiene reconocida en el art. 60.b) EAE, facultad que viene justificada como consecuencia de la asunción de los principios básicos del llamado «parlamentarismo racionalizado» por parte tanto del Texto constitucional español como de los Estatutos de las diferentes Comunidades Autónomas*”<sup>59</sup>.

En estos puntos interesa señalar que se plantea el Tribunal Constitucional una defensa de la potestad de veto basada en las denominadas dos confianzas del Ejecutivo: la confianza de la Cámara que ha obtenido mediante la investidura, y la confianza que se le reconoce derivada de la aprobación de los presupuestos. Así “*el Gobierno puede pretender legítimamente que las previsiones económicas en él contenidas se observen rigurosamente en el curso de su ejecución*”<sup>60</sup>, no pudiéndose “*sin el consentimiento del Ejecutivo plantearse iniciativas que alteren el equilibrio de los presupuestos*”<sup>61</sup>.

Concluye la Sentencia que por ende “[d]entro del período de vigencia de un presupuesto, siempre podrá la Asamblea, en caso de discrepancia grave, retirar la confianza parlamentaria al Gobierno utilizando al efecto los instrumentos de censura que están a su disposición”<sup>62</sup>. A pesar de lo anteriormente analizado, deja sin dar respuesta a la cuestión que formula en el FJ 4 *in fine*, en lo que probablemente hubiera sido clave a los efectos de haber dado cumplida justificación desde la perspectiva del parlamentarismo racionalizado que invoca el propio Tribunal.

- Segunda fase, las Mesas de las Cámaras tienen encomendado el control de los escritos de índole parlamentaria y sólo pueden revisar el criterio del Gobierno cuando tenga un carácter manifiestamente infundado. A esta fase pertenece la Sentencia del Tribunal Constitucional 242/2006, de 24 de julio de 2006, en la que se resuelve un recurso de amparo -promovido por diputados miembros del Grupo Parlamentario Popular Vasco- frente al Acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco que desestimó la reconsideración del otro Acuerdo del mismo órgano que inadmitió a trámite la proposición de ley del

59 Ibid. FJ 6.

60 Ibid. FJ 5.

61 Ibid. FJ 6.

62 Ibid. FJ 6.

grupo recurrente. A pesar de no distar sino varios días de la otra sentencia comentada en la denominada “primera fase”, se llega a pronunciamientos bien distintos, dando un auténtico giro al estado de la cuestión. En su fundamentación indica el Tribunal Constitucional que la disconformidad manifestada por el Ejecutivo “debe ser expresa y debe basarse en el aumento de los créditos o las (sic) disminución de los ingresos presupuestarios como consecuencia de la proposición de Ley objeto de discusión<sup>63</sup>”.

Esta última formulación supone un giro copernicano respecto de la primera fase antes relatada por cuanto viene a situar la cuestión desde el prisma de los derechos fundamentales en liza cuando el Ejecutivo ejerce su veto presupuestario. En este supuesto de hecho el Tribunal Constitucional defiende la facultad de calificación de las Mesas de las Cámaras, en el control de regularidad de todos los escritos y documentos de índole parlamentaria, en el ejercicio de sus funciones de calificación sobre la disconformidad manifestada por el Ejecutivo, otorgándole a los Parlamentos y sus Mesas “*un margen de aplicación en la interpretación de la legalidad parlamentaria que este Tribunal no puede desconocer*<sup>64</sup>”. Por ello, el control que ejercen las Mesas en el ejercicio de sus funciones de calificación goza de legitimidad constitucional según el Tribunal Constitucional ya que estos órganos rectores “*cumplen la función jurídico-técnica de ordenar y racionalizar el funcionamiento de las Cámaras (...)*<sup>65</sup>”. Por todo lo anterior, compete a las Mesas “*verificar la regularidad jurídica y la viabilidad procesal de las iniciativas, esto es, examinar si las iniciativas cumplen los requisitos formales exigidos por la norma reglamentaria*<sup>66</sup>”.

En prueba del cambio de paradigma, se afirma que “*(...) en este tipo de procedimientos el control de la actividad parlamentaria debe realizarse exclusivamente desde la perspectiva de los derechos fundamentales (...)*<sup>67</sup>”, teniendo en cuenta que “*que el artículo 23.2 CE no contempla un derecho fundamental de los parlamentarios al cumplimiento de la legalidad parlamentaria, sino un derecho a ejercer las facultades inherentes al núcleo de su función representativa de acuerdo con lo previsto en dicha normativa y en condiciones de igualdad.*<sup>68</sup>”. Y como en el ejercicio de las funciones de calificación, las decisiones de inadmi-

63 STC 242/2006, de 24 de julio, FJ 3.

64 Ibid. FJ 4.

65 Ibid. FJ 4.

66 Ibid. FJ 4.

67 Ibid. FJ 4.

68 Ibid. FJ 4.

sión de escritos o documentos de índole parlamentaria “*pueden implicar una limitación del derecho a ejercer la función parlamentaria y, con él, del derecho de participación ciudadana, también hemos exigido que las mismas estén formal y materialmente motivadas, a fin de que tras ellas no se esconda un juicio sobre la oportunidad política, en los casos en que ese juicio esté atribuido a la Cámara parlamentaria (...)*”<sup>69</sup>.

Detalla el Alto Tribunal los requisitos del veto presupuestario, considerando que se trata de una facultad del Gobierno integrada por:

- 1) Elementos formales: como el término o plazo para expresar su parecer de disconformidad el Ejecutivo<sup>70</sup>.
- 2) Elementos materiales: como son la concurrencia del supuesto de hecho (aumento de créditos o disminución de los ingresos)<sup>71</sup>.

Es entonces cuando el Tribunal Constitucional señala que “[a]unque la propia normativa aplicable limita la conformidad del Gobierno a la concurrencia de un requisito material (...), abre las puertas a un control desde la perspectiva de la proporcionalidad y razonabilidad”<sup>72</sup>. Considerando que la Mesa del Parlamento no debe obstaculizar el ejercicio del veto presupuestario, también afirma que “es posible un pronunciamiento de la Mesa sobre el carácter manifiestamente infundado del criterio del Gobierno”<sup>73</sup>. Ciertamente, culmina así el giro jurisprudencial el Alto Tribunal, sin perjuicio de los interrogantes que dejará abiertos esta Sentencia al aludir a un control de menor intensidad que deban efectuar tanto la Mesa del Parlamento y el propio Tribunal.

- Tercera fase, las Mesas de las Cámaras deben controlar formal y materialmente el veto gubernamental y pueden rechazarlo si de su análisis se constata la ausencia de sus requisitos. A esta fase pertenecen las Sentencias del Tribunal Constitucional 34/2018 de 12 de abril de 2018, por la que resuelve un conflicto entre órganos constitucionales promovido por el Gobierno de la Nación frente a los acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados; 44/2018, de 26 de abril de 2018, por la que se resuelve otro conflicto entre

69 Ibid. FJ 4

70 Ibid. FJ 6.

71 Ibid. FJ 6.

72 Ibid. FJ 6.

73 Ibid. FJ 6.

los mismos órganos constitucionales; 94/2018, de 17 de septiembre de 2018, por la que se resuelve un recurso de amparo promovido por el portavoz del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados en relación con los acuerdos de la Mesa de la Cámara que inadmitieron una iniciativa parlamentaria; y 17/2019, de 11 de febrero de 2019, por la que se resuelve un recurso de amparo promovido por el portavoz del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados en relación con los acuerdos de la Mesa de la Cámara que inadmitieron una iniciativa parlamentaria.

En la STC 34/2018 se resuelve un conflicto entre órganos constitucionales contra el acuerdo de la Mesa de la Cámara que rechazó la disconformidad que había expresado el Gobierno en uso de la prerrogativa del artículo 134.6 CE, a la tramitación por el Pleno de la Cámara de una proposición de ley orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. El Tribunal Constitucional afirma en los fundamentos jurídicos que ésta es la primera ocasión en la que debe abordarse la interpretación del artículo 134.6 CE en el marco de un conflicto entre órganos constitucionales. No en vano trae a colación lo resuelto en las SSTC 223/2006 y 242/2006, pero indica que

*“[e]ste conflicto refleja con nitidez el sistema de contrapoderes que se proyecta sobre el presupuesto en nuestro sistema parlamentario, concretado en el artículo 134 CE. (...) Esta singularidad se refleja en el propio artículo 134 CE que, entre otras cosas, atribuye en exclusiva al Gobierno la iniciativa parlamentaria en materia presupuestaria mediante el proyecto de ley de presupuestos, norma que, como se ha recordado en numerosas ocasiones, debe precisamente ceñirse al contenido específico que le es propio y al que está reservada (...) A su vez, el artículo 134 CE atribuye en exclusiva al Parlamento la aprobación de dicha ley, sentando así el principio de legalidad presupuestaria (...)”<sup>74</sup>.*

Es a continuación el fundamento jurídico 7 de dicha STC 34/2018, el que precisa el concreto alcance de la potestad del artículo 134.6 CE en estos términos:

74 STC 34/2018, de 12 de abril, FJ 6.

- a) En cuanto a su alcance objetivo:** como consecuencia del monopolio gubernamental en la iniciativa presupuestaria, también fiscaliza el Ejecutivo su modificación. De ahí que el Gobierno tenga la potestad de “*prestar su conformidad, o bien vetar, toda aquella proposición o enmienda «que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios» (art. 134.6 CE)*”<sup>75</sup>. No en vano el Tribunal Constitucional aclara que no toda iniciativa será neutral, lo que conlleva circunscribir el alcance de la prerrogativa gubernamental a las medidas con incidencia real y efectiva.
- b) En cuanto a su alcance temporal:** “*(...) el veto presupuestario no podrá ejercerse por relación a presupuestos futuros, que aún no han sido elaborados por el Gobierno ni sometidos por tanto al proceso de aprobación regulado en el artículo 134 CE*”<sup>76</sup>.
- c) En cuanto a la motivación del veto:** “*(...) el Gobierno podrá oponerse sólo en aquellos casos en los cuales la medida propuesta, enmienda o proposición, incida directamente en el citado presupuesto*”<sup>77</sup>. Pero el Tribunal Constitucional efectúa un razonamiento de máxima importancia para la cuestión que se analiza indicando que la precisión de la concreta partida presupuestaria pasa por la identificación de los créditos que específicamente se verían afectados, cumpliéndose así el requisito de la motivación. Sólo ello justifica el presupuesto habilitante del veto presupuestario referido al presupuesto en curso de ejecución en garantía del cual se reconoce la prerrogativa.
- d) En cuanto al procedimiento:** “*(...) los artículos 134.6 CE y 126.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados se limitan, como se ha constatado ya, a establecer la necesidad de que el Gobierno manifieste su conformidad a la tramitación de aquéllas iniciativas parlamentarias que implicaran aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios*”<sup>78</sup>.

Considerando el carácter técnico jurídico de la función de calificación atribuida a las Mesas de las Cámaras, éstos órganos deben controlar la regularidad del veto gubernamental e incluso rechazar la disconformidad del Ejecutivo cuando no haya concretado la afectación al presupuesto. Por eso, “*(...) el tipo de control que la Mesa debe ejercer ha de ceñirse a comprobar que el veto ejercido es efec-*

75 Ibid. FJ 7.

76 Ibid. FJ 7.

77 Ibid. FJ 7.

78 Ibid. FJ 7.

*tivamente de índole presupuestaria, (...) sin que le corresponda sustituir al mismo en el enjuiciamiento del impacto, sino tan sólo constatar que el mismo es real y efectivo, y no una mera hipótesis.*<sup>79</sup>. Ahora bien, las facultades de calificación tienen un límite en este punto ya que en ningún caso la Mesa puede sustituir al Gobierno en su apreciación. Insiste el Tribunal en que junto al respeto y garantía de los derechos fundamentales, debe igualmente respetarse la competencia constitucional y estatutaria del Ejecutivo en materia presupuestaria, todo ello en el marco del principio de lealtad institucional.

Aplicando la doctrina expuesta fue desestimado el conflicto entre órganos constitucionales, considerando válida la intervención de la Mesa de la Cámara en su calificación y rechazo de la disconformidad del Gobierno.

La STC 44/2018<sup>80</sup> plantea otro conflicto entre órganos constitucionales del Estado promovido por el Gobierno contra el acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados que rechazó la disconformidad que había expresado el Gobierno conforme al artículo 134.6 CE, a la tramitación por el Pleno de la Cámara de una proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. Sin embargo, en su texto reproduce la meritada sentencia los fundamentos expuestos en la muy cercana STC 34/2018, terminando por desestimar el conflicto entre órganos constitucionales, dando por válida la actuación de la Mesa.

La STC 94/2018 resuelve un recurso de amparo promovido por la portavoz del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados frente a los acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados que desestimaron en trámites inicial y de reconsideración la solicitud de toma en consideración por el Pleno del Congreso de los Diputados de una proposición de ley, en la medida en que se esgrime la prestación de conformidad del órgano rector a la aplicación por parte del Ejecutivo de la facultad de veto del artículo 134.6 CE. Luego de invocar las SSTC 34/2018 y 44/2018, dedica el fundamento jurídico 5 apartado b) a las funciones de la Mesa del Congreso. De dicha fundamentación debe destacarse la idea de que las Mesas asumen en relación al ejercicio de la prerrogativa de veto una doble responsabilidad:

- **Función de control reglado del veto gubernamental:** *“de una parte, tiene atribuida la función de revisión del ejercicio por el Gobierno de la fa-*

79 Ibid. FJ 7.

80 STC 44/2018, de 26 de abril.

*cultad de veto, ex artículo 134.6 CE, sobre las proposiciones de ley presentadas por los grupos parlamentarios, en los términos y con las limitaciones que, a continuación, se expondrán(...)*<sup>81</sup>". Se trata de un control reglado doble sobre el ejercicio de la facultad del Gobierno de carácter técnico-jurídico, que en ningún caso puede responder a criterios de oportunidad política:

- i. Control formal:** de acuerdo con el Tribunal Constitucional "*bastará con verificar que el Gobierno haya dado respuesta expresa y motivada a la remisión de la proposición de ley, a los efectos de mostrar su conformidad o disconformidad, en este último caso a la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante (aumento de los créditos o disminución de los ingresos) y que lo haya hecho dentro de plazo, o alternativamente, que dicha respuesta no se haya producido, debiendo obrar entonces en la forma prevista en el artículo 126.3 RCD (dar curso a la proposición de ley)*"<sup>82</sup>".
  - ii. Control material:** que conforme al Tribunal Constitucional el ejercicio de las funciones de calificación que corresponden a la Mesa comprenden la facultad de rechazar el veto presupuestario cuando el Gobierno no motive su disconformidad, en definitiva, cuando ante la falta de precisión de la partida presupuestaria no pueda colegirse la afectación al presupuesto. Este control material no puede sustituir al Gobierno en su apreciación, y ha de ejercerse con arreglo al principio de lealtad institucional.
- **Función de salvaguardia de los derechos fundamentales de los parlamentarios derivados del artículo 23 CE, es decir del *ius in officium*:** en la medida en que la ponderación del ejercicio de la prerrogativa del Ejecutivo ha de estar informado por la constatación del presupuesto habilitante del mismo, para así garantizar que la restricción de los derechos de participación de los parlamentarios se halla legítimamente ejercitada. La salvaguarda de los derechos fundamentales en juego ha de conducir a desechar un veto presupuestario incorrectamente opuesto.

Concluye la Sentencia estimando el recurso de amparo por entender que se ha vulnerado el derecho de ejercer las funciones representativas en la medida que la

81 STC 94/2018, de 17 de septiembre, FJ 5 b).

82 Ibid.

Mesa de la Cámara asumió la fundamentación dada por el Ejecutivo que extralimitaba su facultad de veto a escenarios presupuestarios plurianuales. A diferencia de los casos anteriores (SSTC 34/2018 y 44/2018), en el presente caso el supuesto de hecho impugnado parte de la aceptación por la Mesa de la Cámara la disconformidad gubernamental que determinó el veto a la iniciativa parlamentaria.

Finalmente la STC 17/2019 resuelve un recurso de amparo promovido por la portavoz del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados frente al acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados que, con aceptación del criterio del Gobierno de la Nación, resolvió que no procedía someter a la toma de consideración una proposición de ley. Comparte en todo la motivación y fundamentación de la STC 94/2018, lo que determinó que se estimara también el recurso de amparo al declarar la vulneración del derecho al ejercicio del cargo público representativo en conexión con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Ello es debido a la asunción por la Mesa de la Cámara del criterio gubernamental que fue considerado suficientemente motivado, cuando lo cierto es que no se ajustaba al alcance temporal del veto, y carecía de una *“fundamentación objetiva, pues no establece la relación directa entre las medidas de la proposición de ley y las concretas partidas presupuestarias de gastos que se verían afectadas (...)”*<sup>83</sup>; pues como afirma el Tribunal Constitucional el presupuesto habilitante del veto parte de una conexión que *“debe ser directa e inmediata, actual, por tanto, y no meramente hipotética”*<sup>84</sup>.

De esta breve síntesis jurisprudencial se pueden extraer algunas conclusiones relevantes que operan como el contrapeso a la limitación del *ius in officium*:

- En primer lugar, que corresponde a las Mesas de las Cámaras –o en su caso Mesas de las Comisiones Parlamentarias-, velar por el correcto ejercicio de la potestad de veto por el Ejecutivo, habida cuenta que está en liza la garantía del derecho fundamental de los parlamentarios.
- En segundo lugar, para dar cumplimiento a lo anterior, las facultades de calificación de las Mesas de las Cámaras –o de las Comisiones Parlamentarias-, se extienden no sólo al control reglado del parecer del Ejecutivo vetando en su caso, sino también al control material del mismo, examinando la motivación del mismo.

83 STC 17/2019, de 11 de febrero, FJ 4 b).

84 Ibid.

- De cuanto se ha expuesto, parece que el quid del veto presupuestario hoy radica en la precisión de la partida presupuestaria por el Ejecutivo y por ende en la motivación suficiente. No basta en definitiva invocar una partida del presupuesto corriente, pues es preciso justificar en definitiva el presupuesto habilitante de la prerrogativa del Ejecutivo de suerte que quede acreditada la incidencia en el presupuesto, es decir, a qué partida afecta y en qué medida. En suma, no puede convertirse la invocación de la partida presupuestaria en una mera cita formal de la misma ya que el efecto del veto frustrará la propia función del Legislativo.
- Finalmente, que las Mesas parlamentarias pueden rechazar el veto presupuestario siempre que en la ponderación del derecho fundamental en juego resulte que el Ejecutivo no ha ejercitado correctamente su prerrogativa bien por no concurrir el presupuesto habilitante; bien por no motivar fundadamente los motivos de su disconformidad.

### **3. El veto presupuestario en los procedimientos legislativos.**

De acuerdo con la doctrina expuesta podemos diferenciar dos supuestos:

- Cuando el Ejecutivo ejercita la iniciativa legislativa a través de la aprobación de proyectos de ley, que suele situar la problemática del veto presupuestario en una fase posterior del procedimiento legislativo, concretamente en la fase de enmiendas al articulado.
- Y por su parte, cuando se trata de proposiciones de ley es dable diferenciar el veto presupuestario inicial, antes del trámite de toma en consideración.

a) Veto frente a las enmiendas al articulado o parciales.

No es uniforme la regulación en el Derecho Parlamentario Español sobre el órgano y el momento oportuno del procedimiento legislativo en el cual se aprecia la incidencia presupuestaria de las enmiendas parciales o al articulado deducidas frente a un proyecto de ley, ya que en ocasiones la apreciación sobre la incidencia presupuestaria para su traslado al Ejecutivo no corresponde a las Mesas sino a la Ponencia como sucede en Galicia<sup>85</sup>. Ciertamente, los supuestos controvertidos sobre los que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional analizan y perfi-

85 Cfr. Artículo 113.2 del Reglamento del Parlamento de Galicia.

lan el veto presupuestario, estudiando su naturaleza jurídica y facilitando la labor de los operadores jurídicos y actores políticos en el ejercicio de sus funciones. Que se hayan planteado frente a proposiciones de ley de parlamentarios, no impide en absoluto trasladar estos fundamentos jurídicos a todo veto presupuestario que pueda el Ejecutivo formular con arreglo al ordenamiento jurídico, bien sea frente a enmiendas de los parlamentarios, o bien frente al ejercicio de la iniciativa legislativa por otros sujetos legitimados. A la postre, lo que está en juego, es el plan presupuestario del Ejecutivo, que para su preservación, hace que el Gobierno deba valerse de su prerrogativa, la cual ha de ejercer conforme a la interpretación constitucional de la misma. De ser así, comportará una frustración legítima del derecho de participación política, en aras de otro bien jurídico superior, cual es el respeto a la autorización dada por el Legislativo, y el respeto a la titularidad exclusiva gubernamental para elaborar proyectos de ley de presupuestos, y para promover sus eventuales modificaciones.

Debe significarse en este punto la destacable ausencia en el Reglamento del Parlamento de La Rioja de la previsión del veto presupuestario frente a las enmiendas al articulado presentadas ante un proyecto de ley que se encontrare en tramitación. Por el contrario, sólo prevé la manifestación del criterio gubernamental en el caso de proposiciones de ley que implicaran aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios<sup>86</sup>. Debe entenderse que dicha omisión no produciría una mutación del sistema constitucional y estatutario de división de funciones en materia presupuestaria. Si puede el Gobierno frustrar una proposición de ley por atentar contra su plan presupuestario en marcha, cuanto más podrá frustrar una enmienda a un proyecto de ley que haya presentado. No obstante, debe reiterarse lo asombroso de la ausencia de previsión reglamentaria.

#### b) Veto presupuestario frente a proposiciones de ley.

Puede apreciarse la disconformidad gubernamental en el momento previo a su toma en consideración por la Cámara, teniendo presente que la Mesa deberá ejercitar sus facultades de control sobre la regularidad del veto que en su caso ejercite el Ejecutivo. Tratándose de proposiciones de ley, la admisión por la Mesa de la disconformidad gubernamental determinará la inadmisión de la proposición de ley, en los mismos términos que las enmiendas parciales.

86 Cfr. Artículo 108 del Reglamento del Parlamento de La Rioja.

#### **4. El veto presupuestario en otros supuestos.**

La facultad de veto ha sido analizada tanto en proyectos de ley del Ejecutivo en lo relativo a las enmiendas que se puedan formular; como respecto de las iniciativas legislativas de los parlamentarios ante la Cámara mediante la presentación de proposiciones de ley. Sin embargo cabe plantearse su aplicabilidad también respecto de las proposiciones de ley presentadas por otros sujetos legitimados porque en la generalidad de los supuestos las proposiciones de ley de otros sujetos legitimados no disponen de un cauce procedimental propio sino que se remiten a las reglas generales de las proposiciones de ley de los parlamentarios, sin perjuicio de trámites adicionales previos derivados de su propia naturaleza, por ejemplo los propios de las iniciativas legislativas populares. Asimismo, no tendría sentido que otras iniciativas legislativas sí pudieran incidir –sin justificación aparente– en el plan presupuestario del Ejecutivo, frente a las limitaciones de las iniciativas parlamentarias.

##### a) Frente a las proposiciones de ley de iniciativa popular.

Sin embargo, en el ámbito del Derecho Parlamentario comparado se pueden encontrar ejemplos de regulaciones que han regulado la afectación presupuestaria respecto de proposiciones de ley presentadas por sujetos distintos de los parlamentarios. Así por ejemplo la Ley catalana 1/2006, de 16 de febrero, de la Iniciativa Legislativa Popular, contempla en la Disposición Adicional Tercera que conforme al apartado 1, “[s]i la proposición de ley puede implicar un aumento de créditos o una disminución de ingresos con relación al presupuesto vigente en el momento de su tramitación parlamentaria, la ley resultante de la iniciativa legislativa popular no puede entrar en vigor, en la parte que comporte dicha afectación presupuestaria, hasta el ejercicio presupuestario siguiente o, si procede, hasta otro posterior, si así lo determina la propia proposición de ley”.

Pareciera que la afectación presupuestaria no se canaliza a través del veto presupuestario, mas no es así. El apartado 2 indica que a los efectos anteriores, la Mesa del Parlamento ha de enviar la iniciativa legislativa popular al Gobierno para que se posicione sobre sus efectos económicos en el plazo de ocho días; y si considera –conforme al apartado 3– que se produce afectación presupuestaria, la Mesa ha de admitir a trámite la proposición de ley en los términos establecidos por el apartado 1. Finalmente, si el Gobierno no se pronuncia en el plazo de ocho días, el silencio se entiende en el sentido de que no existe afectación presupuestaria.

Esta previsión del derecho catalán, que se reproduce en el artículo 139 del Reglamento del Parlamento de Cataluña introduce una particularidad muy relevan-

te en la que el efecto natural del veto presupuestario no se produciría, al no frustrarse la iniciativa popular, sino que defiere temporalmente la vigencia de la norma que se apruebe al siguiente ejercicio. A pesar de sus virtudes, resulta que dicha previsión opera en la admisión a trámite de la iniciativa, contemplando sus efectos para una eventual aprobación de la ley como tal. Olvida en definitiva, que en el Reglamento del Parlamento Catalán, previamente ha de aprobarse en el debate de totalidad la tramitación de la iniciativa -según el artículo 141 de ese Reglamento-, antes de seguir la tramitación procedente en Comisión. Por estas razones, la innovación de la previsión analizada radica en que se sortea la facultad de veto como tal que se sustituye por una facultad de demora de la vigencia de la norma, en caso de apreciar el Ejecutivo afectación presupuestaria al Presupuesto en vigor; facultad que en todo caso, operará al final de la tramitación parlamentaria, constituyendo una garantía para el plan presupuestario gubernamental en curso.

Otro supuesto es el que prevé la Ley 2/1985, de 8 de mayo, sobre iniciativa legislativa popular y de los ayuntamientos de Castilla-La Mancha, que de acuerdo con el apartado 3 del artículo 4, constituye una causa de inadmisión de la proposición de ley “*c) La expresa negativa del Consejo de Gobierno a su tramitación por implicar aumento de los créditos o disminución de ingresos presupuestarios*”.

b) Frente a proposiciones de ley de otros titulares de iniciativa legislativa.

En el ámbito autonómico se pueden encontrar sujetos distintos que también gozan de iniciativa legislativa ante su respectiva Asamblea Legislativa autonómica, como por ejemplo:

- los ayuntamientos (Andalucía, Asturias, Canarias, Castilla y León, Extremadura, Madrid, Murcia, Navarra).
- las corporaciones o entidades locales (Castilla-La Mancha y Extremadura).
- los órganos representativos de los entes supramunicipales (consejos comarcales), (Cataluña).
- las merindades (Navarra).
- las comarcas (Murcia).
- los cabildos insulares (Canarias).
- los consejos insulares (Islas Baleares).
- las instituciones representativas de los territorios históricos: juntas generales (País Vasco).

En todos estos supuestos se reconoce el derecho de las diferentes corporaciones locales para ejercitar su derecho de iniciativa legislativa ante la Asamblea o

Parlamento de la Comunidad Autónoma a la que pertenezca, mediante la aprobación y remisión de una proposición de ley. En algunas ocasiones el reconocimiento del derecho de iniciativa no aparece limitado materialmente, como es el caso de la iniciativa legislativa de los consejos insulares en Baleares<sup>87</sup>; el caso de la iniciativa legislativa de las instituciones representativas de los territorios históricos, esto es, las juntas generales en el País Vasco<sup>88</sup>. Por contra, la iniciativa legislativa de estos otros titulares aparece vedada a la materia presupuestaria en el caso de Navarra<sup>89</sup>, Madrid<sup>90</sup>, Castilla y León<sup>91</sup>, Murcia<sup>92</sup>, Asturias<sup>93</sup>, Cataluña<sup>94</sup>, Andalucía<sup>95</sup>, Castilla-La Mancha<sup>96</sup> y Canarias<sup>97</sup> –aunque en este último caso sólo respecto de los cabildos insulares-. En el caso de los ayuntamientos en Canarias no existe aún desarrollo legal de la innovación que introdujo su reforma estatutaria<sup>98</sup>, por lo que en el ínterin resulta de aplicación la Disposición Transitoria Tercera del Reglamento del Parlamento de Canarias que curiosamente no establece limitación material de esta iniciativa. Por añadidura, debe indicarse que en el caso de Extremadura no se ha producido el desarrollo del Reglamento de su Asamblea en este punto<sup>99</sup>, tan solo contemplándose en la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura, la participación en la tramitación parlamentaria de proyectos de leyes y decretos legislativos.

87 Cfr. Ley 8/2000, de 27 de octubre, de Consejos Insulares, artículo 25.

88 Cfr. Artículos 132 y 148 del Reglamento del Parlamento Vasco; artículo 135 del Reglamento de las Juntas Generales de Vizcaya; artículo 179 del Reglamento de las Juntas Generales de Guipúzcoa; y artículo 146 del Reglamento de las Juntas Generales de Álava.

89 Cfr. Ley Foral 4/1985, de 25 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa de los Ayuntamientos de Navarra, artículo 2.

90 Cfr. Ley 6/1986, de 25 de junio, de iniciativa legislativa popular y de los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, artículo 2.

91 Cfr. Ley 4/2001, de 4 de julio, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos de Castilla y León, artículo 4.2.

92 Cfr. Ley 9/1984, de 22 de noviembre, reguladora de la iniciativa legislativa popular de los Ayuntamientos y Comarcas, artículo 3.3.

93 Cfr. Ley 4/1984, de 5 de junio, reguladora de la iniciativa legislativa de los Ayuntamientos y de la iniciativa popular, artículo 2.

94 Cfr. Decreto Legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de la organización comarcal de Cataluña, artículo 38.

95 Cfr. Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos, artículo 3.

96 Cfr. Ley 2/1985, de 8 de mayo, sobre iniciativa legislativa popular y de los ayuntamientos de Castilla-La Mancha, artículo 2.

97 Cfr. Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares, artículo 18.2.

98 Cfr. Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, artículo 44.3.

99 Cfr. Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura, artículo 40.

Sin embargo, debido a que se trata de proposiciones de ley, resulta indiferente que se exceptúe la materia presupuestaria en el tenor literal de la norma que reconoce la iniciativa, pues en ningún caso el reglamento de una cámara ni tan siquiera una ley ordinaria podrían alterar el esquema presupuestario que existe en nuestros entes territoriales directamente ordenado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía. De ello se infiere que, si ni siquiera los parlamentarios pueden ejercitar la iniciativa en la materia presupuestaria, cuanto menos los entes locales. De este modo, cualquier iniciativa que pudieran ejercitar los entes locales que pudiera incidir en el presupuesto en curso de ejecución es susceptible de ser vetada por cuanto participa del mismo régimen que cualesquiera proposiciones de ley. De nuevo, tampoco supone obstáculo alguno la falta de previsión de esta cuestión en la generalidad de los reglamentos parlamentarios. Aun así, la precitada Ley 2/1985, de 8 de mayo, sobre iniciativa legislativa popular y de los ayuntamientos de Castilla-La Mancha contemplaba como causa de inadmisión la expresa negativa del Consejo de Gobierno a su tramitación por implicar aumento de los créditos o disminución de ingresos presupuestarios (artículo 4.3 letra c).

Por último, pese a lo argumentado, debe significarse la previsión en el ámbito de Andalucía de un fenómeno singular por cuanto parece legitimar un supuesto exceptuado de la posibilidad de veto ya que la Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos prevé en la Disposición Adicional única que “[e]n el supuesto de que en el ejercicio de la Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos se originen gastos no presupuestados, se habilitarán por el Parlamento los fondos necesarios”. Resulta llamativa la previsión dado que la admisión a trámite de la proposición de ley no se ve condicionada por el criterio del Ejecutivo, que en último término no tendría que llevar a cabo modificaciones de crédito dado que conforme a la norma andaluza debe habilitarle créditos el Legislativo. En cualquier caso no parece aceptable considerar exenta de la prerrogativa gubernamental esta iniciativa legislativa local, e igualmente la popular en el caso de Andalucía.

#### ***IV. Conclusiones.***

1. Los presupuestos generales que el Ejecutivo consiga sacar adelante constituyen la vertebración financiera de su función política, al menos durante la anualidad para la que se aprobaron. No en vano, la confianza parlamentaria del Ejecutivo para el desarrollo anual de su política como refuerzo de la confianza obtenida en la investidura ha perdido hoy en gran medida su significado. La realidad hoy pone de manifiesto que la anualidad del ciclo pre-

supuestario se ve comprometida por la existencia de Gobiernos sin mayorías parlamentarias estables, que no podrán superar el trámite parlamentario aunque se prevea un derecho de enmienda sujeto a limitaciones. Esta situación abocará a escenarios de prórroga presupuestaria o de disolución de la Cámara extinguiendo anticipadamente la Legislatura. A la postre se pone en cuestión el principio de anualidad en los presupuestos normalizándose cada vez más la pervivencia de las leyes de presupuestos más allá del 31 de diciembre del ejercicio para que fueron proyectadas.

2. Una eventual reforma de la LOEPSF debe valorar el restablecimiento de un sistema bicameral imperfecto en el ámbito estatal que elimine la equiparación total de ambas Cámaras. El apartado 6 del artículo 15 de la LOEPSF plantea en la actualidad serios inconvenientes para el Ejecutivo que en su momento no cuente con la mayoría en el Senado. El efecto distorsionante de un veto de una Cámara frente a otra pone de manifiesto la necesidad de emprender una búsqueda de alternativas que no dificulten el establecimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, de déficit y deuda pública.
3. Con carácter general las enmiendas al articulado con incidencia en los estados financieros del proyecto de ley de presupuestos se encuentran sometidas al doble régimen que diferencia entre aquellas que supongan aumento de créditos y las que supongan disminución de ingresos. Este diferente tratamiento parte de la propia redacción constitucional para los presupuestos del Estado. Muchas Comunidades Autónomas han acogido esta misma regla. Sin embargo, no se muestra operativa la exigencia del parecer del Ejecutivo en el corto periodo del que se dispone en la tramitación de los presupuestos. La experiencia del Derecho Parlamentario comparada muestra las virtudes de un procedimiento presupuestario en el que reconociendo mayor margen de actuación a los parlamentarios, puedan sujetarse al mismo procedimiento tanto las enmiendas que supongan aumento de créditos como las que modifiquen sustantiva y alternativamente los ingresos, en definitiva permitiéndoles a los enmendantes proponer las modificaciones de créditos oportunas sin que resulte necesario obtener la conformidad del Ejecutivo, siempre en el marco del principio de nivelación que informa el presupuesto.
4. La elaboración doctrinal que ha recibido el veto presupuestario por parte del Tribunal Constitucional ha introducido la visión tutelar de los derechos fundamentales de los parlamentarios garantizando el control y el adecuado ejercicio de la prerrogativa del Gobierno. Este enfoque refuerza la apreciación y en definitiva las facultades de calificación de las Mesas parlamen-

tarias dando carta de naturaleza a un control reglado formal y material que redunde en la realización efectiva del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

5. La clave del control que llevan a cabo las Mesas parlamentarias en el ejercicio de su función de calificación es la verificación de la motivación proporcionada por el Ejecutivo, lo que determina examinar la partida presupuestaria afectada por la iniciativa o enmienda postulada por el diputado o senador. Dicha comprobación tenderá a verificar que no se produce una alegación o cita meramente formal de la partida presupuestaria, sino que al contrario, el Ejecutivo identifica nominalmente la partida que se ve imbricada por la enmienda o proposición deducida, especificándose además en qué medida, de modo que se acredite un impacto actual, real y no potencial.
6. Corresponde a las Mesas parlamentarias velar por la salvaguarda del derecho fundamental de los diputados, senadores y diputados autonómicos a la participación en los asuntos públicos, de manera que toda decisión que se adopte en el trámite de calificación valore a la luz del *ius in officium* que está en liza, el ejercicio de la prerrogativa de veto presupuestario.
7. Finalmente en la valoración de la motivación gubernamental no podrá sin embargo la Mesa sustituir al Ejecutivo en su apreciación, limitándose siempre a verificar las alegaciones proporcionadas por el Gobierno. El control técnico-jurídico que implica el juicio de calificación se circunscribirá por tanto a la verificación del presupuesto habilitante teniendo siempre presente la garantía de los derechos fundamentales de participación política.

#### **V. Bibliografía.**

ANTOLÍN RUIZ DE LA CUESTA, B. “Marco jurídico” en MEDRANO PERALES, M. (coord.) et al *Manual didáctico de los Presupuestos Generales del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2019, pp. 47-77.

CARBAJO VASCO, F., “Las transformaciones fiscales de los ochenta”, *Revista De Fomento Social*, nº 178, 1990, p 157.

CHUECA RODRÍGUEZ, R. L., “Teoría y práctica del bicameralismo en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 10, 1984, pp. 63-90.

CORCUERA TORRES, A. “Los principios presupuestarios”, Universitat Oberta de Catalunya, 2012 en [http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/62546/3/Actividad%20financiera%20y%20gastos%20p%C3%BAblicos\\_M%C3%B3dulo%203\\_Los%20principios%20presupuestarios.pdf](http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/62546/3/Actividad%20financiera%20y%20gastos%20p%C3%BAblicos_M%C3%B3dulo%203_Los%20principios%20presupuestarios.pdf)

DELGADO RAMOS, D “El veto presupuestario del Gobierno”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 183, 2019, p. 96.

GARCIA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M.A., *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

GUERRERO VÁZQUEZ, P., *Freno constitucional al endeudamiento y descentralización política*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2019.

JIMÉNEZ DÍAZ, A., “El derecho de enmienda y el veto del Gobierno en el nuevo marco de elaboración de los Presupuestos Generales del Estado”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 104, 2018, pp. 455-484.

MARTÍN NÚÑEZ, E. “La garantía jurídica de la democracia como derecho fundamental: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la participación política”, *Revista catalana de dret públic*, nº 37, 2008, pp. 315-342.

MARTÍNEZ LAGO, M.A. “Limitaciones de las Cortes Generales en la iniciativa y aprobación de los presupuestos”. *Revista de las Cortes Generales*, nº 21, 1990, p. 109.

MARTÍNEZ LAGO, M.A.. “Las relaciones del Gobierno y el Parlamento en la aprobación de “presupuestos estables” In Procedure di bilancio in chiave di stabilità: un confronto tra Italia e Spagna, 29 de octubre de 2009 Università di Pisa” (No publicado), *E-Print Complutense*, 2009 <https://eprints.ucm.es/id/eprint/11447/>

MORENO GONZÁLEZ, G., *Estabilidad presupuestaria y constitución. Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*. Tirant lo Blanch (1ª ed), Valencia, 2019.

RIDAO MARTÍN, J. “El «veto» o limitación de los derechos de participación de los parlamentarios en el procedimiento legislativo presupuestario. Una pro-

puesta de revisión”, *Corts: anuario de derecho parlamentario*, nº 32, 2019, pp. 151-186.

RIPOLLÉS SERRANO, M. R. (Coord.) *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*. Departamento de Publicaciones de la Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones del Congreso de los Diputados, 2012.

RODRÍGUEZ BEREIJO. A., “Los fundamentos constitucionales del control interno de la actividad financiera del Estado”, *Ponencias y comunicaciones X Jornadas Control Interno Sector Público*, 1993, p. 21.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F. *Derecho Parlamentario Español*. Dykinson (2ª ed) Madrid, 2019.

### **Resumen:**

Los presupuestos generales inciden en la función legislativa de las Cámaras, incluso antes de su aprobación, pues en su tramitación parlamentaria el derecho de enmienda se encuentra sujeto a los requisitos establecidos en el bloque de la constitucionalidad y en los Reglamentos parlamentarios, en garantía del monopolio de la iniciativa presupuestaria del Gobierno. Asimismo, una vez aprobados mediante ley, los presupuestos generales tanto en el ámbito del Estado como en cada Comunidad Autónoma condicionarán la función legislativa tanto en la presentación de proposiciones de ley como en la formulación de enmiendas, toda vez que el ejecutivo podrá oponer su veto como mecanismo de salvaguarda del presupuesto en vigor. Estas limitaciones permitirán estudiar la configuración de los derechos de participación de diputados y senadores, y la garantía del control parlamentario de del veto presupuestario.

### **Summary:**

The general budgets have an impact on the legislative function of the Houses, even before their approval, since in their parliamentary processing the right of amendment is subject to the requirements established in the block of constitutionality and in the Parliamentary Regulations, as a guarantee of the Government's monopoly of the budgetary initiative. Likewise, once approved by law, the general budgets both at State level and in each Autonomous Community will condition the legislative function both in the presentation of bills and in the formulation of amendments, given that the executive may veto them as a mechanism for safeguarding the budget in force. These limitations will make it possible to study the configuration of the participation rights of deputies and senators, and the guarantee of parliamentary control of the budget veto.

### **Palabras clave:**

Presupuestos, objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, enmiendas al proyecto de ley de presupuestos, contenido esencial y eventual de la ley de presupuestos, veto presupuestario.

### **Keywords:**

Budgets, budget stability and public debt objectives, amendments to the draft budget law, essential and possible content of the budget law, budget veto.





EL PARLAMENTO DE CANARIAS Y LA TÉCNICA LEGISLATIVA:  
ASPECTOS PROBLEMÁTICOS Y PROPUESTAS DE MEJORA

THE PARLIAMENT OF THE CANARY ISLANDS AND THE LEGISLATIVE TECHNIQUE:  
PROBLEMATIC ASPECTS AND PROPOSALS FOR IMPROVEMENT

**José Ignacio Navarro Méndez<sup>1</sup>**

Recibido: 21-05-2022

Aceptado: 17-06-2022

*“No hagas muchas pragmáticas, y si las hicieres, procura que sean buenas, y sobre todo que se guarden y cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas, no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la viga, rey de las ranas, que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella”.*

*Carta de don Quijote a Sancho Panza, Gobernador de la insula Barataria.  
El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha, Segunda parte, Capítulo LI. Miguel de Cervantes.*

## SUMARIO

1. *Análisis de situación.*

2. *La mejora del proceso de producción normativa en Canarias: la técnica legislativa como instrumento fundamental.*

2.1. *Aspectos generales.*

2.2. *El Parlamento de Canarias y la técnica legislativa.*

2.3. *Cuestiones específicamente problemáticas y propuestas de mejora.*

A. *Corrección de estilo.*

<sup>1</sup> Letrado del Parlamento de Canarias y doctor en Derecho.

*B. Corrección de errores.*

*C. Enmiendas incongruentes con el objeto material de la iniciativa legislativa.*

*D. Enmiendas “in voce”.*

*E. Leyes modificativas.*

*F. Evaluación legislativa en sede parlamentaria.*

*G. Procedimiento parlamentario de consolidación de la legislación vigente.*

*H. Criterios relativos al lenguaje legal.*

*3. Bibliografía Citada.*

## 1. Análisis de situación.

¿Podemos afirmar que en España existe un exceso de regulación? Según los datos que maneja CEOE, durante el año 2015 la actividad legislativa española superó a la de nuestros vecinos europeos<sup>2</sup>. Esta situación, ya de por sí problemática puesto que provoca objetivamente dificultades para que la ciudadanía en general y los operadores jurídicos en particular puedan conocer cuál es del Derecho vigente en cada momento, trae consigo otro tipo de situaciones indeseables, como son un exceso de trabas burocráticas, la imposición de mayores cargas administrativas y financieras para empresas y ciudadanos, con la pérdida de competitividad que ello supone, y el incremento de la litigiosidad, entre otros. Por ello, recomienda dicho informe que se lleven a cabo medidas que reduzcan este amplio volumen de normas, ya que tiene un impacto directo negativo sobre la capacidad de crecimiento económico.

Además, si comparamos la situación existente en España con la de otros países de la UE se concluye que el número de disposiciones normativas aprobadas en nuestro país, tanto por el Estado como por las diecisiete comunidades autónomas, multiplica por diez las producidas por el Estado federal alemán, pese a que este último tiene una población que casi duplica la española. Concretamente, en 2015 se publicaron en España casi un millón de páginas en los boletines oficiales de ámbito estatal y autonómico<sup>3</sup>.

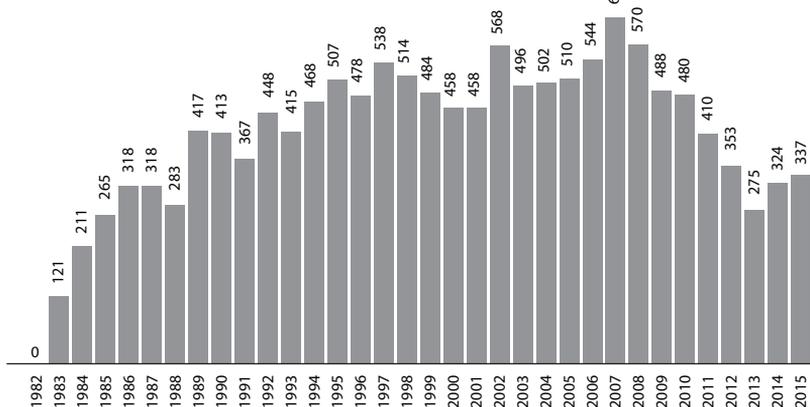
Sin nos centramos en la producción de normas jurídicas en Canarias la situación no es distinta. En el Informe Fundación DISA “La producción normativa en Canarias” se cuantifica el número de normas y páginas publicadas en el Boletín Oficial del Estado relativas a la normativa autonómica canaria, y se analiza la tendencia que

2 Informe *Legislar menos, legislar mejor*, CEOE, 2015 (disponible en [https://www.anged.es/wp-content/uploads/2015/03/Informe\\_Legislar-Menos-Legislar-Mejor.pdf](https://www.anged.es/wp-content/uploads/2015/03/Informe_Legislar-Menos-Legislar-Mejor.pdf), consultado el 17/10/2022). Por otro lado, un estudio del Instituto de Empresa (IE) elaborado en 2010 por los profesores Francisco Marcos y Juan Santaló, bajo el título *Regulación, Innovación y Productividad*, demostraba que el aumento en la cantidad de regulación autonómica desde 1988 a 2006 había provocado un impacto negativo muy significativo en la productividad y la innovación (disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1645936](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1645936), consultado el 17/10/2022).

3 Estudio realizado por el Consejo General de Economistas, que analiza las implicaciones económicas del funcionamiento de la Justicia en España, donde se pone el acento en la mala técnica legislativa existente en nuestro país. Según este estudio, la seguridad jurídica, que permite atraer el capital y los recursos productivos para crear riqueza y generar empleo, “pasa por la elaboración de normas más sencillas, más estables en el tiempo y de mejor técnica jurídica”. De esta forma, considera el citado estudio que “para mejorar el marco normativo, debería reducirse la complejidad del entramado legislativo y evitar la profusión y la dispersión legislativa” (<http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2016/12/14/585189f0268e3e755d8b462b.html>, consultado el 17/10/2022).

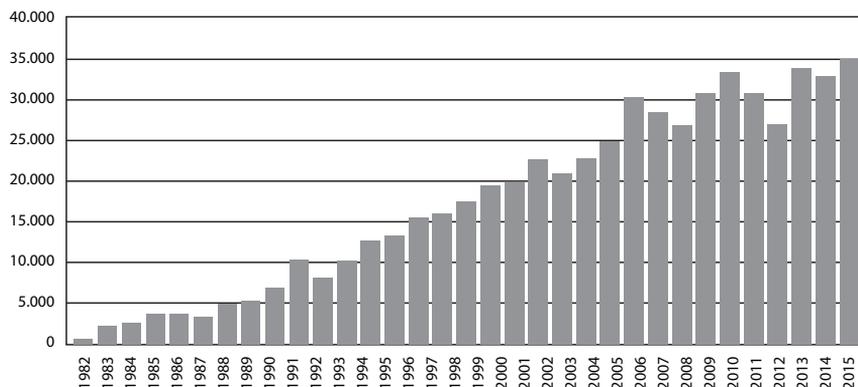
ha seguido la producción normativa estatal entre 1970 y 2015<sup>4</sup>. Extraemos de dicho informe los siguientes tres cuadros gráficos, que entendemos muestran la clara situación de inflación normativa presente en el archipiélago canario en los últimos años:

### Producción normativa canaria (1982-2015)



Fuente: Informe Fundación DISA “La producción normativa en Canarias

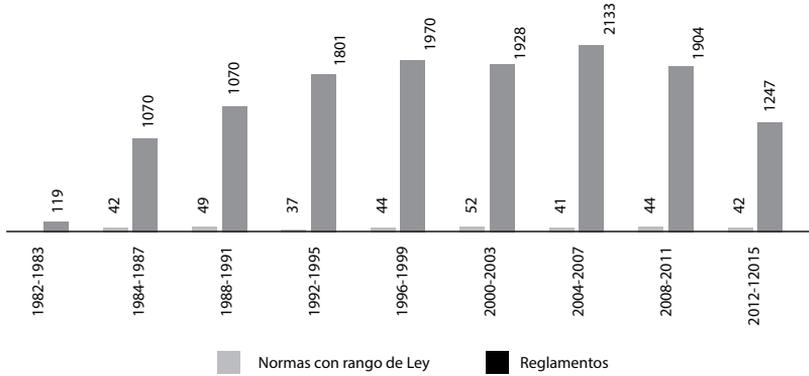
### Páginas publicadas en el Boletín Oficial de Canarias (1982-2016)



Fuente: Informe Fundación DISA “La producción normativa en Canarias”

4 Cfr. *Papeles de economía canaria*, núm. 2, 2017. Una actualización de dicho informe puede verse en <https://ceoe-tenerife.com/ndp-la-produccion-normativa-en-canarias/>, consultado el 17/10/2022. En el mismo se indica que la situación en Canarias se ha agravado durante 2020, el año de la pandemia por COVID-19, al aprobarse 32 nuevas normas con rango de ley, lo que supuso un incremento del 10,34 % respecto al año anterior, mientras que la media del Estado español se situó en el 7,44 %.

### Normas aprobadas según rango por cuatrienios



Fuente: Informe Fundación DISA “La producción normativa en Canarias”

Las principales conclusiones y recomendaciones del citado informe son dos. Por un lado, y en general, la mayor parte de la producción de normas jurídicas en Canarias se debe al gran volumen de reglamentos aprobados, concretamente decretos del Gobierno y órdenes departamentales, que han presentado una tendencia creciente hasta 1999, aunque decreciente a partir de 2004. Por el contrario, la evolución de las normas con rango de ley se mantiene bastante estable en el tiempo. Y, por otra parte, entre 2014 y 2015 la regulación autonómica se ha incrementado en un 4% (la estatal en un 25,2%), mientras que a nivel europeo se ha reducido en un 14%, de forma que tanto Canarias en particular como España en general no están siguiendo las pautas marcadas por Europa en cuanto a la simplificación normativa.

A partir de estos datos, en el citado informe se llama la atención sobre el hecho de que la legislación debe ser una herramienta para contribuir al cumplimiento de objetivos económicos, sociales y medioambientales, pero no un obstáculo que perjudique a la sociedad en términos de crecimiento y empleo. Por ello, se insiste en dicho documento en la necesidad de actuar para eliminar aquellas cargas burocráticas innecesarias, ya que generan un coste y un esfuerzo adicional para las empresas y los ciudadanos, proponiéndose la adopción de una serie de medidas paliativas de la situación existente que nos parecen razonables, tales como apostar por la elaboración de textos refundidos que aúnen en un mismo *corpus* toda la normativa vigente sobre el mismo marco de regulación, facilitando de esta forma su comprensión por la ciudadanía; hacer un ejercicio de evaluación de las normas legislativas vigentes, derogando aquellas que no logren los objetivos

para los que se elaboraron; y, finalmente, establecer para cada legislatura objetivos cuantificables y exigibles de reducción normativa.

Efectivamente, parece asumible que desde hace años vivimos una situación de hipertrofia o de inflación normativa tanto a nivel del Estado como de las Comunidades Autónomas, lo que genera grandes elementos de complejidad, de confusión y de incertidumbre para los operadores jurídicos y para la ciudadanía en general sobre el Derecho aplicable, lo que compromete de manera relevante el cumplimiento del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3)<sup>5</sup>. Así, actualmente nuestro ordenamiento jurídico presenta unos elementos característicos patológicos que deberían ser eliminados o atenuados, tales como una proliferación extraordinaria y desmedida de normas jurídicas, legislativas y reglamentarias, con ámbitos de vigencia y aplicación diversos, respecto de las cuales resulta difícil averiguar cuál es el Derecho aplicable a un supuesto concreto; una gran voluminosidad de las normas jurídicas, que aspiran a regular cada vez más ámbitos, y donde el respeto al necesario principio de homogeneidad en cuanto a las materias objeto de regulación a menudo brilla por su ausencia; la realización de cambios normativos constantes y a menudo precipitados, con una falta de estabilidad de las normas y, por lo tanto, del propio ordenamiento jurídico en el que estas se insertan; y, finalmente, una deficiente utilización del lenguaje en las normas, complicando su cognoscibilidad y, por ende, su cumplimiento efectivo<sup>6</sup>.

Ante esta situación no debe extrañarnos que en la actualidad, y para intentar revertir esta tendencia, haya ganado interés el objetivo de mejorar la calidad de las normas jurídicas, bajo la premisa fundamental de orientar la acción de aquellos poderes públicos entre cuyas competencias figuran la potestad de elaborarlal, con vistas a que se sometan en dicha tarea al cumplimiento de las reglas y

5 Para VIDAL MARTÍN, T. (cfr. “Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y Tribunal Constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 325-326) los motivos de lo que él denomina como situación de “frondosidad normativa” hay que buscarlos, por un lado, en la aparición del Estado Social y Democrático de Derecho en cuanto que Estado intervencionista en el plano económico-social a través, precisamente, de normas jurídicas; la existencia de un Estado descentralizado en España con una pluralidad de centros de producción normativa; el desarrollo de las relaciones internacionales, con la existencia de centros de poder fuera de nuestras fronteras, y con la UE como ejemplo característico; y, finalmente, el rápido cambio experimentado por las sociedades actuales que, en consecuencia, necesitan de continuas y rápidas reformas normativas.

6 Vid. VV.AA., *Técnica Normativa. Memento práctico Francis Lefebvre* 2016-2017, pp. 15 y ss, donde se concluye que la proliferación caótica, la fragmentación y la pérdida de contenidos propiamente normativos ponen en cuestión los grandes principios tradicionales de lo jurídico y, en particular, la seguridad jurídica, abriendo un escenario propicio para la arbitrariedad y la ineffectividad de lo jurídico, generándose un divorcio entre el Derecho vigente y el Derecho eficaz.

principios propios de la técnica normativa de forma que el resultado final sea de mejor calidad. A tal fin, en nuestro país contamos con unas Directrices de técnica normativa tanto a nivel del Estado<sup>7</sup> como en el de algunas Comunidades Autónomas<sup>8</sup>, lo cual supone un avance en la buena dirección e implica contar con unas pautas o guías de actuación a las que aferrarse.

Por otro lado, en el caso de la Unión Europea desde hace unos años se viene implementando el programa *Legislar mejor* de la Comisión Europea, que permite a esta institución evaluar continuamente si las disposiciones propias del Derecho Comunitario se adecuan a las necesidades de los ciudadanos y las empresas al mínimo coste posible, así como si ayudan a simplificar y abaratar la legislación europea existente<sup>9</sup>. A ello cabe añadir la existencia de la *Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea* del año 2015<sup>10</sup>.

Asimismo, debemos dar una valoración positiva, ya en nuestro país, a la inclusión de los denominados principios de buena regulación dentro de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, en concreto, en su Título VI, relativo a la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones, y cuyas novedades, de forma resumida son las siguientes:

a) En primer lugar, se enumeran en el art. 129 una serie de principios que han de ser considerados por el productor de normas jurídicas (en este caso, el Gobier-

7 Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa (BOE n° 180, de 29 de julio de 2005).

8 Así, por ejemplo, y sin ánimos de exhaustividad, cabe citar la Resolución de 5 de noviembre de 2014 de la Dirección General de la Asesoría Jurídica General, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 30 de octubre de 2014, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa (DOG núm. 219, de 14 de noviembre de 2014); la Orden de 31 de mayo de 2013, del Consejero de Presidencia y Justicia, por la que se publican las Directrices de Técnica Normativa del Gobierno de Aragón (BOA núm. 119, de 19 de Junio de 2013); la Ley del Parlamento del País Vasco 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General (BOE núm. 284, de 25 de noviembre de 2011); o, finalmente, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 5 de marzo de 2019 (BOCM de 13 de marzo de 2019) por el que se aprueban las Instrucciones generales para la aplicación del procedimiento para el ejercicio de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria del Consejo de Gobierno.

9 Cfr. [https://ec.europa.eu/info/files/better-regulation-guidelines\\_es](https://ec.europa.eu/info/files/better-regulation-guidelines_es) (consultado el 17/10/2022).

10 Cfr. <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/3879747d-7a3c-411b-a3a0-55c14e2ba732> (consultado el 17/10/2022).

no y la Administración pública), tales como necesidad, eficacia, proporcionalidad, *seguridad jurídica*, transparencia, eficiencia y estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Por su parte, el apartado 4º de dicho precepto dispone que, a fin de garantizar el principio de *seguridad jurídica*, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas.

b) En segundo lugar, se incorporan en dicha ley unos instrumentos de mejora regulatoria, como son, por un lado, la evaluación normativa y la adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación (art. 130); y, por otro, la exigencia de participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos (art. 133). A la evaluación normativa nos referiremos posteriormente en este mismo trabajo.

c) Finalmente, y con vistas a lograr una mayor seguridad y predictibilidad del ordenamiento, la ley 39/2915 apuesta por mejorar la planificación normativa *ex ante*, disponiendo que todas las Administraciones publicarán un Plan Anual Normativo en el que se recogerán todas las propuestas con rango de ley o de reglamento que vayan a ser elevadas para su aprobación el año siguiente (art. 132).

Pero, al mismo tiempo, también se contienen en la citada ley otras previsiones relativas a la evaluación *ex post*, puesto que, junto con el deber de revisar de forma continua la adaptación de la normativa a los principios de buena regulación, se impone la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos y si el coste y las cargas derivadas de ellas estaban justificados y adecuadamente valorados, debiendo plasmar el resultado de dicha evaluación en un informe que habrá de hacerse público (art. 130.1). Ello teniendo en cuenta, además, que en aplicación del principio de eficiencia la iniciativa normativa debe evitar imponer cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos (art. 129.6); y que, cuando la iniciativa normativa afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supereditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (art. 129.7).

## **2. La mejora del proceso de producción normativa en Canarias: la técnica legislativa como instrumento fundamental.**

### **2.1. Aspectos generales.**

El Tribunal Constitucional español, en su sentencia 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4, ha señalado que *“la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas”*. Asimismo, el Alto intérprete constitucional (STC 150/1990, de 4 de octubre FJ 8) ha conectado la seguridad jurídica con la técnica normativa, afirmando que *“los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma. En este orden de exigencias no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, singularmente en un sector como el tributario que, además de regular actos y relaciones jurídicas en masa que afectan y condicionan la actividad económica global de todos los ciudadanos, atribuye a éstos una participación y un protagonismo crecientes en la gestión y aplicación de los tributos. Resulta inexcusable en este contexto el esfuerzo del legislador, tanto estatal como autonómico, por alumbrar una normativa tributaria abarcable y comprensible para la mayoría de los ciudadanos a los que va dirigida; puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia”*.

Con todo, advierte seguidamente el Tribunal Constitucional en el mismo fundamento jurídico de la citada sentencia que *“lo anterior no conduce a considerar que las omisiones o las deficiencias técnicas de una norma constituyan, en sí mismas, tachas de inconstitucionalidad: siendo, por otra parte, inherente al valor superior del pluralismo (art. 1.1 de la Constitución) que las leyes puedan resultar acertadas y oportunas a unos como desacertadas e inoportunas a otros (STC 76/1990, fundamento jurídico 8.º)”*. Así, para el TC *“sólo si, en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible*

*para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica”.*

Por lo tanto, el principio constitucional de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Norma Fundamental española impone al productor normativo (bien sea éste el ejecutivo o el parlamentario) que respecto de la materia sobre la que se legisle sepan a qué atenerse en todo momento tanto los operadores jurídicos como los ciudadanos, sin generar situaciones objetivamente confusas, puesto que solo la claridad y la precisión en el uso del lenguaje normativo conducen a la certeza y a la seguridad jurídica.

Por otro lado, la preocupación por la aplicación de los principios y criterios de técnica normativa en el procedimiento parlamentario conducente a la aprobación de textos legislativos no se basa en aspectos puramente formales o académicos, sin mayor trascendencia; es decir, no es un asunto simplemente teórico o carente de efectos prácticos, ya que si las normas reflejan imprecisión técnica, un lenguaje farragoso o una incoherencia en su estructura, se puede generar una contradicción insalvable de la misma con el citado principio constitucional de seguridad jurídica.

En definitiva, no estamos en presencia de un asunto baladí, sino que el cumplimiento de las reglas y directrices de la buena técnica normativa constituye una exigencia para la plena verificación de la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico en el que se integran todas las normas, y permite el adecuado conocimiento de las mismas por parte de sus destinatarios y, por lo tanto, la eficacia del propio ordenamiento jurídico. Para cumplir dichos objetivos fundamentales, la técnica normativa se concreta en un conjunto de directrices o reglas de obligado cumplimiento en el proceso de elaboración normativa.

En este sentido, sólo una redacción correcta de las normas jurídicas y la inserción de las mismas de forma coherente y armónica en el ordenamiento jurídico dará satisfacción al principio de seguridad jurídica, mientras que una defectuosa redacción provoca dudas, incertidumbre y posibles interpretaciones divergentes, lo que compromete el cumplimiento de dicho principio<sup>11</sup>. Asimismo, una la correcta redacción de las normas tiene beneficios en una doble dimensión que se suceden en el tiempo: una *interna*, en el mismo proceso de ela-

11 Cfr. NAVARRO ATIENZA, M.A., *Manual Práctico de Técnica Normativa*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2015 (disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/publico/libros/manualTecnicaNormativa/files/assets/basic-html/toc.html>), consultado el 17/10/2022).

boración de la norma, puesto que facilita la intervención de las distintas instancias que han de participar en dicho proceso, y en consecuencia, su propia tramitación; y otra *externa*, una vez que se ha aprobado y comienza a desplegar sus efectos la norma correspondiente al facilitar, en primera instancia, la labor de los distintos operadores jurídicos que deben intervenir posteriormente a la hora de aplicarlas e interpretarlas, o bien los actos o los contratos que en ellas se sustentan, etc.; y, en segunda instancia, también beneficia a los ciudadanos en su condición de destinatarios de las normas, favoreciendo su conocimiento y, en consecuencia, su cumplimiento y su correcta aplicación.

Siendo ello así, no es de extrañar que las propias instituciones encargadas de elaborar las normas jurídicas, legales o reglamentarias, muestren en la actualidad una sincera preocupación por mejorar su calidad desde la óptica de la técnica normativa, buscando instrumentos que establezcan un conjunto de reglas a las que haya de ajustarse, no sólo el proceso de *elaboración* normativa que a cada una de dichas instituciones compete, sino también en el de *evaluación* de su eficacia y del grado de cumplimiento de los objetivos a los que respondió su aprobación.

Como ha señalado la doctrina, y con independencia de que existen precedentes muy anteriores en relación con el llamado “arte de legislar”<sup>12</sup>, la preocupación generalizada por la técnica legislativa en nuestro país es relativamente moderna<sup>13</sup>, y obedece a que, como consecuencia del aumento de la esfera de acción del Estado, las normas jurídicas se multiplican y tecnifican, introduciendo de esta forma un indudable elemento de complejidad al ordenamiento jurídico, lo que creó conciencia sobre la necesidad de introducir una racionalidad en la articulación de las normas que lo integran, con el objetivo último de que estas sean inteligibles y eficaces<sup>14</sup>.

En este sentido, cabe destacar que el objeto último de la técnica legislativa no se limita a la buena redacción de las leyes, sino que afecta a cuestiones más generales y trascendentes como son la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico (STC 222/2006, de 6 de julio, FJ 8), bajo la premisa fundamental

12 Cfr. VV.AA., *Técnica Normativa. Memento práctico Francis Lefebvre*, op. cit., pp. 10 y ss.

13 En nuestro país, una iniciativa pionera en este campo de estudio lo constituyó la publicación, por parte del Grupo GRETEL, del libro *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, Bosch, 1986. Dicha publicación finalizaba con la proposición de unas directrices sobre la elaboración de las leyes.

14 Cfr. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario”, en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 13, 2005, p. 122.

de que cada norma individualmente considerada no es un elemento aislado, sino que se integra en un ordenamiento jurídico considerado como un *totum* armónico en el que cada una de sus piezas está relacionada con las demás (STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8).

Por otra parte, y según ha subrayado el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica se entiende como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), y como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4). Ahora bien, al mismo tiempo el Alto Intérprete constitucional también ha recordado que no puede sustituir la libertad de configuración del legislador y que el enjuiciamiento de la ley es sólo a los efectos del control de constitucionalidad, pero no es un control político, de oportunidad o de calidad técnica (STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 4). A la vista de ello, no puede haber un reproche de constitucionalidad por el mero hecho de legislar, por más que esta práctica dé lugar a duplicidades o a una legislación innecesaria que pueda producir inseguridad jurídica. De esta forma, el Tribunal Constitucional asume una consideración de las reglas de la técnica legislativa desde un prisma bastante limitado, al considerarlas como una cuestión menor cuya infracción no constituye motivo suficiente, por sí mismo, para declarar la inconstitucionalidad de una ley<sup>15</sup>, señalando ya esta decisión no puede depender exclusivamente de su calidad material y, recordando que no hay en la Constitución una exigencia de elaborar leyes claras, sistemáticas ni unívocas<sup>16</sup>.

15 En este sentido, VIDAL MARTÍN, T., op. cit., pp. 346-347, señala que el TC se ha mostrado reacio a admitir un control de constitucionalidad de la ley exclusivamente en atención a la calidad de la misma, de manera que en la mayoría de los casos las imperfecciones de técnica legislativa no se consideran determinantes a los efectos de la conculcación del principio de seguridad jurídica. Precisamente, la excepción a esta regla general la constituye la STC 46/1990, de 15 de marzo, en la que se declaró la inconstitucionalidad de la ley canaria 14/1987, de modificación de la disposición final tercera de la ley 10/1987, de Aguas, como consecuencia del complicado juego de remisiones normativas llevado a efecto por dicha norma, lo que, a juicio del Alto Intérprete constitucional produjo una situación de incertidumbre jurídica en relación con la legislación de aguas en el archipiélago, incompatible con el principio de seguridad jurídica.

16 Casos paradigmáticos de falta de homogeneidad material en cuanto a su contenido suelen ser las denominadas “leyes de acompañamiento”, al referirse a ámbitos materiales de regulación muy heterogéneos. Sin embargo, ello no parece haber preocupado al TC, para quien de una deficiente técnica legislativa no se deriva *per se* una infracción de la Constitución (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 9).

## 2.2. El Parlamento de Canarias y la técnica legislativa.

Como ya ha sido señalado antes, podemos afirmar que en la actualidad existe una preocupación generalizada por la técnica legislativa que se ha trasladado tanto al ámbito de producción normativa que compete a los ejecutivos como, en menor medida –hay que reconocerlo– en relación con el que es propio de los Parlamentos. Por otro lado, nos recuerda la doctrina que la técnica legislativa opera en tres momentos fundamentales: a) en el momento de elaboración de los proyectos de ley, ya que la mayor parte de las normas legislativas aprobadas por los Parlamentos autonómicos tienen su origen en las iniciativas remitidas por los Gobiernos –esto es, los proyectos de ley– por lo que el momento de la redacción de tales iniciativas legislativas reviste un interés especial para la verificación de los principios de la técnica legislativa<sup>17</sup>; b) en el posterior momento, en el que da comienzo la tramitación de los proyectos y proposiciones de ley remitidos a una Asamblea legislativa por los sujetos que cuentan con iniciativa legislativa; y c) una vez aprobada la ley y estando la misma desplegando sus efectos, a través de la evaluación legislativa *ex post*.

La Comunidad Autónoma de Canarias ha demostrado en el pasado reciente su preocupación por elaborar unas Directrices de técnica normativa, que fueron objeto de plasmación inicial en un Decreto del Presidente de 2012<sup>18</sup> y que en la actualidad están reflejadas en el vigente Decreto 15/2016<sup>19</sup>, también del Presidente, formando parte del todavía reducido grupo de Comunidades Autónomas españolas que han avanzado en esta línea de actuación.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en relación con el proceso de elaboración normativa protagonizado por el ejecutivo regional canario, no hay en estos momentos en Canarias unas Directrices o Manual de técnica normativa de ámbito parlamentario, ni tampoco es posible localizar en el Reglamento de la Cámara previsión alguna específica sobre esta cuestión, más allá de algunas referencias a la corrección de estilo de los textos legislativos.

17 Cfr. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario”.

18 Decreto 20/2012, de 16 de marzo, del Presidente, por el que se establecen las normas internas para la elaboración y tramitación de las iniciativas normativas del Gobierno y se aprueban las directrices sobre su forma y estructura (BOC nº 64, de 30 de marzo de 2012).

19 Decreto 15/2016, de 11 de marzo, del Presidente, por el que se establecen las normas internas para la elaboración y tramitación de las iniciativas normativas del Gobierno y se aprueban las directrices sobre su forma y estructura (BOC nº 55, de 21 de marzo de 2016).

En este sentido, compartimos con García-Escudero Márquez la conveniencia de que cada Parlamento, también el de Canarias, cuente con un manual de técnica legislativa para uso de los funcionarios y legisladores que, aun incorporando las directrices comunes a todos los documentos de esta índole, responda igualmente a las especificidades propias de cada Cámara legislativa, siendo lo recomendable que sea aprobado por el órgano de Gobierno de la misma y que se dirija tanto a los funcionarios como a los legisladores cuando preparan o tramitan iniciativas legislativas o enmiendas a las mismas<sup>20</sup>. Ello sin perjuicio de analizar la conveniencia de introducir en una futura reforma del Reglamento del Parlamento canario alguna previsión específica sobre la que sustentar la aplicación de las reglas propias de la técnica legislativa en el proceso de elaboración de las leyes autonómicas del archipiélago, como ya ha hecho algún Parlamento autonómico en fechas relativamente recientes.

Por lo tanto, la situación actual en la Comunidad Autónoma de Canarias es que los proyectos de ley que se presentan en el Parlamento por parte del Gobierno regional se someten obligatoriamente en su proceso de elaboración a las reglas previstas en el Decreto 15/2016, de 11 de marzo, del Presidente, de forma que queda garantizado que un volumen estadísticamente importante de las iniciativas legislativas que, una vez superada su tramitación parlamentaria, terminan convirtiéndose en leyes autonómicas canarias se ajustan, ya desde su génesis, a los principios y reglas de técnica normativa. Sin embargo, en la actualidad no existe una previsión específica en el vigente Reglamento de la Cámara (RPC) que imponga el respeto a los criterios de la técnica normativa en la elaboración de las proposiciones de ley por parte de los diputados o los grupos parlamentarios, más allá los mecanismos tendentes a la depuración técnica de las iniciativas legislativas en tramitación, y solo en los casos de detección de errores o incorrecciones técnicas, terminológicas o gramaticales (arts. 132.3 y 136.3 RPC), o cuando el texto aprobado por el Pleno pudiera ser incongruente u oscuro en alguno de sus puntos (art. 137 RPC).

Ello supone que las proposiciones de ley en ocasiones son presentadas ante la Cámara sin ajustarse a esos mismos principios y reglas, por lo que eventualmente se detectan ya en su redacción primigenia aspectos inadecuados en cuanto a su estructura o al lenguaje utilizado, lo que implica que a lo largo de su tramitación parlamentaria sean difícilmente subsanables, puesto que el procedimiento legislativo carece de instrumentos adecuados de depuración del

20 Cfr. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, Civitas-Thomson-Reuters, 2011, pp. 61 y ss.

texto en tramitación desde la óptica del respeto a los criterios y principios de la técnica normativa.

A la vista de esta situación, consideramos muy deseable que se pudieran someter las proposiciones de ley a unas exigencias formales de similar naturaleza a las que se imponen a los proyectos de ley de origen gubernamental, buscando así la homogeneidad de criterios respecto de ambos tipos de iniciativas legislativas en cuanto a la forma en que han de ser redactados desde el punto de vista de su corrección técnica, asegurando así que el texto presentado como proposición de ley cumpla, desde el inicio de su tramitación parlamentaria, con unos criterios predeterminados basados en las recomendaciones y principios de la técnica normativa consagrados tanto en las Directrices estatales de 2005 como en otras referencias similares de ámbito autonómico, y muy especialmente en sintonía con ya las vigentes en la Comunidad autónoma de Canarias. A tal fin, resultaría muy recomendable que a través de un acuerdo de la Mesa del Parlamento de Canarias se aprobasen unas Directrices de técnica normativa con vistas a su aplicación en la redacción de proposiciones de ley, buscando así la mejora de la calidad tanto técnica como lingüística de las mismas.

Pero, al mismo tiempo, habría que definir en el procedimiento de tramitación de proposiciones de ley determinados trámites que permitan analizar la forma y estructura, así como el contenido, de dichas iniciativas legislativas, de manera que fuese posible ir ajustándolas a las exigencias de la técnica legislativa con vistas a que una vez fuesen aprobadas por el Pleno, su redacción fuera la más correcta posible. En dichos trámites habrían de tener un protagonismo destacado tanto los letrados como el personal del Servicio de Publicaciones de la Cámara en cuanto que expertos en temas lingüísticos.

A nuestro juicio, las líneas maestras de las *Directrices de técnica normativa del Parlamento de Canarias para la elaboración de proposiciones de ley* habían de ser las siguientes:

a) En cuanto a su ámbito de aplicación, las Directrices deberían ser de obligatoria aplicación en lo referente a la elaboración de las proposiciones de ley adoptadas a iniciativa de cualquiera de los sujetos mencionados en el apartado 1º del art. 139 del Reglamento de la Cámara, esto es, los diputados y diputadas, y los grupos parlamentarios. De manera complementaria, podrían servir de guía tanto para la elaboración de las proposiciones de ley de iniciativa popular por sus correspondientes Comisiones promotoras como para las procedentes de los Cabildos insulares o de los municipios de Canarias.

b) Respecto a su contenido, habría de ser un listado claro y ordenado de criterios en lo relativo a la forma, la estructura y el lenguaje utilizado en la elaboración de las proposiciones de ley, en línea con los incluidos en el Decreto del Presidente de Canarias núm. 15/2016, de 11 de marzo ya citado, donde se abordan un grupo de cuestiones principales en la materia, relativas a aspectos tales como la *estructura* de las proposiciones de ley, las *especificidades* de las proposiciones de ley modificativas de otras leyes o los criterios *lingüísticos* generales a seguir en su redacción. A este último aspecto nos referiremos posteriormente en el presente trabajo con más extensión.

Respecto a los dos primeros, la propuesta implicaría asumir unos criterios ampliamente reconocidos por la doctrina como esenciales en el ámbito del arte de legislar, cuya aplicación rigurosa aseguraría una redacción ordenada y sistemática de las proposiciones de ley ya desde su origen. Así, y en relación con la estructura de las proposiciones de ley, supondría abarcar aspectos relativos al título de la norma<sup>21</sup>; la exposición de motivos<sup>22</sup>; la sistemática y división de la

21 Al respecto de esta cuestión, la directriz decimotava del Decreto del Presidente 15/2016 señala, como cuestiones más relevantes, que el título indicará el objeto material de la norma identificándolo plenamente de forma precisa y completa, y que el mismo será ilustrativo de su contenido y si resulta al efecto demasiado largo podrá acompañarse de un título breve y también de una sigla o acrónimo oficial. Asimismo, que en las leyes de carácter temporal se hará constar en el título dicha circunstancia y su periodo de vigencia. Por otra parte, y una vez aprobada la ley, su título oficial responderá al sistema tradicional, con el número anual correspondiente, y la fecha de su promulgación, separados el número y el año por una barra y entre comas la mención al día y mes.

22 La directriz decimonovena del Decreto del Presidente 15/2016 señala que todos los proyectos deberán llevar una exposición de motivos, salvo aquellos que por su naturaleza no la requieran, como los de leyes acto o leyes medida y los de leyes presupuestarias. Por otra parte, se prevé que la exposición de motivos declarará breve y concisamente los objetivos de la ley, con alusión a sus antecedentes y a las competencias en cuyo ejercicio se dicta, así como a su contenido cuando sea preciso para la comprensión del texto legal, y evitará en todo caso las exhortaciones, declaraciones didácticas o laudatorias u otras análogas. Finalmente, si la exposición de motivos es larga, podrá dividirse en apartados, al comienzo de cada uno de los cuales se utilizarán números romanos, centrando las cifras en el texto.

ley<sup>23</sup>; los artículos de la norma<sup>24</sup>; la parte final de la ley<sup>25</sup> y los anexos<sup>26</sup>.

Por su parte, la directriz vigesimonovena sería la referencia en relación con la elaboración de proposiciones de ley de modificación de leyes preexistentes, aspecto que será igualmente analizado con más detalle con posterioridad.

Al margen de lo señalado, resultaría igualmente conveniente que, más allá de la aprobación de los criterios o directrices de técnica normativa en sentido estricto, el Parlamento incorporase al proceso de tramitación de las iniciativas legislativas un conjunto de mecanismos que, por una parte, permitan garantizar el análisis, en las diversas fases del procedimiento legislativo, de su corrección desde el punto de vista del cumplimiento de las propias directrices; y que, por otra parte, posibilite la depuración de dichas iniciativas en los casos en que se produzca su incumplimiento. Veamos en qué podrían consistir dichos mecanismos:

A. Verificación preliminar de las proposiciones de ley en su fase de admisión a trámite.

Una vez presentado el texto de una proposición de ley en el Registro de la Cámara, y antes de producirse su calificación y admisión a trámite por la Mesa, sería muy recomendable que el Servicio Jurídico llevara a cabo una verificación preliminar de dicha iniciativa a partir de la cumplimentación de un cuestionario

23 En la directriz vigesimoprimera del Decreto del Presidente 15/2016 se indica que la parte dispositiva de la ley responderá a un criterio único de ordenación, en cuya redacción se irá siempre de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto, de lo normal a lo excepcional y de lo sustantivo a lo procesal, desarrollándose las cuestiones de manera jerárquica y ordenada, completándolas material y formalmente sin dejar huecos ni lagunas. Asimismo, se establece en dicha directriz que el orden interno de la parte dispositiva será el siguiente: a) objeto de la ley; b) ámbito de aplicación; c) definiciones, si la complejidad técnica de la iniciativa las hiciese necesarias; d) parte sustantiva; e) procedimiento; f) infracciones y sanciones; g) parte final y h) anexos.

24 En cuanto a los artículos de la ley, la directriz vigesimosegunda del Decreto del Presidente 15/2016 señala que estos se numerarán en cardinales arábigos, así como que de haber uno solo se indicará como artículo único. Igualmente, que los artículos se titularán siempre, indicándose en el título el contenido o materia a la que se refieren. Por último, se indica en dicha directriz que los criterios orientadores para la redacción de un artículo son: cada artículo, un tema; cada párrafo, una oración, y cada oración, una idea.

25 La directriz vigesimotercera del Decreto del Presidente 15/2016 indica que la parte final se dividirá en las siguientes clases de disposiciones, y por este orden: disposiciones adicionales, disposiciones transitorias, disposiciones derogatorias y disposiciones finales. Asimismo, se aborda la regulación pormenorizada de la estructura y posible contenido de cada una de los diferentes tipos de disposiciones en las directrices vigesimocuarta (para las disposiciones adicionales), vigesimoquinta (para las transitorias), vigesimosexta (para las derogatorias) y vigesimoséptima (para las finales).

26 Cfr. directriz vigesimooctava del Decreto del Presidente 15/2016.

o lista de evaluación, a través del que se contrastaría su adecuación a los criterios más relevantes contemplados en las Directrices parlamentarias de técnica normativa, tanto desde el punto de vista de la estructura del texto de la proposición de ley como de su corrección lingüística.

La cumplimentación del citado cuestionario debería llevarse a efecto con la mayor celeridad posible al objeto de no dilatar la tramitación de la correspondiente proposición de ley, y siempre dentro de un plazo máximo predeterminado, por ejemplo, de siete días contado desde la fecha de su presentación en el Registro de la Cámara, salvo casos excepcionales motivados por la complejidad de la proposición, su extensión o la carga de trabajo eventualmente acumulada por el Servicio Jurídico.

En el caso de que tras esa comprobación preliminar se detectaran defectos u omisiones relevantes en la proposición de ley presentada a partir de un contraste entre su texto y las reglas de técnica normativa previstas en las Directrices, la Mesa de la Cámara habría de dejar en suspenso la adopción del acuerdo de admisión a trámite, y dar traslado al autor de la iniciativa legislativa del listado de defectos u omisiones detectados para que los subsanara dentro de un plazo máximo adicional, momento a partir del cual podría continuarse con la tramitación de la proposición de ley. Con todo, la inexistencia de un precepto reglamentario que imponga a los grupos parlamentarios y diputados la obligatoriedad de aplicar los criterios propios de la técnica normativa en el proceso de redacción de las proposiciones de ley implica, a nuestro juicio, la existencia de un obstáculo insalvable para impedir u obstaculizar la admisión a trámite de las citadas iniciativas legislativas, quedando la tarea de depuración técnica del texto fiada al devenir de su tramitación legislativa, especialmente en la fase de la ponencia.

B. Publicación de la proposición de ley en el Boletín Oficial del Parlamento de Canarias.

Una vez superada la verificación anterior, la publicación de la proposición de ley en el *Boletín Oficial del Parlamento de Canarias* a que se refiere el art. 139.2 del Reglamento de la Cámara habría de realizarse incorporando las correcciones que, en su caso, hayan sido propuestas por los Servicios de la Cámara a partir de lo previsto por las Directrices de técnica normativa y subsanadas por el correspondiente autor material de la iniciativa, prestando especial atención a aquellas que se refieren a la utilización del lenguaje normativo.

### C. Fase de ponencia.

Dentro del procedimiento legislativo, la fase de ponencia resulta crucial para garantizar la adecuada coherencia y estructura del texto en tramitación. En este sentido, y aunque la iniciativa legislativa fuera correcta desde la óptica de la técnica legislativa en cuanto a su redacción originaria, puede ocurrir –y de hecho, suele ser frecuente– que la aceptación de enmiendas parciales formuladas a dicho texto trastoque la estructura o el contenido de la proposición de ley hasta el punto de incurrir de manera sobrevenida en graves deficiencias. Por ello, finalizado el plazo de presentación de enmiendas al articulado a una proposición de ley –y antes de dar comienzo los trabajos de la ponencia– por parte del Servicio Jurídico debería elaborarse un informe que estudiara el conjunto de enmiendas al articulado que eventualmente se hubieran formulado, verificando la afectación que, en su caso, las modificaciones propuestas por las enmiendas implicaran en el texto o en la estructura de la proposición de ley en relación con los criterios previstos en las Directrices de técnica normativa<sup>27</sup>. Asimismo, dicho informe analizará también el conjunto de enmiendas desde la óptica de su congruencia y homogeneidad material con el texto de la proposición de ley a la que se refieren a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre esta materia, aspecto problemático al que posteriormente nos referiremos con más detalle.

Por otra parte, debemos señalar que todas las iniciativas legislativas (tanto proyectos como proposiciones de ley) que se formulan para su tramitación por el Parlamento de Canarias son objeto de análisis por parte del Consejo Consultivo de Canarias a través de un dictamen destinado a verificar la adecuación de la iniciativa desde parámetros de constitucionalidad y estatutariedad. Los primeros, por cuanto dicho dictamen se remite por el Gobierno al Parlamento junto con el texto del proyecto, mientras que las proposiciones de ley se remiten al Consejo Consultivo para su análisis una vez superado el debate de toma en consideración. Teniendo ello en cuenta, el dictamen que elabora el citado órgano consultivo autonómico y remite al Parlamento suele contener consideraciones interesantes y muy útiles desde el punto de vista del cumplimiento por dichos textos de los

<sup>27</sup> En este sentido, debe señalarse que el art. 102.2 del Reglamento del Parlamento de Cataluña establece que “La ponencia puede recomendar a la comisión la adopción de enmiendas y puede proponer enmiendas transaccionales entre las ya presentadas y el texto inicial del proyecto o proposición de ley, y debe indicar, en todo caso, las modificaciones que conllevan con respecto a dicho texto inicial. La ponencia, si es colegiada, puede proponer, por unanimidad, nuevas enmiendas. *Corresponde a la ponencia, asesorada por los servicios jurídicos y lingüísticos, elevar a la comisión propuestas de técnica legislativa y adecuación a las reglas y los usos formales y lingüísticos del Parlamento respecto a los proyectos y proposiciones de ley*”.

parámetros y reglas propios de la técnica legislativa, de forma que son analizadas con atención por parte de los miembros de la ponencia legislativa y muy a menudo sirven para impulsar la introducción por consenso entre los grupos parlamentarios de retoques en la redacción originaria del texto normativo, contribuyendo así a su depuración técnica.

#### D. Especialidades.

Lo señalado anteriormente se aplicaría, en la medida de lo posible y con las adaptaciones que resulten necesarias, tanto en los casos en los que una proposición de ley sea objeto de tramitación en el marco de alguno de los procedimientos legislativos especiales previstos en el Reglamento de la Cámara<sup>28</sup>, como en los supuestos en los que se acordara la urgencia en su tramitación, con la consiguiente reducción de los plazos reglamentarios que ello implicaría.

#### E. Publicación del informe de la ponencia y del dictamen de la Comisión.

Concluido el informe de la ponencia o terminado el dictamen de la Comisión, ambos documentos habrían de ser publicados en el *Boletín Oficial del Parlamento de Canarias* incorporando las correcciones que, en su caso, hubieran sido propuestas por los Servicios de la Cámara a partir de lo previsto por las Directrices de técnica normativa del Parlamento, en especial respecto de los criterios lingüísticos.

### **2.3. Cuestiones problemáticas y propuestas de mejora.**

Reservamos para este epígrafe el estudio de un listado de cuestiones que requieren un análisis detenido, ya que reflejan los principales problemas que, en materia de respeto a las reglas de la técnica normativa, suelen presentarse en relación con la tramitación en sede parlamentaria de iniciativas legislativas (tanto proyectos como proposiciones de ley) y cuya resolución resulta decisiva con vistas a la mejora de la calidad de las leyes aprobadas en el Parlamento de Canarias.

#### A. Corrección de estilo.

Los Reglamentos Parlamentarios suelen prever distintos mecanismos para proceder a la mejora del texto de un proyecto o una proposición de ley que está

<sup>28</sup> Procedimiento de desarrollo institucional (arts. 147-149 del Reglamento del Parlamento de Canarias), procedimiento abreviado (arts. 150-151) y procedimiento de lectura única (art. 152).

siendo objeto de tramitación parlamentaria desde el punto de vista lingüístico, lo que permite, llegado el caso, introducir ciertos cambios en el texto normativo inicialmente aprobado por una Comisión o por el Pleno.

Es cierto que la utilización de estos mecanismos de corrección técnica puede suponer el riesgo de una cierta ralentización de la aprobación de los textos legislativos, pero presentan la ventaja de evitar que se llegue a promulgar una ley -esto es, que se integre en el ordenamiento jurídico- un texto normativo que presente ambigüedades, oscuridades o incorrecciones lingüísticas, lo que comprometería su adecuada aplicación práctica y, con ello, el respecto al principio de seguridad jurídica constitucionalmente consagrado.

Centrándonos en el ámbito del Parlamento de Canarias, nos encontramos en el Reglamento de la Cámara con dos mecanismos que permiten llevar a efecto, en su caso, una corrección de estilo y que pueden ser muy útiles si se usan adecuadamente. El primero opera antes de que el proyecto legislativo llegue al Pleno para su aprobación como ley. En concreto, el art. 132.3 del Reglamento se refiere a la fase de deliberación de la iniciativa legislativa en Comisión, esto es, una vez que la ponencia ha concluido su informe y consiste en que durante la discusión de un artículo en la Comisión, la Mesa podrá admitir a trámite enmiendas que tengan por finalidad subsanar errores o incorrecciones técnicas, terminológicas o gramaticales.

Por otro lado, el art. 136.3 del Reglamento de la Cámara, referido esta vez a la fase final de tramitación parlamentaria de una iniciativa legislativa que tiene lugar en el Pleno, dispone que durante el debate la Presidencia podrá admitir enmiendas que tengan por finalidad subsanar errores o incorrecciones técnicas, terminológicas o gramaticales.

Pero, incluso una vez terminado el debate plenario en relación con una iniciativa legislativa (esto es, antes de su remisión al Presidente del Gobierno para la sanción y promulgación de la ley), el art. 137 del Reglamento prevé que si el texto resultante pudiera ser incongruente u oscuro en alguno de sus puntos, la Mesa de la Cámara, por iniciativa propia o a petición de la Comisión, podrá enviar el texto aprobado por el Pleno de nuevo a la Comisión, con el único fin de que esta, en el plazo de un mes, efectúe una redacción armónica que deje a salvo los acuerdos del Pleno, señalando dicho precepto reglamentario que el dictamen así redactado se someterá a la decisión final del Pleno, que deberá aprobarlo o rechazarlo en su conjunto en una sola votación.

Los dos primeros mecanismos señalados implicarían que, bien a instancia de los Servicios administrativos de la Cámara (el de Publicaciones, en donde se integran los correctores de estilo, o del propio Servicio Jurídico) podría elaborarse un listado de correcciones que se pasaría a los distintos grupos parlamentarios para que estos, únicos legitimados por el Reglamento de la Cámara, las incorporasen al debate en Comisión o en el Pleno a través de la formulación de enmiendas de carácter técnico, en cuyo caso lo previsible es que fuesen aceptadas y aprobadas sin problemas por la mayoría de los miembros de la Cámara.

Más complicado se nos antoja la utilización del mecanismo a que se refiere el art. 137 del Reglamento. De hecho, no hemos podido localizar ningún precedente de utilización de dicho mecanismo reglamentario. La razón parece muy simple: una vez aprobada por el Pleno una ley existen ciertas prisas en remitirla al Gobierno a los efectos de cumplimentar los trámites subsiguientes, necesarios para su entrada en vigor (sanción, promulgación y publicación) de forma que en la práctica los eventuales errores gramaticales o de estilo suelen detectarse una vez publicada aquella y se materializan a través de la figura de la corrección de errores, con los problemas que la utilización de esta técnica puede suponer, tal y como veremos inmediatamente.

Con todo, la recomendación en este punto es que una vez aprobado el texto de una ley por el Pleno y, antes de remitirlo al Gobierno, aquel sea objeto de una “relectura” por parte de los Servicios de la Cámara al objeto de detectar posibles errores lingüísticos, oscuridades o ambigüedades no detectadas en las fases anteriores de su tramitación. Así, por ejemplo, los derivados de enmiendas que son objeto de introducción mediante su presentación “in voce” en el debate plenario, cuestión a la que luego nos referiremos. Pese a todo, no se nos oculta que el margen de respuesta va a ser muy limitado dado que hablamos de un texto que, formalmente, ha sido objeto de aprobación definitiva por la mayoría de la Cámara.

## B. Corrección de errores.

Como es bien sabido, en el marco de un Estado de Derecho no puede hablarse de la existencia de una norma jurídica si esta no ha sido objeto de publicación, con lo que la misma no podrá producir ningún tipo de eficacia jurídica hasta que aquella no se produzca. A ello se refiere expresamente el art. 9.3 de la Constitución española. Por su parte, el art. 131 de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* se refiere expresamente a este principio, al señalar que las normas con rango de ley, los reglamentos y disposiciones administrativas habrán de publicarse en el diario ofi-

cial correspondiente para que entren en vigor y produzcan efectos jurídicos. Adicionalmente, y de manera facultativa, se permite que las Administraciones Públicas establezcan otros medios de publicidad complementarios.

En este ámbito, el de la publicación de las normas, se inserta la problemática de las denominadas “correcciones de errores” en cuanto que constituye una práctica que, si bien es ciertamente habitual, no por ello deja de conllevar un potencial peligro de utilización torticera o fraudulenta que debe ser combatida en el ámbito de la aprobación de las leyes.

En sentido estricto, la corrección de errores de las normas constituye un procedimiento que permite constatar la existencia de un error producido en la publicación de la norma en un diario oficial, esto es, supone reconocer que, por las razones que fueren, existen divergencias entre lo publicado (texto erróneo) y el texto que en su lugar debió publicarse, que no es otro que el que refleja la voluntad expresada por la mayoría del órgano (Parlamento o ejecutivo) responsable de su aprobación. Dicho de otra forma, técnicamente, una corrección de error no es una revisión de un texto inicialmente publicado, sino la rectificación de un proceso de publicación que fue imperfecto, dado que no se trasladó al correspondiente Diario Oficial el texto adecuado. Por tanto, la corrección de errores no da lugar a un acto normativo nuevo y diferenciado del primeramente publicado (ley o reglamento), sino una adecuación de la publicación al tenor literal de este.

Siendo ello así, la adecuada utilización de este mecanismo debería estar limitada a su verdadero ámbito, que no sería otro que la eliminación de erratas o de divergencias entre el texto de la ley que se publica y el que debió publicarse; pero debe quedar totalmente vedada a los supuestos en los que implicase una real o aparente modificación del contenido o del sentido de la norma<sup>29</sup>. Por lo tanto, la corrección de errores no podría utilizarse para sustituir, por las razones que fueren (olvidos del legislador, cuestiones nuevas imprevistas y sobrevenidas al momento de la aprobación de la ley) y por muy relevantes que estas resultasen, el texto inicialmente aprobado por el Pleno de la Cámara, porque ello supondría alterar la voluntad del sujeto con competencia para la producción normativa, lo cual requeriría en puridad la tramitación del texto de una ley de modificación *ad hoc* para salvar el error producido.

29 Vid, en este sentido, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. “Objetivo: mejorar la calidad de las leyes. Cinco propuestas de técnica legislativa”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 80, 2010, pp. 93 y ss, quien ha subrayado el peligro potencial que las correcciones de errores de las leyes ofrece para la seguridad jurídica.

A la vista de lo señalado, la recomendación en este punto es que se limiten las correcciones de errores al ámbito que verdaderamente les corresponde: salvar los errores de composición que se produzcan en la publicación y los errores u omisiones presentes en el texto remitido para publicación que no constituyan una modificación o alteración del sentido de las disposiciones o que se deduzcan claramente del contexto.

Por otro lado, debería valorarse la posible introducción de un artículo en el Reglamento del Parlamento de Canarias para regular específicamente esta cuestión, previéndose la necesidad de que, en el caso de las correcciones de errores a las leyes, se emita preceptivamente un informe jurídico que previamente a su materialización determine si estamos en presencia del ámbito propio que corresponde a este mecanismo para descartarlo en caso contrario.

### C. Enmiendas incongruentes con el objeto material de la iniciativa legislativa.

En nuestro ordenamiento jurídico parlamentario, y salvo alguna excepción (art. 118.2 del Reglamento del Parlamento de Cataluña<sup>30</sup> o art. 128.8 del Reglamento del Parlamento de Navarra<sup>31</sup>), no está expresamente previsto que la homogeneidad se mantenga a lo largo de la tramitación parlamentaria de un proyecto o proposición de ley, esto es, exigiendo que las enmiendas que se formulen presenten una conexión mínima con la materia que constituye el objeto de dicha iniciativa legislativa<sup>32</sup>.

Este tema es especialmente relevante, ya que una de las principales carencias de las leyes en la actualidad es que presentan un contenido heterogéneo desde el punto de vista de su regulación material, al que a menudo ni siquiera se hace referencia en su preámbulo o en su título, de forma que el operador jurídico en muchas ocasiones desconoce qué aspectos son objeto de regulación en leyes que, aunque en su origen sí presentaban esa necesaria homogeneidad, más tarde esta

30 “Las enmiendas pueden ser de supresión, de modificación y de adición. *En los dos últimos supuestos, la enmienda debe contener el texto concreto que se propone como modificación o como adición, que debe ser congruente con el objeto material de la iniciativa legislativa.* También pueden proponerse enmiendas de mejora formal de la iniciativa, de conformidad con las normas de técnica legislativa”.

31 “No se admitirán las enmiendas al articulado que carezcan de la debida relación con el texto a que se refieran, ni aquellas otras que, estimadas en su conjunto, se identifiquen con el texto completo alternativo contenido en una enmienda a la totalidad”.

32 Sobre este aspecto particular, vid. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “De enmiendas homogéneas, leyes heterogéneas y preceptos intrusos. ¿Es contradictoria la nueva doctrina del Tribunal Constitucional sobre la elaboración de las leyes?”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 31, 2013, págs. 199-236.

se difumina en su tramitación por la introducción de enmiendas ajenas completamente a la materia sobre las que inicialmente versaba la iniciativa legislativa.

Por lo tanto, el problema reside aquí en que un uso indiscriminado de este tipo de enmiendas puede dar lugar a modificaciones encubiertas de leyes, en las que resulte difícil la localización de materias totalmente ajenas a las que se refiere la ley en su título o preámbulo, lo cual atentan gravemente contra el principio constitucional de la seguridad jurídica.

En esta materia, hemos asistido a una clara evolución jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional. Así, en las SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1 y 194/2000, de 19 de julio, FJ 3, aquel señaló que no existía límite constitucional al derecho de enmienda, por lo cual no era necesario respetar la congruencia material con el texto de la futura ley, de forma que a través de las enmiendas se podían plantear modificaciones sobre aspectos materiales que nada tuvieran que ver con el objeto de la norma legislativa en tramitación.

Posteriormente, en STC 119/2011, de 5 de julio, FJ 6, el Tribunal Constitucional consideró que la homogeneidad sí viene exigida por el carácter subsidiario de la enmienda, por lo que, aunque el correspondiente Reglamento parlamentario no lo establezca expresamente su control debería verificarse pudiendo inadmitirse aquellas que carezcan de dicha conexión material con el objeto de la iniciativa legislativa, aunque confiriendo un amplio margen de apreciación de las Mesas de las Cámaras a la hora de realizar esa valoración. Asimismo, en la STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 7, el Alto Intérprete constitucional precisó que toda enmienda parcial tiene que tener un carácter subsidiario o incidental respecto del texto a enmendar, de modo que una vez que una iniciativa correspondiente ha sido aceptada expresamente por la Cámara como texto de deliberación (mediante la toma en consideración de la proposición de ley por el Pleno), no cabe alterar su objeto mediante las enmiendas al articulado, concluyendo así que no caben enmiendas de este tipo que sean ajenas a la materia de la iniciativa, esto es, que no guarden una conexión de homogeneidad mínima con la misma. Por lo tanto, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional antes analizada, entendemos que deberían inadmitirse de forma motivada sólo aquellas enmiendas que guarden una absoluta o manifiesta falta de conexión material con la iniciativa legislativa de que se trate.

En fin, y a la vista de lo expuesto, la recomendación sería regular la cuestión en el Reglamento de la Cámara, exigiendo expresamente la congruencia entre la enmienda y la iniciativa legislativa como criterio general. Por otro lado, reforzar

el control de la congruencia de las enmiendas que corresponde realizar a la Mesa de la Comisión en cuanto que órgano competente para su admisión a trámite, mediante la exigencia de la emisión de un informe jurídico previo elaborado por el Servicio Jurídico de la Cámara. Asimismo, garantizar la posibilidad de interponer un recurso de alzada ante la Mesa del Parlamento en caso de que el diputado o grupo parlamentario autor de la enmienda inadmitida por falta de congruencia discrepara de la decisión de inadmisión, para hacer valer sus argumentos a favor de su admisión a trámite<sup>33</sup>.

#### D. Enmiendas “in voce”.

Según la Real Academia de la Lengua, el término “in voce” se define como “de viva voz”, lo cual, aplicado al ámbito parlamentario, supone referirse a aquellas enmiendas que son formuladas verbalmente una vez que ha finalizado el plazo reglamentariamente previsto para la presentación por escrito de propuestas de alteración parcial de una iniciativa legislativa en tramitación, que es en lo que en definitiva consisten las denominadas enmiendas al articulado, en sus modalidades de adición, supresión o modificación.

La existencia de este tipo de enmiendas no tiene una expresa base reglamentaria en el ámbito del Parlamento de Canarias, esto es, su presentación no encuentra acomodo en ningún precepto específico del Reglamento de la Cámara, pero sí es el fruto de una dilatada práctica parlamentaria, reflejando con ello un elemento de flexibilidad característico de los procedimientos propios del Derecho parlamentario; aunque, eso sí, su viabilidad va a estar sujeta a determinadas garantías, puesto que a modo de costumbre parlamentaria se exige que ningún grupo parlamentario se oponga a su admisión; es decir, se impone la regla de la unanimidad para su admisión, lo cual es una lógica garantía derivada no sólo del principio de seguridad jurídica, sino del respeto al derecho de las minorías parla-

33 Esta posibilidad ya está contemplada en el Reglamento del Parlamento de Canarias (art. 131.3) al prever que, finalizado el plazo de presentación de enmiendas al articulado y tras la calificación y admisión a trámite de las mismas por la Mesa de la Comisión competente, aquellos diputados o grupos parlamentarios enmendantes podrán interponer ante la Mesa de la Cámara reclamación contra el acuerdo de calificación de la Mesa de la comisión dentro del plazo de los tres días siguientes desde la notificación del correspondiente acuerdo. Asimismo, dispone el citado precepto que dicha reclamación no tendrá efectos suspensivos, pero deberá ser resuelta por la Mesa de la Cámara antes de la emisión del dictamen de la Comisión. En nuestra opinión, habría que plantearse la modificación de este precepto al objeto de prever el efecto suspensivo automático derivado de la interposición de la reclamación junto con la previsión de un plazo máximo para que la Mesa de la Cámara resolviera definitivamente de forma motivada, en cuyo caso podría continuar la tramitación de la correspondiente iniciativa legislativa ante la Comisión competente.

mentarias, que tienen en las reglas previstas en el Reglamento de la Cámara -entre ellas, el respeto a los preceptos que limitan la presentación de enmiendas a un plazo cierto y limitado- su principal garantía.

Por otro lado, debe precisarse que la regla de la unanimidad rige exclusivamente para la admisión a trámite y el debate de la enmienda “in voce” de que se trate, pero no en relación con su aprobación o rechazo, aspectos supeditados a la regla general para la toma de acuerdos en sede parlamentaria que prevé el art. 92.4 del Reglamento, a la aprobación por la mayoría simple de los miembros presentes en el órgano (Pleno o Comisión).

En relación con este tipo de enmiendas, y como ya ha sido apuntado, falta en el Parlamento de Canarias una regulación reglamentaria que les otorgue un fundamento normativo expreso<sup>34</sup>. En este sentido, la recomendación sería que se presenten siempre por escrito y de forma anticipada a su debate en Pleno o Comisión para facilitar su análisis por los letrados de la Cámara a través de un in-

34 Actualmente, son escasos los Reglamentos parlamentarios que contienen una regulación específica de las enmiendas “in voce”. Así, En primer lugar, el art. 136 del Reglamento del Parlamento de Navarra se refiere a la presentación de este tipo de enmiendas en Comisión, señalando, entre otras cuestiones, que su texto deberá entregarse en el acto y por escrito en el momento de su presentación, y que deberán estar en relación directa con el objeto del debate. Para su admisión a trámite por la Mesa de la Comisión se requiere la firma de, al menos, dos grupos parlamentarios o un quinto de los miembros de la Comisión. Igualmente, se prevé en dicho precepto que las enmiendas “in voce” presentadas se incorporarán como anexo al acta de la sesión correspondiente y una copia de las mismas se archivará en el expediente. Por su parte, si la enmienda “in voce” fuera presentada en el Pleno, el Reglamento del Parlamento de Navarra contiene dos previsiones: por un lado, el art. 140 señala que la Presidencia admitirá a trámite las enmiendas “in voce” que presenten los grupos parlamentarios que representen, al menos, a la mayoría de los miembros de la Cámara antes de iniciar el debate; y que dichas enmiendas serán defendidas por los firmantes cuando se posicionen sobre la totalidad del dictamen y serán votadas en primer lugar, por su orden. Igualmente, se dispone que, de ser aprobadas, se incorporarán al texto del dictamen, cuyo conjunto será sometido a una sola votación. Por otro lado, el art. 142 del Reglamento de la Asamblea legislativa navarra establece que durante el debate a que se refiere el artículo anterior (del dictamen de una Comisión ante el Pleno) la Presidencia podrá admitir a trámite enmiendas “in voce” siempre que tengan por objeto subsanar errores o incorrecciones técnicas, terminológicas o gramaticales. En cualquier otro supuesto, sólo podrán admitirse a trámite cuando ningún grupo parlamentario se oponga a su admisión. Igualmente, el Reglamento del Parlamento de Cataluña en su art. 123.5, aunque bajo la denominación de “enmiendas técnicas” y sin hacer una mención expresa a las enmiendas “in voce” sí contiene una previsión que permitiría su admisión, al señalar lo siguiente: “Durante el debate en el Pleno, la presidencia puede admitir enmiendas técnicas. Pueden admitirse a trámite enmiendas transaccionales entre las ya presentadas y el texto del dictamen, lo cual comporta la retirada de las enmiendas respecto a las que se transige. También pueden tramitarse las enmiendas presentadas al proyecto por los diputados y los grupos parlamentarios en el plazo de enmiendas establecido que hayan sido reformadas para adecuarlas a la nueva redacción del artículo, modificada por el dictamen de la comisión. *También pueden admitirse a trámite otras enmiendas, si están firmadas por todos los grupos parlamentarios*”.

forme, debiendo darse lectura de las mismas antes de su votación para garantizar que se conoce cuál es su contenido. Además, nos parece igualmente necesario contar con una específica previsión reglamentaria para exigir que su admisión a trámite quede supeditada a que ningún grupo parlamentario se oponga o, alternativamente, a que estén presentadas conjuntamente por todos los grupos parlamentarios de la Cámara. Con todo, somos plenamente conscientes de que a menudo este tipo de enmiendas se presentan *in extremis*, esto es, breves instantes antes de someterlas a votación, ya que suelen ser el fruto de complicadas negociaciones políticas entre los distintos grupos parlamentarios de la Cámara que pueden acabar fructificando de manera muy tardía. En tal caso, la verificación preliminar de su contenido por los letrados de la Cámara resulta casi una quimera.

#### E. Leyes modificativas.

Las reglas propias de la técnica normativa son muy claras en relación con este tipo de leyes, y proponen que siempre sea preferible la aprobación de una nueva ley que sustituya a la anterior a la aprobación de una ley modificativa<sup>35</sup>. Por ello, lo recomendable es que, en la medida de lo posible, se eviten las leyes de modificación múltiple o leyes ómnibus -esto es, las que proponen la modificación de varias leyes preexistentes- porque dificultan el conocimiento y la localización de las modificaciones legislativas, siendo el caso prototípico el de las leyes de medidas administrativas, fiscales y del orden social.

En todo caso, las leyes modificativas han de tener por objeto la modificación de una sola ley y ello se indicará siempre en el título. Ahora bien, conviene recordar que para el Tribunal Constitucional este tipo de leyes no están prohibidas, dándose por aquel preferencia a la libertad de configuración del legislador y por mucho que dicho tipo de leyes puedan responder a una mala técnica legislativa y comprometer el conocimiento del Derecho vigente<sup>36</sup>.

35 En este sentido, vid. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario”, op. cit., p. 153, para quien las leyes modificativas deberían ser utilizadas de modo muy restrictivo.

36 Cfr. STC 136/2011, FJ 3º: “...podemos afirmar ahora que el dogma de la deseable homogeneidad de un texto legislativo no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar normas multisectoriales, pues tampoco existe en la Constitución precepto alguno, expreso o implícito, que impida que las leyes tengan un contenido heterogéneo. El único límite que existe en nuestro ordenamiento jurídico a las leyes de contenido heterogéneo es el previsto en la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular; que acoge como una de las causas de inadmisión de esa iniciativa “[e]l hecho de que el texto de la proposición verse sobre materias diversas carentes de homogeneidad entre sí” [art. 5.2 c)]; “Descartada ya la existencia de prohibición alguna en el texto constitucional a la

En este sentido, y para minimizar riesgos, cabe apelar a la aplicación para este tipo de leyes de los criterios señalados en la directriz vigésimonovena del Decreto del Presidente de Canarias núm. 15/2016, de 11 de marzo, al que con anterioridad se ha hecho referencia<sup>37</sup>.

#### F. Evaluación legislativa en sede parlamentaria.

Por tal cabe entender el proceso en virtud del cual, el propio Parlamento, en cuanto que autor material de las leyes, asume el protagonismo de verificar su grado de cumplimiento efectivo. Efectivamente, como ya hemos apuntado antes la técnica legislativa no sólo se ocupa de aspectos formales de las leyes (lenguaje, estructura, sistemática), sino también de que cumplan los objetivos perseguidos con su aprobación, esto es, que la regulación sea materialmente adecuada<sup>38</sup>.

Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurren en otros países de nuestro entorno, en España la evaluación normativa en general, y la legislativa en particu-

*existencia de las leyes complejas [así denominábamos, por ejemplo, en la STC 126/1987, de 16 de julio, a la Ley 5/1983, de 29 de junio, de medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, que contenía “normas relativas a las operaciones financieras del sector público, normas de contratación y normas tributarias” (FJ 5)], multisectoriales o de contenido heterogéneo, resta por determinar si existe algún límite a su uso o contenido, debiendo responderse a esta cuestión también de forma negativa, pues la Constitución no prevé que el principio de competencia o especialidad obligue a que sólo puedan aprobarse constitucionalmente normas homogéneas que se refieran a una materia concreta. A este respecto hay que señalar que no cabe duda de que sería una técnica más perfecta la de circunscribir el debate político de un proyecto de ley a una materia específica, lo que alentaría una mayor especialización del mismo y, posiblemente, una mejor pureza técnica del resultado. Sin embargo, los reparos que pudieran oponerse a la técnica de las leyes multisectoriales, por su referencia a un buen número de materias diferentes, no dejan de ser en muchas ocasiones otra cosa que una objeción de simple oportunidad, sin relevancia, por tanto, como juicio de constitucionalidad stricto sensu, tanto más cuanto que una y otra norma legal son obra del legislador democrático. Por tanto, aun aceptando que una ley como la impugnada puede ser expresión de una deficiente técnica legislativa, no por ello cabe inferir de modo necesario una infracción de la Constitución habida cuenta que el juicio de constitucionalidad que corresponde hacer a este Tribunal “no lo es de técnica legislativa” [SSTC 109/1987, de 29 de junio, FJ 3 c); y 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 4], ni de “perfección técnica de las leyes” (SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 4), pues nuestro control “nada tiene que ver con su depuración técnica” (SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 5; y 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 4)].*

37 Según dicha directriz, en el título de las leyes modificativas deberá figurar tal circunstancia, así como el título de la ley modificada, sea el completo o el breve en su caso, e igualmente el número de orden de la modificación, salvo que la modificación sea integral y dé nueva redacción a todo el contenido del texto de la ley modificada. Por el contrario, si un anteproyecto de ley no propiamente modificativa contiene también modificaciones de otra u otras leyes, estas se incluirán en las disposiciones finales, indicando en el título de la disposición correspondiente que se trata de una modificación y el título de la ley o leyes modificadas.

38 Cfr. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, cit., pp. 73 y ss.

lar, está en una fase muy preliminar de desarrollo. De esta forma, y en un contexto de proliferación y sucesión constante de cambios legislativos, el Parlamento no se ha ocupado tradicionalmente de llevar a cabo esta imprescindible labor, pese a que la evaluación legislativa debería ser considerada como un rol irrenunciable de las Cámaras legislativas de nuestro tiempo<sup>39</sup> y como un signo distintivo de calidad democrática<sup>40</sup>. En este sentido, cabe destacar la importancia de poner en marcha en sede parlamentaria procesos de este tipo, ya que de esa forma se cerraría el ciclo completo de la evaluación de la producción normativa, que comienza con el proceso de evaluación *ex ante* que, por imperativo legal y tras la aprobación de la Ley 39/2015, se encomienda a las Administraciones Públicas bajo el impulso de los correspondientes ejecutivos.

Efectivamente, tal y como dispone el art. 129.1 de dicha norma legislativa, dentro de los principios de buena regulación a los que deben sujetarse los Gobiernos en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria que les corresponde, se impone la obligación de actuar de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. Por otro lado, el apartado 2º de dicho precepto señala que, en virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución. Asimismo, el apartado 3º prevé que en virtud del principio de proporcionalidad, 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.

En atención a ello, se impone legalmente a los ejecutivos realizar un proceso de evaluación *ex ante* de los proyectos normativos (de naturaleza reglamentaria o legislativa) cuya aprobación se promueve, al objeto de verificar los extremos an-

39 Para MONTORO CHINER, M.J., “Técnica legislativa y evaluación de las normas”, en *Anuario jurídico de La Rioja*, núm. 6-7, 2000-2001, p. 169, “...se debe implicar en la evaluación de las normas a los servicios destacados en los Parlamentos, puesto que el Parlamento, en su tarea de dirección de la sociedad, puede comprobar hasta qué punto se cumplieron los objetivos que se proponía”.

40 Cfr. PARDO FALCÓN, J., “La evaluación de las leyes: consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el estado autonómico español”, en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 3, 2007, págs. 85-105. Igualmente, vid. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Potestad legislativa y evaluación ex post de las normas: hacia un mejor parlamento a través de la regulación Inteligente”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 97-99, 2016, págs. 79-184.

tes apuntados. Es por ello que en el art. 130 de la citada ley 39/2015, relativo a la evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación, se impone la obligación a las Administraciones Públicas de revisar periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas. Asimismo, se dispone en el citado precepto que el resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente.

Para el caso concreto del Gobierno de Canarias, el ya citado Decreto del Presidente núm. 15/2016, de 11 de marzo, aborda esta misma cuestión, al establecer en la fase previa de elaboración de las iniciativas normativas (tanto normas con rango de ley como de naturaleza reglamentaria) la obligación para los centros directivos competentes por razón de la materia de analizar la necesidad de la iniciativa<sup>41</sup>. Asimismo, se prevé en dicho Decreto la elaboración de listas de evaluación en relación con los anteproyectos de ley con el objeto de justificar la oportunidad de la iniciativa y la conveniencia de su contenido, así como su impacto económico y social, recabando el máximo nivel de acuerdo en el ámbito del Gobierno, los sectores afectados, así como con la ciudadanía en general<sup>42</sup>.

Queda, pues, apuntada la necesidad de que por parte de los Gobiernos y, a su través, de las distintas Administraciones Públicas, se lleve a cabo un proceso de evaluación permanente de las disposiciones legales y reglamentarias en vigor, tanto en la fase de elaboración de las mismas como una vez que hayan sido aproba-

41 Directriz primera del Decreto 15/2016 del Presidente.

42 Directriz decimosegunda, apartado 1º del Decreto 15/2016 del Presidente. Por su parte, la directriz decimotercera señala que en la lista de evaluación se deberá definir el problema detectado que se pretende resolver o la situación que se quiere mejorar, lo que exige el análisis de las circunstancias de hecho y su reconocimiento jurídico con la descripción de los defectos detectados, una explicación sobre su causa y la identificación de los sectores afectados. Por otra parte, la directriz decimosexta, apartado 2º del citado Decreto prevé la creación de un grupo técnico de trabajo en el seno de la Presidencia del Gobierno con la función, entre otras, de revisar de manera periódica la normativa autonómica con el fin de verificar su grado de eficacia y evaluar el resultado de su aplicación y el cumplimiento de los objetivos perseguidos, así como comprobar que la normativa autonómica vigente, o en fase de proyecto, no genera restricciones injustificadas o desproporcionadas en el desarrollo de la actividad económica. Finalmente, el apartado 3º de dicha directriz señala que los informes elaborados por el citado grupo de trabajo serán públicos a través de la sede electrónica de la Presidencia del Gobierno y del Portal de Transparencia. No obstante, a fecha de hoy no consta realizada la constitución de dicho grupo por parte del Gobierno de Canarias y, por ende, no se ha publicado ningún informe de evaluación.

das. Y, siendo ello así, qué duda cabe que el Parlamento también debería hacer lo propio tanto *ex ante* (es decir con anterioridad a la aprobación de una ley, evaluando los proyectos normativos que van a ser objeto de tramitación parlamentaria), como fundamentalmente *ex post* (esto es, de las leyes aprobadas por aquel) para verificar si las mismas cumplen eficazmente los objetivos buscados con su aprobación.

La realización de ese proceso evaluador por parte de las Asambleas legislativas puede llevarse a cabo siguiendo dos modelos básicos: por un lado, a través de oficinas parlamentarias de evaluación legislativa; y, por otro, a través de los propios órganos parlamentarios (Comisiones o Pleno) cuando conocen la información que es proporcionada por agentes externos a la Cámara legislativa, normalmente el Gobierno regional, a través de diversos instrumentos parlamentarios como son las preguntas (orales o escritas), las solicitudes de información o las comparecencias informativas; pero también mediante la presencia de expertos en el seno de las Comisiones o Subcomisiones parlamentarias.

Dentro de las dos posibilidades apuntadas consideramos que la primera es en estos momentos irrealizable, ya que requiere contar en el organigrama de las Cámaras legislativas con un personal especializado para la realización de la evaluación del que desgraciadamente no se suele disponer por la reducida dimensión de sus plantillas. Pero también es posible encomendar esa tarea a agentes externos a las propias Asambleas legislativas, tales como grupos de expertos, Cámaras de Cuentas, Universidades o centros de investigación, Defensores del Pueblo autonómicos, etc., en cuyo caso realizarían un informe sobre el grado de aplicación de la ley y los efectos o resultados que se han generado a consecuencia de su aplicación efectiva.

En el caso del Parlamento de Canarias ya se cuenta con algunas experiencias evaluadoras realizadas o pendientes de realización futura, como consecuencia de que la propia ley aprobada en su día estableció en una de sus disposiciones la obligación de rendir cuentas ante el Parlamento sobre su grado de cumplimiento<sup>43</sup>.

43 Un ejemplo muy reciente de ello se encuentra en la *Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales*, en cuya disposición final cuarta se prevé lo siguiente: “En el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la presente ley, el Gobierno de Canarias, a través de disposición reglamentaria, creará el comité consultivo previsto por el artículo 8 de la misma y establecerá, en dicha disposición, su composición, funciones y normas de funcionamiento. *Dicho comité consultivo elaborará anualmente un informe sobre el grado de cumplimiento de la presente ley y el impacto social de la misma, que será remitido al Parlamento de Canarias*”.

En nuestra opinión, este sistema debería consolidarse en el futuro, quedando no obstante pendiente la necesidad de prever en el Reglamento de la Cámara un mecanismo específico para la tramitación de los informes recibidos como resultado del proceso evaluador. Dicho mecanismo podría construirse sobre la base de las siguientes directrices: recepción del informe de evaluación remitido por la Comisión competente por razón de la materia; debate en el seno de la misma con presencia del Gobierno, a través del responsable de la Consejería de que se trate, para informar sobre la actuación del ejecutivo en el área correspondiente; fijación de posiciones por los grupos parlamentarios mediante la eventual presentación de propuestas de resolución y publicación de las mismas en el Boletín oficial del Parlamento para general conocimiento. No sería descartable, igualmente, prever la posibilidad de que la Comisión invite a participar a expertos por razón de la materia, para recibir el oportuno asesoramiento.

#### G. Procedimiento parlamentario para la consolidación de la legislación vigente.

Uno de los principales problemas al que nos enfrentamos en relación con la garantía del principio de seguridad jurídica es el hecho de que en la Comunidad Autónoma de Canarias, muy especialmente en determinados ámbitos materiales (ordenación del territorio, turismo, medio ambiente, etc.) el nivel de aprobación de textos legales modificativos llega a extremos inasumibles tanto para los ciudadanos como para los operadores jurídicos, lo que provoca que a menudo sean incapaces de conocer cuál es el Derecho vigente en cada momento.

En relación con este problema, el ordenamiento jurídico autonómico canario ya prevé un instrumento que podría estar llamado a llevar a efecto una simplificación de la legislación vigente en cada momento en dichos ámbitos de regulación. Nos estamos refiriendo a la figura de los decretos legislativos, en su modalidad de textos refundidos, a los que alude el Reglamento del Parlamento de Canarias en su art. 159, y que implica que la Asamblea legislativa delegaría en el Gobierno de Canarias la potestad de dictar una norma con rango de ley al objeto de refundir en un solo *corpus* normativo varios textos legales preexistentes, fijándose a tal efecto, y por parte de aquella, tanto el ámbito material sobre el que el ejecutivo haya de realizar la refundición como el plazo máximo para llevarla a cabo<sup>44</sup>.

44 Tal y como ha señalado BAYONA ROCAMORA, A., “La mejora del ordenamiento jurídico: una experiencia en favor de la simplificación y claridad de las leyes”, en *Encuentros multidisciplinares*, vol. 17, núm. 51, 2015, pp. 62 a 65, “...la refundición no la hace el autor de la ley, es decir, el Parlamento, sino que éste la delega en el Gobierno, lo que puede plantear problemas, si el Gobierno va más allá del mandato parlamentario. Este tipo de problemas son relativamente frecuentes si la delegación incorpora la

Con todo, lo cierto es que hasta la fecha se han aprobado muy pocos textos refundidos en Canarias<sup>45</sup>. Por ello, y como una posible alternativa, consideramos interesante que fuese la propia Cámara legislativa canaria la que, llegado el caso, asumiera la tarea de realizar un proceso de consolidación (refundición) de la legislación vigente en un ámbito material determinado, integrando en una nueva ley todo el Derecho en vigor sobre una determinada materia, simplificando el ordenamiento jurídico y contribuyendo así a su clarificación.

A tal efecto sería necesario contemplar en una futura modificación del Reglamento de la Cámara un mecanismo que ya existe desde 2015 en otro Parlamento autonómico como es el catalán<sup>46</sup>. Dicho procedimiento, a nuestro juicio, habría de basarse en las siguientes notas características:

1º.- Su finalidad no es otra que simplificar el ordenamiento jurídico, mejorar su calidad y contribuir a garantizar la seguridad jurídica. Por ello, se aplicaría a un sector material del ordenamiento jurídico canario en el caso de que, a consecuencia de una sucesión de modificaciones legales parciales, resulte difícil conocer cuál es el Derecho que está vigente en cada momento, por lo cual se buscaría consolidar en un único texto toda la legislación en vigor en ese ámbito, derogando aquella que no lo esté o que, pese a estarlo formalmente, estuviera ya desfasada.

Por lo tanto, este procedimiento perseguiría aprobar un nuevo texto con valor de ley que sustituyera a las leyes y demás normas con rango de ley que se consolidarían en ese nuevo texto y que, al tiempo, provocará la consecuente derogación del grupo de normas legislativas que son objeto de consolidación.

facultad de regularizar, armonizar y aclarar las normas que deben ser refundidas, pues en tal caso aumenta el riesgo de que el Gobierno incurra en excesos en la utilización de la delegación". Asimismo, concluye el citado autor que "(l)a delegación legislativa es una técnica importante y valiosa de simplificación normativa y de contribución a la seguridad jurídica pero, por sus peculiares características, no parece hoy suficiente para dar una respuesta rápida y global a los problemas que presenta un ordenamiento sometido a cambios mucho más rápidos y con afectaciones plurisectoriales mucho más frecuentes que cuando esa técnica fue concebida por el derecho público"

45 Decreto-legislativo 1/1994, de 29 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias; Decreto-legislativo 1/2000, de 8 mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias; Decreto-legislativo 1/2009, de 21 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes dictadas por la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de tributos cedidos, y Decreto-legislativo 1/2012, de 21 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias y reguladora de la licencia comercial.

46 Arts. 140 a 145 del Reglamento del Parlamento de Cataluña.

2º.- Los textos consolidados no podrían, bajo ningún concepto, modificar la regulación sustantiva de la materia afectada, esto es, las leyes o normas con rango de ley preexistentes que van a ser objeto de consolidación. Para tal fin habría que tramitar las correspondientes iniciativas legislativas autónomas de modificación.

3º.- Correspondería a una Comisión del Parlamento de Canarias (bien una *ad hoc*, bien la competente por razón de la materia) llevar a cabo la consolidación normativa, pudiendo nombrar en su seno una ponencia, que realizaría los trabajos preparatorios de la decisión que debe tomar la Comisión.

4º.- En dicho proceso de consolidación, los miembros de la Cámara que formaran parte de la Comisión -y, en su caso, de la ponencia si es que se decidiera constituirse en su seno- actuarían bajo el asesoramiento técnico del personal de la Cámara, en especial de los letrados. Asimismo, podría preverse la posibilidad de que tanto la ponencia como la Comisión solicitaran el parecer de expertos independientes en la materia de que se trate, externos a la Cámara (por ejemplo, de la Universidad o del Gobierno de Canarias) si lo consideraran necesario o conveniente para la mejor realización de su tarea.

5º.- Una vez finalizado el informe de la ponencia, esta deberá elevarlo a la Comisión para la aprobación de su dictamen.

6º.- Finalmente, el dictamen de la Comisión será elevado al Pleno para la aprobación definitiva del texto consolidado.

#### H. Criterios relativos al lenguaje legal.

La complejidad del lenguaje es una de las características más destacadas de las leyes que aprueban los Parlamentos contemporáneos, ya que los textos legislativos son cada vez más extensos y materialmente heterogéneos, lo que los hace a menudo casi inteligibles para el ciudadano medio y los aproxima más en este aspecto a las normas de rango reglamentario. Esta situación se opone al principio de seguridad jurídica y dificulta la efectividad de la norma. Efectivamente, tal y como se nos ha recordado por parte de la doctrina más cualificada, en esta materia las reglas de la técnica normativa imponen dos exigencias principales en lo que a la utilización del lenguaje normativo se refiere: por un lado, su claridad y, por otro, la economía del lenguaje, buscando así que las leyes se redacten de manera clara, sencilla, precisa y coherente<sup>47</sup>.

47 Cfr. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Objetivo: mejorar la calidad de las leyes. Cinco propuestas de técnica legislativa”, op. cit., pp. 77 y ss.

En este sentido, resultaría muy conveniente que el Parlamento de Canarias incorporase a sus Directrices de Técnica Normativa unas instrucciones mínimas sobre la utilización de criterios lingüísticos en la elaboración de los textos legislativos, buscando siempre la claridad expresiva. Entre ellas, destacamos las siguientes:

En primer lugar, la necesidad de que la redacción de los textos de las proposiciones de ley siga las normas gramaticales y ortográficas de la Real Academia Española, su Diccionario, así como el *Diccionario del español jurídico*.

En segundo lugar, las leyes deben redactarse en un nivel de lenguaje culto, pero accesible para el ciudadano medio, tal y como, por otro lado, recomienda la regla 101 de las Directrices de Técnica Normativa del Estado<sup>48</sup>.

Finalmente, y en cuanto al uso no sexista del lenguaje, aspecto este siempre problemático por las indudables connotaciones político-ideológicas con las que a menudo se le asocia, en la redacción de los textos legales se utilizará un lenguaje que evite el uso de formas discriminatorias o androcéntricas, de modo que la terminología empleada esté en armonía con el principio de igualdad de sexos. Sobre este particular, pueden ser útiles los criterios incorporados en algunos documentos de referencia<sup>49</sup>.

Al respecto de esta cuestión podemos señalar que el Parlamento de Canarias, aun sin contar todavía con unas normas específicas sobre la utilización del len-

48 Igualmente, la citada directriz establece que en la redacción de las normas jurídicas se utilizará un repertorio léxico común, nunca vulgar, y se recurrirá, cuando proceda, al empleo de términos técnicos dotados de significado propio; en ese caso, se añadirán descripciones que los aclaren y se utilizarán en todo el documento con igual sentido. Asimismo, se dispone que se evitará el uso de extranjerismos cuando se disponga de un equivalente en castellano, la utilización de palabras y construcciones lingüísticas inusuales, así como la españolización de términos extranjeros cuando en nuestro idioma tienen otro significado, siendo conveniente mantener una terminología unitaria a lo largo del texto. Por otra parte, indica la citada directriz que el decoro lingüístico de las normas jurídicas obliga, dentro de la sencillez, a cuidar la propiedad y a huir de la pobreza de expresión.

49 Así, la directriz trigésima del Decreto 15/2016, del Presidente de Canarias, relativo al uso no sexista del lenguaje. Igualmente, el documento del Parlamento Europeo “Un lenguaje neutral en cuanto al género” (disponible en <https://sid-inico.usal.es/noticias/el-parlamento-de-navarra-edita-junto-con-cocem-fe-una-guia-de-lenguaje-inclusivo/>, consultado el 17/10/2022). Sobre este tema resulta útil la consulta del trabajo de VALLS ALGUACIL, M.L., “Reflexiones sobre el llamado lenguaje inclusivo en la Administración parlamentaria. Herramientas y recomendaciones para la redacción de textos no sexistas”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 110, 2021, pp. 325 y ss.

guaje inclusivo<sup>50</sup>, ha procurado adaptarse a las exigencias propias del mismo en la redacción dada a la modificación del Reglamento del Parlamento de Canarias del año 2019<sup>51</sup>, en la que se han seguido, por indicación del Servicio de Publicaciones de la Cámara y en colaboración con el Servicio Jurídico, las reglas propias del lenguaje no sexista e inclusivo, tarea que no es fácil puesto que implica combinar el objetivo de aquellas reglas con la necesidad de garantizar, simultáneamente, la claridad que es propia del lenguaje normativo, evitando introducir complicaciones innecesarias en la redacción de los preceptos que los conviertan en difícilmente entendibles para las personas que hayan de aplicarlos.

Para terminar, señalar que todas aquellas proposiciones de ley presentadas con deficiencias en lo que respecta a la utilización del lenguaje normativo deberían so-

50 El Congreso de los Diputados ha publicado en su web institucional ([https://www.congreso.es/cem/plan\\_de\\_igualdad#Eje8](https://www.congreso.es/cem/plan_de_igualdad#Eje8), consultado el 17/10/2022) su *I Plan de Igualdad*, en el cual se incorpora un eje núm. 8, relativo a la “Comunicación y lenguaje inclusivo”. En relación con ello se indica lo siguiente: “Una medida de igualdad que tiene relevancia en el ámbito de las Administraciones públicas consiste en la utilización del llamado lenguaje inclusivo o lenguaje no sexista, que permite visibilizar a las mujeres y detectar y evitar cualquier uso discriminatorio o excluyente del lenguaje. Para garantizar la homogeneidad en la utilización del lenguaje inclusivo es conveniente que las instituciones cuenten con recomendaciones o directrices de actuación que se difundan a todas las personas que trabajan en la organización. Así mismo, es necesario revisar el lenguaje no escrito, de modo que las imágenes utilizadas sean, en la medida de lo posible, neutras respecto al género. El objetivo de este eje es garantizar la utilización de lenguaje inclusivo o no sexista en la comunicación institucional de las Cámaras y en los documentos administrativos que se elaboren por el personal que trabaja al servicio de la Administración parlamentaria. Para la consecución del objetivo señalado se llevarán a cabo las siguientes medidas: 57. Se elaborará una guía para el uso no sexista del lenguaje y de la comunicación en el ámbito de la Administración parlamentaria, lo que permitirá utilizar criterios que incluyan la perspectiva de género en la comunicación de las Cámaras y en los documentos administrativos que éstas generan. El documento será sometido a la aprobación de las Mesas de las Cámaras. 58. La guía para el uso no sexista del lenguaje y de la comunicación en el ámbito de la Administración parlamentaria se difundirá a través de la página web y de la intranet de cada Cámara. 59. Se realizarán cursos específicos para la utilización de lenguaje inclusivo, de carácter obligatorio o voluntario”. Por su parte, el Parlamento de Canarias aprobó en diciembre de 2020 su *I Plan para la igualdad de mujeres y hombres 2021-2024* (disponible en <https://www.parcam.es/files/pub/bop/10l/2020/496/bo496.pdf>), estando previsto que en un futuro próximo, y como desarrollo del mismo (en concreto, del eje núm. 2), se elabore un manual de uso del lenguaje inclusivo en el ámbito de funcionamiento de dicha Cámara legislativa, tanto en lo referente a la actividad parlamentaria como a la administrativa, así como en el ámbito de la comunicación institucional. Por último, podemos destacar por su interés y concreción la aprobación por la Mesa del Parlamento de Andalucía en diciembre del año 2007 de los *Criterios para evitar el uso sexista del lenguaje y su procedimiento de aplicación en los escritos y documentos oficiales de los órganos y servicios del Parlamento de Andalucía* (disponible en <https://www.parlamentodeandalucia.es/opencms/export/portal-web-parlamento/contenidos/pdf/NormativaInterna/Lenguaje-no-sexista.pdf>, consultado el 17/10/2022) cuya referencia puede ser muy útil.

51 *Boletín Oficial del Parlamento de Canarias* núm. 267, de 29 de marzo de 2019 (disponible en <https://www.parcam.es/files/pub/bop/9l/2019/267/bo267.pdf>).

meterse, antes de su publicación definitiva en el Boletín oficial de la Cámara, a una revisión por parte del Servicio de Publicaciones del Parlamento.

### **3. Bibliografía Citada.**

BAYONA ROCAMORA, A., “La mejora del ordenamiento jurídico: una experiencia en favor de la simplificación y claridad de las leyes”, en *Encuentros multidisciplinares*, vol. 17, núm. 51, 2015.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Potestad legislativa y evaluación ex post de las normas: hacia un mejor parlamento a través de la regulación Inteligente”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 97-99, 2016.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “De enmiendas homogéneas, leyes heterogéneas y preceptos intrusos. ¿Es contradictoria la nueva doctrina del Tribunal Constitucional sobre la elaboración de las leyes?”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 31, 2013.

- Manual de técnica legislativa, Civitas-Thomson-Reuters, 2011.
- “Objetivo: mejorar la calidad de las leyes. Cinco propuestas de técnica legislativa”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 80, 2010.
- “Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario”, en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 13, 2005.

MONTORO CHINER, M.J., “Técnica legislativa y evaluación de las normas”, en *Anuario jurídico de La Rioja*, núm. 6-7, 2000-2001.

NAVARRO ATIENZA, M.A., *Manual Práctico de Técnica Normativa*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2015.

PARDO FALCÓN, J., “La evaluación de las leyes: consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el estado autonómico español”, en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 3, 2007.

VALLS ALGUACIL, M.L., “Reflexiones sobre el llamado lenguaje inclusivo en la Administración parlamentaria. Herramientas y recomendaciones para la redacción de textos no sexistas”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 110, 2021.

VIDAL MARTÍN, T., “Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y Tribunal Constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013.

VVAA, *Técnica Normativa. Memento práctico Francis Lefebvre 2016-2017*, Lefebvre-El Derecho, 2015.

### **Resumen:**

La legislación debe ser una herramienta para contribuir al cumplimiento de objetivos económicos, sociales y medioambientales, y no un obstáculo que perjudique a la sociedad en términos de crecimiento y empleo. Sin embargo, los datos disponibles apuntan a que en la actualidad existe en España un exceso de normas jurídicas. Por ello, y para mejorar la calidad de las normas legislativas que aprueban nuestros Parlamentos, resulta imprescindible aplicar un conjunto de principios y reglas pertenecientes a la llamada “técnica legislativa”, con el objetivo dar efectividad al principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución española y, al tiempo, conseguir una legislación de mayor calidad. Partiendo de ello, se analiza en el presente trabajo la aplicación de la técnica normativa en relación con el desarrollo del procedimiento legislativo del Parlamento de Canarias, analizando los principales problemas y soluciones a los mismos en este ámbito.

### **Palabras clave:**

Técnica normativa; parlamento; evaluación legislativa; procedimiento legislativo; seguridad jurídica.

### **Abstract:**

At present there is an excess of legal norms in Spain. Legislation must be a tool to contribute to the fulfillment of economic, social and environmental objectives, and not an obstacle that harms society in terms of growth and employment. For this reason, and to improve the quality of the legislative norms approved by our Parliaments, it is essential to apply a set of principles and rules belonging to the so-called “legislative technique” in order to comply with the principle of legal certainty established in the Spanish Constitution and achieve higher quality legislation.

### **Key words:**

Normative technique; parliament; legislative evaluation; legislative procedure; legal security.





LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA  
NACIÓN COMO MECANISMO DE SALVAGUARDA DEL FEDERALISMO ARGENTINO

THE SUPREME COURT CONSTITUTIONAL JURISDICTION AS  
A JUDICIAL SAFEGUARD OF ARGENTINE FEDERALISM

**Cristian Altavilla<sup>1</sup>**

Recibido: 25-01-2022

Aceptado: 23-02-2022

**SUMARIO**

*I. Los Mecanismos de Salvaguarda del federalismo: control político vs control judicial.*

*II. El Debate en la Unión Europea y en las federaciones europeas.*

*III. Modelos alternativos.*

*IV. El Rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la resolución de controversias interjurisdiccionales.*

*V. Jurisdicción constitucional y sentencias “exhortativas”.*

*VI. La resolución de conflictos intergubernamentales por parte de la Corte Suprema a través de las denominadas sentencias exhortativas.*

*VII. Algunas conclusiones preliminares.*

*Referencias bibliográficas.*

<sup>1</sup> Abogado, Doctor en Derecho y Cs Ss, Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y PhD Visiting en la Universidad de Bologna, Italia; Investigador Asistente CONICET. Profesor de la materia Derecho Público Provincial y Municipal y de Derecho Político, Facultad de Derecho – UNC y Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Siglo 21 (UES21). Visiting researcher en las universidades Federal de Minas Gerais (Brasil), Aarhus Universitet, (Dinamarca), de Granada (España), Areandina (Colombia), en la Universidad de Massachussets y Universidad de Harvard (EEUU). e-mail: cristianaltavilla@hotmail.com.

### ***I. Los Mecanismos de Salvaguarda del federalismo: control político vs control judicial.***

Existen dos grandes mecanismos para proteger el principio federal en cualquier federación: por un lado, el diseño institucional de los poderes del gobierno federal está pensado para garantizar una adecuada representación de los gobiernos subnacionales, sobre todo, en la toma de decisiones federales, es decir, en el proceso de formación y sanción de las leyes, en particular, a través de la segunda cámara, la cámara de senadores o el consejo federal. Es en este sentido que MADISON sostenía que la nueva constitución se componía de elementos *nacionales* y elementos *federales* (*The Federalist Papers*, Art. No. 39 - HAMILTON, MADISON y JAY 2001). A este mecanismo se lo denomina *salvaguardas políticas* (*political safeguards*).

Por otro lado, el mecanismo de la *revisión judicial* o de *control jurisdiccional* (*Judicial Safeguards*), también protege el federalismo constitucional. En este sentido, los tribunales en general, y las cortes supremas en particular, se erigen como mecanismos tendientes a proteger el sistema federal, a partir de la resolución de casos puntuales. De ahí que una de las características esenciales en toda federación es la existencia de un órgano “*normalmente judicial*” para dirimir los conflictos entre las partes de la federación (LOEWENSTEIN 1986, HERNÁNDEZ 2011a, 2020, FERNÁNDEZ SEGADO 2003, ANDERSON 2008, CARPIZO 1973, DE VERGOTTINI 2004).

Sin embargo, parte de la literatura constitucionalista – especialmente en Estados Unidos – rechazó la posibilidad de que los tribunales tuvieran competencia para revisar y decidir acerca de los límites de los poderes constitucionales del gobierno federal, en particular del Congreso, sosteniendo que, al estar los estados debidamente representados en el Congreso a través de la Cámara de Senadores, las *salvaguardas políticas* serían suficientes para proteger el federalismo, no siendo necesaria la revisión judicial: “Desde 1954 hasta principios de la década de 1990, algunos autores afirmaron que los tribunales federales no tenían poder para revisar los límites de los poderes enumerados a nivel nacional porque los *casos de federalismo plantean cuestiones políticas*” (CALABRESI y BICKFORD 2011:23).

Si bien la Corte Suprema norteamericana había seguido esta última postura en algunos casos, a partir de la década del 90 cambió su posición al respecto: “Durante los últimos veinte años, una mayoría de cinco jueces ha creído constantemente que la Corte Suprema debe decidir los casos de poderes enumerados, aunque cuatro jueces pueden haber disentido por razones *choperianas*” (CALABRESI y

BICKFORD 2011:24) – esta jurisprudencia comienza con los famosos *leading cases* *Gregory v. Ashcroft* (501 U.S. 452) de 1991, *New York v. United States* (505 U.S. 144) de 1992 y *United States v. Lopez* (514 U.S. 549) de 1995.

Las razones en que se apoya esta última postura son varias: en primer lugar, la distribución de competencias entre niveles de gobierno forma parte de la constitución escrita y, como tal, las leyes del Congreso que no respeten esa distribución (por ejemplo, que amplía indebidamente y, por tanto, inconstitucionalmente los poderes del gobierno federal) caen bajo el escrutinio judicial, tal como sucede cuando el Congreso dicta una ley que afecta un derecho constitucional individual. En segundo lugar, desde un punto de vista histórico, es posible observar que los Tribunales Constitucionales o Tribunales Supremos de los países federales, por lo general comienzan como árbitros del federalismo (*federalism umpires*) y luego se expanden para proteger los derechos individuales, como sucedió en varias federaciones clásicas, como en Estados Unidos, Canadá, Alemania, Australia e incluso el *Privy Council* en Gran Bretaña y sus colonias.

Por otro lado, establecer al Congreso como el único árbitro para dirimir las disputas intergubernamentales sería como poner al zorro a cargo del gallinero (*putting the fox in charge of the hen house*): “A las instituciones políticas de una entidad nacional o transnacional no se les puede confiar con seguridad el poder de determinar el alcance de los poderes nacionales o transnacionales. Si el federalismo y la subsidiariedad son valiosos, como hemos argumentado, entonces deben ser aplicados por una poderosa entidad independiente como una Corte Constitucional o Tribunal Supremo” (CALABRESI y BICKFORD 2011:26).

En tercer lugar, si bien desde un punto de vista democrático se discute que la revisión judicial genera una dificultad contra-mayoritaria, en los casos vinculados al federalismo – que tratan por lo general cuestiones de distribución de competencias – las decisiones contramayoritarias no serían tales si la Corte invalida una ley del Congreso que asegura un derecho individual por la ley en sí misma, sino por su competencia al legislar esa materia – lo que no quita que dicha legislación sea llevada cabo directamente por los estados, si estos así lo deciden.

Se contraponen así una perspectiva procesal (*procedural approach*) contra una sustantiva (*substantive approach*), un choque entre los dos modelos clásicos, el *modelo tradicional de aplicación judicial* de los límites jurisdiccionales categóricos, y el *modelo político* que rechaza el control jurisdiccional sobre los límites del federalismo (GARDBAUM 1996) y, en última instancia, emerge un razonamiento subyacente a esta doctrina, que es la cuestión de la *capacidad institucional* de

los tribunales establecer principios y límites en la estructura federal, es decir, si son capaces institucionalmente de diseñar nuevas reglas que limiten al Congreso y al mismo tiempo limiten a las Cortes (BAKER y YOUNG 2001)<sup>2</sup>.

A nivel de la discusión competencial, lo que se indaga es si el federalismo – entendido como principio general constitucional y, en consecuencia, todos los demás principios que se relacionan o se derivan de él – puede ser distinguido, en cuanto categoría, de otros principios constitucionales, si aquel o estos pueden ser judicialmente aplicados y, si lo fuera, qué aspectos o partes de este caen dentro de esta competencia judicial.

La doctrina del *political safeguards* ha sido desarrollada doctrinariamente por WECHSLER (1954) y CHOPER (1980), y formalmente adoptada por la Corte norteamericana en el caso *Garcia* de 1985, citando expresamente a WECHSLER (1954).

Si bien la doctrina constitucionalista es conteste en que la revisión judicial es necesaria y apropiada para la protección de los derechos individuales, existe un desacuerdo significativo sobre si la revisión judicial es necesaria, o incluso beneficiosa, en el contexto del federalismo (BAKER 2001). Esta doctrina se basa en el argumento de que los estados están adecuadamente protegidos por varios aspectos del proceso político federal y, por tanto, la intervención de los tribunales federales no tiene – o no debería tener - un papel significativo y directo que desempeñar en la demarcación y el cumplimiento de los límites entre los poderes de nuestros gobiernos federal y estatal (BAKER 2001). CHOPER, quien ha dado una mayor sustentación teórica a esta doctrina, sostuvo que los estados pueden cuidarse así solos, y que, en caso de conflicto, no debería interferir un tribunal, sino que deben hacer uso de su capital institucional (PRAKASH y YOO 2001).

La intervención de los tribunales entonces no solo no es necesaria, sino que además es inadecuada (BAKER 2001). Partiendo de una visión *originalista*, WECHSLER (1954) sostuvo que la intervención judicial era *inconsistente* con la visión original de los padres fundadores. De esta manera, cualquier intento por parte del Congreso de usurpar poderes de los estados, podía y debía ser frustrada a través del creciente apelo popular de los funcionarios estatales (KRAMER 2000). Para CHOPER, en cambio, el argumento no es histórico, sino funcional, y se debe a una

2 Este razonamiento puede verse presente en el caso *Garcia*, cuando el *Justice* Blackmun sostuvo “What has proved problematic is not the perception that the Constitution’s federal structure imposes limitations on the Commerce Clause, but rather *the nature and content of those limitations*”.

reconsideración funcional del rol de la Corte, rol en el que no tiene ningún papel en las cuestiones del federalismo (Yoo 1996).

En el caso *García* (1985), la Corte sostuvo que “Aparte de la limitación de la autoridad federal inherente a la naturaleza delegada de los poderes del Congreso reconocidos por el Artículo I, el medio principal elegido por los Constituyentes (*Framers*) para asegurar el papel de los Estados en el sistema federal se encuentra en la propia estructura del Gobierno Federal”. Con esta fatídica sentencia, la Corte Suprema “dio crédito institucional a una rama de la teoría del federalismo cuya fortuna había tenido altibajos desde el inicio de la Constitución”, marcando el final de una lucha de dos décadas por parte del Tribunal Superior sobre la mejor manera de proteger a los gobiernos estatales de la regulación excesiva del Congreso, aludiendo a los puntos de vista de los Constituyentes, sugirió que “se confió en la estructura del propio gobierno federal para proteger los intereses de los estados” (LYONS 2005:609).

Más adelante, este precedente sería dejado de lado por la *Corte Rehnquist*, rejuveneciendo la teoría de la protección judicial del federalismo (Yoo 1996, PRAKASH y Yoo 2001). A partir de los casos *Gregory v. Ashcroft*, *New York v. United States*, *United States v. Lopez*, la Corte avanzó sobre la cuestión del federalismo como una cuestión de fondo, imponiendo límites precisos al poder federal, trazando líneas claras entre los poderes enumerados del gobierno federal y la soberanía de los Estados, ejerciendo así una revisión judicial completa sobre cuestiones relacionadas con la soberanía de los estados y el federalismo (Yoo 1996).

Desde una perspectiva interdisciplinaria entre el derecho constitucional y las ciencias políticas, partiendo de los principios del *Estado de derecho* (como la predictibilidad y la seguridad) y de la *teoría política del federalismo* que resalta la importancia del diseño institucional, donde el sistema federal juega un rol trascendental para la consecución de aquellos valores del Estado de derecho, BEDNAR y ESKRIDGE defienden también esta posición intermedia, que acepta ambos mecanismos, y en la cual la Corte juega un rol trascendental: “Al igual que el Congreso y los estados, la Corte Suprema es una institución cuya búsqueda de objetivos está influenciada por el diseño general del sistema político” (1995:1448).

En este esquema, los autores identifican tres mecanismos de protección: (a) estructuras políticas autoejecutables; (b) mecanismos prácticos de interdependencia institucional y (c) regímenes interpretativos creados judicialmente. El mecanismo judicial presenta ciertas ventajas. En primer lugar, la propia Corte, considerada como un actor más dentro de la constelación, tiene un interés particular en posicio-

narse como árbitro en las disputas entre niveles de gobierno, un “interés institucional en situarse como árbitro de la dinámica del poder nacional”. Este objetivo puede cumplirlo a través de diferentes estrategias, tales como la creación de un régimen interpretativo de reglas y lineamientos que tanto los gobiernos nacionales como los estatales pueden considerar *ex ante* cuando deciden incumplir con las normas del diseño federal. A su vez, los comportamientos oportunistas y elusivos de las partes federadas, deben ser juzgados a nivel nacional, y la Corte en este sentido es el actor mejor situado para llevar a cabo esta tarea (BEDNAR y ESKRIDGE 1995).

Además, el mecanismo judicial garantiza cierta *objetividad* en la decisión, cuestión que en principio no estaría garantizada en los otros mecanismos de salvaguarda del federalismo, en particular el político a cargo del Congreso, porque siempre habrá intereses particulares en juego<sup>3</sup>. En este sentido, la Corte sería un árbitro ideal, porque no tiene intereses en juego. Además, en este mecanismo judicial, el proceso judicial en sí garantiza también dos ventajas: (a) sus observaciones deliberadas y (b) su capacidad para centrarse en un aspecto particular de la conducta. Adicionalmente, la decisión que se toma a favor del sistema federal, puede llegar a ser impopular, lo que no sucedería si la decisión depende de niveles u órdenes electos popularmente, y en cuestiones complejas donde no hay una opinión previamente determinada, la Corte puede aparecer como un actor que ayuda a focalizar los puntos centrales de la discusión (“*a focal point provider*”). Para que este rol puede ser cumplido eficazmente, la Corte tiene que estar libre de sesgos, estar completamente desinteresada y libre de cualquier influencia política, algo que como se sabe no siempre sucede (BEDNAR 2009).

## ***II. El Debate en la Unión Europea y en las federaciones europeas.***

En el ámbito de la Unión Europea, el debate acerca de la competencia de los tribunales para decidir conflictos intergubernamentales vino de la mano con el debate sobre de la *justiciabilidad* de los principios constitucionales, debates que fueron inaugurados con la incorporación explícita del *principio de subsidiariedad* en los Tratados constitutivos de la Unión Europea.

Para garantizar su aplicación efectiva, el Consejo Europeo adoptó en la Cumbre de Edimburgo (diciembre de 1992), un conjunto de “directrices” para ayudar a ga-

3 Jenna BEDNAR (2009) identifica otros tipos de mecanismos, además del político (a cargo del congreso) aquí analizado, como el popular y el intergubernamental.

rantizar que las instituciones comunitarias observen el principio de *subsidiariedad* en sus operaciones diarias. Estas directrices establecían que la legislación propuesta a nivel de la Unión, se requiere la consideración de los siguientes factores: (1) si el problema que se aborda “tiene aspectos transnacionales que no pueden ser regulados satisfactoriamente por la acción de los Estados miembros”; (2) si la falta de acción de la Comunidad “contraería los requisitos del Tratado... o de otro modo dañaría significativamente los intereses de los Estados miembros” y (3) si la medida propuesta “produciría una liberación de los Estados miembros”.

Las directrices también requieren que la Comisión incluya en su exposición de motivos que acompaña a cualquier propuesta legislativa enviada al Consejo (de la Unión Europea) una declaración que justifique... su iniciativa con respecto al principio de subsidiariedad (GARDBAUM 1996:833).

Además, la Comisión emitió un *Informe de Adaptación*, un año más tarde, en noviembre de 1993, como parte de su análisis de subsidiariedad, para cada propuesta legislativa que cayese dentro de la competencia concurrente de la Unión y los Estados miembros; este análisis abordaría, como parte de la exposición de motivos, las siguientes cuestiones: (1) ¿cuáles son los objetivos? de la acción propuesta en términos de las obligaciones de la Unión; (2) cuál es la solución más eficaz al problema identificado, dados los medios disponibles para la Unión y los Estados miembros; y (3) ¿cuál es el valor agregado específico de la acción propuesta y el costo de no actuar? Además, la Comisión publicaría este análisis en el Diario Oficial de la Comunidad Europea (GARDBAUM 1996:833).

El Protocolo de Ámsterdam también estableció guías para la aplicación del principio de subsidiariedad, siendo casi las mismas que las establecidas en la Cumbre de Edimburgo (GRANAT 2018).

Estos interesantes procedimientos han sido pensados con el claro propósito de que el principio no quedara como una mera expresión de deseos, sino que tuviera una efectividad concreta. Sin embargo, nada se sostuvo acerca de su *justiciabilidad*. Esto ha generado una larga discusión acerca de si los principios constitucionales son o deberían ser judiciales.

El Consejo Europeo, en las conclusiones de la Cumbre de Edimburgo, opinó de manera afirmativa, sosteniendo que el principio de subsidiariedad era un principio *justiciable* por el Tribunal de Justicia Europeo. Sostuvo que si bien “no se puede considerar que el principio de subsidiariedad tenga un efecto directo; sin embargo, la interpretación de este principio, así como el control de su cumpli-

miento por parte de las instituciones comunitarias, *están sujetos al control del Tribunal de Justicia*, en lo que respecta a las materias comprendidas dentro del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea” (Consejo Europeo, citado por GARDBAUM 1996:834).

La doctrina que se opone a la *justiciabilidad* parte del supuesto – similar al de la teoría norteamericana del *political safeguard* – de que ello implicaría sustituir el punto de vista judicial por el legislativo en cuestiones de naturaleza política, siendo en consecuencia inapropiado. Esta es, por ejemplo, la postura adoptada por la Cámara de los Lores de Gran Bretaña, que sostiene que la aplicación del principio de subsidiariedad recae sobre los legisladores, no sobre los jueces, se trata de una cuestión esencialmente política y poner a los jueces en el rol de decidir estas cuestiones, sería erróneo (GARDBAUM 1996:834). En este punto, el argumento es coherente dentro del sistema británico del principio de la supremacía parlamentaria, que no permite siquiera el control de constitucionalidad jurisdiccional de las normas emanadas del Parlamento.

Por otra parte, la teoría receptiva de la judiciabilidad del principio puede ser clasificada en dos tipos: Aquella que sostiene la posición *sustantiva*, según la cual el control judicial de la racionalidad legislativa a cargo del Tribunal de Justicia Europeo, recae no sobre la eficacia de la decisión, sino solo si la decisión de las instituciones legislativas es razonable. La otra posición, sostiene que el principio de subsidiariedad debe entenderse y aplicarse como una *restricción procesal* – no sustantiva – en el proceso legislativo; desde esta perspectiva, el rol del Tribunal es analizar si las instituciones legislativas dieron suficiente consideración a la posibilidad de regulación a nivel de los Estados miembros. Esta postura adopta la *posición procesal*.

Este debate ha sido en gran parte resuelto por el “Protocol on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality” de 2004, establecido con el objetivo declarado en el propio instrumento de “establecer las condiciones para la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, establecidos en el artículo I-11 de la Constitución, y establecer un sistema de control de la aplicación de dichos principios”. Cabe aclarar que los Protocolos de los Tratados son jurídicamente vinculantes en contraste con las meras declaraciones de los Tratados, que no lo son (FLYNN 2005).

Específicamente, el art. 8 del Protocolo establece:

## Article 8

The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction in actions on grounds of infringement of the principle of subsidiarity by a European legislative act, brought in accordance with the rules laid down in Article III-365 of the Constitution by Member States, or notified by them in accordance with their legal order on behalf of their national Parliament or a chamber of it.

In accordance with the rules laid down in the said Article, the Committee of the Regions may also bring such actions against European legislative acts for the adoption of which the Constitution provides that it be consulted.

La norma, sin embargo, no adopta expresamente una postura acerca de si la aplicación judicial del principio es procesal o sustantiva (FLYNN 2005). Autores como BERMANN (1994) sostienen que la posición procesal permite que el Tribunal de Justicia promueva mejor el respeto por los valores del localismo sin enredarse en juicios profundamente políticos que no está preparado para hacer y que, en última instancia, no es responsable de hacerlo.

A nivel nacional, puede encontrarse también el mismo debate acerca de la justiciabilidad de los principios. Por ejemplo, en Alemania, si bien el Tribunal Constitucional Federal se caracteriza por una larga e inveterada jurisprudencia sobre principios constitucionales del federalismo alemán, en particular sobre el principio de buena fe, también ha reconocido sus límites competenciales a la hora de aplicarlos.

Así, por ejemplo, en lo que respecta a la declaración de la necesidad por parte del gobierno federal, de legislar sobre aquellas materias que en principio corresponde a los *Länder*, la Corte sostuvo que se trataba de una competencia específicamente política, sobre la cual no podía avanzar. Consideró en este respecto, que “la cuestión de *si existe la necesidad* de una regulación federal es una cuestión del fiel ejercicio de la *discreción legislativa* que es por su naturaleza no justiciable y, por lo tanto, básicamente no sujeta a revisión por parte del Tribunal Constitucional Federal” (Sentencia del 22 de abril de 1953, 2 BVerfGE 213, 224) (GARDBAUM 1996:834).

Se refería puntualmente al art. 72.2, que recepta implícitamente el principio de *subsidiariedad*, en términos similares a los términos utilizados por el Tratado de la Unión Europea, al sostener que: (1) En el ámbito de la legislación concurrente, los *Länder* tienen la facultad de legislar mientras y en la medida que la

Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa; (2) En las materias del artículo 74, apartados 1 No. 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 y 26, la Federación *tiene la competencia legislativa, si y en la medida que sea necesaria una regulación legislativa federal en interés de la totalidad del Estado* para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica.

Por otra parte, es de rescatar que la jurisprudencia del Tribunal alemán existente hasta el momento, “yendo más allá de los deberes constitucionales normados de manera expresa en la Constitución federal, ha desarrollado con base en ese principio concreto [se refiere al principio de lealtad federal] , deberes adicionales para los estados respecto de la Federación y deberes adicionales de la Federación respecto de los estados, como también restricciones concretas en el ejercicio de las competencias que la Ley Fundamental le ha asignado a la Federación y a los estados” (Sentencia BVerfGE 12, 205, Sentencia de la Segunda Sala, del 28 de febrero, 1961 –2 BvG I, 2/60, SCHWABE 2009).

En Bélgica sucedió algo similar con el principio de *lealtad federal*. El principio fue recepcionado expresamente en la Constitución de 1993, en el art. 143, el cual dispone: 1. En el ejercicio de sus respectivas competencias, el Estado federal, las Comunidades, las Regiones y la Comisión comunitaria común, actuarán dentro del respeto a la lealtad federal, con objeto de evitar conflictos de intereses; 2. El Senado se pronunciará mediante dictamen motivado, sobre los conflictos de intereses entre las asambleas que legislen por vía de ley, decreto o norma mencionada en el artículo 134, en las condiciones y siguiendo las modalidades que fijará una ley aprobada con la mayoría prevista en el artículo 4, último párrafo; 3. Una ley aprobada con la mayoría prevista en el artículo 4, último párrafo, establecerá el procedimiento dirigido a prevenir y regular los conflictos de intereses entre el Gobierno federal, los Gobiernos de Comunidad y de Región, y el pleno reunido de la Comisión comunitaria común.

El principio fue concebido en términos políticos, y no judiciales, de modo que quedaba expresamente fuera de la competencia de la Corte. Estas cuestiones debían ser resueltas por medio de canales políticos que debían ser diseñados por la legislación ordinaria (RAEIMON NATO 2019, RASSON 2012).

Sin embargo, a partir de 2010 los tribunales comenzaron a hacer aplicación de este principio para suspender e incluso derogar normas federales que menoscabaran el principio de lealtad federal (RAEIMON NATO 2019). Finalmente, con la 6ª Reforma del Estado (*6e Réforme de l'État*) producida en 2012, se convirtió al

principio de lealtad federal en un principio formalmente justiciable, conformando el bloque de constitucionalidad y, como tal, aplicable por el Tribunal Constitucional (MASTROMARINO 2018:19).

En Austria, el Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof Österreich) es competente para resolver controversias relativas a los mecanismos de consulta (previsto por la Constitución). Desde que estos mecanismos entraron en vigor en 1999, hasta 2014, no se había recurrido a la Corte, ya que todas las controversias se habían resuelto políticamente. Recién en 2014 el Tribunal Constitucional resolvió un caso donde declaró que la federación había violado el mecanismo de consulta sobre los costos de los cruces ferroviarios para los municipios austriacos (Sentencia del Tribunal Constitucional del 12 de marzo de 2014, F 1/2013-20, BUSSIÄGER 2015:17).

Ciertos textos constitucionales se inclinan por la solución política de las disputas intergubernamentales, antes que la judicial, aunque obviamente sin descartar este último mecanismo. Estos sistemas buscan alentar la solución a través del diálogo entre las partes involucradas, y solo recurrir a la resolución judicial como *ultima ratio* del sistema. Entre otras, se encuentran las constituciones de Italia, Sudáfrica, Suiza, Austria.

Así, la constitución sudafricana “exige expresamente que la legislación nacional debe crear instituciones y procedimientos para el desenvolvimiento de las relaciones intergubernamentales y la solución de controversias. Además, requiere también que los gobiernos resuelvan sus disputas intergubernamentales en los tribunales como último recurso, solo después de haber agotado estos mecanismos” (CHOUDHRY 2020:240). En una lectura exigente, puede sostenerse que estos requisitos constitucionales explícitos de la constitución de Sudáfrica, “la lealtad federal requiere cooperación, coordinación, consulta y agotamiento de todos los recursos antes del recurso judicial para evitar la intrusión en otros. Los actores deben tomar medidas sustanciales para cooperar y coordinarse al aprobar la legislación. Cuando, inevitablemente, surjan conflictos, deben intentar resolver el problema sin interferencia judicial. Llamar a una interpretación que requiere todas las obligaciones sustantivas asociadas con Alemania o Sudáfrica ‘que exige lealtad federal’” (DA SILVA 2020:222).

La Constitución italiana encarga al Parlamento la creación y regulación de formas de coordinación entre el Estado y las regiones, así como también la regulación de otras formas de entendimiento y acuerdos entre los niveles (art. 118.3, constitución italiana).

### **III. Modelos alternativos.**

En la actualidad, prácticamente todas las cortes y tribunales constitucionales han hecho una aplicación extensiva de los principios constitucionales que rigen las relaciones entre niveles de gobierno, por lo que puede concluirse que actualmente predomina en todas las federaciones modernas, la doctrina de *justiciabilidad* de los principios constitucionales.

Este mecanismo de resolución lógicamente no ha desplazado el mecanismo político, que se encuentra en la base de la estructura institucional federal y sin la cual cualquier tipo de federación perdería su esencia misma. Se trata de un mecanismo que complementa a los mecanismos políticos de resolución de conflictos. Sin embargo, la proliferación de sentencias con un fuerte contenido principista ha llevado a un activismo judicial muy importante, al punto que se ha temido una invasión competencial de los tribunales superiores desbalanceando el principio de división de poderes. Este avance de los poderes judiciales se ha puesto de manifiesto en la inclinación hacia la perspectiva *sustancial* del control jurisdiccional, juzgando sobre el contenido de las decisiones, y no solamente sobre el respeto al procedimiento empleado.

Es en función de las críticas a este activismo judicial que recientemente se ha contrapuesto a aquellos dos modelos clásicos, el de la perspectiva procesal (*procedural approach*) y el de la perspectiva sustantiva (*substantive approach*), un tercer modelo que tiene dos características básicas: el *diálogo* (interinstitucional e intergubernamental) y el hecho de que se basan en principios constitucionales (como el de subsidiariedad, solidaridad, o el de lealtad federal).

Así, por ejemplo, en el modelo alternativo propuesto por GARDBAUM denominado *federalismo constitucional* (*constitutional federalism*), se exige que los intereses y la posición de los estados sean considerados y tomados en serio por el Congreso antes de decidir sustituirlos (*preempt*) en la reglamentación de determinadas materias, es decir que se debe asegurar que el Congreso se involucre en este tipo de deliberaciones, donde: (1) considere detenidamente y de *buena fe* la posición y los intereses de los estados y (2) concluya afirmativamente que, en cuanto al fondo, prevalecen las pretensiones de uniformidad y, por lo tanto, justifica la terminación de la autoridad legislativa constitucionalmente concurrente de los estados (GARDBAUM 1996:824/5).

Mientras que el rol de la Corte en este esquema, es el de realizar un *examen cuidadoso* (“*hard look*”), promoviendo la transparencia y la racionalidad en la

toma de decisiones asegurando que la agencia en cuestión haya examinado cuidadosamente todos los factores pertinentes antes de tomar su decisión, y que la misma no haya sido “arbitrarias” o “caprichosas”. Se trata aquí de la perspectiva procesal.

Hasta aquí, como bien advierte el autor, el mecanismo es adecuado, pero no suficiente. Es insuficiente porque el Congreso no tendría límite alguno en su poder de decisión: “En consecuencia, los estados deben tener derecho no solo a una audiencia justa y un proceso racional de toma de decisiones, sino también a *un resultado razonable*; el ‘respeto que se les debe a los Estados como Estados’ bajo el espíritu de la Constitución debe entenderse que tiene una *dimensión sustantiva* en este contexto y no solo *procesal*” (1996:826/7).

Es decir que el rol de los tribunales debiera ser el de hacer cumplir judicialmente las restricciones *deliberativas y justificatorias* a la hora de avanzar sobre poderes concurrentes. Es decir, sumar a la perspectiva procesal, una sustantiva que tenga en cuenta el resultado alcanzado.

Este modelo alternativo intenta asemejarse al modelo europeo estructurado por el principio de subsidiariedad receptado por la Unión Europea. El punto de conexión entre este modelo alternativo con el modelo de *federalismo constitucional* basado en el principio de *subsidiariedad* de la Unión Europea es el precisamente este *principio de subsidiariedad*, es decir, que en ámbitos de competencia concurrente entre el gobierno federal y el estadual (o en el contexto de la Unión Europea, entre la Unión y los Estado miembros), el ejercicio del poder legislativo federal debe entenderse como excepcional o “subsidiario” de la regulación de los estados; en función de ello es que, además, el avance sobre alguna de estas materias, debe estar *debidamente justificado*.

Por su parte Vicki JACKSON refuerza la idea de *diálogo* en la resolución de los conflictos, diálogo que debe ser llevado adelante por los sujetos federales, y promovido por las cortes y tribunales: “Sugiero que los tribunales pueden estar mejor situados como un asunto institucional para tratar de asegurar que otras ramas atiendan consideraciones de subsidiariedad en lugar de hacer los juicios sustantivos directamente” (2014:191).

El punto central es que los tribunales no son, entonces, la única instancia de interpretación constitucional y, por tanto, de decisión sobre cómo debieran resolverse los conflictos. Aunque siga siendo considerada como la más importante, ya no puede ser sostenida como la única. En este esquema, tal como sostiene

JACKSON “Si la doctrina judicial puede ayudar a dirigir la atención legislativa a la cuestión de si existe la necesidad de una legislación federal, eso podría mejorar la calidad del proceso legislativo, en los márgenes, y si suficientes miembros del Congreso lo tomaran en serio” (2014:203).

De esta manera, el rol de la Corte es *invitar e incentivar el diálogo* entre los diferentes actores; esta nueva postura encuadra dentro la tesis de lo que la literatura norteamericana ha denominado el *constitucionalismo democrático* (POST y SIEGEL 2013), donde los jueces no son ya la única instancia en materia de interpretación constitucional, sino que resulta necesario considerar nuevos mecanismos y ámbitos de discusión donde estén involucrados, no solo los actores políticos, sino el propio pueblo (GARCÍA JARAMILLO 2013).

Estas nuevas tendencias no buscan la prevalencia de un sistema de control (político y jurisdiccional) sobre el otro, sino más bien la búsqueda de nuevos mecanismos que permitan un mayor *diálogo*: “el cambio constitucional debe ser dialéctico e interactivo” (GARCÍA JARAMILLO 2013:29). La premisa, justamente, de estas posturas es la de aumentar la legitimidad democrática de la Constitución: “el constitucionalismo democrático examina múltiples prácticas que facilitan una comunicación constante y continua entre los tribunales y el pueblo” (POST y SIEGEL 2013:53).

Es coincidente con una concepción *deliberativa* de la democracia, donde no solo el requisito mayoritario resulta indispensable, sino también de procedimientos donde se plasmen las razones y justificaciones de las decisiones tomadas y de porqué se toman (GARGARELLA 2008, 2012). En una misma línea argumentativa, Vicki JACKSON (2014) propone una mirada alternativa a la de CALABRESI y BICKFORD 2011 – quienes se apegan a la idea de la intervención judicial como principal herramienta para defender y garantizar el federalismo – al sostener que el federalismo debe ser entendido como un sistema que se basa en múltiples centros de poder que descansan en la responsabilidad democrática (“*democratic accountability*”), con amplias áreas de poderes concurrentes y oportunidades para el diálogo entre los diferentes niveles de gobierno.

Por ello, las decisiones judiciales deberían ser más proclives a declarar como principio la concurrencia de jurisdicciones antes que la prevalencia de la ley federal sobre la estadual, y promover de esta manera una democracia constitucional dentro de los Estados (JACKSON 2014). Es decir, superar una visión dual de suma cero, que resuelve la cuestión en el ámbito de la validez, que decide la vigencia y continuidad de una norma sobre la otra, dejando de existir, por una *dialógica, cooperativa*, que busca el acuerdo y la decisión conjunta.

#### ***IV. El Rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la resolución de controversias interjurisdiccionales.***

¿Cuál ha sido el rol asumido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina respecto de los conflictos intergubernamentales? En las últimas décadas, la Corte Suprema de Justicia argentina ha emitido una serie de importantes fallos cuyo contenido puede justificar la aseveración del inicio de un nuevo período, de un nuevo *federalismo judicial* en Argentina. Se trata de un conjunto de sentencias que han identificado, interpretado y aplicado diferentes principios constitucionales sobre el sistema federal, al mismo tiempo que han definido y precisado el rol de la Corte en este tipo de controversias.

En esta tarea, la Corte ha asumido un rol de “guardián último de las garantías constitucionales, máximo intérprete de la Constitución”, rol que la propia Corte ha reconocido a través de sus precedentes desde antaño.

En uno de sus más recientes precedentes, en el caso “Shi c/ Municipalidad de Arroyito” de 2021<sup>4</sup>, el Ministro Ricardo Lorenzetti (en su voto propio) explicita de manera concreta el particular rol de intérprete que tiene la Corte a la hora de dilucidar un conflicto, sosteniendo, por un lado, que “la tarea judicial consiste en *establecer un diálogo* entre [los principios constitucionales en pugna] (arts. 1° y 2° del Código Civil y Comercial de la Nación), de modo que la *interpretación sea coherente y armónica* (Fallos: 186:170; 296:432), considerando las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos (Fallos: 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni)”, y que la “La existencia de diferentes leyes nacionales, provinciales y municipales obliga a una *reconstrucción de la coherencia del sistema jurídico*, a posteriori de la promulgación de cada una de ellas, lo que confiere a la sentencia el carácter de *una norma jurídica de concretización de una argumentación razonable* (art. 3 Código Civil y Comercial de la Nación)”.

Por otro lado, en lo que se refiere a los sujetos destinatarios de estas resoluciones – en el caso, los sujetos federados – tienen que ajustar su accionar a estas interpretaciones: “ello importa también que, todos los niveles – Nación, Provincias o Municipios – se ajusten a los criterios constitucionales establecidos por esta Corte Suprema (CSJ 567/2021, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de

4 CSJN (2021), “Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, (CSJ 1751/2018/RH1), sentencia del 20 de mayo de 2021.

Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 4 de mayo de 2021, voto del juez Lorenzetti, considerando 7º)”<sup>5</sup>.

En este análisis, la Corte debe cumplir “con su función de *interpretar de modo coherente* la legislación para hacerla *compatible* con el modelo federal que la Constitución Nacional consagra. En esta tarea, es necesario integrar la cláusula general de la Constitución con criterios legales generales que ordenen las conductas hacia la concreción de su específica aplicación”. En este examen, se aplica un “escrutinio riguroso” (citando a Jon Elster), determinando, en primer lugar, si en el caso existe una antinomia de reglas o una colisión de principios, adaptando la *doctrina de la ponderación* de Robert ALEXY (1993) – aunque no lo cita expresamente. En este punto cabe agregar que el voto mayoritario si bien no hace esta diferenciación entre reglas y principios, realiza en definitiva el mismo análisis.

Los principios – sostuvo en su voto – constituye un mandato para lograr su máxima satisfacción compatible con otros que resulten aplicables al caso mediante un juicio de ponderación judicial (Fallos Ponce 2005, y Shi 2021).

Una característica común a estos últimos precedentes ha sido la consideración de las causas siguiendo un orden lógico en el análisis que parte de la consideración de la cuestión competencial (dentro de la cual generalmente analizan los principios constitucionales del federalismo), seguido por el análisis de la razonabilidad y finalmente el principio de legalidad – ejemplo concreto ha sido el fallo en “CABA c/ Gobierno Nacional” de 2020. En el caso “Shi”, en su voto el Ministro Lorenzetti avanzó primero con el análisis de las competencias entre la Nación, las provincias y el municipio en relación a la cuestión debatida en el caso, y luego pondera la colisión de los principios invocados.

Estos principios, por su propia naturaleza, exigen una tarea por parte de la Corte de *completar* y de *compatibilizar* los principios. Como bien reconoció en su voto, “Los principios son normas que establecen juicios de deber ser que receptan valores aspiracionales, de modo que su configuración normativa es, *prima facie, inacabada* y susceptible, por lo tanto, de ser *completada*”; por otro lado, los principios son “un mandato destinado a lograr su máxima satisfacción de

5 CSJN (2021), “Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, (CSJ 1751/2018/RH1), sentencia del 20 de mayo de 2021, Voto del Ministro Ricardo Luis Lorenzetti, Cons. 7º, 9º párr.

un modo *compatible* con otros principios competitivos que resulten aplicables en el mismo campo de argumentación”<sup>6</sup>.

De esta manera, la Corte *identifica* los principios aplicables, los dota de *contenido* y los compatibiliza, a través de un *escrutinio riguroso*, con la normativa supraconstitucional vigente, y los *pondera*, en caso de identificar una colisión entre estos. Al tratarse de un sistema federal, coexisten diferentes sistemas jurídicos que no siempre estarán de acuerdos o alineados; allí emerge, entonces, el rol de la Corte para, a través de la interpretación, armonizarlos, compatibilizarlos y ponderarlos. Esta *tarea de compatibilización* también fue expresada en la causa “La Pampa c/ Mendoza” de 2017<sup>7</sup>, sobre materia ambiental, sosteniendo al respecto<sup>8</sup>.

En “Nobleza Piccardo” (2015) igualmente analizó la coexistencia de diferentes legislaciones sobre la misma materia (en el caso, materia de salud y salubridad), sosteniendo que en el análisis “...dado que ambas jurisdicciones han regulado sobre la misma materia, solo resta analizar si existe una *incompatibilidad* absoluta e inconciliable entre la norma local y la nacional, lo que llevaría a declarar la invalidez de la primera”<sup>9</sup>. Allí se analizaron los principios en colisión, que eran “...El bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización institucional, y la aplicación efectiva de los derechos del consumidor”, todos los cuales “constituyen una *estructura de principios* suficiente para sustentar la competencia concurrente” entre ambos niveles, por un lado, y declara que el solo hecho de que la regulación sea diferente, no significa sin más la anulación de la legislación local”<sup>10</sup>. Requiere por tanto una ponderación entre lo que persigue esa legislación y la naturaleza de los derechos en juego.

6 Ídem, Cons. 7°, 8° párr.

7 CSJN (2017), “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ Uso de aguas”, (Fallos 340:1695) sentencia del 1 de diciembre de 2017.

8 “En el sub examen es preciso conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino). La relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de ‘compatibilización’, que no es una tarea ‘natural’ (porque ello significaría ‘obligar’ a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente ‘cultural’” (Cons. 7°, 2° párr.).

9 CSJN (2015), “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, (Fallos 338: 1110), Sentencia del 27 de octubre de 2015, Cons. 12, voto del Ministro Ricardo Luis Lorenzetti, Cons. 7°, 9° párr.

10 CSJN (2015), “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, (Fallos 338: 1110), Sentencia del 27 de octubre de 2015, Voto del Ministro Ricardo Luis Lorenzetti, Cons. 12°.

Específicamente en materia de federalismo, en la Causa “Telefónica c/ Municipalidad de Güemes” (2019), en su voto, el Ministro Lorenzetti identificó “*un principio de interpretación* sobre el diseño institucional del país, basado en la descentralización institucional, inspirado en el objetivo de lograr una sociedad más abierta y participativa”<sup>11</sup>.

Esta jurisprudencia no es nueva. Ya en la causa “Brizuela c/ Swift de La Plata” de 1976, especificó cuál era el rol de interpretación la Corte: “*es función primordial de la Corte Suprema interpretar la Constitución de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa*”<sup>12</sup>.

La tarea de *determinar* cuál es el *significado* y *alcance* de estos principios, tiene como finalidad que sean plenamente operativos. Estos principios identificados por la Corte, estén explícitos en la Constitución o se deriven implícitamente – no son meras recomendaciones, ideas de deber ser o ideales abstractos: “la incorporación al texto constitucional de esos principios generales, lejos de ser meras expresiones de voluntarismo o de ingenuidad política, configuran criterios o postulados a los que el legislador, así como la Nación y las provincias, deben ajustarse imperativamente”<sup>13</sup>. Estos principios representan un “imperativo categórico” que las partes tienen que respetar y cumplir, y que “no puede ser soslayado apelando a ningún subterfugio legal”<sup>14</sup>.

A lo largo de estas consideraciones, es posible advertir que la Corte no ha vacilado en definir y reafirmar su rol institucional como órgano encargado de dirimir los conflictos entre las partes de la federación, rol que no se circunscribe a la resolución del caso concreto traído a su conocimiento, sino que ha ido más allá, analizando el problema de fondo y estableciendo guías de acción para futuro. Esto ha dado lugar a la creación de sentencias “exhortativas”, especie del género de las sentencias “atípicas” que han proliferado en la jurisprudencia de las cortes y tribunales constitucionales de la gran mayoría de los países occidentales.

11 CSJN (2019), “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Telefónica Móviles Argentina S.A. – Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, (Fallos 342:1061) sentencia del 2 de julio de 2019, voto del Ministro Ricardo Luis Lorenzetti.

12 CSJN (1976), “Brizuela, Pablo César c/ S.A. Frigorífica Cía. Swift de La Plata” (Fallos: 296:432), sentencia del 23 de noviembre de 1976.

13 CSJN (2015), “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad” (Fallos 338:1356-1361) sentencia del 24 de noviembre de 2015, Cons. 39, 7° párr..

14 *Ibidem*.

### V. Jurisdicción constitucional y sentencias “exhortativas”.

Tradicionalmente, en el derecho procesal y particularmente en el derecho procesal constitucional, las sentencias se clasifican en sentencias *estimatorias* (que recepta positivamente la pretensión de una de las partes de impugnar la constitucionalidad de una norma o acto) y *sentencias desestimatorias* (aquellas que rechazan el pedido de declaración de inconstitucionalidad del precepto o norma), independientemente de los efectos, lo cual dependerá del sistema de control de constitucionalidad adoptado (efectos *inter partes* o *erga omnes*, *ex tunc* o *ex nunc*). Estas sentencias pueden denominarse sentencias “clásicas”. Resuelven el conflicto traído a colación por las partes litigantes. Esto responde a un principio liminar del Derecho, que es que los jueces deben resolver los litigios, aun cuando existan lagunas normativas, la cuestión no esté regulada correctamente o directamente no haya regulación sobre el punto.

Es lo que en el derecho procesal se denomina “atribución impuesta”, y se trata de una exigencia legal para el magistrado quien tiene la obligación de pronunciarse ante el requerimiento del justiciable: “se presenta como un poder-deber de ejercicio obligatorio, por cuanto no puede dejar de resolver so pretexto de silencio u obscuridad de la ley. El actor o demandado efectúan una petición, el juez debe proveer necesariamente a ella, aunque sea para expresar que no se ajusta a derecho o que debe ser desestimada o corregida” (RODRÍGUEZ JUÁREZ 2021) – Esta obligación está receptada en términos expresos en el art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 887 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo, en las últimas décadas, ha surgido otro tipo de sentencias, que por diferir sustancialmente en su resolución con estas sentencias *clásicas* – es decir, que en definitiva no estiman ni desestiman la pretensión de las partes – han sido denominadas como “atípicas” (o también, “interpretativas” o “intermedias”).

Ello se debe a diferentes factores, fundamentalmente por la “avalancha” de causas y cuestiones que los tribunales tienen que examinar y resolver y por el hecho de los tribunales constitucionales son los únicos que en definitiva pueden definir y determinar lo que se entiende por control político, o cuándo una causa entra dentro de la categoría “cuestión política”, pudiendo en consecuencia darle un significado extensivo o restrictivo, lo que dependerá de las diferentes conformaciones del tribunal y los contextos en los que se desenvuelve; en este sentido, “el único límite parece estar representado en el *Self-restraint*” (PEGORARO 2020).

En este activismo y expansión de la actividad judicial se observa también un esfuerzo por parte de los tribunales de conservar en la medida de lo posible el vigor de las normas infraconstitucionales, en una manifestación de respecto o cortesía a los otros poderes (principio de “cortesía constitucional” o de “deferencia razonada”), pero también por razones pragmáticas y de funcionalidad, para no generar vacíos normativos que tienen un alto costo jurídico y social (SAGÜÉS 2006) y, también, político.

Esta gran variedad de supuestos con que se han encontrado los tribunales constitucionales de los diferentes países demostraron rápidamente las limitaciones del esquema *kelseniano* sobre la simple alternancia “estimatoria-desestimatoria” (PEGORARO 2020:231). Las primeras experiencias comienzan a surgir por la acción de los Tribunales Constitucionales de Alemania, Austria, Italia, España y de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica (NOGUEIRA ALCALÁ 2004), siendo paradigmáticas en este sentido, la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* italiana y del Tribunal Constitucional alemán.

Desde el punto de vista jurídico, la justificación de estas sentencias atípicas puede sustentarse en dos grandes principios jurídicos: por un lado, el principio de “*cortesía constitucional*” o de “*deferencia razonada*”, que se traduce en la exigencia de un respeto y cortesía mutuo entre los poderes del Estado y, fundamentalmente, el respeto a los ámbitos competenciales de cada uno, al ámbito de reserva que cada poder tiene asignado por la Constitución (NOGUEIRA ALCALÁ 2004:135). A ello cabe agregar, además, en un Estado de estructura federal, el respecto a la distribución territorial y funcional de competencias entre niveles de gobierno.

Por otro lado, el principio constitucional de “*conservación normativa*” (también denominado “conservación del derecho”, “presunción de constitucionalidad de los actos legislativos”), según el cual, la interpretación constitucional debe partir de la buena fe, presumiendo de antemano la constitucionalidad de la obra del legislador y demás operadores jurídicos, por lo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la *ultima ratio* del sistema, en cuanto que, como acto, reviste gravedad institucional<sup>15</sup>.

15 En el leading case “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa” (Fallos 324:3219), sentencia del 27 de septiembre de 2001, la Corte sostuvo que “La declaración de inconstitucionalidad es -según conocida doctrina de este Tribunal- una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesi-

En este tipo de sentencias, el magistrado intenta encontrar un equilibrio entre los valores y principios constitucionales en juego, la solución que *cause menos daño al ordenamiento jurídico* y, al mismo tiempo, *sea compatible con la fuerza normativa de la Constitución* y los *derechos fundamentales*<sup>9</sup>, evitando de esta manera, el vacío normativo (NOGUEIRA ALCALÁ 2004).

En principio se puede sostener que este tipo de sentencias cuadran dentro de la competencia del tribunal y no invaden la competencia de otros poderes (o niveles de gobierno), pero ello dependerá en realidad de cuán intensa sea exhortación: si solo incluye recomendaciones, indicaciones, sugerencias o simples propuestas, o bien si llegan a elaborar directrices mucho más terminantes y contundentes, o incluso estableciendo plazos para ser cumplidas, lo que en los hechos condiciona las competencias del poder legislativo (SAGÜÉS 2006). Podría hablarse así de un *continuum*, de una línea continua que va desde la no intervención, que equivale a simplemente dar una opinión sobre el caso, hasta situaciones más extremas, que eliminan la norma cuestionada y la reemplazan con otra regulación que a consideración del tribunal es conforme a la constitución.

Entre estos dos polos, se pueden ubicar diferentes tipos de sentencias exhortativas, que SAGÜÉS (2006), siguiendo especialmente la experiencia del derecho comparado, clasifica en: (a) *Sentencia exhortativa “de delegación”* (se declara la inconstitucional a una norma, y advierte al Poder Legislativo qué pautas debería satisfacer una nueva ley compatible con la Constitución); (b) *Sentencia exhortativa de “inconstitucionalidad simple”* (constata que una norma es inconstitucional y, sin invalidarla, impone al Poder Legislativo el deber de suprimir la situación de inconstitucionalidad, modificando el régimen legal vigente); (c) *Sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria* (reputa *provisoriamente* constitucional a la norma, pero advierte que puede dejar de serlo pronto, o que es del todo satisfactoriamente constitucional, por lo que insta al legislador a que produzca una nueva regulación plenamente constitucional, agregando incluso pautas de contenido).

Otros autores hablan también de sentencias “orientadoras” (ÁBALOS 2021) o de “consejo constitucional” (AMAYA 2018), que se trataría de intervenciones más superficiales y no tan invasivas. Por ejemplo, un consejo constitucional es “una

dad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 247:121 y sus citas). Es por ello que con más rigor en este caso, la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa (Fallos: 260:153, considerando 3° y sus citas)” (Cons. 10).

orientación, invitación, o base de acción, sin ninguna eficacia legal, más allá de la buena intención pedagógica del Tribunal, la cual, por supuesto, podría haberse logrado también por otros medios” (AMAYA 2018). En una sentencia orientadora, como la propia Corte lo declaró, “no se trata solo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional” (ÁBALOS 2021).

A esta clasificación cabría agregar la *sentencia exhortativa “por omisión”*, que sería aquella sentencia donde el Tribunal detecta un incumplimiento manifiesto de una manda constitucional y, en consecuencia, *insta* (o en algunos casos, *ordena*) su cumplimiento, y sentencias exhortativas de *intervención política*, por las cuales se ordena la intervención de los poderes políticos (ejecutivo y/o legislativo) sobre determinados asuntos de naturaleza económica, social, ambiental, etc, mediante políticas públicas, regulaciones normativas, etc..

Se puede así entonces ubicar en el punto menos invasivo a las opiniones u orientaciones, que no tienen efectos legales, e incluso ni siquiera resuelven el caso, hasta una posición más radical, punto en el que se podría ubicar a las sentencias manipulativas “sustitutivas”, las que, en palabras de SAGÜÉS (2006), representan la “manifestación más dura (y por ende, muy discutible) del poder legislante positivo de un Tribunal Constitucional”, ya que aquí el tribunal destruye la norma calificada de inconstitucional y, además, la reemplaza por otra regulación que considera conforme a la Constitución (2006:193). Este tipo de sentencias a su vez puede adquirir diferentes modalidades, pudiendo identificarse la sentencia manipulativa *aditiva* o *sumatoria*, la sentencia manipulativa *sustractiva* y las *sentencias manipulativas mixtas* (SAGÜÉS 2008) – una muestra más de que la cuestión de las sentencias atípicas sigue siendo un tema de amplio debate en la doctrina y que muta constantemente, inserto dentro de una disciplina además en constante auge y en permanente enriquecimiento como lo es el Derecho Procesal Constitucional.

## ***VI. La resolución de conflictos intergubernamentales por parte de la Corte Suprema a través de las denominadas sentencias exhortativas.***

Hasta principios del nuevo milenio, estas sentencias no eran frecuentes en el derecho judicial argentino. Uno de los primeros precedentes en adoptar esta mo-

dalidad fue el caso “Verbitsky”<sup>16</sup> de 2005 (SAGÜÉS 2006), seguido por otros importantes casos como Rosza<sup>17</sup> de 2007, Halabi<sup>18</sup> de 2009, y las más recientes “Uriarte”<sup>19</sup> de 2015 y “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”<sup>20</sup> de 2021 – en este último, ordena la sanción de una nueva ley del consejo de la magistratura, estableciendo un plazo de 120 para que el Congreso la dicte, rigiendo mientras tanto la ley anterior, reputada constitucional por la Corte.

En el ámbito federal, puede encontrarse una serie importante de sentencias que van un poco más allá de la identificación del vacío normativo y la “denuncia” a la inactividad del poder obligado a cubrirlo – con la consiguiente *exhortación* a hacerlo; también identifica el problema de fondo en el que se inserta el caso, resuelve el caso y establece guías para resolver aquel problema de fondo e invita a las partes a que ellas resuelvan el problema a través del diálogo y la negociación.

Se puede identificar así dos grandes supuestos: En algunos casos se trata de omisiones constitucionales – por ejemplo, la no sanción del régimen de coparticipación que ordena la constitución – pero en otros casos, se trata de conflictos de naturaleza política entre sujetos de derecho público dotados de soberanía<sup>21</sup>, que se encuentran en un pie de igualdad – nación y provincias, o provincias entre sí – conflicto cuya resolución exige, por un lado, que el tribunal asuma un rol dis-

16 CSJN (2005), “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, (Fallos: 328:1146), sentencia del 3 de mayo de 2005.

17 CSJN (2007), “Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación”, (Fallos: 330:2361), sentencia del 23 de mayo de 2007.

18 CSJN (2009), “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, (Fallos: 332:111), sentencia del 24 de febrero de 2009.

19 CSJN (2015) “Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro C/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción mere declarativa de inconstitucionalidad” (Fallos: 338:1216), sentencia del 4 de noviembre de 2015.

20 CSJN (2021) “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN -ley 26.080 -dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 16 de diciembre de 2021.

21 En varios precedentes, la Corte Suprema argentina ha hablado de la “soberanía” provincial; así, por citar solo los más precedentes (respecto de los fallos más antiguos donde emplea también el término soberanía, ver ALTAVILLA 2009), en Shi, dijo que “las provincias [...] conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, sin más limitaciones que las enumeradas en el artículo 126 de la Constitución Nacional” y en el mismo fallo, el voto del Ministro Lorenzetti, “En este sentido, es principio consolidado en la jurisprudencia del Tribunal que, según el art. 121 de la Constitución Nacional, las provincias conservan su soberanía en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente “darse leyes y ordenanzas de impuestos locales de policía [...] y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 108 (actual art. 126) de la Constitución Nacional” (Fallos: 7:373; 9:277; 150:419 y 320:619, considerando 7°, entre otros) y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 288:240)” (Cons. 9), cita que toma del presente “Nobleza Piccardo”, Cons. 10; en el fallo “Esso”, se refirió a la “soberanía local”.

tinto al de un tribunal jurisdiccional que aplica derecho positivo, y por el otro lado, que las propias partes le den término definitivo, ya que la resolución definitiva del conflicto queda en manos de ellas, no de la Corte.

Cabe traer a colación, en primer lugar, el importantísimo precedente sentado en el fallo “La Pampa c/ Mendoza” del 3 de diciembre de 1987 (Fallos: 310:2478), donde la Corte hizo una exégesis, por primera vez (ALTAVILLA 2009), del art. 127 (107 en la numeración original) de la Constitución Nacional. El art. 127 prescribe que “Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley”.

El artículo hace referencia a una función especial encomendada a la Corte Suprema, donde no actúa como tribunal que aplica derecho positivo, sino más bien como un árbitro que dirime conflictos políticos entre sujetos de derecho público: “Que de lo expuesto, cabe concluir que los conflictos interestatales en el marco de un sistema federal asumen, cuando surten la competencia originaria de la Corte en el marco del art. 109 [actual 127] de la Constitución, un carácter diverso al de otros casos en que participan las provincias y cuyo conocimiento también corresponde de manera originaria al Tribunal. No se trata de una ‘causa civil’ en el concepto desarrollado por las leyes reglamentarias de esa competencia, por ejemplo la ley 48 o el decreto-ley 1285/58, y tal como la concibió la jurisprudencia de esta Corte, ni de una controversia de las que ordinariamente resuelven los jueces y cuya decisión les compete por el art. 100 de la Constitución Nacional; *la competencia originaria en estos casos requiere tan sólo un conflicto entre diferentes provincias producido como consecuencia del ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía*. Estas cuestiones, *de naturaleza muchas veces compleja, concernientes a las relaciones políticas entre los estados* (Fallos: 166:358, dictamen del Procurador General, Dr. Horacio R. Larreta), requieren para su solución que *se otorguen al Tribunal amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio*” (Cons. 69).

Se trata de la denominada “jurisdicción dirimente” de la Corte, una función esencialmente distinta a la función judicial. En este sentido, tiene especial interés el voto del Dr. Carlos Santiago Fayt en este importante precedente, quien procuró precisar con mayor detalle y análisis esta especial competencia de la Corte: “Que ésta es, finalmente, la ocasión de efectuar algunas precisiones doctrinarias sobre la índole de la jurisdicción dirimente de la Corte Suprema de justicia de la Nación, que como señaló es muy diversa a la establecida por los artículos 100 y

101 para su actuación como tribunal de justicia. *Dirimir* no es *juzgar*, y por ello es función que si la Constitución Nacional confió a jueces, lo fue en razón no de la índole de la tarea sino de una preferencia del constituyente en el reparto de tareas que efectuó. En las acepciones que nos interesan, *juzgar* es “deliberar, quien tiene autoridad para ello acerca de la culpabilidad de alguno o de la razón que le asiste en cualquier asunto, y sentenciar lo procedente”; *dirimir* es “ajustar, fenecer, componer una controversia” (Academia). El art. 109 de la Constitución Nacional que crea este peculiar y precioso sistema para “ajustar, fenecer, componer” controversias entre provincias, asegurando así la paz interior, tiene origen en el derecho constitucional latinoamericano y no se halla en la Constitución de los Estados Unidos. La toma Alberdi de la Constitución de Mora Grande y el constituyente argentino adopta la norma por él propuesta con leve variante en un término” (Cons. 5°).

La Corte es, en estos supuestos, un “órgano de esa conciliación”, y tiene como tarea principal concientizar a las partes, “a cobrar cabal conciencia de que son partes de una misma Nación, y que por ello importará más en definitiva a sus intereses la solución en común de sus problemas que la satisfacción de sus pretensiones primarias” y por ello, el “mayor provecho que puede generarse de tal conciencia es la comprensión de las ventajas de la elaboración de un proyecto en unión que satisfaga a ambas partes y de sumar sus esfuerzos en la realización de dicho proyecto” (Cons. 5°).

En este fallo, la Corte precisó que “Consiste en una función política y no judicial, que surge tanto por la naturaleza de la causa como por la de las partes intervinientes, por la que se dirime una contienda que exige una decisión de naturaleza política y diplomática” (ALTAVILLA 2009:120).

En esta tarea, la Corte debe recurrir, no al derecho positivo interno, pues allí no encontrará la solución al caso, sino en normas del *derecho de gentes*, normas del constitucional nacional o comparado, en los principios del derecho internacional y en lo que lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha denominado el “*common law federal*”.

La Corte en esta causa – donde se disputaba el aprovechamiento de un río interprovincial que atraviesa a las provincias de Mendoza y La Pampa, originado por el uso excesivo de la primera que privaba de agua suficiente a la segunda – insta a las partes a dialogar, a llegar a un acuerdo a través del diálogo. Rescata la importancia de la negociación y del diálogo interjurisdiccionales, con importantes citas de los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos:

“Así, sostuvo que la Corte Suprema de los Estados Unidos: ‘Los convenios y los acuerdos mutuos deberían, en lo posible, ser el medio de solución en lugar de la invocación de nuestra potestad jurisdiccional’” (Cons. 134 *in fine*). En su parte resolutive, el fallo concluye resolviendo lo siguiente: “[...] 3) *exhortar* a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel, sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en esa sentencia”.

En una causa muy similar, suscitada entre la provincia de Buenos Aires y la provincia de Santa Fe<sup>22</sup> (donde la primera reclamaba la prohibición a la segunda de ejecutar obras que alteraban el escurrimiento natural de las aguas de la Laguna La Picasa, compartida por ambas provincias) la Corte acoge el reclamo fundado en la competencia que le confiere el art. 127. Aquí será el Ministro Carlos Rosenkrantz quien, en su voto en disidencia (parcial), dará precisiones conceptuales sobre la competencia dirimente: “el poder a ella otorgado por el art. 127 de la Constitución se despliega exclusivamente como *respuesta institucional* a la necesidad de dar solución a un conflicto entre provincias”.

Más adelante, en la causa “Santa Fe c/ Estado Nacional” de 2015, la Corte, remitiéndose nuevamente al precedente de fallos 310:2478 (La Pampa c/ Mendoza), sostendrá que “[...] es dable considerar la *trascendencia institucional* de este pronunciamiento y las particulares características de la jurisdicción que se insta a ejercer a la Corte Suprema a través de la demanda incoada, en las que el Tribunal no puede ceñirse a las previsiones legales aplicables a los comunes reclamos por el cobro de una suma de dinero (Fallos: 310:2478, considerando 69). La *naturaleza de la cuestión* sometida a decisión, que concierne a las relaciones políticas entre los Estados, y en particular al complejo régimen de la Coparticipación Federal de Impuestos, requiere para su solución que el Tribunal ejerza las facultades que supone la trascendente misión de resolver los conflictos interestatales; máxime cuando es sino uno de los Estados parte”.

A lo largo de este fallo, la Corte resalta la importancia de los pactos fiscales, que integran el llamado *derecho intrafederal* (ver ALTAVILLA 2020c).

Aquí la Corte identifica un serio problema de fondo, que es la omisión constitucional al no cumplir con la manda constitucional de elaborar un nuevo régimen

22 CSJN (2019), “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas-”, (Fallos: 342: 2136), sentencia del 3 de diciembre de 2019.

de coparticipación, tras casi 19 años de la reforma constitucional, y que si bien reconoce la complejidad de sancionar este nuevo régimen, ello no es excusa que justifique el incumplimiento de la Constitución.

Por ello, la Corte *exhorta* a las partes obligadas a cumplir con las tareas y roles encomendados por la Constitución Nacional, exhortación que se impone con el fin de consolidar el proyecto federal de la Constitución, proyecto que se encuentra ya en la constitución primigenia y reivindicado por los convencionales constituyentes en el año 1994, en cumplimiento del fortalecimiento del régimen federal que les fue encomendado por la ley de declaración de la necesidad de reforma constitucional (artículo 3°, apartado A, ley 24.309), producto del acuerdo entre las principales fuerzas políticas del país (“Santa Fe”, Cons. 39, 3° párr.).

Este rol trascendental de la Corte lo ejerce incluso cuando la normativa cuestionada ya no está en vigencia o bien si no es competente para resolver el asunto. En el primer supuesto, la Corte se expidió con posterioridad a la caducidad de la normativa cuestionada (en el caso, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 241/2021 por el cual se dispuso la suspensión de clases presenciales hasta el viernes 30 de abril de 2021, cuando el fallo de la Corte se emitió el día 4 de mayo): “Que, finalmente, el hecho de que el estricto acatamiento de los plazos procesales propios del juicio sumarísimo haya superado al breve plazo de vigencia temporal del DNU impugnado, no resulta óbice para que esta Corte emita su pronunciamiento. Por el contrario, una clásica doctrina de este Tribunal indica que sus poderes se mantienen incólumes para conocer del asunto cuando el desenvolvimiento ordinario de los acontecimientos pudiera sustraer a las cuestiones planteadas de la revisión de esta Corte, frustrándose así su rol de garante supremo de la Constitución Nacional (arg. causas “Acuerdo para el Bicentenario”, Fallos: 340:914; “Ríos”, Fallos: 310:819; “B.A.”, Fallos: 324:4061)” (Cons. 28).

La Corte aprovecha la oportunidad para determinar pautas de comportamiento a futuro, tanto por la importancia institucional del tema en juego como por la posibilidad de que vuelvan a repetirse en el futuro: “En ese entendimiento, dado que circunstancias como las examinadas en la causa pueden prorrogarse o repetirse en el futuro, el Tribunal entiende que su pronunciamiento no solo no se ha vuelto inoficioso sino que debe *orientar*, desde lo jurídico -no desde lo sanitario- decisiones futuras. Dicho de otro modo: no se trata solo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de *dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional* en el marco del federalismo argentino”.

En este tipo de sentencia *orientadora* (ÁBALOS 2021), la Corte fija criterios y pautas de actuación, conforme a principios constitucionales que la propia Corte identifica y explica en el fallo, dotándolos de contenido (tales como el principio de buena fe federal o de lealtad federal y el de cooperación, etc.).

En el segundo caso, la Corte resolvió en la causa “Municipalidad de Castelli c/ Provincia de Buenos Aires” de 2022<sup>23</sup> - donde el municipio reclamaba a la Corte la declaración de inconstitucionalidad de la Constitución provincial, por cuanto no se adecua a la normativa federal en materia de autonomía municipal (art. 123, CN), es decir, por incumplimiento por omisión, y permita al municipio, sancionar su propia Carta Orgánica – que si bien “la presente causa *es ajena a la competencia originaria* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, ejerció pese a ello, su rol interpretativo, acudiendo a la hermenéutica y aplicación del derecho público provincial, “interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la provincia demandada ha querido darle”, trayendo a colación todos los fallos de la Corte donde reforzó la autonomía municipal. La Corte aquí ni siquiera resuelve el caso (el fallo no tiene, literalmente, parte resolutive), sino que *identifica el problema* y da pautas a las partes involucradas sobre cómo deben actuar y cómo deben resolver ese conflicto.

En una causa muy similar, en el fallo “Las Colonias”<sup>24</sup> de 2020, que llega a la Corte por vía de apelación (mediante recurso de Queja), y en la que también se discute la adecuación de la constitución de la Provincia de Santa Fe a los nuevos estándares fijados por la Constitución Nacional en el art. 123 respecto de la autonomía municipal, reconoció el máximo tribunal que “La falta de adaptación de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, vigente desde 1962, al standard del art. 123 de la Constitución Nacional, importa -entre otras consecuencias- mantener formalmente la vigencia de leyes que, como la que es materia de análisis en la causa, no operan como garantías de funcionamiento y autodeterminación sino como un valladar de la autonomía”. En consecuencia, exhorta a las autoridades provinciales a adecuar su normativa interna las nuevas disposiciones constitucionales.

23 CSJN (2022) “Intendente de la Municipalidad de Castelli c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa (art. 322 Cód. Procesal)”, sentencia del 10 de febrero de 2022.

24 CSJN (2020) “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asoc. Pers. Munic. las Colonias c/ Fed. Sind. Trab. Munic. Festrab y otros s/ acción de amparo”, (Fallos: 343: 1389) sentencia del 29 de octubre de 2020.

Si bien esta resolución no tiene efectos vinculantes para la provincia (que ni siquiera era parte en la causa), la Corte fija una postura clara sobre la temática en consideración (fortalecimiento del federalismo y la autonomía municipal), alentando a los actores involucrados (en el caso, la Provincia de Santa Fe) a cumplir con los objetivos y valores constitucionales, y contribuye así a reforzar la seguridad jurídica, a través de pautas claras sobre cómo resolverá, a futuro, causas similares.

En este conjunto de sentencias dictadas en los últimos siete años (2015-2022), pueden identificarse sentencias que se ubican en diferentes puntos del *continuuus* entre la mera opinión constitucional u orientación y las sentencias manipulativas sustitutivas – entendidas como la expresión más extrema del tribunal constitucional – ya que la casuística es bastante variada y las decisiones tomadas en cada una de ellas, muy disímiles; pero aun así, es posible también en encontrar algunos elementos comunes, a saber: (a) identifica, reconoce y analiza el *problema de fondo* en la cuestión debatida; (b) muestra *deferencia* a los demás poderes y partes involucradas; (c) Instar al diálogo a las partes involucradas (no solo en el proceso puntual, sino a todas las partes de la sociedad que tienen competencia o responsabilidad en la resolución del conflicto); (d) Exhorta a las partes a cumplir la constitución y los objetivos que esta declara; (e) Establece guías de actuación a futuro.

(a) La Corte reconoce y analiza el *problema de fondo* en el cual se inserta el caso bajo estudio. Un ejemplo paradigmático en este sentido, ha sido el voto del Ministro Lorenzetti en la causa *Esso c/ Quilmes* de 2021<sup>25</sup>, donde se discutía la potestad tributaria municipal. En su voto, hace una amplia e interesante relación sobre la situación general de todos los municipios del país en el aspecto económico-financiero: “en la audiencia pública celebrada en este expediente quedó en evidencia la preocupante situación financiera de los municipios, ya que se incrementaron sus funciones y se disminuyeron sus recursos” (Cons. 7°).

A partir de ello, sostuvo que: “En numerosos casos, esta Corte Suprema tuvo que resolver conflictos derivados de la insuficiencia de recursos de las provincias, que hace que ellas aumenten las cargas tributarias en procura de mayores ingresos. En el mismo sentido, si los municipios no reciben recursos adecuados también aumentan las cargas, distorsionando así todo el sistema fiscal, con la consecuente sobrecarga tributaria hacia los contribuyentes. Las circunstancias re-

25 CSJN (2021), “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa *Esso Petrolera Argentina S.R.L. y otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ acción contencioso administrativa*”, sentencia del 2 de septiembre de 2021.

feridas en dicha audiencia, acerca de la falta de correspondencia entre las funciones asignadas a estos entes y los recursos con los que cuentan para llevarlas adelante, requieren un serio debate parlamentario y deben ser contempladas por los demás actores del federalismo”.

Si bien en el caso concreto se analizaba la legitimidad del municipio de establecer un tributo local que, en principio, excedía su competencia (tanto funcional como territorialmente) conforme a los términos de la demanda interpuesta por la parte actora, la compañía petrolera Esso, el fallo va mucho más allá y analiza un problema de política fiscal, más que de derecho tributario o de mera legalidad de la cuestión debatida – aclarando que aquel escenario de incumplimientos constitucionales por parte de los niveles superiores no constituye una habilitación para crear tributos por fuera de los límites constitucionales impuestos a los gobiernos locales. Pero es precisamente este escenario el que habilita la intervención de la Corte y hace necesaria su resolución al caso concreto (“Esso” 2021, voto Ministro Lorenzetti, Cons. 8°).

En el fallo Santa Fe (2015), la Corte también hace una consideración general de las relaciones fiscales nación-provincia y su situación en las últimas cuatro décadas, analizando el reclamo puntual de la provincia (que era concretamente la anulación de una decisión unilateral del gobierno federal de detraer recursos coparticipables a las provincias para financiar al organismo federal de recaudación – AFIP) dentro de ese contexto más general – y, como en los demás casos, el denominador común sigue siendo el incumplimiento de mandatos constitucionales precisos y categóricos: habiendo “transcurrido casi diecinueve años desde la fecha fijada en la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional para establecer un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal” y que la dificultad para lograr el acuerdo “no pueden resultar un justificativo para un *inmovilismo* que ya supera ampliamente los tres lustros y que conspira claramente contra el objetivo de fortalecer el federalismo fiscal perseguido por los constituyentes de 1994”.

En el fallo Bazán (2019) hace una consideración sobre todos los fallos de la Corte donde se han advertido serios problemas de funcionamiento del federalismo argentino, debido, entre otras muchas causas, al incumplimiento del texto constitucional: “Que esta Corte Suprema ha advertido sobre los graves desajustes institucionales que emergen de la demora excesiva e injustificada por parte de los poderes constituidos federales o provinciales en cumplir con mandatos de hacer establecidos en normas constitucionales estructurantes del federalismo” (Cons. 10).

Trae a colación así en primer lugar, el fallo en la causa *Municipalidad de La Rioja c/ Provincia de La Rioja*<sup>26</sup> de 2014 (luego reiterado en *Municipalidad de La Banda c/ Provincia de Santiago del Estero*<sup>27</sup> de 2018), donde “sostuvo que constituía una demora irrazonable que la Provincia de La Rioja no hubiese dictado en dieciséis años una ley de coparticipación municipal, a pesar de que la Constitución provincial del año 1998 así lo establecía. Alertó que la omisión legislativa impactaba en las reglas básicas del federalismo argentino, en la medida en que el constituyente reformador federal estableció en el artículo 123 que cada provincia debe asegurar ‘la autonomía municipal’ y reglar ‘su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero’”.

Recordó, asimismo, las tres causas donde se discutía la inconstitucionalidad de una detracción por parte del gobierno federal de recursos coparticipables (casos *Santa Fe* – citado precedentemente, junto con los casos *San Luis* y *Córdoba*, los tres de 2015), donde la Corte sostuvo que el “*inmovilismo*” en el cumplimiento de la manda constitucional, “conspira claramente contra el objetivo de fortalecer el federalismo fiscal perseguido por los constituyentes de 1994”.

La cuestión planteada en el caso *Bazán*, un conflicto negativo de competencia entre un juzgado federal y un juzgado “nacional” de la ciudad de Buenos Aires, la Corte lo enmarca en el problema más general de la falta de traspaso de la justicia hasta entonces en manos del gobierno federal a la ciudad de Buenos Aires, declarada autónoma por la última reforma constitucional. Como la propia Corte lo reconoció en precedentes anteriores (causa y “*Corrales*” de 2015 y “*Nisman*” de 2016, Fallos 339:1342), y en virtud del art. 129 CN, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, deben ser transferidas al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

La Corte identifica un grave problema de omisión e inmovilismo que atenta contra el correcto y eficiente desempeño del sistema federal: “Que en los términos de la jurisprudencia señalada, la situación que se advierte en la cuestión bajo examen revela un supuesto de “*inmovilismo*” en llevar a cabo la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Bue-

26 CSJN (2014), “Recurso de hecho deducido por la Municipalidad de La Rioja en la causa *Intendente Municipal Capital s/ amparo*”, (Fallos: 337:1263), sentencia del 11 de noviembre del 2014.

27 CSJN (2018), “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa *Municipalidad de la Ciudad de La Banda c/ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero s/ conflicto entre poderes públicos*”, (Fallos: 341:939), sentencia del 23 de agosto de 2018.

nos Aires, que también debe ser considerado como un desajuste institucional grave de uno de los mecanismos estructurales de funcionamiento del federalismo, sin que la demora en la concreción del mandato constitucional aparezca de manera alguna razonablemente justificada. Esta omisión no solamente constituye un incumplimiento literal de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto. Impacta, además, en la distribución de los recursos públicos en la medida en que – como consecuencia de dicha omisión- las veintitrés provincias argentinas se hacen cargo de financiar los gastos que demanda el servicio de administración de justicia del restante distrito” (Bazán, 2019, Cons. 12).

La Corte advierte que estas *omisiones* y *demoras* generan graves conflictos intergubernamentales y consecuencias perjudiciales al federalismo argentino. Concretamente, y tal como lo reconoció la Corte en Santa Fe (2015), “El conflicto aquí resuelto, y tantos otros análogos sometidos a decisión de esta Corte, se hubieran evitado si se hubiese cumplido con esa manda constitucional”.

(b) Muestra *deferencia* a los demás poderes y partes involucradas. Los fallos citados buscan un equilibrio entre la competencia de la Corte para resolver los casos traídos a su conocimiento y las competencias (y obligaciones) de los demás poderes (en sus diferentes niveles de gobierno) en el marco el principio de división de poderes. Se trata de ejemplos concretos de auto restricción (*self-restraintment*).

Pero si bien es cierto que la Corte no puede inmiscuirse en las tareas propias de los otros poderes y órganos constitucionales, también es cierto que a ella le incumbe “el ejercicio del control [...] sobre las actividades de los otros poderes del Estado”, especialmente cuando éstos no cumplen con la constitución nacional (CSJN, Santa Fe, 2015, Cons. 39).

En el marco del sistema federal, esta deferencia es tanto *horizontal*, entre los poderes del Estado Nacional, como *vertical*, entre los niveles de gobierno, respetando la dimensión funcional y territorial de la división del poder:

*Que en mérito a lo expuesto, como guardián último de las garantías constitucionales, máximo intérprete de la Constitución y cabeza de un departamento del Estado (Fallos: 330:4134; 338:1575 y 342:509, 584, 1417 y 2389), este Tribunal se encuentra obligado a velar porque se respete el sistema institucional de división de poderes que establece la Constitución (art. 1°), tanto en su aspecto material en el marco del sistema republicano*

*de gobierno (ramas legislativa, ejecutiva y judicial), como en su dimensión territorial propio del sistema federal argentino (en el que se articulan de manera coordinada las potestades del Estado Nacional, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios) (CABA c/ Nación, Cons. 26).*

Un caso controvertido en este punto ha sido el fallo Entre Ríos (2019), donde la Corte tuvo que decidir sobre la constitucionalidad de los Decretos N° 561/2019 y N° 567/2019 emitidos por el Poder Ejecutivo Nacional, por los cuales se decidió reducir, temporalmente, las alícuotas del Impuesto al Valor Agregado y del impuesto a las ganancias, reduciendo, en consecuencia, los montos coparticipables que la Nación debía transferir a las provincias. La Corte ordenó “que los efectos fiscales de la aplicación de los decretos 561/2019 y 567/2019 y de las resoluciones generales AFIP 4546/2019 y 4547/2019, en la medida de las inconstitucionalidades aquí alegadas, sean asumidos con recursos propios del Estado Nacional, sin afectar la coparticipación que corresponde a la Provincia de Entre Ríos”.

La controversia del caso radica en que se trata de una cuestión que podría ser considerada como de competencia de los poderes políticos, ejecutivo y legislativo, sobre el mérito, oportunidad o conveniencia a la hora de fijar una determinada política impositiva (por más provisoria y superficial que esta sea). El voto en disidencia del Ministro Carlos Rosenkrantz se pone de manifiesto esta controversia.

Rosenkrantz sostuvo, por un lado, la falta de legitimación procesal de la provincia para reclamar la anulación de esta normativa, por cuanto “la relación jurídica derivada del régimen de coparticipación entre la Nación y las provincias no otorga a estas últimas derecho ni expectativa alguna respecto de un determinado nivel de recaudación por parte del Estado Nacional, ni tampoco confiere un derecho a que se establezcan determinados impuestos, ni a que determinadas actividades se vean alcanzadas por tal cual impuesto coparticipable o estén exentas de él” y en consecuencia de ello, “las provincias carecen por sí solas de todo derecho jurídicamente exigible a determinar la política recaudatoria que encara el régimen tributario nacional”; y por el otro lado, que “las decisiones del gobierno nacional, previas a la efectiva percepción de los impuestos nacionales, relacionadas con la expansión o retracción de la presión tributaria sobre determinadas actividades económicas o cierta clase de contribuyentes, no son del resorte de las provincias, sino exclusivamente del gobierno nacional” (Cons. 5° del voto en disidencia).

Es decir que se trata de una competencia exclusiva del gobierno federal, sobre la cual las provincias no tienen derecho a intervenir, es decir, no tienen legitimidad procesal activa en estos casos. Pero más importante aún, rescata el he-

cho de que tratándose además de una competencia exclusiva del gobierno federal (en el esquema de distribución *territorial* del poder), de una competencia propia del Congreso de la Nación (en el esquema de distribución *funcional* del poder), el poder judicial no puede intervenir, so pena de “alterar las bases de la división de poderes vigente en nuestro país, con severo desmedro del sistema republicano que nuestra Constitución ha adoptado (art. 1)” (Cons. 6° del voto en disidencia).

Las decisiones de la Corte deben buscar orientar desde lo jurídico, no desde el aspecto político – como lo sostuvo, por ejemplo, en el precedente CABA c/ Gobierno Nacional, al sostener que “debe orientar, desde lo jurídico – no desde lo sanitario – decisiones futuras”. Orientar desde lo sanitario sería entrometerse en competencias propia de los otros poderes, sobre el mérito, oportunidad o conveniencia de la decisión de naturaleza eminentemente política.

(c) Instar al *diálogo*: La Corte ha insistido invariablemente en la necesidad del diálogo en numerosos precedentes.

En Barrick (2019) sostuvo que la tarea de concertación federal corresponde primariamente a las autoridades políticas, nacionales y provinciales, y en esta concertación deben conjugar sus intereses (no siempre coincidentes) para potenciar el cumplimiento de los objetivos y valores constitucionales.

La Corte ha insistido persistentemente que la base del federalismo argentino es el diálogo y el acuerdo, dos ideas fundantes que se encuentran en la base del federalismo de concertación o de cooperación y responden principalmente a los principios constitucionales de cooperación, de colaboración, de concertación y de coordinación.

En este marco, ha reiterado en más de una oportunidad, por ejemplo, “la naturaleza *convencional*” del régimen de coparticipación, el cual debe ser alcanzado a través de acuerdos, como expresamente lo impone la Constitución Nacional (art. 75, inc. 2°) primero entre presidentes y gobernadores, luego entre las diversas fuerzas políticas representadas en el Congreso y finalmente la adhesión de cada una de las provincias a través de sus legislaturas.

En Santa Fe (2015), sostuvo que “La *naturaleza convencional* es otro aspecto constitutivo del sistema, dado que la Ley Fundamental establece que debe dictarse una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, a los efectos de instituir regímenes de coparticipación de esas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de fondos; y que esa ley convenio ten-

ga como Cámara de origen al Senado, deba ser sancionada con una mayoría calificada, no pueda ser modificada unilateralmente, y deba ser aprobada por las provincias (inciso 2º, párrafos segundo y cuarto)”. (Santa Fe 2, p. 1405, Cons. 3º).

Este tipo de acuerdos constituyen “manifestaciones positivas del llamado federalismo de concertación”, por el cual se pretende lograr “un régimen concurrente en el cual las potestades provinciales y nacionales se unan en el objetivo superior de lograr una política uniforme en beneficio de los intereses del Estado Nacional y de las provincias”, citando otro de sus precedentes donde delineó algunos principios básicos de las relaciones fiscales Nación-Provincias, en el Fallo El Cóndor<sup>28</sup> de 2001.

Se trata de una nueva concepción del federalismo en general, y del ejercicio de las competencias concurrentes, en particular – como se verá con mayor detalle en el próximo capítulo.

En su última jurisprudencia, la Corte ha establecido nuevos parámetros para el ejercicio de las competencias que caen en la órbita de ambos niveles de gobierno, dejando de lado la visión más tradicional, de ejercicio indistinto o indiferente, para pasar a un modelo basado en el diálogo, la ayuda mutua, la comunicación y la coordinación intergubernamental. La Corte ha insistido reiteradamente en la necesidad del diálogo (casos “Neuquén” de 2018, “La Pampa c/ Mendoza” de 2017, “Barrick” de 2019, “CABA c/ Gobierno Nacional” de 2020, “Shi” de 2021).

Tanto el ejercicio de estas competencias como la resolución de los conflictos que se susciten a raíz de ese ejercicio, debe partir ahora de una percepción conjunta o cooperativa, que es propia del *federalismo de concertación*, y no ya desde una visión disyuntiva o separatista (“Neuquén”, 2018, voto del ministro Rosatti).

El diálogo y el acuerdo son mecanismos que sirven no solo para establecer políticas comunes, o concertar acciones conjuntas para alcanzar objetivos comunes, sino también para *dirimir sus disputas y controversias*.

La Corte reconoció que un mecanismo eficaz para la resolución de conflictos entre los sujetos federales, es el acuerdo y la negociación, herramientas propias de un federalismo de concertación. Las partes son libres de establecer las modalidades

28 CSJN (2001) “El Cóndor Empresa de Transportes S.A. v. Provincia de Buenos Aires”, (Fallos: 324:4226), sentencia del 7 de diciembre de 2001.

de negociación que crean convenientes, “siempre que el modo elegido cumpla de manera apropiada con el *mandato de hacer* establecido en la Constitución Nacional” y si las partes obran de buena fe, pueden acordar las medidas necesarias para alcanzar los objetivos constitucionalmente fijados (Bazán, 2019, Cons. 15°).

Pero la Corte ha sido enfática en sostener que llegar a un acuerdo es una *obligación* de las partes, no una opción. Por un lado, se observan mandatos constitucionales claros que van en la dirección del acuerdo previo entre las partes, por el otro lado, las partes no pueden argumentar la falta de acuerdo para justificar el incumplimiento de las mandas constitucionales.

Respecto de lo primero, la misma Corte sostuvo en “Santa Fe” (2015), que es un “imperativo categórico – que no puede ser soslayado apelando a ningún subterfugio legal”, por el que se “*exige* que las partes emprendan cuanto antes el *diálogo institucional*” para lograr los objetivos fijados por la Constitución – en el caso, el nuevo Pacto Federal Fiscal. Asimismo, corresponde “que *los poderes federales* (Poder Ejecutivo Nacional y Congreso Nacional) *asuman el rol institucional que les compete* como coordinadores del sistema federal de concertación” y, como tales, “formulen las convocatorias pertinentes a los efectos de elaborar las propuestas normativas necesarias para implementar el tan demorado sistema de coparticipación”, sin que ello signifique relevar de responsabilidades a las jurisdicciones locales (Santa Fe, 2015, Cons. 39). Ya en la causa “La Pampa c/ Mendoza” de 1987 se refirió a la “obligación de negociar” entre las partes.

Por otro lado, la Corte rechazó *in limine* el argumento esgrimido por las partes contendientes de justificar el incumplimiento constitucional en la dificultad de lograr *acuerdos*: “Que en esas sentencias el Tribunal descartó *in inicio*, como argumento válido para justificar el incumplimiento, aquel que se sustenta en la dificultad de lograr acuerdos políticos [...] no resulta posible sostener que el dictado de la ley -es decir, el acatamiento de la Constitución- queda condicionado a la concreción de acuerdos políticos entre provincia y municipios que en 16 años no han sido logrados. Al subordinar la realización del proyecto constitucional a la posibilidad o no de obtener esos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, el argumento invierte una regla elemental del orden constitucional argentino, según la cual la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto”.

(d) *Exhorta* a las partes a cumplir la constitución y los objetivos que esta declara: “Esta exhortación a los órganos superiores de nuestra organización constitucional se impone, a fin de consolidar el proyecto federal de nuestra Constitución primigenia, reivindicado por los convencionales constituyentes del año 1994, en cumplimiento del fortalecimiento del régimen federal que les fue encomendado (artículo 3º, apartado A, ley 24.309)” (Santa Fe, 2015, Cons. 39).

En esta misma causa, la Corte resolvió concretamente, en la parte resolutive de su fallo, “VI. Exhortar a los órganos superiores de nuestra organización constitucional a dar cumplimiento con la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional, e instituir el nuevo régimen de coparticipación federal, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, y a dictar la consecuente ley-convenio, en orden al mandato contenido en el inciso 2º del artículo 75”.

En la causa *Esso* (2021), en su voto, el Ministro Lorenzetti, luego de identificar el problema de fondo en el que se inserta la causa en análisis, que “La falta de cumplimiento de las normas dentro del sistema federal no puede constituirse en una habilitación para crear tributos por fuera de los límites constitucionales. Por ello, resulta necesario el cumplimiento estricto de la Nación hacia las provincias y de estas respecto de los municipios, pero estos últimos deben evitar crear cargas de manera anómala para suplir las deficiencias del federalismo fiscal. Sin perjuicio de lo dicho, y en ausencia de una solución general, corresponde a esta Corte decidir el caso” (voto Ministro Lorenzetti, Cons. 8º).

En la causa “*Corrales*”<sup>29</sup> de 2015, sobre la transferencia del sistema judicial a CABA, y habiendo “transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994”, la Corte entendió que “resulta[ba] imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional” (Cons. 9º). Exhortación que reiterará en *Bazán* cuatro años más tarde. Similar postura adoptó en la causa “*Las Colonias*” (2020), donde resolvió “exhortar a las autoridades provinciales a dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento del mandato que emerge del art. 123 de la Constitución Nacional”, doctrina que reitera en “*Municipalidad de Castelli*”, aunque sin que haga un exhorto expreso.

29 CSJN (2015), “*Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/ hábeas corpus*”, (Fallos: 338:1517), sentencia del 9 de diciembre de 2015.

El fallo más antiguo en esta línea exhortativa de la Corte, es sin dudas la causa “La Pampa c/ Mendoza” de 1987, donde resolvió – como se vio anteriormente – “exhortar a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel, sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en esa sentencia”. Más adelante, en la causa “La Pampa c/ Mendoza” de 2017, volverá a exhortar a las partes contenientes (junto al Estado Nacional), esta vez a la contribución de recursos necesarios para el fortalecimiento institucional de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.), con el propósito de alcanzar los fines para los que ha sido creado. Pero la Corte resuelve además la concreción y realización de “*un programa de ejecución de obras* que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas en relación a la problemática del Atuel” programa que, además, “deberá ser sometido a la aprobación de este Tribunal dentro del plazo de ciento veinte (120) días”.

En una causa similar, en el fallo “Provincia de Buenos Aires c/ Provincia de Santa Fe”, de 2019, la Corte entendió necesario “[...] exhortar a las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba, y al Estado Nacional, a fortalecer institucionalmente el esquema de constitución y funcionamiento de dicha Comisión Interjurisdiccional, como así también a la adopción de planes de gestión integral de la cuenca y de contingencia frente a inundaciones, a realizar obras de infraestructura necesarias y a que se amplíen las bases de efectiva actuación conjunta en materia de control y fiscalización y clausura de canales clandestinos o irregulares, para avanzar en la solución definitiva de esta problemática de interés general, en base a los principios de solidaridad, cooperación y subsidiariedad (art. 4º, ley 25.675) (“Provincia de Buenos Aires c/ Provincia de Santa Fe”, Cons. 14).

En la parte resolutive, en cambio, la Corte avanza en la imposición de determinadas acciones a llevar adelante por las provincias, como las de fortalecer la Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la Laguna La Picasa (CICLP), a desarrollar obras necesarias referentes a los proyectos de infraestructura que prevengan, regulen o controlen el escurrimiento de aguas de la laguna, a coordinar el manejo racional, equitativo y sostenible del agua en la cuenca de la Laguna y a controlar las obras hidráulicas realizadas en la zona.

En la mayoría de estos casos, además de resolver el conflicto o causa puntual traída a su conocimiento (o en otros supuestos, directamente no resuelve el caso), la Corte, a modo de *obiter dictum*, insta, exhorta, alienta a las partes contendientes a resolver ellas mismas el conflicto, cumpliendo con las pautas y principios fijados por la Constitución.

Tanto en “La Pampa c/ Mendoza” (2017) como en “Buenos Aires c/ Santa Fe” (2019), la Corte exhorta a las partes a negociar, pero impone además un plan de acciones a llevar adelante, incluso con plazos concretos, lo que podría indicar un avance de la Corte hacia materias de naturaleza más política y, como tales, del resorte de los poderes públicos provinciales.

(e) Establece *guías* de actuación a futuro. En efecto, en todos estos fallos, la Corte ha identificado determinados principios constitucionales que son guías en el modo de actuar de las partes federadas, para la consecución de los fines, valores y objetivos fijados por la Constitución.

La Corte misma ha reconocido que es su tarea la de interpretar las reglas del federalismo: “Que una función primordial de esta Corte consiste en interpretar las reglas del federalismo de modo que el ejercicio de las funciones realizado por las autoridades evite fricciones susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades locales” (Bazán 2019, Cons. 9°). Lo que se busca es que la Interpretación de la normativa infraconstitucional sea coherente con el sistema federal (Caso “Shi”, Voto del Ministro Ricardo Luis Lorenzetti, Cons. 7°).

Es importante recordar que la sentencia de los tribunales constitucionales “más que un acto procesal *que pone término a un conflicto jurídico*, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además una decisión *con trascendencia política*, ya que realiza una labor de *interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho*” (NOGUEIRA ALCALÁ 2004). La interpretación de la norma constitucional, que es suprema, imprecisa y rígida, lleva al juez constitucional, más que a ningún otro, a tener que despegarse de la letra del texto para buscar el sentido más fiel en su mente, “debe demostrar un dinamismo hermenéutico inigualable” que lo puede llevar, más que a ningún otro juez, a abusar de su poder interpretativo (RASSON 2012).

Estas sentencias atípicas no son como pudiera pensarse a primera vista, una inacción o inactividad del magistrado constitucional. Muy por el contrario, significa una actividad más proactiva, que supera la concepción clásica de contralor negativo: “son creaciones instrumentales para hacer más operativos los valores y principios constitucionales, explicitando su fuerza normativa y garantizando la mayor adecuación del ordenamiento infraconstitucional a la Constitución” (NOGUEIRA ALCALÁ 2004:137).

A través de estas exhortaciones al diálogo, la Corte ha optado por un modelo de justicia más *dialogal* (AMAYA 2018) o *dialógica* (GARGARELLA 2008, 2012),

que alienta el diálogo entre poderes (y entre niveles de gobierno), entre todos los actores involucrados, entre los responsables, los obligados y la comunidad en general; este modelo refuerza la legitimidad democrática no solo de las decisiones judiciales, sino del proceso en su conjunto y su resultado, las decisiones políticas. Por otro lado, se alinea con la idea de división de poderes de James Madison que “no sólo no rechaza, sino que auspicia y se alimenta del diálogo y la mutua corrección entre los poderes” (GARGARELLA 2006).

Estas guías de actuación se materializan en los contenidos precisos de los principios constitucionales que la Corte ha identificado, analizado y aplicado en diversos precedentes – contenidos que serán estudiados en el próximo capítulo.

Finalmente, cabe traer a colación en esta serie de fallos, los votos de los ministros Dr. Juan Carlos Maqueda y Dr. Horacio Rosatti, por su especial hincapié en el fortalecimiento del federalismo; no resulta una mera coincidencia que precisamente ambos ministros hayan sido convencionales constituyentes en la reforma de 1994 y que sus votos redundan en la idea del federalismo de coordinación y de concertación, idea fuerza de aquella reforma constitucional; así por ejemplo, la preferencia por la solución que se incline por una mayor otorgue mayor idea de una mayor hacia los niveles inferiores de gobierno (disidencia conjunta de los jueces Maqueda y Rosatti, en “Telefónica”, cons. 10); el desarrollo del principio “lealtad federal” o “buena fe federal”, como principio basal del federalismo argentino (mismo precedente); en el precedente “Shi”, ambos jueces resaltaron que “el espíritu de la reforma constitucional de 1994 fue fortalecer el régimen federal y, en ese marco, incorporar la autonomía municipal (artículo 3, ítems A y B de la ley de convocatoria n° 24.309), lo que – sumado a lo votado explícitamente en la Asamblea constituyente – debe ser tenido en cuenta para evitar la consagración de criterios regresivos en la materia (“Shi, Jinchui”, Fallos: 344:1151, voto conjunto de los jueces Maqueda y Rosatti, cons. 8°).

### ***VII. Algunas conclusiones preliminares.***

Sin lugar a dudas, la Corte ha adquirido un rol protagónico en el sistema federal argentino a través de su reciente jurisprudencia. Sin decirlo o sin entrar en el debate doctrinario, ha sostenido claramente la adopción de un sistema de salvaguarda judicial, sin desconocer, por cierto, los mecanismos políticos.

Más aún, de los propios fallos de la Corte se desprende la importancia que estos mecanismos políticos tienen en la resolución de conflictos intergubernamen-

tales, que no solo deberían preceder la intervención de la Corte, sino que, además, desde un punto de vista normativo y teleológico, son preferibles estos a la intervención del tribunal. Citando a la Corte norteamericana, en el ya clásico fallo, *La Pampa c. Mendoza* (1987) sostuvo que “los convenios y los acuerdos mutuos deberían, en lo posible, ser el medio de solución en lugar de la invocación de nuestra potestad jurisdiccional”.

Cuando el acuerdo no ha sido posible, y las negociaciones infructuosas (si las hubo), será necesaria la intervención de la Corte, la que ha aprovechado esas diferentes oportunidades para establecer criterios de comportamiento claros y precisos, a través de la interpretación de la Constitución y de los principios que de ella se derivan.

Históricamente – y siguiendo los precedentes de su par norteamericana – la Corte Suprema se reconoció a sí misma como el árbitro final de las disputas intergubernamentales, a lo que se suma su rol de máximo intérprete del texto constitucional – posición que en la doctrina y la jurisprudencia nacional nunca fue discutido, al menos, no seriamente.

Por tanto, la Corte se reconoce como un actor con capacidad institucional para reconocer, identificar, dotar de contenido y hacer efectivo el principio constitucional general del federalismo (y todos los demás que se derivan de él). Es decir, el federalismo es reconocido como un principio general constitucional que puede (y debe) ser distinguido de otros principios constitucionales, como una categoría aparte y, además, puede (y debe) ser aplicado judicialmente.

Coincidente con una tendencia generalizada a nivel del federalismo comparado, y promovido por una parte importante de la doctrina (GARDBAUM 1996, JACKSON 2014, BERMANN 1994, BEDNAR y ESKRIDGE 1995, BEDNAR 2009) la Corte Suprema argentina adopta una tercera posición, donde exhorta a las partes a reforzar los mecanismos políticos, pero al mismo tiempo reafirma su rol institucional de árbitro de las disputas intergubernamentales. A lo largo de su jurisprudencia más reciente es posible encontrar los dos elementos caracterizantes del tercer modelo que se han identificado en este trabajo, esto es, la importancia del *diálogo* (interinstitucional e intergubernamental) y el rol protagónico de los principios constitucionales que rigen las relaciones entre niveles.

### **Referencias bibliográficas.**

ÁBALOS, María G. (2021) “Lecciones de federalismo. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y facultades concurrentes en la interpretación jurisprudencial” *El Derecho - Constitucional*, No. 5, Mayo, Digital: ED-MCCCXLVII-493.

ALEXY, Robert (1993) *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ALTAVILLA, Cristian (2009) “El Rol de la Corte Suprema en los conflictos intergubernamentales. Análisis del caso Prov. de La Pampa c/ Prov. de Mendoza”, *Cuadernos de Federalismo*, Tomo XXII, año 2009, pp. 119-149. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Federalismo. Editorial Advocatus: Córdoba.

ALTAVILLA, Cristian (2016a) *Conflicto y Coordinación política en las Relaciones Intergubernamentales en Argentina. Un análisis neoinstitucional a través del Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos*, Tesis doctoral, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina.

ALTAVILLA, Cristian (2018) “Un análisis de las relaciones intergubernamentales en el federalismo argentino a 200 años de su independencia (1816-2016)”, *Studia Politicae*, N° 45, primavera-verano 2018/2019, pp. 117-153.

ALTAVILLA, Cristian (2019) *Un dilema de la gobernabilidad en Argentina: el federalismo fiscal; perspectivas y propuestas*, Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ALTAVILLA, Cristian (2020c) “Derecho Intrafederal y los nuevos estándares en las relaciones fiscales intergubernamentales en el federalismo argentino. Un análisis a 25 años de la Reforma Constitucional de Nacional (1994-2019)”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 43, julio-agosto, pp. 27-55.

ALTAVILLA, Cristian (2022) “El rol de provincias y municipios en el federalismo argentino en el contexto de la emergencia sanitaria”, en ALTAVILLA, Cristian y SOLÁ, Victorino (dirs.) *Derechos Fundamentales y Pospandemia. Experiencia y Desafíos de la Emergencia Sanitaria en Argentina*, Buenos Aires: Olejnik, pp. 357-380.

AMAYA, Jorge Alejandro (2018) “¿Una sentencia exhortativa o un Consejo Constitucional?”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, No. 2018 D, pp. 180-190.

ANDERSON, George (2008), *Federalism. An Introduction*, Oxford: Oxford University Press.

BAKER, Lynn A. (2001) “*Putting the Safeguards Back into the Political Safeguards of Federalism*”, *Villanova Law Review*, Vol. 46, Iss. 5, pp. 951- 974.

BAKER, Lynn A. y YOUNG, Ernest A. (2001) “Federalism and the Double Standard of Judicial Review” *Duke Law Journal*, Vol. 51, pp. 75-164.

BEDNAR, Jenna (2009) *The Robust Federation. Principles of Design*, Cambridge: Cambridge University Press.

BEDNAR, Jenna y ESKRIDGE, William N. Jr., (1995) “Steadying the Court’s ‘Unsteady Path’: A Theory of Judicial Enforcement of Federalism”, *Southern California Law Review*, Vol. 68, pp. 1447-1491.

BERMANN, George A. (1994) “Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States”, *Columbia Law Review* 94(2) 331, pp. 348–66.

BUSSJÄGER, Peter (2015) “Austria’s Cooperative Federalism”, en BISCHOF, Günter y KARLHOFFER, Ferdinand (Eds.), *Austrian Federalism in Comparative Perspective*, Innsbruck: Innsbruck University Press, pp. 11-33.

CALABRESI, Steven G. y BICKFORD, Lucy D. (2011) “Federalism and Subsidiarity: Perspectives from U.S. Constitutional Law”, *Faculty Working Papers N° 215*, *Northwestern University School of Law*.

CARPIZO, Jorge (1973) *Federalismo en Latinoamérica*, México: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas.

CHOPER, Jesse H. (1980) *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago: The University of Chicago Press.

DE VERGOTTINI, Giuseppe (2004) *Derecho Constitucional Comparado*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2003), *El Federalismo en América Latina*, México: Universidad Nacional Autónoma de México / Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

FLYNN, Brendan (2005) “Reformed Subsidiarity in the Constitution for Europe. Can it deliver on expectations?” European Institute of Public Administration Working Paper 2005/W/07, disponible en: <http://aei.pitt.edu/5916/1/FC0507e.pdf>.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (2013) “Introducción” en POST, Robert y SIEGEL, Reva (2013) *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, pp. 11-29.

GARDBAUM, Stephen (1996) “Rethinking Constitutional Federalism”, *Texas Law Review*, Vol. 74, pp. 795-838.

GARGARELLA, Roberto (2006) “Sagués, N. vs. Verbitsky, H., sobre sentencias exhortativas”, en [www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella\\_vs\\_sagues.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella_vs_sagues.pdf).

GARGARELLA, Roberto (2008) “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, *Gaceta Constitucional*, Número Especial, pp. 573-590.

GARGARELLA, Roberto (2012) “Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, *Espacio abierto*, N° 17, pp. 9-19.

HAMILTON, Alexander, James MADISON, y John JAY (2001) *The Federalist Papers*, Indianapolis: Liberty Fund.

HERNÁNDEZ, Antonio M. (2011a) “Los sistemas políticos federales”, en HERNÁNDEZ, Antonio M. y BARRERA BUTELER, Guillermo (coord.), *Derecho Público Provincial*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 1-51.

HERNÁNDEZ, Antonio M. (2020) “Los sistemas políticos federales”, en HERNÁNDEZ, Antonio M. y BARRERA BUTELER, Guillermo (coord.), *Derecho Público Provincial*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 29-69.

JACKSON, Vicki (2014) “Subsidiarity, the Judicial Role, and the Warren Court’s Contribution to the Revival of State Government”, FLEMING, James E y LEVY, Jacob (eds.), *Federalism and subsidiarity, Nomos LV*, New York: New York University Press, pp. 190-213.

KRAMER, Larry D. (2000) “Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism”, *Columbia Law Review*, Vol. 100, No. 1, Centennial Issue, Jan., pp. 215-293.

LOEWENSTEIN, Karl (1986) *Teoría de la Constitución*, Barcelona-Caracas-México: Ariel.

LYONS, Daniel A. (2005) “Note: The Lesson of Lopez: The Political Dynamics of Federalism’s Political Safeguards”, *Harvard Law Review* Vol. 119, N° 2, pp. 609-630.

MASTROMARINO, Anna (2018) “El laboratorio belga: ¿reforma constitucional o acción constituyente?”, en Andreu, J.M. Castellà (ed.) *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional. Quién y cómo participa?* Barcelona: Tirant Lo Blanch.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2004), “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur”, *Ius et Praxis*, Vol. 10, No. 1, pp. 113-158.

PEGORARO, Lucio (2020) *Derecho Constitucional Comparado, Tomo 4: Sistemas de justicia constitucional*, Buenos Aires: Astrea, Torino: Giappichelli Editore,

POST, Robert y SIEGEL, Reva (2013) *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

PRAKASH, Saikrishna B. y YOO, John C. (2001) *The Puzzling Persistence of Process-Based Federalism Theories*, *Texas Law Review*, Vol. 79, pp. 1-73.

RAEIMON NATO, Jan (2019) “Development of Duties of Federal Loyalty: Lessons Learned, Conversations to be Had”, Baxter Family Competition on Federalism 2019. Disponible en: [https://www.mcgill.ca/law/files/law/2019-baxter\\_federal-loyalty-lessons-discussions\\_jan-nato.pdf](https://www.mcgill.ca/law/files/law/2019-baxter_federal-loyalty-lessons-discussions_jan-nato.pdf)

RASSON, Anne-Catherine (2012) “Le principe du « vivre ensemble » belge : une *épopée* constitutionnelle” 1 CPDK, pp. 25-75.

RODRÍGUEZ JUÁREZ, Manuel (2021) “El Derecho Procesal Civil”, en Rodríguez Juárez, Manuel (dir.), *Manual de Derecho Procesal Civil*, Córdoba: Advocatus.

SAGÜÉS, Néstor P. (2003a) *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Buenos Aires: Astrea.

SAGÜÉS, Néstor P. (2003b) *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires: Astrea.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (2006) “Las sentencias constitucionales exhortativas”, *Estudios Constitucionales*, Año 4 N° 2, pp. 189-202.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (2008), “Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Derecho Argentino”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 12, pp. 333-356.

SCHWABE, Jürgen (2009) *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán Extractos de las sentencias más relevantes*, México: Fundación Konrad Adenauer, A.C. Oficina México.

YOO, John C. (1996) “*The Judicial Safeguards of Federalism*”, *Southern California Law Review*, Vol. 70, pp. 1314-1406.

**Resumen:**

La teoría constitucional y federal ha debatido arduamente acerca cuáles son o cuáles deberían ser los mecanismos de salvaguarda en las federaciones modernas, con dos posturas encontradas: aquella parte que sostiene que los mecanismos son esencialmente políticos (*political safeguards*), ya que el diseño institucional de los poderes de un gobierno federal está pensado para garantizar una adecuada representación de los gobiernos subnacionales, mientras que una segunda postura sostiene son (además) los tribunales en general, y las cortes supremas en particular, los órganos que se erigen como mecanismos tendientes a proteger el sistema federal, a partir de la resolución de casos puntuales.

El presente trabajo busca analizar cuál ha sido la postura tomada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina en la resolución de conflictos intergubernamentales (verticales y horizontales), en particular, por la emergencia de una nueva jurisprudencia que ha tomado cierta importancia en la última década, llegando a la conclusión de que la Corte argentina ha optado por una posición intermedia, donde se reconoce como un actor con capacidad institucional para resolver los conflictos intergubernamentales, identificando, dotando de contenido y haciendo efectivo el principio constitucional general del federalismo, pero al mismo tiempo, resaltando la importancia de los mecanismos políticos para la resolución de tales conflictos, orientando, guiando e incluso exhortando a los sujetos federados a resolver los conflictos mediante el diálogo institucional.

**Abstract:**

The constitutional and federal theory has debated about what or what should be the safeguard mechanisms in modern federations, with two conflicting positions: on the one hand, those who maintain that those mechanisms are essentially political (*political safeguards*), since the institutional design of the powers of a federal government is designed to ensure adequate representation of subnational governments, and on the other hand, a second position that maintains that (in addition) the courts in general, and the supreme courts in particular, are the bodies that stand as mechanisms tending to protect the federal system, based on the resolution of specific cases.

The main aim of this paper is to analyze what has been the position adopted by the Supreme Court of Justice of the Argentine Republic in the resolution of in-

tergovernmental conflicts (vertical and horizontal), in particular, due to the emergence of a new jurisprudence that has reached certain importance in the last decade, reaching the conclusion that the Argentine Court has opted for an intermediate position, where it is recognized itself as an actor with institutional capacity to resolve intergovernmental conflicts, identifying, providing content and making effective the general constitutional principle of federalism, but at the same time, highlighting the importance of the political mechanisms for the resolution of such conflicts, guiding and even exhorting the federated subjects to resolve conflicts through the institutional dialogue.

**Palabras clave:**

Corte Suprema de Justicia de la Nación | conflictos intergubernamentales | federalismo | mecanismos políticos | mecanismos judiciales

**Key Words:**

Supreme Court of Justice of the Nation | intergovernmental conflicts | federalism | political safeguards | political safeguards





EFFECTOS DIFERIDOS EN LA NORMA INCONSTITUCIONAL  
Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

THE DELAYED EFFECTS OF THE UNCONSTITUTIONAL LAW  
AND THEIR RELATIONSHIP WITH THE COLOMBIAN STATE'S RESPONSIBILITY

Por Alexis Rodríguez Montenegro<sup>1</sup>

Recibido: 17-02-2022

Aceptado: 26-03-2022

SUMARIO

1. *Estado del arte de la constitucionalización de la responsabilidad del Estado.*
2. *Admisibilidad excepcional de la ley como fuente de daños en el sistema constitucional de Colombia.*
3. *Responsabilidad por los efectos de la decisión constitucional.*
  - 3.1 *Razones que justifican los efectos diferidos en la decisión.*
  - 3.2 *Vigencia de la ley inconstitucional y oposición a la Constitución.*
  - 3.3 *Configuración, reparación, perspectivas e implicaciones del daño antijurídico.*
    - 3.3.1 *El daño y los derechos adquiridos.*
    - 3.3.2 *El daño y confianza legítima.*
    - 3.3.3 *Otras apreciaciones acerca del daño.*

<sup>1</sup> Abogado consultor con Máster Universitario en Derecho Constitucional y Especializado en Derecho Administrativo. Correo: alexrodriguezmon@gmail.com

*4. Jurisprudencia del Consejo de Estado y Corte Constitucional frente la responsabilidad por normas inconstitucionales.*

*4.1 Jurisprudencia del Consejo de Estado.*

*4.2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional.*

*5. Conclusiones.*

*6. Bibliografía.*

### ***Nota introductoria.***

La aplicación de las normas declaradas inconstitucionales con efectos diferidos es una temática que tiene mucho por discutir frente a la responsabilidad que le podría asistir al Estado. Cuando se aplica una norma que ha perdido su presunción de constitucionalidad surgen interrogantes, por ejemplo, ¿existe responsabilidad del Estado cuando se causa un daño antijurídico por aplicación de una norma que fue declarada inconstitucional con efectos diferidos? Por lo anterior, deben ser halladas y analizadas las razones por las cuales el Estado debe responsabilizarse por los daños antijurídicos que ocasione la aplicación de normas declaradas inconstitucionales con efectos diferidos; en ese sentido, es menester emplear técnicas de comprensión e interpretación para el estudio de la doctrina y la jurisprudencia que abarcan la materia, donde es el método hermético el que proporciona el entendimiento necesario, puesto que se trata de un asunto abordado desde una perspectiva cualitativa.

Para una comprensión mucho más sencilla, se empieza por describir el estado del arte de la constitucionalización de la responsabilidad del Estado, luego se explica cómo se admitió de forma excepcional que la ley podía causar daños y, por último, se señala la responsabilidad del Estado por los efectos de la decisión de constitucionalidad. Así, se analizan las razones constitucionales que justifican las decisiones con efectos diferidos, aspectos opuestos a la Constitución y supuestos para la configuración, la reparación y las implicaciones del daño, entre otros. Finalmente, se mencionan las posiciones asumidas por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo y constitucional.

#### ***1. Estado del arte de la constitucionalización de la responsabilidad del Estado.***

La responsabilidad del Estado no es una temática reciente en el ordenamiento colombiano, pero sí es novedoso que esta fue incorporada en la Constitución de 1991. Esto último dio lugar a que la responsabilidad fuera abordada desde una perspectiva constitucional con un trasfondo complejo, pues, al nacer de una de las principales fuentes del derecho, no podía seguir tratándose como un asunto ordinario. Gil (2014) afirmó que la responsabilidad del Estado fue constitucionalizada debido a que era inexcusable elevar a rango constitucional los mecanismos para proteger los derechos contemplados en la Constitución.

Asimismo, la constitucionalización de la responsabilidad del Estado fue comprendida como una herramienta para proteger los derechos de las personas fren-

te a los actos del Estado y sus funcionarios; en caso contrario, habría sido difícil exigir un comportamiento acorde a la Constitución. Buitrago (2018) entendió que “[...] *las Constituciones fijaron límites al ejercicio del poder, ello no bastaba, pues se requerían mecanismos para garantizar que estos fueran respetados*” (p. 20); y el autor finalizó diciendo que el surgimiento de las Constituciones marcó un derrotero para reiterar que el propio Estado debía sujetarse a la ley.

En consecuencia, la responsabilidad del Estado a partir de 1991 no solo consistió en discutir cuando este debía responder por sus actos, sino también en crear un sistema persuasivo para someter al Estado y a sus funcionarios al ordenamiento jurídico. Santofimio (2016) planteó que la responsabilidad del Estado devino de la institucionalización del poder que buscaba alejar escenarios de arbitrariedad, abuso, ejercicio desproporcionado y excesivo por parte de cualquiera de los poderes públicos. Por otra parte, Brewer y Santofimio (2013) expusieron que la responsabilidad del Estado apenas logró tener una consagración constitucional en 1991, lo que representó no solo una evolución para el ordenamiento, sino también la consolidación de un instrumento para el cumplimiento de propósitos y finalidades del Estado social de derecho y, de paso, se instauró un régimen que abogó por la garantía y la defensa de los derechos.

De esa manera, este proceso no solo acabaría con ser introducido en el seno de la carta, sino que generaría otra clase de consecuencias; por ejemplo, responder se convertiría en una tarea del Estado. Según Ruíz (2015), dentro de las tareas básicas del Estado estaba hacerse cargo de los daños causados; igualmente, el autor apuntó que, gracias a la vigencia de la Constitución de 1991, muchas cosas cambiaron a causa de la dignificación del ser humano, y esto último guio el comportamiento de las autoridades.

El régimen de responsabilidad instaurado en 1991, a pesar de referirse al Estado como un único ente, terminó involucrando a todos los órganos y poderes. En consecuencia, Zapata (2019) entendió que la responsabilidad civil de la administración pública era una institución de rango constitucional y abarcaba el actuar de cualquiera de los poderes del Estado, donde el daño antijurídico era la piedra angular dentro del sistema de responsabilidad, y cobijaba tanto al régimen subjetivo como al objetivo.

A pesar de que la constitucionalización de la responsabilidad del Estado acaeció hace un poco más de tres décadas, el asunto no deja de marcar cierto grado de novedad, sobre todo porque el Estado interviene a diario en escenarios nuevos y asume roles novedosos bajo los cuales se puede cuestionar su actuar, como en los

casos de los daños causados por las normas. En efecto, Ariza (2020) expuso que, en principio, en el ordenamiento se admitía la irresponsabilidad del Estado por los actos de la ley en contraste con la actualidad, donde existe un órgano judicial que inspecciona la actividad del legislador, por cuanto este se encuentra sometido a la Constitución. Por otro lado, Ruiz (2013) sostuvo que la responsabilidad del legislador se encuentra contemplada en la Constitución, y que suponer lo contrario sería inconstitucional desde la perspectiva del Estado social de derecho.

De acuerdo con lo anterior, los daños derivados de las normas pueden ser puestos en tela de juicio; esto, en tanto que, gracias al proceso de constitucionalización de la responsabilidad del Estado, no existen órganos ni actos fuera del control del poder judicial. Esta precisión es compartida por Ramos (2012), quien aseguró que, luego de 1991, dicha responsabilidad tuvo un nuevo enfoque que no descartó a ninguna autoridad, como el legislador y su función.

Así las cosas, se entiende que la constitucionalización de la responsabilidad del Estado fue una gran evolución para el ordenamiento colombiano y no trajo consigo excepciones; además, esto hizo que los daños ocurridos por las normas pudieran ventilarse en sede judicial. Esta serie de cambios a nivel constitucional convirtieron un Estado irresponsable en uno comprometido con sus actos, el cual vela por su actuar en el ámbito doméstico e internacional.

Ahora bien, poner en entredicho los daños que causa la aplicación de una norma declarada inconstitucional con efectos diferidos en el tiempo requiere describir las características del modelo de control de constitucionalidad aplicado. Por este motivo, existe un sistema híbrido, donde concurren el modelo difuso y el concentrado. El primero es conocido como la excepción de la inconstitucionalidad; ello, de acuerdo con la Corte Constitucional en la Sentencia C 803 del 27 de septiembre de 2006, por cuanto es un mecanismo de control constitucional que faculta a las autoridades judiciales y, excepcionalmente, a las administrativas para inaplicar normas.

De igual modo, en la Sentencia T 681 del 5 de diciembre de 2016, avalada por el tribunal Constitucional, quedó mencionado que la excepción de inconstitucionalidad tiene como características que esta procede a solicitud de parte o de oficio; que debe existir una norma contraria a la Constitución que se aplique a la solución del caso; que sus efectos son *interpartes*; y que la norma cuestionada, en caso de prosperar, resulta inaplicada para el caso. A pesar de esto, no existe ninguna legislación que desarrolle la excepción de inconstitucionalidad; por lo tanto, esta puede ser promovida dentro de un proceso de cualquier espe-

cialidad jurídica. En ese orden, no hay etapa procesal explícita donde pueda ser invocada, pero, por lógica jurídica, debería ser promovida antes de dictarse la decisión respectiva.

El modelo difuso es de poco uso por parte de las autoridades, quienes, por costumbre, prefieren respetar la presunción de constitucionalidad. Además, estas consideran que la función de desvirtuar la constitucionalidad de las normas compete exclusivamente a la Corte Constitucional; y, con ello, evitan entrar en terrenos sensibles donde puedan ver comprometida su actuación. En efecto, la excepción de inconstitucionalidad es de poca utilización en la realidad, pues son escasos los pronunciamientos en los que se inaplica una norma por contrariar a la Constitución; de ahí que, tradicionalmente, el sistema colombiano se guíe mayormente por la doctrina kelseniana.

Por otro lado, en el ordenamiento colombiano se halla también el modelo concentrado; este, casi todo el tiempo, se encarga de asegurar la supremacía de la Constitución. Este modelo se encuentra en cabeza de la Corte Constitucional y, de acuerdo con el artículo 242 de la carta magna, es el encargado de dar nacimiento a la acción pública de inconstitucionalidad. En ese orden de ideas, la acción pública de inconstitucionalidad faculta a cualquier persona para que acuda ante la Corte Constitucional y solicite la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas que infringen la Constitución, y esto es realizado por medio de una demanda. Finalmente, la acción pública de inconstitucionalidad culmina, en caso de prosperar, con una sentencia con efectos *erga omnes*.

En lo que respecta a la competencia de la Corte Constitucional, esta es bastante amplia y le corresponden casi todos los asuntos de categoría constitucional; por esa característica, ha sido nombrada como guardiana de la Constitución. Dicho calificativo no es algo honorífico u honroso, dado que en la Sentencia C 034 del 26 de enero de 2006 la Corte Constitucional dio detalles de lo que verdaderamente encarna ser guardiana de la Constitución. Según esta decisión, se trata un órgano creado por el Constituyente para vigilar y conservar los principios que guían y rigen la Constitución.

Del mismo modo, el Consejo de Estado, como máximo órgano de decisión en asuntos de carácter contencioso administrativo, también tiene el propósito de velar por la protección de la Constitución. Para cumplir con tal misión, en el inciso 2 del artículo 237 de la Constitución quedó consignado que su atribución es “*conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Cor-*

*te Constitucional*”. Para Arboleda (2013), esta facultad dio la potestad al Consejo de Estado de ser juez constitucional frente a los decretos dictados por el Gobierno.

En lo que concierne a las facultades del Consejo de Estado para hacer respetar la Constitución, estas fueron creadas para que esa corporación judicial pueda ejercer un verdadero control sobre los actos del Gobierno, con lo que se busca a asegurar que la Constitución se encuentre por encima de las decisiones del ejecutivo. Por lo tanto, cuando el Consejo de Estado considera que un decreto del Gobierno nacional es violatorio de la Constitución, este procede a declarar su nulidad por medio de una sentencia con efectos *erga omnes*. Igualmente, la sentencia tiene efectos hacia el futuro, pero existe la posibilidad de que el Consejo de Estado disponga otros efectos. Por su parte, Quinche (2020) abogó y apoyó tal facultad al decir que el Consejo de Estado puede “[...] *modular sus propios fallos, tal y como lo hace la Corte Constitucional* [...]” (p. 688).

Sin embargo, cuando una decisión del Consejo de Estado anula un decreto del Gobierno nacional, se hace tránsito a cosa juzgada, pero no a cosa juzgada constitucional; esto se debe a que el artículo 243 de la Constitución solo otorga esta calidad a las sentencias de la Corte Constitucional. Podría pensarse que la competencia asignada al Consejo de Estado complementa las competencias de la Corte Constitucional, y que la supremacía de la Constitución es realizable, gracias a que hay dos altas cortes que velan por la integridad de la Constitución; no obstante, eso está lejos de ser verdad. En la práctica, esto se convirtió una ventaja para el ejecutivo, que ha eludido el control de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional para caer en la competencia del Consejo de Estado, que suele ser más flexible y menos garantista.

En suma, autores como Mendieta y Tobón (2018) aseguraron que el Gobierno Nacional suele acudir a los decretos reglamentarios para regular materias que deberían tratarse a través de una ley; y, de esta manera, se evade el control de constitucionalidad que debería realizar la Corte Constitucional y que asume el Consejo de Estado.

## ***2. Admisibilidad excepcional de la ley como fuente de daños en el sistema constitucional de Colombia.***

Bajo la Constitución de 1886, la ley no podía llegar a ser causante de daños, en razón a que esta carta depositaba la soberanía en la Nación y, por lo tanto, en sus órganos, como el legislativo, gozaban de soberanía, figura que predominaba

en la época. Sobre este tema, González (2009) mencionó que la soberanía parlamentaria como principio no permitía concebir responsabilidad del legislador puesto que sus decisiones eran expresión del poder soberano.

Bajo el principio de soberanía parlamentaria, las personas eran subalternas del poder soberano, en este caso el órgano legislativo, por consiguiente, no existía la más remota posibilidad de obtener reparación, por daños causados por la ley. Esta situación también fue relatada por la jurisprudencia constitucional colombiana, al recordar que “[...] *los súbditos estaban obligados a soportar los daños ocasionados por las leyes, y era inconcebible pensar que tales daños pudieran ser antijurídicos, precisamente porque provenían del órgano que encarnaba la soberanía y la potencia del Estado: El Parlamento*” (Sentencia C 038 del 1 de febrero de 2006. p. 21).

La Constitución de 1991 desplazó la soberanía en cabeza de la Nación hacia el pueblo, evento que se tradujo en un nuevo rumbo constitucional para la garantía y la efectividad de los derechos de las personas, las cuales dejaron de ser súbditos y pasaron a ser soberanos, por ende, como soberanos ahora tenían derecho a la reparación de los daños antijurídicos surgidos o causados por el acontecimiento de la ley, independientemente si esta era constitucional o inconstitucional.

Precisamente, en Sentencia IJ-001 del 25 de agosto de 1998<sup>2</sup>, por primera vez el Estado colombiano fue condenado por los perjuicios causados por el hecho del legislador. En esta ocasión, el Consejo de Estado adujo que la responsabilidad del Estado legislador no tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, sino en la antijuridicidad del daño.

En el ordenamiento colombiano la ley puede ser la causante de un daño antijurídico, siempre y cuando se acrediten los requisitos que exige el juicio de responsabilidad, lo cual no trae consigo que entonces la ley pueda ser tildada simple y llanamente de dañina por quienes se nieguen a respetarla, sobre la ley pesa una presunción de constitucionalidad.

Con las nuevas tendencias del Estado, es sabido que la capacidad de expedir normas no es una actividad exclusiva del órgano legislador, hay otros órga-

<sup>2</sup> Los hechos tuvieron su génesis en la muerte de una persona en un accidente de tránsito, donde estuvo involucrado un automotor de placas diplomáticas y propiedad de la Embajada de los Estados Unidos. Las víctimas no pudieron entablar acción judicial contra la Embajada en razón a la inmunidad diplomática que consagraba la Convención de Viena que previamente fue adoptada por Colombia.

nos que dentro de sus competencias despachan decretos con fuerza de ley, resoluciones, actos administrativos, ordenanzas, acuerdos, etc.; estos hechos ciertamente también podrían generar daños antijurídicos indemnizables bajo los supuestos ya vistos.

Para el Consejo de Estado no son novedad los casos en los cuales se pretenda responsabilizar a otros órganos diferentes al legislador por la expedición de normas, por eso en Sentencia número 25000-23-26-000-2003-00175-01 (28741) del 26 de marzo de 2014, determinó que la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley es muy amplia, en el entendido de que allí se circunscriben más órganos que el legislativo, pudiendo derivarse responsabilidad no solo por la ley sino también por normas generales, impersonales y abstractas como lo serían actos administrativos, decretos, resoluciones, entre otras.

En los últimos años se ha discutido mucho si la ley declarada inconstitucional puede ser fuente de daños. De manera unánime, se admitió que una norma declarada inconstitucional puede llegar a causar un daño antijurídico, empero, para proceder a la reparación del daño se analizan los efectos en el tiempo de la decisión de constitucionalidad. Por tanto, esto lleva a que cualquier pretensión sea denegada si la decisión de constitucionalidad no tiene efectos retroactivos o *ex tunc*; por regla general, las decisiones en materia constitucional tienen efectos *ex nunc*.

Vistas todas las anteriores posiciones, que de una forma u otra admiten que la ley sea la causante de daños antijurídicos, se concluye que la realidad demuestra que responsabilizar al legislador no es una tarea sencilla, sigue habiendo una reticencia por aceptar abiertamente tales posiciones, y esto podría llegar a desencadenar inseguridad jurídica y un temor del propio órgano legislador por su actuar. Frente a ello, Ruiz (2013) apuntó que uno de los mayores temores en aceptar la responsabilidad del legislador es que ello podría traer consigo la petrificación de la evolución de derecho.

Así pues, resulta factible que con el pasar del tiempo surjan más posturas que aboguen por la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley. Hoy en día es difícil asegurar que hay algún órgano fuera del control judicial, lo que de por sí lo convertiría en un sujeto alejado del derecho, situación poco plausible debido a la progresiva evolución que caracteriza el ordenamiento en materia de garantías constitucionales.

El único escenario conocido hasta ahora, en el cual no hay responsabilidad del Estado es con motivo a una Asamblea Nacional Constituyente, lo que es el

resultado que todas las decisiones del constituyente son originarias y sus creaciones son derivadas o secundarias. Un organismo derivado no tiene la aptitud para enjuiciar los actos de quien lo creó.

En Sentencia número 470 del 13 de diciembre de 1995, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse, con motivo de la demanda de un senador que vio truncado su periodo electoral, al no poder ejercerlo durante el tiempo completo para el que fue elegido, a razón del inicio de funciones de la Asamblea Nacional Constituyente del año 1991. En tal decisión fue aducido que los actos producidos por el poder constituyente no quedaban sujetos a control jurisdiccional, lo que sin duda llevaba a concluir que era inexistente responsabilidad del Estado en aquel entendido.

Mucho tiempo después, el Consejo de Estado, en Sentencia número 25000-23-26-000-1992-08318-01 (12551) del 22 de abril de 2004, profirió otra decisión sobre la responsabilidad del Estado, a raíz de los actos realizados por la Asamblea Nacional Constituyente. Los hechos que originaron la demanda se cimentaron en que un ciudadano alegó que le fue causado un daño antijurídico al suprimirse el Tribunal Disciplinario, por ende, el cargo que ejercía como magistrado en el Tribunal. En este pronunciamiento, el Consejo de Estado reveló una Asamblea Nacional Constituyente funda un nuevo orden constitucional, siendo esto una manifestación del poder supremo, es decir un acto originario y los demás órganos resultan siendo poderes constituidos sometidos al poder supremo.

Los daños causados por la Asamblea Nacional Constituyente, según la referida jurisprudencia, no son indemnizables, si bien comparar los actos de la Asamblea frente a los actos del órgano legislador no son equiparables, pero puede pronosticarse que debido a las tendencias actuales de los derechos fundamentales, son *“parte cardinal del Estado de derecho, el constituyente primario no estaría habilitado para vulnerarlos, puesto que sería socavar los presupuestos básicos que permiten la toma de decisiones democráticas”* (Pazos, 2013, p. 40)

### ***3. Responsabilidad por los efectos de la decisión constitucional.***

Existen razones de índole constitucional que justifican las decisiones con efectos diferidos. Estas decisiones postergan la expulsión de la norma declarada inconstitucional por un intervalo de tiempo, lapso en el cual pueden presentarse daños antijurídicos por aplicación de normas que contrarían los cánones de la Constitución. Que haya motivos para postergar la norma inconstitucional no ab-

suelve al Estado por su actuar, puesto que las razones empleadas durante el control de constitucionalidad no pueden ser extrapoladas a la responsabilidad del Estado como si fueran la misma temática.

La actual línea jurisprudencial, aplicable a situaciones cuando se estudia la responsabilidad del Estado por normas inconstitucionales, no es idónea para solucionar entornos en las cuales los daños antijurídicos se materializan durante la postergación de la norma inconstitucional, en la medida de que la jurisprudencial vigente fue diseñada cuando la norma es expulsada de inmediato.

Postergar la vigencia de la norma declarada inconstitucional también puede representar otros problemas para el sistema jurídico; dificultades que hasta ahora están manifestando sus primeros brotes en una realidad tan cambiante y rezagada cuando de dar respuestas efectivas se trata.

### **3.1 Razones que justifican los efectos diferidos en la decisión.**

La sentencia de constitucionalidad puede tener efectos que no se surten de inmediato. Estos pueden quedar postergados por algún tiempo, en este caso, los efectos tienen una razón de ser y no necesariamente son el actuar inmoderado de la Corte Constitucional.

Existen serías razones para que los efectos de la sentencia queden comprometidos en el tiempo, pero, en resumen, estas se realizan tras un ejercicio en el que se analizan las implicaciones de expulsar *ipso facto* la norma declarada inconstitucional. El principio de previsión de consecuencias es el punto de partida para comprender que, a veces, es más costoso para el sistema jurídico la expulsión instantánea que la permanencia durante un tiempo.

Kelsen (1928), a pesar de abogar por la expulsión inmediata de la norma declarada inconstitucional, fue de algún modo flexible, pues al respecto decía que en interés de la seguridad jurídica la anulación podría producirse sino luego de un plazo fijado por la Constitución.

Por su parte Quinche (2020) manifestó que en las decisiones de inconstitucionalidad diferida “[...] se da una suerte de “constitucionalidad temporal”, que permite evitar los perjuicios o traumatismos que se derivarían de la inexequibilidad inmediata” (p. 696). Consecuentemente, para la Corte Constitucional, en Sentencia C 737 del 11 de julio de 2001, la sentencia con efectos diferidos no expulsa la norma inconstitucional “por la sencilla razón de que la expulsión auto-

*mática de la disposición ocasionaría una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales [...]” (p. 51).*

Con el paso del tiempo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha justificado una y otra vez las sentencias con vigencia diferida. En efecto, en Sentencia C 221 del 29 de abril de 1997, la Corte mencionó que algunas veces expulsar la norma del ordenamiento resulta más inconstitucional que dejarla vigente. Años más adelante, en la Sentencia C 737 del 11 de julio de 2001 fue expuesto que las sentencias diferidas aseguran la supremacía e integridad de la Constitución.

Para la Corte Constitucional en la referida Sentencia C 737 del 11 de julio de 2001, el retirar una norma inmediatamente no solo sería el inicio de una situación caótica, sino además sería atentar contra la propia Constitución. La Corte en aquella ocasión salió al paso para contrarrestar cualquier argumento que quisiera restar mérito a esta clase de decisiones que, de alguna forma, resultan polémicas. Frente a esto, dejó claro que las “[...] *las sentencias de constitucionalidad temporal, además de no ser contradictorias, son expresión de la dinámica misma de la justicia constitucional*” (p. 53). Asimismo, agregó que las decisiones diferidas deben emplearse en la menor medida posible y, por ende, requerir de una alta carga de argumentación.

La Corte Constitucional ha sido consciente que los efectos diferidos en sus decisiones son seriamente criticados, puesto que en el ordenamiento no existe fundamento legal que le permita dar tal efecto a sus decisiones. Para ello, la Corte ha asegurado que sus decisiones no se encuentran constreñidas entre la interpretación conforme y la expulsión de la norma inconstitucional. De ahí que en la Sentencia C 112 del 9 de febrero de 2000 quedó zanjada tal discusión y argumentó la Corte que diferir sus decisiones es una forma de respetar y asegurar la supremacía de la Constitución.

En la Sentencia C 464 de 2020 recordó la Corte Constitucional que en esta clase de temas se debe justificar el porqué de tal modalidad de decisión, así como claridad que la declaratoria de inconstitucionalidad inmediata ocasiona más reparos que beneficios, en el mismo sentido que se descarte la necesidad de acudir a una sentencia integradora y por último la justificación del plazo que se otorgue al legislador observando las particularidades de cada tema.

Es importante comentar que, con anterioridad, la Corte Constitucional no efectuaba un segundo pronunciamiento en sede de control de constitucionalidad sobre una norma declarada inconstitucional con efectos diferidos. No obstante,

tras la Sentencia C 088 del 19 de febrero de 2014, la Corte Constitucional admitió que era posible realizar otros pronunciamientos sobre una misma norma inconstitucional con efectos diferidos siempre y cuando no se refirieran al mismo asunto. En otros términos, en una primera decisión se estudiaban los vicios de forma y en una segunda los de fondo. De ahí que en la Sentencia se aseguró “[...] *que existe una diferencia constitucionalmente relevante entre los vicios de una y otra naturaleza, y que, en la hipótesis examinada, la verificación de una falencia procedimental no excluye, ni debe excluir, el examen por vicios de orden sustantivo*” (p. 18). Lo anterior significa que las sentencias que postergan la salida de la norma inconstitucional admiten un segundo pronunciamiento por forma o fondo durante la vigencia de los efectos de la decisión.

Ex magistrados de la Corte Constitucional justifican enteramente que la Corte, en algunas ocasiones, acuda a sentencias con los efectos abordados aquí. Un ejemplo es Martínez (2010), quien señaló que no se puede desconocer que el derecho constitucional contemporáneo permite diferir los efectos de la decisión. Además, el autor aclaró que una situación es que el juez constitucional constate la incompatibilidad de la norma con la Constitución y otra situación distinta es que decida expulsarla del ordenamiento. Con este postulado Martínez (2010) argumentó estar a favor de esta clase de decisiones.

Por su parte, Fajardo (2019) defendió la potestad de la Corte Constitucional para diferir los efectos de sus decisiones. El autor señaló que existe un problema de percepción, dado que hay cierta costumbre que el juez constitucional acuda a la clásica fórmula binaria de estimación o desestimación cuando la realidad es otra. En defensa de las decisiones diferidas, Fajardo (2019) advirtió que la Corte Constitucional, al diferir los efectos, aplica la Constitución y no la ley. Por lo tanto, no hay una única consecuencia a prever como sucede al aplicarse la ley. La Constitución está integrada principalmente por normas y principios. Si entran en conflicto principios, la Corte no da prevalencia a uno de ellos, sino que pondera.

A pesar de las razones que explican los efectos diferidos y que parecieran que se han sostenido a lo largo del tiempo, no puede dejarse a un lado que, en reciente decisión de la Corte Constitucional, se brindó un mayor margen de discreción y elementos para acudir a esta clase de efectos que deben ser empleados en situaciones excepcionales y no usuales. En la Sentencia SU 037 del 31 de enero de 2019<sup>3</sup>, la Corte Constitucional añadió más requisitos para el uso de los efectos di-

3 Esta decisión tuvo su origen en una acción de tutela presentada contra una sentencia del Consejo de

feridos en la decisión. Sin embargo, estos nuevos requerimientos, a pesar de en apariencia estirar la lista de exigencias, trajeron consigo mayor flexibilidad, siendo entonces los efectos diferidos ahora mucho más sencillos de invocar.

Tras la Sentencia SU 037 de 2019, la Corte Constitucional debe evaluar el grado de infracción a la Constitución, catalogándolo en leve, moderado o alto. De esta forma, se regula el nivel de la infracción constitucional; según aquella providencia, esto permitirá modular los efectos de la decisión, si la transgresión a la Constitución es mayor la expulsión de la norma será necesaria realizarla con efectos retroactivos, en cambio si el nivel de gravedad es leve es posible diferir los efectos a futuro.

La supremacía de la Constitución no permite franjas intermedias, es decir, que solo hay dos posibles contextos, lo constitucional e inconstitucional. En lo que respecta a lo inconstitucional, una transgresión a la Constitución es un acto de hostilidad por parte de la ley. El solo hecho de ser atacada la Constitución es algo que amerita gravedad, por consiguiente, tratar de aminorar lo inconstitucional en leve, moderado o alto, abre la posibilidad para que eventualmente cualquier violación a la Constitución pueda pasar desapercibida solo por ser considerada de menor valor. Lo que a la postre termina convirtiendo lo inconstitucional en constitucional.

Con respecto a esto, la Sentencia SU 037 de 2019 de la Corte Constitucional afirma que debe ser verificado el impacto del retiro inmediato de la norma inconstitucional, puesto que esto podría generar “(i) *distorsiones nocivas para la economía*, (ii) *la reviviscencia de normas que podrían ser inconstitucionales*, (iii) *la falta de regulación de aspectos esenciales de un derecho fundamental*, o (iv) *la afectación o alteración de los sistemas prestaciones (salud, educación, etc.)*” (pp. 19-20). Sin duda, esta decisión demuestra que, a partir de allí, existen más motivos para justificar unas decisiones con efectos postergados; motivos que carecen de bases claras y, que, si se acuden a algunos de estos, puede generar daños a sus destinatarios.

No deja de ser neurálgico que, acudirse al amparo de estas nuevas justificaciones, se permite constitucionalizar transitoriamente lo contradictorio con la Constitución. Lo anterior, sobre todo, cuando no hay un punto de partida que brinde de-

Estado que declaró responsable al Congreso por una norma declarada inconstitucional. Las pretensiones de la acción de tutela fueron negadas por no acreditarse el requisito de inmediatez.

rroteros claros para determinar con certeza o alto margen de probabilidad cuáles son esas consecuencias objetivas, para evitar un ejercicio especulativo que podría resultar más costoso para el sistema jurídico y derechos de las personas. De ahí que no se descarta de plano la concreción de algún daño antijurídico, dado el amplio margen con el que cuenta la Corte Constitucional para diferir la decisión.

La supremacía e integridad de la Constitución no se alcanza a cualquier precio, es decir, dando apariencia de constitucional a lo inconstitucional. Declarar y prolongar lo inconstitucional puede significar la creación de daños antijurídicos, si bien en el constitucionalismo moderno se pueden diferir los efectos de las decisiones bajo ciertas premisas, esto en nada absuelve los eventuales daños por tales prácticas que se han flexibilizado y han dado un alto grado de discreción para su justificación en apariencia.

Diferir los efectos de la decisión amerita un alto ejercicio de defensa constitucional, pero la justificación que llegue a emplearse se ubica dentro de la órbita del constitucionalismo y no en la responsabilidad del Estado. En otras palabras, la justificación puede ser admisible desde el punto de vista constitucional, pero cuestionable desde la responsabilidad del Estado. Sin embargo, es posible con el paso del tiempo las razones que justifican los efectos diferidos se ensanchen, pero una vez más no evitarán la configuración de daños antijurídicos.

Las razones utilizadas en esta clase de decisiones han sido elaboradas para justificar esta clase de efectos, pero no para evitar el acaecimiento de daños antijurídicos. La supremacía de la Constitución ha significado que el ordenamiento marche conforme a la Constitución. Cabe aclarar que si, en búsqueda de la supremacía constitucional se perjudica a alguien, emerge el derecho a ser indemnizado, en la medida de que es un derecho de raigambre constitucional.

### **3.2 Vigencia de la ley inconstitucional y oposición a la Constitución.**

Las sentencias que declaran normas inconstitucionales cuyos efectos son diferidos, ponen de manifiesto, sin lugar a dudas, que la norma es inconstitucional. El solo acto de declaración es la más diáfana expresión que la norma cuestionada no respetó a la Constitución y por eso mereció ser depurada del ordenamiento.

La supremacía de la Constitución no admite puntos intermedios o zonas grises, el respeto a la Suprema Ley no depende de ningún otro factor diferente al contenido de la Constitución. Por esta razón, la declaratoria de inconstitucionalidad hacia una norma hace evidente la oposición a la Constitución.

Los efectos diferidos o postergados que pueden revestir a la decisión no atenúan las contrariedades de la norma hacia la Constitución. Lo anterior alude a que, con independencia de los motivos que llevaron a la Corte Constitucional a no expulsar la norma de inmediato, la permanencia en el tiempo de la norma declarada inconstitucional no se asemeja a constitucionalizar lo que se encuentra viciado.

Una norma declarada inconstitucional con efectos diferidos es una contradicción con la supremacía de la Constitución, puesto que es difícil sostener que una norma que se opone a la Constitución es de algún modo constitucional cuando ya fue declarado lo contrario. En salvamentos de voto a la Sentencia C 252 del 16 de abril de 2010 fueron manifestadas varias inconformidades con la posición de mantener vigentes normas inconstitucionales precisamente por contrariar la Constitución. Un ejemplo a citar fue el ex magistrado Luis Ernesto Vargas, quien sostuvo que la Corte Constitucional es un legislador negativo y, por ende, posponer la expulsión de la norma era una contradicción lógica y jurídica a aquella función. Mientras tanto, el ex magistrado Humberto Sierra Porto manifestó su preocupación al decir que la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos diferidos se asimilaba a una declaratoria de constitucionalidad, dado que no existía diferencia entre la una y la otra a la hora de la verdad.

La presunción de constitucionalidad desempeña un papel importante en la temática aquí abordada. Conviene recordar que, de acuerdo con lo mencionado, toda norma promulgada se presume como ajustada a la Constitución hasta tanto no exista un pronunciamiento que señale lo contrario. Una vez ocurrido esto último, la presunción de constitucionalidad queda desvirtuada, puesto que los cargos realizados a la norma enjuiciada resultaron verídicos; entonces durante la postergación no hay presunción alguna.

La declaratoria de inconstitucionalidad con efectos diferidos surge como resultado del quebrantamiento de la presunción de constitucionalidad que protegía a la norma. Por esta razón, se reafirma la posición según la cual, a pesar de la permanencia en el tiempo de la norma, esta no deja por esta razón de irrespetar a la Constitución.

No debe desconocerse que existen serias razones que justifican los efectos diferidos en la decisión que declara la inconstitucionalidad, pero aun así y con la aquiescencia de estas razones, no hay merma alguna en la oposición a la Constitución. Debido a que la norma inconstitucional no deja de serlo por estar presente en el ordenamiento mientras se cumple el plazo para su expulsión. En referencia con lo expuesto, la Corte Constitucional en Auto 311 de 2001 adujo que “[...]”

*cuando la inconstitucionalidad es diferida tal expulsión solo se produce a partir de la fecha en que la Corte lo determine, aunque ya se sabe y así lo ha declarado la Corte que es inconstitucional [...]*” (p. 9). En este mismo orden de ideas, el Consejo de Estado en Sentencia 11001-03-24-000-2007-00030-00 del 23 de agosto de 2012 estipuló que aunque se posterguen los efectos, la norma ya es inconstitucional desde su declaratoria, haciendo énfasis que una situación es la inconstitucionalidad y otra muy diferente la inexequibilidad.

Ahora bien, la oposición a la Constitución acarrea problemas de seguridad jurídica. De acuerdo con Pérez (2000), la seguridad jurídica supone certeza del derecho, por consiguiente “[...] *el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido*” (p. 29). Es decir, los efectos diferidos traen consigo dificultades de seguridad jurídica en tanto a que una norma que transgrede la Constitución permanece vigente cuando no lo debería estar. Con independencia de los efectos, lo inconstitucional no hay manera de constitucionalizarlo así sea de manera transitoria, puesto que lo que transgrede a la Constitución solo amerita la proscripción constitucional.

Una norma que se subleva a la Constitución puede llegar a causar un daño antijurídico. Por mandato constitucional son fines del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes. Como consecuencia, es derecho de toda persona que se respete la supremacía de la Constitución y si, como resultado de la trasgresión a la Constitución por parte de una norma se le agravia en sus derechos, merece repararse.

La oposición por parte de la ley inconstitucional no es una problemática sencilla de dilucidar, puesto que, por un lado, existen profundas razones que motiven esta clase de decisiones; mientras, por el otro, están los derechos de quienes puedan salir perjudicados por esta clase de circunstancias. Al respecto, Ahumada (2001) dejó claro que “[...] *el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional comprende, inevitablemente, el derecho a no ser perjudicado «por la aplicación» de una ley inconstitucional [...]*” (p. 343). En esa medida, resulta esclarecedor que la oposición a la Constitución puede generar responsabilidad, no ha sido previsto el deber de soportar las consecuencias de la declaratoria de una inconstitucionalidad diferida cuando la incompatibilidad ya está declarada y aun así se aplica una norma inconstitucional.

### **3.3 Configuración, reparación, perspectivas e implicaciones del daño antijurídico.**

El daño antijurídico es el punto cardinal cuando se habla de responsabilidad del Estado. Sin embargo, esto no resta valor a los demás elementos que componen el juicio de responsabilidad, pero debe ser advertido que el daño antijurídico no se configura estrictamente con la simple declaración de inconstitucionalidad con efectos diferidos, sino que requiere una demostración real y objetiva sobre su existencia.

La declaratoria de inconstitucionalidad representa la reivindicación de la Constitución sobre el ordenamiento inconstitucional. En este mismo sentido, la declaratoria resalta que la inconstitucionalidad siempre estuvo presente en la norma que estaba cobijada por la presunción de constitucionalidad. Ahora bien, como fue expuesto, la mera declaratoria de inconstitucionalidad no representa de inmediato la acreditación del daño antijurídico. No obstante, cuando la declaratoria es diferida y, por lo tanto, se aplica una norma que de antemano es transgresora de la Constitución el resultado es otro panorama.

Una vez reunidos todos los supuestos para que exista responsabilidad por las normas declaradas inconstitucionales con efectos postergados, deberá procederse a su reparación. La reparación del daño tiene que estar condicionado por el momento en que se consumó el daño antijurídico. Entendiéndose, por este momento, al lapso comprendido entre la declaratoria de inconstitucionalidad y el plazo fijado por la Corte Constitucional para que la norma sea expulsada del ordenamiento.

Los efectos diferidos constituyen la prolongación de un estado de inconstitucionalidad. Como situación contraria a los cánones de la Ley Suprema es necesario que se empleen los mecanismos que el ordenamiento brinda para el resarcimiento del daño. Así pues, nunca ha sido contemplado el deber de asumir las consecuencias de prácticas inconstitucionales. Frente a esto, Sánchez (2013) expresó que “[...] *la responsabilidad estatal se deriva independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta de la administración, la obligación de reparar deriva entonces de la antijuridicidad del daño* [...]” (p. 259). Por su parte, Botero (2007) advirtió que los efectos temporales de la declaratoria de inconstitucionalidad no se oponen a que el juez contencioso administrativo defina que el daño causado es antijurídico desde el momento en que produjo sus efectos así la declaratoria de inconstitucionalidad tuviera efectos hacia el futuro.

Según los casos mencionados, la norma ha perdido su presunción de constitucionalidad. Es un hecho notorio que resulta inconstitucional que el efecto de la decisión sea diferido, pero no quiere decir que los destinatarios deban padecer los daños que causa la norma. Si bien la normatividad debe ser cumplida, esto por sí solo no es exclusión del elemento antijuridicidad. Al contrario, no existe el deber de soportar los daños causados por una norma inconstitucional según lo afirmó Botero (2007) al comentar que “[..] *se tiene el deber jurídico de soportar un daño imputable al Estado, únicamente cuando una norma jurídica de rango constitucional o legal así lo establezca [...]*” (pp. 266-267).

La doctrina y jurisprudencia de lo contencioso administrativo son unánimes al señalar que, si existe un daño antijurídico, debe procederse a su reparación. Al causarse un daño durante la postergación de los efectos de la norma inconstitucional existe una doble consecuencia. Por un lado, la concreción del daño antijurídico con su deber de indemnizar y, por otro, el padecimiento de las consecuencias de la violación a la Constitución. De una u otra manera, las consecuencias descritas no son comparables con una carga pública y no existe forma de justificar para el derecho de daños que las consecuencias de la prolongación de una situación inconstitucional no puedan indemnizarse.

Ahora bien, tratar de desconocer los daños causados en el contexto descrito, bajo el argumento que lo realmente existente es una constitucionalidad temporal, es un desacierto. La declaratoria de inconstitucionalidad con efectos diferidos envuelve que la norma es inconstitucional, pero que, por ciertas razones, seguirá teniendo efectos por un tiempo. Tampoco puede asegurarse que no hay una inconstitucionalidad solo por no haber sido expulsada la norma de inmediato, dado que no es lo mismo padecer los efectos de una norma que es constitucional a los efectos de la norma que ya dejó de serlo, pero que seguirá vigente en el ordenamiento por un tiempo adicional.

El daño antijurídico de que trata el artículo 90 constitucional no está condicionado al lapso temporal en el cual ocurrió, lo que significa que nada descarta que el daño acaecido entre la declaratoria de inconstitucional y la fecha en que la norma quedará definitivamente expulsada no pueda ser indemnizable. El daño que se estructura entre los extremos temporales citados no es un daño común, al contrario, es un daño extraño y perjudicial no solo para quien lo sufre sino para el sistema jurídico.

Tolerar un daño a causa de una norma inconstitucional, cuyo efecto esta diferido, es una situación bastante crítica para pasar inadvertida. La norma ya dejó de

ser constitucional, pero aun así es ejecutable. Su destinatario tiene el deber de acatarla y no existe justificación ni herramienta legal en ese momento para sustraer su obligación de cumplirla. Es una situación que trae una gran disyuntiva, por una parte, se padecen los efectos del daño y, por otra parte, las consecuencias previstas si no es cumplida. Sumado a esto, el sistema jurídico también resulta perjudicado por un daño en esas condiciones. No puede tener ninguna clase de consideración por quien padece los efectos del daño y además deja en el imaginario colectivo una percepción de inseguridad por una norma en aquellas condiciones.

La postergación de los efectos de la decisión en nada implica que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba despachar de manera adversa cuestiones en las que se soliciten reparación por daños. En este orden de ideas, Botero (2007) mencionó que la ley puede tener un carácter pluriofensivo, lo cual puede lesionar diferentes tipos o categorías de derechos o intereses jurídicos. Entonces de aquí se consigue concluir que la ley inconstitucional aplicada es más perjudicial que la ley que se encuentra conforme a la Constitución.

### **3.3.1 El daño y los derechos adquiridos.**

La Constitución ha instaurado el respeto por los derechos adquiridos. En este sentido, quien ha sido favorecido conforme a las disposiciones legales, debe seguir siéndole respetado el estatus jurídico obtenido. Por eso, la Corte Constitucional en Sentencia C 314 del 1 de abril de 2004 enseñó que “*los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona*” (pp. 29-30). Esto significa que, si una norma que más adelante devino en inconstitucional lesionó un derecho adquirido de manera previa, compromete el actuar del Estado. No obstante, si con la expedición de una norma que a la postre también resultó inconstitucional alguna persona alega derecho adquirido, no habría lugar a responsabilidad, puesto que los derechos adquiridos deben ser alcanzados de manera justa.

Los efectos diferidos en la decisión constitucional postergan la expulsión de una norma inconstitucional del ordenamiento jurídico. Pero esto tampoco genera derechos adquiridos para quien se vio premiado con la prolongación de una norma inconstitucional, lo que descarta de plano la prosperidad de cualquier reclamación por una situación que era beneficiosa, pero devino en inconstitucional. Que el disfrute de un derecho se prolongue en el tiempo gracias al diferimiento de la decisión tampoco simboliza subsanación de lo viciado por inconstitucional y de paso se adquiera de un derecho.

Es cuestionable que la decisión prospectiva otorgue por sí sola un derecho, la declaratoria de inconstitucionalidad reivindica la supremacía de la Constitución mas no declara derechos individuales; la expulsión de la norma así sea diferida, no declara ni hace ingresar un derecho al patrimonio de una persona.

### **3.3.2 El daño y confianza legítima.**

Llegado a este punto, no puede ser obviado el principio de confianza legítima. Este principio no protege derechos adquiridos sino expectativas legítimas. Estas “*suponen una probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, si se mantienen las condiciones establecidas en una ley determinada*” (Sentencia C 663 del 29 de agosto de 2007, p. 25). Es necesario considerar que la norma declarada inconstitucional tampoco puede generar expectativas legítimas, debido a que no llega a consolidarse derecho alguno si la norma que sirvió para su fundamento nunca respetó la Constitución. No obstante, si de manera previa había expectativas legítimas y la norma inconstitucional las truncó podría existir responsabilidad.

### **3.3.3 Otras apreciaciones acerca del daño.**

El daño antijurídico es indemnizable aun en los eventos en que los efectos de la decisión se posterguen. La decisión diferida para nada regulariza lo que es inconstitucional. Quien padece un daño durante la postergación de los efectos de la decisión sufre, por lo menos, en dos ocasiones: i) al causarse el daño y ii) cuando no puede gozar de la supremacía de la Constitución por el efecto postergado del fallo. Crear una realidad inconstitucional al no ser expulsada la norma y de paso causar un daño antijurídico es un derecho del cual carece el Estado y, en general, cualquier órgano.

La Constitución ha establecido que son fines del Estado garantizar la efectividad de los derechos. Es sabido que la reparación integral del daño antijurídico es un derecho, por eso Puppio (2008) insistió que la mayoría de la doctrina foránea acepta que la ley inconstitucional puede causar daños, a su turno también ha distinguido que “[...] *actualmente no es posible aceptar la irresponsabilidad del Estado por las consecuencias dañosas que la aplicación de leyes inconstitucionales pueda ocasionar*” (p. 240). En este orden de ideas, la postergación de los efectos de la sentencia no desdibuja el daño antijurídico, puesto que el daño antijurídico es indemnizable no por la modulación del fallo sino por ser contrario al ordenamiento.

Diferir de los efectos de la sentencia no significa postergar ni exonerar los daños antijurídicos. Las razones que motivan el diferir una decisión son por completo diferentes a los móviles con los que se responsabiliza al Estado. Desde hace tres décadas, el derecho de los daños y la responsabilidad del Estado se encuentran constitucionalizados, necesariamente esto implicó un giro en esta materia y no limitó estas figuras a una sola etapa o escenario.

#### ***4. Jurisprudencia del Consejo de Estado y Corte Constitucional frente la responsabilidad por normas inconstitucionales.***

Por ahora no existe una decisión en la cual el Consejo de Estado decida acerca de la responsabilidad por una norma inconstitucional cuyos efectos han sido diferidos y que durante la declaratoria de inconstitucionalidad y la fecha de expulsión de la norma se haya causado un daño antijurídico.

La jurisprudencia utilizada hasta el momento para solucionar controversias de responsabilidad por normas inconstitucionales se quedaría corta y poco útil para ser aplicada a casos con las peculiaridades abordadas aquí. A pesar de esta ligera descripción, es oportuno traer a colación la jurisprudencia para profundizar en la crítica arriba mencionada y establecer que la línea jurisprudencial existente no solucionaría la problemática.

#### **4.1 Jurisprudencial del Consejo de Estado.**

La jurisprudencia de lo contencioso administrativo permitió realizar una transición de un Estado irresponsable por los daños causados por la ley inconstitucional hacia uno responsable siempre y cuando, en este último caso, la sentencia que declara una norma inconstitucional contenga expresamente efectos *ex tunc*.

El Consejo de Estado en sus decisiones ha asegurado que ante la inexistencia de efectos *ex tunc* los daños acaecidos no tienen el carácter de indemnizables, dado que, para la época, la norma estaba protegida por la presunción de constitucionalidad. En efecto, en Sentencia número 44001-23-31-000-2001-00282-01 (28864) del 26 de marzo de 2014<sup>4</sup> sostuvo que “[...] *el término por el cual la ley*

<sup>4</sup> La demanda presentada se resume del siguiente modo: el demandante consideró que su derecho al acceso a la administración de justicia fue violado debido a que la norma que permitía demandar la supresión de su cargo de empleado público resultó declarada inconstitucional; por lo tanto, no pudo debatir en sede judicial la supresión del empleo. Las pretensiones de la demanda fueron negadas porque a juicio de las

*tuvo vigencia conlleva necesariamente a que los efectos jurídicos surtidos en los eventos consolidados por la misma tienen plena obligatoriedad y no se discute la legalidad en el término de su vigencia”* (p. 32). Esto inevitablemente significó una simbiosis entre el juicio de responsabilidad y los efectos que le fueron otorgados a la decisión de constitucionalidad, dependiendo la responsabilidad del Estado de la suerte de la sentencia de constitucionalidad.

A la par del anterior argumento, también se agregó que, ante la carencia de efectos *ex tunc*, conllevaba a que los sucesos tildados de daños antijurídicos recibieran el rasgo de cargas públicas que debían soportarse por quien alegaba el daño, así quedó especificado por el Consejo de Estado en Sentencia 25000-23-26-000-2003-00204-01 (29355) del 20 de octubre de 2014.

Para la jurisprudencia del máximo órgano de lo contencioso administrativo, ha sido piedra angular que la sentencia de constitucionalidad indique efectos retroactivos. De no ser así, se entiende que no hay daño antijurídico, puesto que la ley resultaba obligatoria de forma previa a la declaratoria de inconstitucionalidad y, solo tras la declaratoria, es que la norma es desobligada hacia sus destinatarios. Conforme a esto, el Consejo de Estado expresó, en Sentencia 11001-03-15-000-2014-02171-00 del 7 de abril de 2016, “*que se declare la inexequibilidad de la ley no significa nada distinto a que deja de ser ejecutable en el futuro, salvo que la propia Corte Constitucional indique que la sentencia tiene un efecto diferente al ex nunc*” (p. 21).

Se concluye que el Consejo de Estado ha formado una sólida línea jurisprudencial para solucionar los asuntos de responsabilidad del legislador por la ley declarada inconstitucional. Esto ha llevado a que, en la práctica, sea complejo que el Estado responda por los daños causados por la norma inconstitucional. Lo anterior, debido a que es muy difícil hallar sentencias de constitucionalidad con efectos *ex tunc*.

Como se ha examinado, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo únicamente a solucionado cuestiones de responsabilidad por normas inconstitucionales cuando la norma cuestionada es apartada del ordenamiento inmediatamente. Sin embargo, no cuando los efectos de la decisión de constitucionalidad se postergan.

autoridades judiciales, el demandante si pudo haber acudido a la administración de justicia a debatir la supresión de su empleo, la sentencia de constitucionalidad no lo privó de aquella opción.

Llegar a solucionar un asunto de responsabilidad del Estado con efectos diferidos con los mismos derroteros que cuando el efecto de la decisión es inmediato, llevaría a plantear graves reparos de seguridad jurídica y administración de justicia, puesto que son cuestiones iguales en ningún sentido.

Se tiene pues que, cuando la norma inconstitucional es expulsada de inmediato del ordenamiento, la Corte Constitucional estimó que era urgente la expulsión. Por lo tanto, ahí se consolida un antes y un después, sin embargo, al postergarse la expulsión de la norma, no puede acudirse a la línea jurisprudencial elaborada de momento porque en una decisión con efectos diferidos no hay efectos *ex tunc* o *ex nunc*. Dicho de mejor manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido diseñada únicamente cuando la norma es expulsada de inmediato y no frente a otra clase de decisiones. Por ende, aplicar la jurisprudencia elaborada no solucionaría correctamente la problemática de los daños durante los efectos diferidos.

Visto lo anterior, se tiene que en resumen y de acuerdo con la jurisprudencia, cuando la sentencia de constitucionalidad no tiene efectos retroactivos, se asume que lo acaecido no alcanza la connotación de antijurídico. Al aplicar tal supuesto a una sentencia con efectos postergados resultaría contradictorio por el efecto temporal. Cabe resaltar que el Consejo de Estado en la Sentencia 25000-23-26-000-2003-00208-01 (28769) del 13 de marzo de 2018<sup>5</sup>, de manera tímida y simplificada, pretendió anticiparse a tal problemática y expuso que si una norma declarada inconstitucional, temporalmente resultaba de obligatorio cumplimiento, en consecuencia sería necesario asumir las cargas impuestas por la decisión.

De acuerdo con lo anterior, resulta posible que el día que deba de resolverse una demanda por los daños surgidos por la norma inconstitucional con efectos diferidos, el Consejo de Estado optará por asegurar que, al permanecer la norma vigente en el ordenamiento, tales daños no serán indemnizables como quiera que es una carga pública que debe soportar la persona afectada. Sin embargo, tal argumento estaría lejos de ser cierto, dado que, básicamente, se recogerían las mismas razones de la línea jurisprudencial elaborada para tratar casos con supuestos fácticos y jurídicos diferentes.

<sup>5</sup> En aquella providencia se solucionó un asunto de responsabilidad del Estado por la ley declarada inconstitucional sin efectos retroactivos. No obstante, sin ser el objeto del litigio, el Consejo de Estado se refirió ligeramente que podría suceder si el efecto fuera diferido, con esto se sobreentendería que si, en algún momento llega a tal corporación judicial una demanda por responsabilidad por normas inconstitucionales con efectos diferidos, no habrá lugar declarar la responsabilidad.

Valga reiterar que, al diferirse el efecto de la norma declarada inconstitucional, no deja por esta razón de ser contraria a los cánones constitucionales. Por consiguiente, es difícil sostener que, durante el tiempo que tarda en ser expulsada, vuelve a ser constitucional. Cabe mencionar que, aunque existan razones válidas para no ser expulsada la norma inmediatamente, no puede entenderse como causa de exclusión de responsabilidad, uno es el ejercicio de control constitucional donde se aplica la Constitución y otro el de responsabilidad del Estado donde se aplica la jurisprudencia. En definitiva, mezclar cuestiones jurisdiccionales diversas perjudica, en todos los casos, al afectado por el daño antijurídico, pues tendrá un acceso a la administración de justicia formal y no real. Esto fue señalado por Astaiza (2018), quien esclareció que “*el desafortunado y curioso hecho de que el Consejo de Estado haya subordinado sus pronunciamientos en esta materia a los efectos moduladores temporales de las sentencias de la Corte Constitucional [...]*” (p. 127).

Por último, el hecho de condicionar la responsabilidad del Estado en este contexto a los efectos de la decisión de constitucionalidad es desconocer la propia Constitución que únicamente exige tres condiciones de procedibilidad para que el Estado responda por su actuar.

#### **4.2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional.**

La Corte Constitucional también se ha referido al dilema de las normas declaradas inconstitucionales y la responsabilidad del Estado. En un primer pronunciamiento, materializado en la Sentencia C 149 del 22 de abril de 1993, fue declarada inconstitucional una norma que establecía el recaudo de un impuesto y, seguidamente, la Corte ordenó la devolución del dinero recaudado a los contribuyentes. La decisión de constitucionalidad, expedida en su momento, pudo causar polémica para una corporación que apenas iniciaba labores. Por eso Ruíz (2013) refiriéndose sobre aquella Sentencia mencionó que “[...] *la Corte no tiene por competencias ordinarias la reparación económica de los daños causados [...]*” (p. 290).

Conforme a la primera decisión de la Corte Constitucional sobre el tema aquí abordado, puede concluirse que la Corte asumió una posición según la cual los daños causados por la norma declarada inconstitucional eran indemnizables con independencia de la modulación de los efectos de la sentencia. No obstante, esta decisión quedó ahí en los anaqueles de la historia, dado que no volvieron a surgir fallos donde se declarará la inconstitucionalidad y de paso se ordena la reparación.

Más adelante, en la Sentencia C 038 del 1 de febrero de 2006, la Corte Constitucional estudió ampliamente la responsabilidad del Estado por la ley. Tras esta providencia pudo llegarse a pensar que, de ahora en adelante, sería más sencillo que el Estado respondiera por su actuar. En la aludida decisión se enfatizó en la figura del daño antijurídico y se señaló que, tras evidenciarse este, procedería la reparación del daño. Sin embargo, a pesar de la riqueza jurídica que la sentencia contenía, esta no logró tener la acogida que debía tener en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Al reunir los aportes de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo y jurisprudencia constitucional, estas no brindan puntos claros para solucionar asuntos de responsabilidad por normas declaradas inconstitucionales con efectos diferidos. Esto no significa para nada que el día que deba decidirse un caso con estas características no pueda elaborarse una buena fundamentación jurisprudencial para dar solución. Pero es posible que se continúe con la predisposición a absolver al Estado por esta clase de daños. La jurisprudencia es diáfana en admitir la responsabilidad por normas declaradas inconstitucionales, pero, a la hora de la verdad, son muchos los tropiezos hallados en el camino para merecer alguien ser indemnizado. En otras palabras, habría que correr la suerte de que dos altas Cortes se encuentren de acuerdo para atribuir responsabilidad.

La realidad demuestra que, para responsabilizar al Estado por la ley inconstitucional, se le agregó otro requisito más. Esto es una providencia de constitucionalidad con cierto efecto, lo cual hace casi que imposible que alguien obtenga una reparación. Al respecto, Cifuentes (2019) argumentó que “*el rol del juez constitucional vendría a ser decisivo en la medida en que la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales va a depender de los efectos de sus decisiones [...]*” (p. 351).

La jurisdicción de lo contencioso administrativo se ha desligado abiertamente de asumir una posición por sí misma. Para tomar decisiones de este talante está dependiendo de otra jurisdicción con finalidad diferente, siendo el administrado el mayor perjudicado por esta mixtura de posiciones que no exige la Constitución para responsabilizar al Estado por su actuar. El daño antijurídico no desaparece por los efectos de la sentencia de constitucionalidad. Los efectos que la Corte Constitucional introduce en sus decisiones son con el fin de proteger y asegurar la supremacía de la constitución y no con el ánimo de atribuir o aliviar responsabilidades por el actuar del Estado.

## **5. Conclusiones.**

La responsabilidad del Estado es una figura que se encuentra en constante evolución. Hoy día es posible deducir que en Colombia el Estado ha ampliado su actuación a campos que hace tiempo no se consideraban, por lo que, al cubrir o regular aspectos que antes no eran de interés, puede ver comprometida su actuación, sobre todo cuando, a partir de la Constitución de 1991, se constitucionalizó la responsabilidad Estatal.

Las sentencias con efectos diferidos suelen contener una alta argumentación y una justificación constitucional, las cuales permiten posponer la expulsión de una norma bajo razones válidas en el derecho constitucional. En ese sentido, no se exonera ni se pospone la responsabilidad del Estado, dado que tal carga argumentativa no ha sido diseñada para evitar el acaecimiento de daños antijurídicos sino para asegurar la supremacía de la Constitución.

Los daños que causa la norma inconstitucional durante la postergación de sus efectos resultan por completo indemnizables. En los últimos años los criterios para sostener esta clase de efectos han sido flexibilizados, al punto que se puede expedir una decisión con efectos diferidos con mayor facilidad. No habría razón para patrocinar por una postura regresiva en la garantía y efectividad de los derechos.

Las decisiones de constitucionalidad con efectos diferidos demuestran que aquellas normas sometidas a control de constitucionalidad carecen de presunción de conformidad a la Constitución. Cuando un daño antijurídico se presenta durante la postergación de los efectos no se trata de un daño simple, sino uno donde se evidencia un perjuicio y la aplicación de una norma inconstitucional. La responsabilidad Estatal existe con independencia de los efectos de la decisión de constitucionalidad, la configuración y la reparación del daño antijurídico; todo eso no depende de condicionamientos en el tiempo, sino de la concertación de los supuestos que exige la Constitución.

Las decisiones en materia de responsabilidad del Estado, no deben depender de las justificaciones que emplea la Corte Constitucional, lo que implicaría convertir a la Corte en juez de lo contencioso administrativo, debido a que la Corte protege y asegura la supremacía de la Constitución. Mientras tanto, el Consejo de Estado conoce de controversias propias del derecho administrativo y de la responsabilidad del Estado.

Los daños causados por la aplicación de normas inconstitucionales con efectos diferidos pueden generar problemas de atribución de responsabilidad en el órgano responsable de la causación del daño antijurídico. Uno es el órgano cuyo trabajo fue la elaboración de la ley, otro el que ejecutó la ley, y, otro el que postergó los efectos de la decisión. Esto quiere decir que, en principio, habría varios responsables en apariencia y como es común en los litigios, todos ellos deberían de comparecer a efectos de hacer valer sus derechos y explicar su actuar, y solo tras un largo y tedioso camino, la víctima obtendría una respuesta de parte del aparato judicial.

Al postergarse los efectos de la decisión, la norma debe seguir siendo cumplida con sus virtudes y defectos, lo que envuelve necesariamente, que quien alegue un daño por esta situación, carecería de herramienta judicial o administrativa para remediar la situación en el instante que sucede. Incluso, ni siquiera podría aplicarse la figura de la excepción de inconstitucionalidad al existir sobre la norma discutida cosa juzgada constitucional, promoviéndose el incumplimiento normativo por la sencilla razón que valdría la pena correr el riesgo para evitar el daño que permitir el acaecimiento de este.

Algunas veces el efecto diferido va acompañado de un plazo al legislador y no siempre este no es cumplido, lo cual genera problemas de seguridad jurídica por fenecimiento de la postergación y ausencia de regulación normativa; evento que mina la credibilidad del ordenamiento y genera más incertidumbre.

Sería un verdadero problema, para quienes acudieran a la administración de justicia, que el Consejo de Estado se fijara más en los efectos diferidos de la decisión de constitucionalidad que en el propio daño antijurídico, puesto que asumen que existe una constitucionalidad temporal en lugar de una inconstitucionalidad diferida.

## **6. Bibliografía.**

### **Libros.**

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José (2013), *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Bogotá: Legis.

ARÉVALO GUERRERO, Ismael Hernando (2018), *Jurisprudencia: de la interpretación al precedente*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

ARIZA SÁNCHEZ, Andrea Carolina (2020), *Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental en actividades marítimas. Análisis jurisprudencial*, Santa Marta: Ediciones Unimagdalena.

BOTERO ARÍSTIZABAL, Luis Felipe (2007), *Responsabilidad patrimonial del legislador*, Bogotá: Legis.

BREWER CARIAS y SANTOFIMIO GAMBOA, Allan y Jaime Orlando (2013), *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá: Universidad Externado.

BRITO RUÍZ, Fernando (2018), *Tratado sobre temas constitucionales. Libro primero: fundamentos del Estado*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

ZAPATA GARCÍA, Pedro (2019), *Fundamentos y límites de la responsabilidad del Estado*, Bogotá: Universidad Externado.

GIL BOTERO, Enrique (2014), *La constitucionalización del derecho de daños. Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá: Temis.

GORDILLO, Agustín (2013), *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo*, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

KELSEN, Hans (1928), *La garantía jurisdiccional de la constitución (Tamayo y Salmorán, R. Trad)*, Viena: Universidad Nacional Autónoma de México.

PAZOS GUERRERO, Ramiro (2013), *La Responsabilidad del Estado por la función constituyente: el caso colombiano*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando (2020), *Derecho constitucional colombiano: de la carta de 1991 y sus reformas*, Bogotá: Temis.

RAMOS HUERTAS, Rocío (2012), *Responsabilidad del legislador en Colombia por derogación de normas tributarias*, Bogotá: Universidad del Rosario.

RUÍZ OREJUELA, Wilson (2013), *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, Bogotá: Ecoe ediciones.

RUÍZ OREJUELA, Wilson (2015), *Responsabilidad del Estado social de derecho por los actos del poder constituyente*, Bogotá: Ecoe ediciones.

SÁNCHEZ PÉREZ, Alexander (2013), “*La responsabilidad patrimonial del Estado legislador. El caso de las leyes exequibles*”, en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (2016), *Responsabilidad del Estado por la actividad judicial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

#### **Artículos de revistas:**

AHUMADA RUIZ, María Ángeles (2001), “Responsabilidad patrimonial del estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, *Revista española de derecho constitucional* Núm 62. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1996791> [Consultado el 21/2/2022].

ASTAIZA, William (2018), “La responsabilidad del Estado legislador y su subordinación a los efectos temporales de las sentencias de la Corte Constitucional”, *Revista de Derecho Público* Núm 88. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/50438/53319> [Consultado el 21/2/2022].

BUITRAGO QUINTERO, Angelica María (2018), “Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia y constitución democrática”, *Revista Verba Iuris*, 14(41), 15-45. Disponible en: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4646/3940> [Consultado el 21/2/2022].

CIFUENTES SANTANDER, Marcela (2019), “La responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales: estudio comparado entre Colombia y Francia”, *Revista digital de derecho administrativo* Núm 23. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6287/8213> [Consultado el 21/2/2022].

FAJARDO, Luis Andrés (2019), “Inexequibilidad diferida: el fruto de la ponderación”, Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/luis-andres-fajardo-2923367/inexequibilidad-diferida-el-fruto-de-la-ponderacion-2923369> [Consultado el 21/2/2022].

GONZÁLEZ NORIEGA., Olga Cecilia (2009), “Responsabilidad del Estado en Colombia: responsabilidad por el hecho de las leyes”, *Humanidades Vol 37*. Disponible en: <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/104/734> [Consultado el 21/2/2022].

MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro (2010), “Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana”, *Revista estudios socio-jurídicos*. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/socio-juridicos/article/view/177/137> [Consultado el 21/2/2022].

MENDIETA GONZÁLEZ y TOBÓN TOBÓN, David y Mary Luz (2018), “El (des) control de constitucionalidad en Colombia”, *Revista estudios constitucionales Vol 16*. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002018000200051#fn60](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002018000200051#fn60) [Consultado el 21/2/2022].

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2000), “La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia”, *Boletín de la Facultad de Derecho Núm 15*. Disponible en: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2606/eserv.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Consultado el 21/2/2022].

PUPPIO GONZÁLEZ, Andrés (2008), “El paradigma de la responsabilidad del Estado legislador”, *Revista erga omnes Núm 4*. Disponible en: [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REO\\_CHACAO/4/REO\\_CHACAO\\_2008\\_4\\_234-255.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REO_CHACAO/4/REO_CHACAO_2008_4_234-255.pdf) [Consultado el 21/2/2022].

SOTO BARRIENTOS, Francisco (2012), “La democracia como forma de Estado: análisis de los mecanismos de participación directa en la Constitución Suiza”, *Revista estudios constitucionales*. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n1/art10.pdf> [Consultado el 21/2/2022].

### **Jurisprudencia:**

Consejo de Estado de Colombia Sentencia 470 del 13 de diciembre de 1995. Radicación No. 470. C. P.: *Diego Younes Moreno*.

Consejo de Estado de Colombia Sentencia IJ-001 del 25 de agosto de 1998.  
*C. P.: Jesús María Carillo Ballesteros.*

Consejo de Estado de Colombia Sentencia 25000-23-26-000-1992-08318-01  
(12551) del 22 de abril de 2004. *C. P.: Alier Eduardo Hernández.*

Consejo de Estado de Colombia Sentencia 11001-03-24-000-2007-00030-00  
del 23 de agosto de 2012. *C.P.: María Claudia Rojas Lasso.*

Consejo de Estado de Colombia Sentencia 25000-23-26-000-2003-00175-01  
(28741) del 26 de marzo de 2014. *C. P.: Enrique Gil Botero.*

Consejo de Estado de Colombia Sentencia 44001-23-31-000-2001-00282-01  
(28864) del 26 de marzo de 2014. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio.*

Consejo de Estado de Colombia Sentencia 25000-23-26-000-2003-00204-01  
(29355) del 20 de octubre de 2014. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio.*

Consejo de Estado de Colombia Sentencia 11001-03-15-000-2014-02171-00  
del 7 de abril de 2016. *C.P.: Martha Teresa Briceño.*

Consejo de Estado de Colombia Sentencia 25000-23-26-000-2003-00208-01  
(28769) del 13 de marzo de 2018. *C.P.: Danilo Rojas Betancourth.*

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-149 del 22 de abril de 1993.  
*M. P.: Jose Gregorio Hernandez Galindo.*

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-221 del 29 de abril de 1997.  
*M. P.: Alejandro Martínez Caballero.*

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-112 del 9 de febrero de 2000.  
*M. P.: Alejandro Martínez Caballero.*

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-737 del 11 de julio de 2001.  
*M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.*

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-314 del 1 de abril de 2004. *M.  
P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.*

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-034 del 26 de enero de 2006.  
*M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.*

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-038 del 1 de febrero de 2006.  
*M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.*

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C 803 del 27 de septiembre de 2006. *M. P.: Jaime Córdoba Triviño.*

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C 663 del 29 de agosto de 2007.  
*M.P.: Manuel José Cepeda.*

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-252 del 16 de abril de 2010.  
*M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.*

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-088 del 19 de febrero de 2014.  
*M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.*

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-681 del 5 de diciembre del 2016. *M. P.: Jorge Iván Palacio.*

Corte Constitucional de Colombia Sentencia SU 037 del 31 de enero de 2019.  
*M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.*

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-464 del 28 de octubre de 2020. *M. P.: Alejandro Linares Cantillo.*

**Normatividad:**

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1886. Bogotá, D. C., Colombia.

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá, D. C., Colombia.

**Resumen:**

Las normas declaradas inconstitucionales con efectos diferidos, pueden comprometer la responsabilidad del Estado en Colombia siempre y cuando se configure un daño antijurídico durante la postergación de los efectos de la decisión de constitucionalidad. Las razones empleadas en el control de constitucionalidad de las normas y los efectos que se le imprimen a las decisiones son valederas dentro del derecho constitucional, pero no pueden emplearse para escudar el actuar Estatal.

**Palabras Claves:**

Constitución, efectos diferidos, inconstitucional, daño, responsabilidad del Estado.

**Abstract:**

The laws declared unconstitutional laws with delayed effects could place in a risk position the Colombian State's responsibility if they set up an unlawful damage during the delay of the effects of the constitutionality of the decisions. The reasons argued during the law constitutionality control and the effects that are printed on the decisions, both of them are valid within the constitutional law, however, they should not be used to protect the way to act by the State.

**Keywords:**

Constitution, delayed effects, unconstitutional, damage, State's responsibility.





---

---

## II. ARTÍCULOS Y NOTAS

---

---

### SUMARIO

- **Alberto Campos Jiménez:** *“Participación ciudadana en la Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha”.*
- **Daniel Martínez Cristóbal:** *“Las competencias constitucionales españolas del derecho a disfrutar del medio ambiente en adaptación de la normativa europea”.*
- **Alessio Parente:** *“El turismo educativo. Una primera aproximación en tema de distribución de competencias”.*



**PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA LEY 1/2020, DE 3 DE FEBRERO,  
DEL TERCER SECTOR SOCIAL DE CASTILLA-LA MANCHA**

**PARTICIPATION CITIZEN IN LAW 1/2020, OF FEBRUARY 3,  
OF THE THIRD SOCIAL SECTOR OF CASTILLA-LA MANCHA**

**Alberto Campos Jiménez<sup>1</sup>**

Recibido: 10-01-2022

Aceptado: 25-01-2022

**SUMARIO**

*I. Introducción.*

*II. La Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social  
de Castilla-La Mancha.*

*1. Antecedentes.*

*2. Estructura.*

*III. Conclusiones.*

*IV. Bibliografía.*

<sup>1</sup> Abogado y Profesor Asociado de Derecho Constitucional Universidad de Castilla-La Mancha.

## ***I. Introducción.***

La Constitución Española (en adelante CE) señala en su artículo 9.2 la obligación de los poderes públicos para “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». En esta línea, los poderes públicos deben cumplir con el mandato establecido y encaminar toda su actividad a conseguir esa mejora en las condiciones de vida de la ciudadanía, y todo ello, en cumplimiento de lo recogido por la Constitución, que como recoge la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) nº 9/1981, de 31 de marzo<sup>2</sup>, es la “norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico”.

El Tribunal Constitucional en diversas sentencias contempló la igualdad material del artículo 9.2 CE, en íntima conexión con la igualdad formal del artículo 14 CE, pero no encuadrado dentro de la Sección 1ª, Capítulo II, Título I, dedicado a los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. Así, esta igualdad material se refleja en que la acción de los poderes públicos debe ir encaminada en alcanzar “la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social<sup>3</sup>”. La STC 19/1988, de 16 de febrero<sup>4</sup>, va más allá y permite “la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos disparados en una sociedad cuyas desigualdades radicales<sup>5</sup>...siendo lo promulgado en el artículo 9.2 CE que puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial<sup>6</sup>”. En esta línea se llegará al consentimiento y asunción del ejercicio de una discriminación positiva. La STC 216/1991, de 14 de noviembre contempla que “la incidencia del mandato contenido en el artículo 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el artículo 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente

2 Recurso de amparo nº 107/1980.

3 STC 39/1986, de 31 de marzo, recursos de amparo núms. 342/1985 y 486/1985, F.J. 4º.

4 Cuestión de inconstitucionalidad nº 593/1987.

5 FJ 10º.

6 En esta línea se encaminaban las SSTC 114/1983, de 6 de diciembre, F.J. 2º y 98/1985, de 29 de julio, F.J. 9º.

prohibida-antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable<sup>7</sup>, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial<sup>8</sup>”.

La participación ciudadana igualitaria es clave para la consecución de una sociedad democrática avanzada. En esta línea actuó la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, la cual en su artículo 2.8 define al Tercer sector como “organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales”. Este reconocimiento debe ser clave en la consecución de este objetivo que no es otro que mejorar y consolidar los derechos sociales en beneficio de la ciudadanía. La Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, fue más contundente estableciendo una serie de principios rectores de la actuación de las entidades que integran el Tercer Sector de Acción Social y promover una serie de medidas de fomento para garantizar la participación de estas entidades en las políticas sociales.

Las leyes anteriormente reseñadas, no hacen más que cumplir con las directrices y principios que venían fijados por la Unión Europea, en aras de conectar a la ciudadanía con Europa y sus instituciones. Sería el 12 de octubre de 2001 cuando se publicó el Libro Blanco de Gobernanza Europea para llevar a cabo una consulta formal, dando audiencia a organizaciones y ciudadanos para mejorar la credibilidad de la Unión Europea y así implementar unas políticas públicas pertinentes y efectivas. Antes se había plasmado el interés de las instituciones europeas en la participación ciudadana para acercar la toma de decisiones a éstas. El Tratado de Ámsterdam de 1997, señalará en su artículo 1 que este “Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la manera más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible”<sup>9</sup>.

Así llegamos al concepto conocido como “gobernanza” que es lo que refleja la Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha. Dicho término no es más que, siguiendo las palabras de MAYNTZ, como

7 En esta línea se habían pronunciado entre otras, las SSTC como la 128/1987, 166/1988, 19/1989.

8 FJ 5º.

9 Texto disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/>, fecha de consulta el día 13 de junio de 2022.

una forma de gobernar en la que actores públicos y privados “participan y a menudo cooperan en la formulación y la aplicación de políticas públicas<sup>10</sup>”. En esta línea, la profesora MORCILLO MORENO señala que “la gobernanza es un nuevo modelo de gobernar que supone una reestructuración de las funciones tradicionales del Estado. De ese modo, las nuevas formas de regulación, contrapuestas al modelo de control jerárquico estatal, se basan en la cooperación entre los agentes públicos y privados y, particularmente, en la interacción entre el Estado y otros actores no estatales<sup>11</sup>”.

La Unión Europea ha venido considerando un objetivo importante la participación ciudadana y la gobernanza. Prueba de ello fue la firma, el 13 de diciembre de 2007, del Tratado de Lisboa, modificándose así el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y el Tratado de la Unión Europea. Con el Tratado de Lisboa se pretendía fortalecer la participación democrática de la ciudadanía dentro de la Unión Europea. Este tratado introduce la iniciativa popular de la siguiente manera: “un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados<sup>12</sup>”.

La Comisión Europea considera positivo otorgar a la ciudadanía el derecho de solicitar nuevas iniciativas políticas. Supone incrementar los derechos de la ciudadanía de la Unión intensificando el debate sobre las políticas públicas europeas y sirviendo para la construcción de un auténtico espacio público europeo, en el que participen sociedad civil y ciudadanía. El Tratado de Lisboa, al introducir la iniciativa popular recoge que los procedimientos y condiciones preceptivas para que puedan desarrollarse, así como el número mínimo de Estados miembros de los que han de proceder,

Posteriormente, el 11 de noviembre de 2009, se publicó el Libro Verde sobre Iniciativa Ciudadana Europea para recabar información y opiniones acerca de las

10 MAYNTZ R., “El estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna”, (trad. M. Gamondes –Tulian), Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Reforma y Democracia, n° 21, Caracas, 2001, pág. 1.

11 MORCILLO MORENO J., “Una crisis marcada por la globalización: intervención, desregulación y autorregulación regulada”, en *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 2012, pág. 445.

12 Artículo 11, apartado 4° del Tratado de la Unión Europea.

futuras cuestiones que afectarían al Reglamento, considerando la Comisión Europea la experiencia de los ciudadanos, partes interesadas y autoridades de Estados miembros donde funcionarán mecanismos de iniciativa popular, de especial interés.

Como dice MOLINA MOLINA, “en las democracias no sólo importa legitimar al gobierno, sino también lo que hace y lo que produce... la clave del alcance democrático está en que los ciudadanos tengan los medios adecuados para participar en el proceso de toma de decisiones<sup>13</sup>”.

En el ámbito autonómico, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha<sup>14</sup>, en su artículo 4.2, encomienda a los poderes públicos regionales “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 todas las personas en la vida política, económica, cultural y social de la región”. Dentro de las competencias exclusivas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se enmarcan, según el artículo 31.1. 20<sup>a</sup>, las relativas a las materias relacionadas con “asistencia y servicios sociales”.

El artículo 148.1 CE indica las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, entre las que se encuentran, las de asistencia social, que es la materia sobre la que gira la Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha. El artículo 148.1.20<sup>a</sup> CE reconoce explícitamente la posibilidad de asumir esta competencia, que efectivamente es desarrollada por Castilla-La Mancha, como quedó de manifiesto en el párrafo anterior, procurando las comunidades autónomas maximizar su nivel competencial<sup>15</sup>.

El texto constitucional refleja ese concepto de “asistencia social” implícitamente en otros artículos como el artículo 39 CE, enmarcado dentro del Capítulo Tercero, Título I, dedicado a los principios rectores de la política social y económica, que garantiza el respeto a la protección de la familia, debiendo los poderes

13 MOLINA MOLINA, J., *Los Presupuestos Participativos, un modelo para priorizar objetivos y gestionar eficientemente en la Administración Local*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 86.

14 Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 195.

15 Véase al respecto a LOPEZ GUERRA, L., ESPIN, E., GARCIA MORILLO, J., PEREZ TREMP, P., SATRUSTEGUI, M., (coords), *Derecho Constitucional, Volumen II, Tirant lo blanch, Valencia, 2018*, págs. 290 y ss.

públicos asegurarlo. En este mismo sentido, el artículo 40 CE establece que los poderes públicos deben promover las condiciones favorables para el progreso social y económico, especialmente fomentando la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural (artículo 48 CE) así como proteger y atender a la tercera edad (artículo 50 CE).

Pese a lo anterior, nos encontramos ante un problema de determinación del concepto de asistencia social. Es cierto que la CE menciona el término “asistencia” en otros artículos, como, por ejemplo, el artículo 41 CE que indica: “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”. En este caso concreto se utiliza el término asistencial de forma más económica y prestacional que social. La indeterminación que supone esta redacción dada por la CE, se dilucida cuando acudimos al Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, puesto que como ya incidimos anteriormente, el artículo 31.1.20ª deja de forma clara y determinante, que el término “asistencia” lo usa abiertamente, unido de forma inexcusable a los servicios sociales, sufriendo el concepto un cambio, ampliándose notablemente, recogiendo la “promoción y ayuda a los menores, jóvenes, tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, inserción y rehabilitación”.

La jurisprudencia no ha estado alejada de esta indeterminación conceptual y hace más de tres décadas se manifestó al respecto. La STC 76/1986, de 9 de junio, se pronunció acerca de diversas leyes aprobadas por el Parlamento vasco que atribuían una serie de derechos económicos, pasivos y profesionales a un círculo de destinatarios caracterizado por haber prestado servicios a la Administración vasca en un periodo determinado de tiempo (1936-1978), al entender la Abogacía del Estado que existían preceptos que eran inconstitucionales. El Alto Tribunal dictaminó, al igual que ya estableciéramos en nuestro análisis, que “la noción de asistencia social no está precisada en el Texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente. De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20 de la CE y, por tanto, competencia

posible de las Comunidades Autónomas<sup>167</sup>. De esta manera, ostentando la Comunidad Autónoma la competencia para conceder y llevar a cabo medidas asistenciales de esta índole, y contemplados tanto en su estatuto de autonomía como en el ya analizado artículo 148.1. 20º CE, puede desarrollarlos, descartándose así la inconstitucionalidad de las leyes recurridas<sup>17</sup>.

En otras sentencias posteriores, como la STC 146/1986, de 25 de noviembre, amplía lo que estableció en relación con la “asistencia social”, e indica que “nuestro constituyente maneja un concepto consagrado por la práctica nacional e internacional, de ahí que deban atraerse a la interpretación del Texto constitucional los criterios materiales que pueden deducirse de la legislación vigente. Siguiendo la pauta de algunos instrumentos internacionales como la Carta Social Europea, lo que deba entenderse por Asistencia Social, en sentido abstracto, abarca a una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella”. En esta línea “la Asistencia Social viene conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces. Aunque en una primera aproximación el lenguaje constitucional no desmiente esta caracterización del análisis de la Constitución, de los Estatutos de Autonomía e, incluso, de los Decretos de traspaso de funciones y servicios en la medida en que puedan servir como elementos auxiliares de la interpretación, proporcionan una noción más amplia, impropia si se quiere, de lo que es la Asistencia Social a efectos del reparto de competencias constitucionalmente establecido. Esta noción no sólo comprende a la asistencia dispensada por entes públicos que la definen y la prestan, sino también a la dispensada por entidades privadas, caso en que los poderes públicos desempeñan sólo funciones de fomento o de control<sup>18</sup>”, en donde se encontraría el denominado “Tercer Sector” que regula la Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha.

16 FJ 6º.

17 Esta sentencia fue objeto de dos votos particulares, en concreto de los formulados por los Magistrados don Francisco R. L. y don Luis D. P. y P. L. a la Sentencia dictada en los recursos de inconstitucionalidad núms. 666/1983 y 189/1986, acumulados. No compartían la afirmación de la mayoría en lo que se refería a la aplicación al caso del título competencial de «asistencia social» que contiene el art. 10. 12 del Estatuto de Autonomía del País Vasco. Entendían que dicho título competencial sólo permitía comprender disposiciones y acciones que tuvieran por finalidad lo que la tradición jurídica denominaba «beneficiencia» entendida como satisfacción de necesidades vitales en los casos en que la persona esté imposibilitada, económicamente, para atenderlas por sí sola. A juicio de ambos, las Leyes a que este asunto se refería, por muchos esfuerzos de interpretación que se quisieran hacer y por respetables que fueran las finalidades que perseguían, no podían encuadrarse en el referido título competencial. Dichas Leyes versaban sobre «derechos profesionales» y «derechos pasivos» de unas personas que en su día mantuvieron una relación jurídica con una Administración Pública, lo que el título competencial de asistencia social no permitía.

18 FJ 2º.

## ***II. La Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha.***

### **1. Antecedentes.**

Con anterioridad a la aprobación de la Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha, entraron en vigor diversas normas que influenciaron a aquella. La Ley 8/2019, de 13 de diciembre, de Participación de Castilla-La Mancha supuso un hito en la colaboración de la ciudadanía a la hora de participar en las políticas públicas. También se creó el Portal de Participación Ciudadana de Castilla-La Mancha, a través del cuál se informa a la ciudadanía de las políticas públicas y se permite la posibilidad de participar de forma activa en ellas. Además de esto, esta ley de participación establece una serie de medidas y programas para impulsar y fomentar la participación ciudadana.

Con la finalidad de garantizar y desarrollar lo establecido por el artículo 148.1.20<sup>a</sup> CE, que determina, como ya dijimos, que las Comunidades Autónomas puedan asumir competencias en materia de asistencia social, la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, consolidará los derechos asistenciales de la ciudadanía sirviendo para la ordenación y sistematización de la dispersión normativa que existía hasta ese momento. Entre otros, se reconoce una serie de derechos y deberes a las personas usuarias y profesiones de los servicios sociales, siendo la Administración regional la garante de su cumplimiento. Esta ley ha sido adaptada y modificada por la disposición adicional tercera y cuarta así como la disposición final primera de la Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha.

Dentro de los derechos que ya se habían establecido Castilla-La Mancha en el ejercicio de sus propias competencias en servicios sociales, se reconocieron y aprobaron otros además de distintas prestaciones mediante diversa legislación como la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de personas con discapacidad; la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas; así como la legislación referida a la igualdad efectiva de mujeres y hombres y, de manera muy especial, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

La sociedad castellano-manchega es un fiel reflejo de pluralismo, solidaridad y participación social que ve plasmados sus valores en el abundante tejido asociativo del que se nutre. Así las cosas, era necesaria una norma jurídica, como es

la Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha, que consolida y amplía una red de participación efectiva entre sociedad civil, la administración pública regional y entidades sin ánimo de lucro en defensa de la igualdad y protección de los colectivos más vulnerables. No debemos obviar que Castilla-La Mancha fue una de las primeras regiones en aprobar una ley de servicios sociales<sup>19</sup>, en concreto, la Ley 3/1986, de 16 de abril.

## **2. Estructura.**

La Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha consta de un total de trece artículos divididos en cuatro capítulos, además de cinco disposiciones adicionales y tres disposiciones finales.

En el capítulo I (artículos 1 a 5) se determina el objeto y ámbito de aplicación de la ley, siendo éste el definir al tercer sector social en Castilla-La Mancha. El artículo 2.1 de la Ley, establece que “constituyen el tercer sector social las entidades de carácter privado con personalidad jurídica propia, surgidas de la iniciativa ciudadana o social bajo diferentes modalidades, que responden a criterios de solidaridad y participación social, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos civiles, así como de los derechos económicos, sociales o culturales de las personas y grupos que sufren condiciones de vulnerabilidad, dependencia, discapacidad, desprotección o se encuentran en riesgo o en situación de exclusión social y/o pobreza”. También, de forma expresa, recoge como entidades del tercer sector social a entidades con singularidad institucional como son Cáritas Española, Cruz Roja Española, así como la Organización Nacional de Ciegos Españoles.

Los artículos 4 y 5 estipulan los ámbitos de intervención social que sean desarrolladas por entidades del tercer sector y puedan ser consideradas como tales<sup>20</sup>,

19 Véase a MORCILLO MORENO, J., “Servicios sociales, dependencia y discapacidad”, ALONSO, C., BELTRÁN, M., DELGADO, F., y MORENO, J.A., (coords), Derecho Público de Castilla-La Mancha, Iustel, Madrid, 2016, págs..577 y ss.

20 Son las siguientes:

- a) Actuaciones contra la desigualdad social, la desigualdad basada en el género o la orientación y condición sexual, la marginación, la desprotección o la violencia de género, todo ello en aras a la necesaria transformación social hacia una sociedad más igualitaria, justa, participativa y solidaria.
- b) Detección de necesidades, investigación e innovación.
- c) Participación en la provisión de servicios de responsabilidad pública, o ajenos a ella, y realización de otras actividades o proyectos de intervención social.

además de la obligación de inventariar los bienes de dichas entidades.

El capítulo II recoge los principios rectores (artículo 6), de actuación (artículo 7) y obligaciones de las entidades (artículo 8).

El capítulo III dedica los artículos 9 y 10 al diálogo civil y a la participación. Así, se crea la Comisión para el Diálogo Civil con la Mesa del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha, como órgano colegiado con la finalidad de dotar de un marco institucional a la colaboración y el diálogo entre la Administración autonómica y la Mesa del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha. Esta Comisión tendrá una representación paritaria entre la Administración autonómica y la Mesa del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha y una participación equilibrada de mujeres y hombres.

El capítulo IV establece las medidas que deben adoptar las Administraciones públicas de la región para la promoción del tercer sector social además de elaborar una Estrategia de promoción del tercer sector social, a través de la consejería competente en materia de servicios sociales con la Comisión para el Diálogo Civil con la Mesa del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha. Esta Estrategia tendrá una duración de cuatro años e incluirá objetivos y medidas relacionadas con el fortalecimiento de las entidades del tercer sector social, el impulso de su contribución social y el desarrollo de sus diferentes funciones en todo el ámbito de la intervención social. El artículo 13 se centra en la participación de las entidades del tercer sector social en las políticas que les afectan, y en concreto, el sistema de servicios sociales y de atención a la dependencia de Castilla-La Mancha así como el sistema público de empleo, junto con los sistemas sanitario, educativo y otros, promoverán la participación de las entidades del tercer sector social de Castilla-La Mancha en los espacios de la dependencia, sociosanitario, socioeducativo, sociolaboral, desarrollo rural, cooperación internacional y otros, habilitando las fórmulas y cauces de participación necesarias.

d) Promoción y articulación de la solidaridad organizada y la participación social de la ciudadanía y, en particular, del voluntariado social, la ayuda mutua y el asociacionismo de las personas destinatarias de la intervención social.

e) Sensibilización, reivindicación, participación en procesos de elaboración o modificación de normas o interlocución con el sector público y con otros agentes sociales.

f) Prestación de servicios para la defensa de los derechos sociales, económicos y civiles en colaboración con las administraciones públicas.

### ***III. Conclusiones.***

El 10 de agosto de 2022 se cumplirá el cuadragésimo aniversario de la aprobación del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha que supuso un hito para esta comunidad autónoma. Reflejo de ello ha sido el desarrollo de nuestro territorio, mejorando las condiciones y calidad de vida de la población. Esto no hubiera sido posible sin la aprobación del Estatuto autonómico que dotó a Castilla-La Mancha de un ámbito competencial y financiero propio para llevar a cabo las políticas públicas que mejor se adaptaran a sus circunstancias. Estas políticas sociales no se hubieran podido conseguir sin la participación de la sociedad civil en el análisis, discusión e implantación de las mismas porque la democracia solo funcionará y las instituciones tendrán credibilidad cuando la sociedad civil participe en las mismas de forma clara, directa y concisa.

De esta manera, el movimiento asociativo que en los primeros años de la democracia había sido un pilar básico para el reconocimiento y posterior instauración de la autonomía, y pese a una crisis identitaria posterior, ha demostrado ser un pilar básico en nuestra región. Fruto de ello es la aprobación de la Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha, donde se articula la participación de la sociedad civil a través de entidades junto con la Administración regional para estudiar, elaborar y establecer políticas sociales, económicas y civiles que incidirán de forma directa en la vida de la ciudadanía.

### ***IV. Bibliografía.***

LÓPEZ GUERRA, L., ESPIN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPES, P., SATRUSTEGUI, M., (coords), *Derecho Constitucional, Volumen II*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

MAYNTZ R., “El estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna”, (trad. M. Gamondes –Tulian), *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Reforma y Democracia*, nº 21, Caracas, 2001.

MOLINA MOLINA, J., *Los Presupuestos Participativos, un modelo para priorizar objetivos y gestionar eficientemente en la Administración Local*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

MORCILLO MORENO J., “Una crisis marcada por la globalización: intervención, desregulación y autorregulación regulada”, en *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 2012.

MORCILLO MORENO, J., “Servicios sociales, dependencia y discapacidad”, ALONSO, C., BELTRÁN, M., DELGADO, F., y MORENO, J.A., (coords), *Derecho Público de Castilla-La Mancha*, Iustel, Madrid, 2016.

**Resumen:**

El objeto del presente artículo es llevar a cabo un comentario de la participación en la Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha. Para ello analizaremos las competencias en materia de asistencia social que recoge la Constitución española, así como su desarrollo jurisprudencial, siendo asumidas y desarrolladas por la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, que permitirá que pueda llevarse a cabo la finalidad que la ley estudiada busca, y que no es más que lo que se conoce como gobernanza, tal y como profundizaremos.

**Palabras Clave:**

Participación ciudadana, gobernanza, asistencia social, derechos sociales.

**Abstract:**

The purpose of this article is to comment on the participation in Law 1/2020, of February 3, on the Third Social Sector of Castilla-La Mancha. To this end, we will analyze the competences in matters of social assistance included in the Spanish Constitution, as well as its jurisprudential development, being assumed and developed by Organic Law 9/1982, of August 10, on the Statute of Autonomy of Castilla-La Mancha, which will allow the purpose that the studied law seeks and that is nothing more than what is known as governance can be carried out, as we will deepen.

**Key Words:**

Citizen participation, governance, social assistance, social rights.



LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES ESPAÑOLAS DEL DERECHO A DISFRUTAR  
DEL MEDIOAMBIENTE EN ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA

THE SPANISH CONSTITUTIONAL COMPETENCIES OF THE RIGHT TO ENJOY  
THE ENVIRONMENT IN ADAPTATION OF THE EUROPEAN REGULATION

**Daniel Martínez Cristóbal<sup>1</sup>**

Recibido: 15-06-2022

Aceptado: 10-07-2022

**SUMARIO**

1. *El medioambiente en Europa y el origen de su protección.*
2. *Los principios rectores medioambientales de Europa.*
3. *Adaptación de la normativa europea a la legislación española.*
  - 3.1. *Protección medio ambiental como principio constitucional.*
4. *Panorama legislativo actual del medioambiente.*
5. *Distribución competencial en medioambiente.*
  - 5.1. *Un ente local particular: el caso de la ciudad de Madrid.*
6. *Conclusiones.*
7. *Bibliografía.*

<sup>1</sup> Daniel Martínez Cristóbal es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, y Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares con mención Cum Laude. E-mail: [daniel.mcrisobal@urjc.es](mailto:daniel.mcrisobal@urjc.es). <https://orcid.org/0000-0001-9754-5688>.

### ***1. EL medioambiente en Europa y el origen de su protección.***

A partir de los años setenta, Europa comenzó a dar protagonismo al medioambiente, por lo que la inquietud por el estado de los recursos naturales surgió a la inversa que la mayoría de preocupaciones sociales, pues emanó en primer lugar en forma de *soft law*, como advertencias y recomendaciones que serían seguidas posteriormente por los países europeos<sup>2</sup>.

Europa puso la primera piedra en la elaboración de leyes para la protección del medioambiente. La inquietud por este derecho comenzó en 1972 tras la celebración de la primera conferencia de las Naciones Unidas sobre medioambiente en el Consejo Europeo en París, donde los Jefes de Estado y de Gobierno acordaron que era imprescindible el desarrollo de un plan político comunitario en medioambiente guiado por un plan de acción, comprometiéndose de forma activa a través de sus Programas de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente.

Inicialmente, el objetivo de estos planes era el seguimiento de la contaminación acústica y de la polución, aunque posteriormente, este objetivo fue sustituido por la prevención de riesgos medioambientales que constituyó el primer paso para la programación de un proyecto de inserción de requisitos medioambientales al ámbito económico y social. La estructura y finalidad de estos programas comprometían a hacer frente al cambio climático como algo novedoso, proteger la naturaleza y la biodiversidad, y establecer el control del medioambiente y la salud pública<sup>3</sup>.

En el Anteproyecto de la Constitución Española aparecía la regulación del medioambiente en el artículo 38, dentro del Capítulo Tercero de los principios rectores y derechos económicos y sociales, que establecía el compromiso de los poderes públicos en garantizar la salud pública, obligándose a asegurar unos servicios que reportaran a los ciudadanos unas condiciones de higiene y salud necesarias y óptimas, y que posteriormente pasó a ser el actual artículo 45, garantizador del cuidado del medioambiente en España.

Por medio del Acta Única Europea de 1987 se incluyó una nueva inscripción de medioambiente, que asentaba las bases jurídicas para la creación y futuro pro-

2 PÉREZ VAQUERO C., “La preocupación legal por el medio ambiente”, *Páginas de información ambiental*, nº 36, 2011, p. 26.

3 MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Ambiental*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2003, p. 158.

greso de una política ambiental comunitaria<sup>4</sup>, siendo el principal fin la conservación de la calidad del mismo, que conllevaba la garantía de la seguridad de la salud humana así como la defensa de un uso ecuánime y justo del medioambiente.

En 1992, con la elaboración del Tratado de Maastricht, el concepto de medioambiente pasó a formar parte de la estructura política de la Unión Europea, exponiendo la responsabilidad a la que se comprometían los países de fomentar el progreso económico y social de los Estados guiado por la consolidación de la protección del medioambiente, llevando a cabo políticas destinadas al aseguramiento de que los avances previstos en esta cuestión fuesen de la mano de las mejoras en otros ámbitos. En su artículo 2 disponía la ejecución de actividades económicas en las que se tuviese en cuenta en todo momento el impacto de las mismas en los recursos naturales y, por consiguiente, en la calidad de vida de los europeos.

Posteriormente, este concepto apareció en el Tratado de Ámsterdam en 1997 dentro de las modificaciones sustantivas efectuadas sobre el anterior Tratado de Maastricht, considerando la decisión a seguir contribuyendo en los avances sociales y económicos y teniendo presente el “principio de desarrollo sostenible” en el ámbito de las actividades europeas, reforzando la defensa del medioambiente.

El artículo 2 de este Tratado recogía un conjunto de políticas sociales entre las se incluía el estado del medioambiente y la calidad de vida ciudadana en las actividades desempeñadas por la Unión Europea. Por su parte, el artículo 3 decretó fijar el concepto de medioambiente para que estuviese presente en todas las políticas y acciones europeas, siendo su fin principal el impulso de un desarrollo sostenible.

También se produjeron cambios debido a la inclusión del concepto medioambiental, afirmando que el compromiso de la Comisión en su actividad legislatora en materia de salud, medioambiente, seguridad y de consumidores se efectuaría bajo un alto nivel de protección, teniendo presente cualquier tipo de actualización y novedad sobre el tema para proceder a posibles modificaciones, dentro del panorama social del momento.

La modificación del artículo 100 también acordó que tras la armonización por parte de la Comisión o del Consejo, un Estado Miembro tenía la opción de con-

4 ALENZA GARCÍA, J.F., *Manual de Derecho Ambiental*, Ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2001, p. 84.

servar sus propios preceptos en relación con el medioambiente, siempre que estos fuesen justificados y comunicados de forma objetiva, y si además, decidiese establecer nuevos mandatos en esta materia después de haber adoptado las medidas oportunas en la armonización a consecuencia de posibles cambios científicos, lo deberá notificar apoyando su decisión con argumentos concretos.

En la misma línea, se procedió también al cambio del anterior artículo 130 del Tratado de Maastricht, por el que la política europea medioambiental se comprometería a cumplir los requerimientos de protección del medioambiente, teniendo en cuenta las posibles y cambiantes circunstancias que se pudiesen dar en las diferentes regiones europeas. No obstante, estos requerimientos asentarían su base en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medioambiente y, a grosso modo, en el principio de quien contamina paga.

A pesar de los avances y de la inclusión del concepto medioambiental en los principales Tratados Europeos, fue el Tratado de Lisboa a finales de 2007 el que hizo más hincapié en este asunto, ya que se valoró la transformación del medioambiente como un concepto social con medidas a adoptar a través del seguimiento de la UE a una verdadera finalidad específica.

El término medioambiente se manifestó como una acción a tener en cuenta por la Unión Europea en el trato con terceros países no miembros, encuadrada en el Título V “Disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión y disposiciones específicas relativas a la política exterior y de seguridad común”, dentro del artículo 10A en el que se determinaba la colaboración en la adopción de normativa internacional de defensa y progreso de la calidad del medioambiente y de la gestión de los recursos naturales mundiales, para poder alcanzar el desarrollo sostenible. Por lo tanto, es la primera vez en la que la Unión Europea encasillaba el medioambiente, no solo en el ámbito interno, sino también como nexo de unión de las relaciones con terceros países. De esta manera, supuso un punto de inflexión en el que los países no pertenecientes a la Unión Europea se obligaron a comprometerse con el medioambiente.

La Comisión desde 1973, ha llevado a cabo de forma anual diversas medidas medioambientales que asentaron la base de legislación europea en la materia, así como los fines a conseguir para la mejora de esta política en el marco europeo. Entre estos, cabe destacar el plan que se realizó en 2013 “vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta” fijado hasta 2020. En él se agruparon varios objetivos estratégicos guiados por la protección medioambiental, una mayor

fuerza ecológica y la evolución sostenible hacia un uso de los recursos más eficaz y competente.

También, en 2011 Europa puso en marcha un proyecto fijado hasta el año 2020 sobre la biodiversidad, con la consigna principal de *nuestro seguro de vida y capital natural*<sup>5</sup>, en el que se puso de relieve la gran amenaza que supondría la pérdida de biodiversidad para nuestro planeta, ya que los diferentes tipos de hábitats y de especies que coexisten constituyen una garantía para el buen funcionamiento del ecosistema. La finalidad de esta estrategia reside en luchar contra la pérdida de biodiversidad, invirtiendo en su reestructuración y en impulsar la economía europea hacia una economía ecológica en la que domine el uso eficiente de los recursos naturales.

El objetivo marcado para el año 2050 es que la biodiversidad de la Unión Europea y los servicios ecosistémicos que presta (el capital natural) se protegerán, valorarán y restaurarán debidamente, dado el valor intrínseco de la biodiversidad y su contribución esencial al bienestar humano y a la prosperidad económica, evitando así los catastróficos cambios provocados por la pérdida de biodiversidad<sup>6</sup>.

Es de destacar que Europa emplea el término biodiversidad como un sinónimo de capital natural de la Unión, dando a entender la importancia y relevancia que tiene para la Unión Europea el cuidado del medioambiente y de todo aquello que puede ayudar a la mejora de la biodiversidad.

## ***2. Los principios rectores medioambientales de Europa.***

Los principios de la protección medioambiental europea están integrados en el Tratado Constitutivo de la CEE, que por una parte expone la base de los principios que deben administrar la actividad medioambiental europea, y por otra reúne un conjunto de elementos técnicos, económicos y políticos que deben valorarse en el momento de actuar<sup>7</sup>.

5 MARTÍN MATEO, R., Manual de Derecho Ambiental, Ed. Aranzadi, Madrid, 2003, p. 69.

6 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un nuevo fundamento para la política de biodiversidad de la UE.

7 GUTIÉRREZ DUARTE, M. V., RODRÍGUEZ LÓPEZ, A. & GALVÁN VALLINA, J., “Objetivos y principios fundamentales de la política ambiental europea”, *Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho*, v. VI, 2013, p. 51.

La primera parte se encuentra integrada en el artículo 130 R.2, donde se expone que la política europea medioambiental se basa, entre otros, en el principio de precaución mediante el cual gestiona y dosifica el posible riesgo en el que pueden recaer cuando se está ante un escenario de indecisión o problema científico respecto a una amenaza medioambiental que puede afectar a la salud de los ciudadanos. Este principio se toma como no restrictivo, ya que aunque surja una problemática medioambiental que incite a ciertas dudas, deberán revisarse con la periodicidad adecuada como para poder tomar las medidas oportunas sin que nadie pueda verse perjudicado.

Además, aparece un principio de contenido más económico, en el que la atribución del gasto causado por un perjuicio medioambiental se aplica de forma directa a la persona que lo ha provocado, evitando de esta manera que pudiera ser subsanado con recursos del Estado. Este nuevo principio, surge por primera vez en el Primer Programa de Acción Medio Ambiental que se tomó como base para asegurar la eficiencia de las medidas europeas y, que además, fue expuesto por una Comunicación de la Comisión al Consejo relativa a la imputación de costes y a la intervención de los poderes públicos en materia de medioambiente, de 3 de marzo de 1974, en la que se declaró que el objetivo era concienciar a la población del cuidado del medio, mediante la imputación directa del daño a la persona.

El principio de prevención se adelanta y antepone al daño medioambiental, provocando un ahorro económico. Fue de gran relevancia ya que se asumió que se orientase a atribuir un conjunto de previsiones para evitar posibles daños derivados de alguna acción, en vez de buscar soluciones una vez realizado dicho acto y hubiese provocado daños reales.

En la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, del 3 al 14 de junio de 1992, se determinó que los humanos eran el eje de las preocupaciones en materia de desarrollo sostenible, incluyendo el principio de cautela en los artículos 15 y 17, pues las personas tenían el derecho a una vida en constante relación con los recursos naturales. En el artículo 15 se expuso que en aquellas situaciones en las que apareciese un peligro grave sin tener base científica sobre cómo afrontarlo, no se deberá retrasar la adopción de medidas eficaces y se actuará con cautela para intentar frenar dicha situación sin que el medioambiente sufra de más. Por su parte, el artículo 17 obligó a emprender estudios a nivel nacional, antes de que ciertas actividades se pusiesen en marcha, para así determinar si las mismas son perjudiciales a los recursos naturales.

Pero cuando el daño medioambiental ya se ha producido, el principio de corrección de la fuente o principio de causalidad específica que será necesaria la aplicación de las medidas oportunas para la corrección de forma inmediata, para así prevenir e impedir que se produzcan más tragedias medioambientales como consecuencia de la primera<sup>8</sup>.

Por otra parte, el principio de integración intenta asegurar y salvaguardar los recursos naturales, sin aislarse del resto de políticas europeas, sino que se tiene que encajar y acoplar al resto de políticas ya que los recursos naturales estarán afectados de forma muy habitual por los hechos sobrevenidos en otros ámbitos, como puede ser la política en materia energética, en transporte, etc. La aplicación práctica de este principio ha resultado compleja, debido a la difícil conexión entre conseguir logros económicos que no repercutan negativamente en el desarrollo sostenible, y la ejecución de las diferentes políticas europeas involucradas en este principio de integración, incompatibles con la protección medioambiental que se proclama, y que la única solución posible es intentar que los impactos sean lo más leves y lo menos perjudicial para la naturaleza<sup>9</sup>.

Es preciso tener en cuenta que la Unión Europea es un conglomerado de países que tienen su propia cultura y forma del cuidado del medioambiente, por lo que la política medioambiental europea es de suma importancia, pues obliga a que los países que componen la Unión hagan efectivas las exigencias europeas en medioambiente. De lo contrario, estaríamos ante una situación arbitraria en la que unos países adoptarían medidas que respetasen este concepto y otros no, lo que conllevaría a un tratamiento desigual de las disposiciones correctoras y protectoras de los recursos naturales en la Unión Europea.

Por ello, Europa cuenta con Directivas encargadas de regular y obligar a los Estados Miembros a la internalización de dichas medidas. Obedeciendo al artículo 175.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, se aprobó la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medioambiente, que tenía el propósito de la obtención de un elevado nivel de amparo medioambiental y la cooperación de la integración de la conciencia sos-

8 GUTIÉRREZ DUARTE, M. V., RODRÍGUEZ LÓPEZ, A. & GALVÁN VALLINA, J., “Objetivos y principios fundamentales de la política ambiental europea”, *Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho*, v. VI, 2013, p. 55.

9 *Ibidem*.

tenible a los diferentes planes y programas que se ejecutasen, cuya finalidad fuese el estímulo hacia un desarrollo sostenible.

Posteriormente, se presentó la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medioambiente, apoyada en el artículo 192.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con la que se pretendía que los Estados Miembros tomaran prevenciones para que sus planes no tuviesen efectos nocivos en el medioambiente.

Su principal cometido fue armonizar los criterios de apreciación de impacto medioambiental de los diferentes planes de acción de los Estados, a través de la incorporación de disposiciones básicas en relación con el carácter del proyecto<sup>10</sup>, debiendo tener presente que el objeto principal era la salud humana y la defensa del medioambiente a pesar de que los Estados Miembros tuviesen la libertad de promover medidas de carácter más estricto en correlación al TFUE.

Esta Directiva fue modificada por la Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 con el fin de acrecentar la calidad del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, ajustando las diferentes fases de dicho procedimiento a los fundamentos de una normativa instituida, e incrementar la coherencia y las sinergias con otras políticas y legislaciones europeas.

### ***3. Adaptación de la normativa europea a la legislación española.***

La preocupación de España por el medioambiente a lo largo del siglo XX no presentó la misma dimensión que la prevención europea en este ámbito. Los primeros conceptos en este sentido aparecieron en la Ley de Parques Naturales de 1916, que pese a su breve extensión clasificó al Valle de Ordesa y a la Montaña de Covadonga (actual Parque Nacional Picos de Europa) como Parques de la Nación en 1918.

Posteriormente, en relación al Derecho Ambiental se aprobó el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado en 1961, que reemplazó al Reglamento y nomenclador de establecimientos incómodos, insalubres y peligrosos de 1925.

10 BOLAÑO PIÑEIRO, M. C., *Nuevas perspectivas del Derecho Ambiental en el siglo XXI*, Ed. Marcial Pons, 2018, p. 76.

En el artículo 1 dio muestras de su disposición al marcar como objetivo principal evitar que las instalaciones, fábricas o actividades, públicas o privadas, alterasen las condiciones adecuadas de higiene y salubridad del medioambiente.

Al entrar España a formar parte de la Comunidad Económica Europea en 1986, se hizo necesario adaptar la legislación medioambiental española a la europea y, por consiguiente, la obligación de España de actualizar el contenido para transformarla de la manera más eficaz posible a las exigencias europeas. De esta forma, se dio inicio a la transposición de las Directivas europeas, provocando una mayor conexión y un aumento del contenido jurídico y jurisprudencial en la legislación y, como resultado, una nueva rama del Derecho<sup>11</sup>.

Gracias a este procedimiento, actualmente disponemos de leyes medioambientales cuyo principal cometido es la protección de los recursos naturales y la mentalización de que el cuidado de los mismos es un deber de toda la población. Para ello, ha sido necesario que el concepto de la conciencia ambiental se haya introducido en la legislación española, principalmente su exposición en la Constitución Española, que recoge la visión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, organizada en junio de 1972, e inspirada en la necesidad de otorgar importancia a la preservación del medioambiente.

Además, España ha ratificado Protocolos de Actuación a través de Convenios Internacionales, como el realizado en Finlandia el 25 de febrero de 1991 sobre la evaluación del impacto en el medioambiente en un contexto transfronterizo. En relación con él, el 21 de mayo de 2003 se aprobó en Kiev el Protocolo sobre la Evaluación Estratégica del Medio Ambiente, donde se marcó como finalidad principal la confirmación de un alto nivel de protección y cuidado del medioambiente a la hora de gestionar planes y programas, la importancia de la contribución ciudadana al bienestar medioambiental, y la introducción de dichas preocupaciones en los instrumentos dirigidos a impulsar el desarrollo sostenible.

Como consecuencia, España llevó a cabo un Protocolo de actuación con el Gobierno de Portugal, para aplicarlo a los programas y proyectos de ambos Estados que puedan afectar o conllevar efectos medioambientales transfronterizos perjudiciales, teniendo el compromiso de que si uno de ellos tiene conocimiento

11 GARCÍA GIRALDA A., “La historia de la legislación medioambiental en España y su recorrido hasta hoy”, *REDFORESTA*, Publicado el 12 de mayo 2011, <http://www.redforesta.com/blog/2011/05/12/especial-la-historia-de-la-legislacion-medioambiental-en-espana-y-su-recorrido-hasta-hoy/> (recuperado el 21 de enero de 2022).

de que cierta actividad que vaya a desempeñar pueda tener alguna posibilidad de producir daño medioambiental al otro, tendrá la obligación de notificárselo para que dicho Estado perjudicado tenga la opción de llevar a cabo un procedimiento de evaluación de riesgos.

### **3.1 Protección medio ambiental como principio constitucional.**

El artículo 45 de la Constitución Española interpreta el medioambiente como un bien del que las personas tienen que disfrutar y valerse para su desarrollo personal, de tal forma que se vinculen al mismo para conservarlo. Además, los poderes públicos están obligados a realizar un seguimiento del estado del medioambiente, garantizando su calidad y custodiándolo para asegurar una calidad de vida óptima a todos los ciudadanos.

Según la STC 32/1983, de 28 de abril, en el caso de que se vulnerase lo dispuesto en el artículo se impondrán sanciones penales o administrativas, cuyo fin reside en la reparación del perjuicio provocado por dicha acción, ya que el disfrute del medioambiente es un derecho de todos los españoles por igual, siendo el mismo necesario para el desarrollo humano.

Existe una relación directa entre el artículo 45 y el artículo 10 de la Constitución, que propugna la existencia de una serie de derechos inviolables que son propios de la persona y necesarios para su desarrollo dentro de la sociedad. Por tanto, estos derechos establecen la base del orden político, de la paz social y de la convivencia dentro de un entorno democrático de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales.

Cabe destacar que la regulación del concepto del medioambiente fue uno de los más novedosos de la Constitución Española de 1978, ya que el derecho a su disfrute se proclamó como uno de los principales propósitos del poder constitucional, aunque se consideró como uno de los principios de política social y económica más complicados de llevar a cabo y que, por tanto, requerirían de un trabajo más estricto para que las futuras generaciones puedan disfrutar de este bien natural.

A través de la STS, de 18 de abril de 1990, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, se interpretó el artículo 45 CE, estableciendo que la defensa del medioambiente no es una norma programática ni un deseo cuya eficacia deba quedar al albur de las convicciones ecologistas o no de los titulares de los poderes.

res públicos<sup>12</sup>. El derecho a disfrutar de un medioambiente adecuado para el desarrollo de la persona tiene un contenido protegible y por eso los poderes públicos tienen el deber de velar por su efectivo ejercicio, a cuyo efecto deben proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medioambiente.

A raíz de ello, se puede decir que el medioambiente puede entenderse como un derecho subjetivo o como un derecho de tercera generación, en el que hay que tener presente la trayectoria jurisprudencial que entrelaza este derecho con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y su respeto a la ley.

En relación a esto, en la Sentencia López Ostra contra España, de 9 de diciembre de 1994, el Ayuntamiento de Lorca aceptó la construcción mediante subvención pública de una planta de tratamiento de residuos líquidos y sólidos. Debido a su mal funcionamiento, se produjeron trastornos y alteraciones en la salud de las personas que vivían en las cercanías de la misma, por lo que el Ayuntamiento cerró la planta de tratamiento pero permitió que continuasen realizando actividades relacionadas con aguas residuales, aunque no impidió que siguiesen apareciendo problemas de salud en los residentes de la zona. A raíz de esto, López Ostra, vecina del municipio, decidió denunciar estos hechos alegando una violación de su derecho al domicilio y a la integridad psíquica, ya que vivía a poca distancia de donde se realizaban estas actividades. La Audiencia Territorial de Murcia desestimó la pretensión de López Ostra, afirmando que después de cerrar la planta y proseguir solamente con las labores relativas a las aguas residuales no existía peligro alguno para la salud. No conforme con la respuesta de la Audiencia Territorial de Murcia, López Ostra interpuso un recurso de apelación ante el STS y un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, aunque ambos fueron desestimados. Tras agotar todos los procedimientos, López Ostra acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sí admitió el recurso interpuesto por la demandante alegando que se había producido una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que el poder público perjudicó la vida familiar y privada y, en definitiva, el domicilio de la demandante.

A partir de este momento hubo un punto de inflexión en el que se comenzó a relacionar el derecho de disfrute de los recursos naturales con los derechos fundamentales de la Constitución Española, elevando la importancia de la protec-

12 BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “El medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Administración Pública*, n° 134, mayo-agosto 1994, p. 288.

ción medio ambiental y surgiendo disposiciones legales en relación al cuidado de la naturaleza, así como a las medidas tomadas desde Europa sobre este término.

Actualmente, la norma en vigor más antigua es la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases, que se aprobó siguiendo la Directiva 94/62/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre, relativa a los envases y residuos de envases. Esta ley regula dicha gestión que hasta la fecha no había sido legislada, siendo su objetivo principal la reducción del impacto de este tipo de materiales en el medioambiente y prevenir las trabas comerciales entre los diferentes Estados Miembros. Su contenido se estructura mediante una clasificación de las distintas posibilidades de administrar los residuos, así como diversos procesos de desarrollo tecnológico que ayuden a su reutilización, además de disposiciones enfocadas a evitar la producción de estos materiales. La finalidad fundamental de esta ley fue fomentar el reciclaje de los envases, obligando a los Estados europeos a comprometerse a que en el plazo estipulado se hayan hecho eficaces todas las medidas que contiene, además a través del Real Decreto 553/2020, de 2 de junio, se regula el traslado de residuos en el interior del territorio del Estado.

A principios del siglo XXI se confeccionó el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Aguas, que sustituyó a la anterior Ley de Aguas de 1985, modificando la Disposición Final Segunda de la Ley 46/1999. Su objetivo reside en el control del dominio público hidráulico, la utilización del agua y la distribución de competencias en dicha materia, adaptando la regularización de las competencias incluidas en el artículo 149 de la CE. Cabe destacar que el artículo 19 establece como órgano consultivo superior el Consejo Nacional del Agua, que junto con las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado se encargan de la representación de los entes locales. El cometido principal se encuentra en la realización de informes preceptivos sobre materias concretas, proposición de planes de acción para desarrollar nuevas técnicas de ayuda a la gestión de la conservación, renovación y economía del agua.

En referencia a la regulación y administración de los Montes, regía la Ley de 1957, pero tras la aprobación de la Constitución Española en 1978 se tomó conciencia de que era suficiente para abarcar la situación forestal española. Por ello, la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, detalla en su Exposición de Motivos que el principal cometido es la ordenación, conservación y desarrollo sostenible de todos los bosques, pues influye en el desarrollo económico y social, respeta el medioambiente y los sistemas sustentadores de la vida en el planeta, ha-

ciendo especial hincapié en que los bosques forman parte del desarrollo sostenible<sup>13</sup>. Con esta Ley se aprobaron los principios de multifuncionalidad de integración de la gestión forestal en la ordenación del territorio, la cohesión territorial y subsidiariedad, el impulso al desarrollo y crecimiento rural, la guarda de la biodiversidad forestal, la aparición de la política forestal dentro de las finalidades ambientales internacionales, la cooperación entre la Administración y los agentes sociales y económicos que participen en la toma de decisiones en el sector medioambiental.

#### ***4. Panorama legislativo actual del medioambiente.***

Para actualizar la legislación española al marco europeo y como consecuencia de la Directiva 2003/87/CE, se aprobó la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Con ella se modificó la anterior Directiva 96/61/CE y se puso como objetivo el compromiso por parte de los Estados Miembros de la delimitación y reducción de la emisión de gases de efecto invernadero que obligaron a cumplir con la firma del Protocolo de Kioto realizado en la Convención de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el 30 de mayo del 2002, con el cumplimiento de unos objetivos marcados, como la reducción de gases de efecto invernadero, acompañado y apoyado en políticas internas de cada país, rebaja del coste de las emisiones e incremento del nivel de experiencia en el manejo del comercio de emisiones antes del año 2008.

Tres años después, y ante la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban los montes y bosques españoles a causa de la sequía y de las altas temperaturas, provocadas en parte por una modificación climática, se elaboró el RD-Ley 11/2005, de 22 de julio, por el que se aprobaron medidas urgentes en materia de incendios forestales, para intentar evitar accidentes desastrosos como el incendio que se produjo ese año en la provincia de Guadalajara que provocó la muerte de once personas del servicio de extinción y doce mil hectáreas arrasadas. El RD-ley se aprobó para la adopción de medidas encaminadas a paliar los efectos devastadores de los incendios y la reestructuración de las zonas afectadas por el mismo, así como del cuidado y de la protección de las familias perjudicadas por estas catástrofes.

13 CABEZAS ARES, A. M. & FERNÁNDEZ CUESTA, C., “Unas definiciones polémicas: medio ambiente y gasto ambiental”. *Revista Técnica contable*, v. 54, n° 643, 2002, p. 569.

Por otra parte, el Gobierno intentó promover con este decreto la adopción de condiciones para el análisis de los hechos sufridos en los lugares afectados y las medidas urgentes tomadas posteriormente para subsanar la destrucción de la mejor forma posible, creando una retroalimentación de medidas para la ayuda a la reparación.

En cuanto al régimen orgánico-funcional y en base a los artículos 20 y 21, se crearon dos órganos de funcionamiento permanente, la Comisión interministerial de coordinación para la prevención y lucha contra los incendios forestales y el Comité Permanente de la Comisión interministerial de coordinación para la prevención y lucha contra los incendios forestales, buscando la cooperación y colaboración de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas.

Dos años después, se aprobó el Reglamento CE 834/2007 del Consejo, de 28 de junio de 2007, sobre la producción y etiquetado de los productos ecológicos y por el que se derogó el Reglamento CE 2092/91. A partir de este momento Europa trasladó al aspecto legal la importancia que tiene el medioambiente en la salud y en la vida humana, apoyándose en el artículo 37 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y en la propuesta de la Comisión, implantando la importancia de un buen etiquetado de los productos ecológicos.

En la resolución del Dictamen del Parlamento Europeo se dispuso la necesidad de un buen etiquetado de los productos ecológicos ya que estos tienen un doble impacto social, por una parte saciar la demanda de la población que los consume, y por otra, proteger los bienes públicos que colaboran en la salud del medioambiente, el bienestar animal y el fomento del desarrollo de los espacios rurales.

En base al artículo 45 de la Constitución Española y a la Directiva 2004/35/CE se aprobó en España la Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, que tenía como especial cometido la regulación de los operadores para prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales bajo el principio de “quien contamina, paga”.

Debido al incremento de la preocupación ciudadana por la conservación del patrimonio natural y de la biodiversidad, se aprobó ese mismo año la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, en la que se sostiene que la atmósfera es un bien común indispensable para la vida respecto del cual todas las personas tienen el derecho de su uso y disfrute y la obligación de su conservación. Su finalidad a través de los principios de caute-

la y acción preventiva era la disposición y control a la disminución de los gases contaminantes atmosféricos para que la calidad de vida humana fuese mejor y se protegiese la conservación de los recursos naturales.

A raíz de esta ley se aprobó la Ley 42/2007, de 7 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, estableciendo un marco jurídico básico como elemento necesario para el cumplimiento del artículo 45 de la Constitución Española donde se estipula la obligación de preservar los recursos naturales necesarios para el desarrollo y disfrute de la vida humana.

El objetivo era que las Administraciones competentes fuesen capaces de asegurar que la gestión de los recursos naturales se llevase a cabo con las mayores garantías para generaciones venideras, cuidando del patrimonio natural actual a través de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo del medio rural, cumpliendo las medidas que ayudasen a la mejora de su progreso, y que al mismo tiempo fue potenciada por la Ley Orgánica 16/2007, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley para el desarrollo sostenible del medio rural<sup>14</sup>.

La Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medioambiente, implicó asegurar un alto nivel de protección ambiental equiparable a todo el territorio nacional, sin perjuicio de la competencia autonómica para la creación de leyes complementarias, y que se regula por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

Como consecuencia de la Directiva 2008/56/CE en la que se dispuso de un plan de acción comunitario para la política del medio marino, se aprobó la Ley 41/2010 de protección del medioambiente marino con la que se reguló el régimen jurídico para mantener y conservar en buen estado el medio marino, mediante mejoras en su planificación, gestión, conservación y protección, teniendo presente que al ser dominio público, es un bien de interés general regulado en el artículo 132.2 de la CE.

Por otro lado, las especies exóticas invasoras forman parte de una de las causas fundamentales por las que actualmente se está perdiendo biodiversidad en el mundo, siendo un agravante de la fortaleza de los diferentes ecosistemas, además

14 PÉREZ GABALDÓN, M., “El Estado Autonómico en la lucha contra el cambio climático. Entre la imprecisión competencial y las deficiencias de las relaciones intergubernamentales”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º. 6, 2013, pp. 48-58.

de perjuicios económicos derivados que puedan afectar a la producción ganadera y agrícola e incluso, a la salud pública.

El Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, del que España forma parte desde 1993, confirmó la gravedad y estableció en su regulación la responsabilidad de cada Estado en el control y erradicación de las especies exóticas a través de la Directiva 2009/147/CE, por la que elaboró el RD-ley 630/2013 que tuvo como finalidad la regulación del Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras.

### ***5. Distribución competencial en medioambiente.***

Según el apartado 2 del artículo 45 de la Constitución Española, serán los poderes públicos los encargados del control del uso de los recursos naturales, con el objetivo principal de salvaguardar e incrementar la calidad de la vida, reestructurando y protegiendo el medioambiente con la ayuda de todos los ciudadanos con la imposición de sanciones penales o administrativas, además de la obligación de reparar el daño causado con motivo de vulnerar este artículo según el apartado tercero<sup>15</sup>.

En relación a esto, la competencia de regulación y control del medioambiente en España a través el artículo 148.9 de la Constitución Española, otorga a las Comunidades Autónomas el poder de asumir el control de la gestión en materia de protección de medioambiente. No obstante, el Estado se reserva la competencia en el desarrollo de la legislación básica de protección del medioambiente, específicamente sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias, sin perjuicio de la capacidad de las Comunidades Autónomas de implantar normas adicionales según el artículo 149.1 23<sup>16</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, la STC 102/1995, sobre la conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, señala la competencia de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de creación de un marco legal en el contexto medioambiental, siempre y cuando los Estatutos de dicha Autonomía lo hayan

15 GÓMEZ PUERTO, A. B., “La protección jurídico-constitucional del medio ambiente. Apuesta por el principio de proximidad institucional al cuidado del entorno como bien común”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, v. 68, n.º. 1, 2020, p. 231.

16 DEL CASTILLO MORA, D., “La distribución de competencias en materia de medio ambiente”, *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, n.º 5, 2001.

previsto, aunque está apoyada por la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres.

Debido a la laguna constitucional en materia de protección de espacios naturales, se entiende que la competencia se encaminaría hacia una exclusividad de las CCAA, aunque según la STC 64/1982, no se podrá fijar como absoluta, pues no equivale a soberanía, ya que incluso las competencias autonómicas han de situarse siempre dentro del marco competencial. Por ende, el Tribunal Constitucional establece el límite del régimen jurídico de salvaguardar el medioambiente dependiendo de las necesidades y peculiaridades de las medidas tomadas por la CCAA, además de la obligatoriedad de que las mismas respeten la legislación básica estatal y tendrán que tener una coherencia y un sentido directo a proteger el interés propuesto, sin violar el principio de solidaridad de los artículos 2 y 138 de la Constitución<sup>17</sup>.

Por tanto, la competencia en este sector queda repartida de forma principal entre el Estado y las Comunidades Autónomas, dejando a los entes locales sin competencia. No obstante, el artículo 137 de la CE establece que los entes locales gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, por lo que las competencias propias de las entidades locales se reducen a aquellas que su correspondiente CCAA no haya contemplado, ejerciendo las relacionadas con el medioambiente aunque éstas no se constituyan como competencias puras, sino como necesidades ambientales del ejercicio de otras competencias sectoriales, entendiendo el medioambiente como una disciplina transversal<sup>18</sup>.

### **5.1 Un ente local particular: el caso de la ciudad de Madrid.**

Madrid tiene reconocida la competencia en medioambiente mediante la Ley 3/2003 para el desarrollo de pacto local, dentro del artículo 2 regulador de las materias susceptibles de transferencia o delegación, en el que se dispone que las competencias propias de la Comunidad de Madrid que sean objeto de transferen-

17 CANALS AMETLLER, D. “La polémica jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de espacios naturales protegidos: competencias estatales versus competencias autonómicas (Comentario en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio, en relación con las SSTC 156/1995, de 26 de octubre, y 163/1995, de 8 de noviembre)”, *Revista de Administración Pública*, nº 142, enero-abril 1997, p. 321.

18 SANZ RUBIALES, I., “Medio ambiente y Administración local: competencias limitadas y sostenibilidad económica” dentro de *El medio ambiente local*, *Revista Democracia y Gobierno Local*, nº 25, 2014, p. 11.

cia a las Entidades Locales deberán estar señaladas dentro de sus atribuciones<sup>19</sup>, haciendo posible que los municipios puedan hacer frente a estas competencias de manera efectiva, independientemente de que la Comunidad Autónoma tenga el control sobre la planificación, ordenación y coordinación, y dentro de estas materias se encuentra el medioambiente.

El Acuerdo de 29 de octubre de 2015 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de organización y competencias del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad tuvo como base dos pilares; el primero es el artículo 17.1 h) de la ley 22/2006 de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, en el que asignaron a la Junta de Gobierno de esta ciudad la competencia general para decretar la organización y la estructura de la Administración municipal ejecutiva, siempre que ésta se encuadrara en las normas orgánicas adoptadas por el Pleno. El segundo fue el Acuerdo Plenario de 30 de septiembre de 2015 en el que se adoptó la modificación del Reglamento Orgánico de Gobierno y de la Administración del Ayuntamiento de Madrid, para hacer posible el acogimiento de medidas de flexibilización dentro de la organización administrativa. Estos dos acuerdos hicieron hincapié en el ámbito organizativo y competencial con la finalidad de conseguir una mejor aplicación de los servicios y una mejora en el servicio público al ciudadano.

Por esto, se introdujeron en un único Acuerdo de 29 de octubre de 2015 de la Junta de Gobierno, las previsiones en materia de organización competencial de los diversos mecanismos que constituyen el Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, correspondiendo las competencias ejecutivas en calidad y protección medioambiental, como las zonas verdes, parques y jardines, mantenimiento de limpieza del espacio público, gestión de residuos, de agua y de sostenibilidad.

Además, le corresponden una serie de competencias generales, como dirigir e impulsar las políticas municipales, y también competencias específicas al establecer prohibiciones o limitaciones a la circulación o estacionamiento de vehículos en las vías públicas<sup>20</sup>. Asimismo, tiene el control de la planificación y fomento de la sostenibilidad, encargado de la elaboración y supervisión de programas de sostenibilidad, en particular, de la calidad del aire, del uso eficiente de la energía y la prevención del cambio climático, entre otros.

19 GARCÍA MORALES, V. Y., “Competencias locales y protección del medio ambiente: especial referencia al planeamiento urbanístico municipal”, *Cuadernos de derecho local*, nº 32, 2013, p. 88.

20 VALENCIA MARTÍN, G., *Autorización ambiental integrada y licencias municipales*, Ed. Aranzadi, 2018, p. 179.

Otra competencia asignada de especial relevancia y necesidad es la educación ambiental, para planificar y coordinar actividades formativas, divulgativas y educativas para que los ciudadanos madrileños tengan presente el problema medioambiental que reside en la ciudad.

Entre las primeras medidas anticontaminación tomadas cabe destacar la Ordenanza General de Medio Ambiente Urbano de 1985, en la que se determinó el medioambiente como una preocupación ecuaníme por todas las áreas administrativas. A pesar de que ya en el año 1968 se aprobaron ordenanzas para prevenir la contaminación atmosférica y acústica, posteriormente en 1976 se modificó y se actualizó la Ordenanza Municipal de Limpieza Urbana y en 1980 se reguló el uso de parques y jardines.

En 2006 el Ayuntamiento contempló cerrar el centro de Madrid a excepción de los vehículos residentes y el transporte público, planteando un área muy parecida al actual Madrid 360, y que tuvo de nuevo su auge en 2014, aunque estos planes nunca fueron llevados a la práctica.

Dentro de las medidas tomadas en Madrid para conseguir una reducción de la contaminación fue la creación de Madrid Central, dentro del Plan A 2017-2020, de Calidad del Aire y Cambio Climático. Se trató de un plan aprobado por la Junta de Gobierno en septiembre de 2017 con el propósito de una gestión urbana baja en emisiones y mayor eficiencia energética, adaptación al cambio climático, sensibilización ciudadana y colaboración con otras administraciones. También se aplicó el certificado de eficiencia energética de los edificios, cuya finalidad es notificar a los ciudadanos el consumo de energía que hacen dentro de sus hogares, y cumplir la Directiva 2002/91/CE modificada por la Directiva 2010/31/UE, adaptadas en España con el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprobó el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, teniendo la Comunidad Autónoma competente la capacidad de futura renovación del etiquetado, y actualmente sustituido por el Real Decreto 390/2021, de 1 de junio.

El actual Plan toma el relevo de los esfuerzos realizados a partir de 2006 que, tras la Directiva 96/62 del Consejo sobre evaluación y gestión del aire, que fue derogada en 2010, se pusieron en aplicación cincuenta y cuatro medidas para la reducción de las emisiones contaminantes de la calidad del aire. Posteriormente, el Plan de Calidad del Aire del periodo del 2011 al 2015 tuvo el mismo objetivo principal que el anterior, la reducción de forma significativa de emisiones contaminantes, contando con setenta medidas entre las que destaca la atención singu-

lar al sector de la movilidad o promoción del patrimonio verde, además fijó un objetivo a largo plazo, hasta el 2030, para la reducción de más del 40% de las emisiones totales de Gases de Efecto Invernadero, y la reducción de un 50% de las emisiones de GEI provocadas por la movilidad urbana.

La Comisión de Calidad del Aire de la Ciudad de Madrid y la regulación de su composición y funcionamiento se creó tras la publicación en el Boletín Oficial del Ayuntamiento el 11 de julio de 2017, y por el que son de aplicación lo relativo a las normas para órganos colegiados recogido en el Reglamento Orgánico del Gobierno y de la Administración del Ayuntamiento de Madrid, y la normativa básica en materia de régimen jurídico del Sector Público. Fue concebida para mantener una estrecha coordinación con el Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad y como uno de los objetivos a cumplir por el Ayuntamiento creado para dar soporte y estabilidad a esta área, así como para colaborar con los objetivos planteados con el Plan A.

## **6. Conclusiones.**

La estructura en materia medioambiental en España tiene forma piramidal. En la base se sitúa la Administración Central, que se limita a realizar una regulación básica de la normativa y donde reside la responsabilidad de redacción de leyes sobre la protección medioambiental, de residuos, evaluaciones de impacto de la contaminación, o calidad del agua. Seguidamente, estaría la administración autonómica, con competencia en el desarrollo de creación de normas y leyes adicionales sobre materias necesarias para el cumplimiento de sus intereses, dentro del marco legal básico. Y finalmente, en la cúspide, se encuentra la administración local con una regulación a través de una legislación complementaria, siempre y cuando se respete la jurisprudencia.

La posición que toma el Estado español en medioambiente es insuficiente, debido a que la mayoría de las leyes que están encaminadas a una mejora y protección de los recursos naturales son anticuadas y no han sido modificadas y adaptadas al momento ambiental actual. Sería un gran acierto la proposición de medidas que favoreciesen la salud ambiental tomando como referencia obligatoria las medidas exigidas por Europa para el cumplimiento de los niveles y límites establecidos, y anticipándose a sus exigencias de la que siempre provienen continuas notificaciones y avisos para poder hacer efectivas las medidas.

¿Es realmente necesario que la Comisión Europea esté mandándonos continuamente comunicados de que cuidemos del aire que respiramos? Desgraciadamente, parece ser que la única forma que nos lleva al acatamiento de medidas anticontaminación es mediante la amenaza de sanciones millonarias. El medioambiente no se puede tomar como un negocio ni tampoco se puede tomar como un elemento politizado.

Es imprescindible, por tanto, que el Estado establezca a través del artículo 149.1.23 de la CE unas directrices básicas a seguir de forma general y marcando unos objetivos a cumplir, principalmente en aquellas ciudades que sean puntos neurálgicos de alta contaminación. No obstante, habrá que tener presente que los niveles de contaminación no son los mismos en todas las ciudades.

El artículo 45 de la CE señala el derecho al disfrute del medioambiente para el desarrollo de la persona. La STS de 18 de abril de 1990, de la Sala Tercera, aclaró que el derecho protegido por el artículo 45 no es una norma programática ni un deseo cuya eficacia deba quedar al destino de las convicciones ecologistas o no de los titulares de los poderes públicos. Esto quiere decir que el derecho a disfrutar de un medioambiente adecuado para el desarrollo de la persona tiene un contenido protegible y por eso los poderes públicos tienen el deber de velar por su efectivo ejercicio, a cuyo efecto deben proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medioambiente.

Es necesario instrumentar medidas y programas de acción para supervisar el cumplimiento de la normativa medioambiental, ejerciendo cada Administración competente en caso de infracción sus potestades sancionadoras. También se hace imprescindible que las Administraciones Públicas incentiven y creen una percepción en la población de la importancia del medioambiente, con medidas de concienciación a la vez que promoviendo actividades creando una mentalidad social que impulse a informar sobre la actualidad medioambiental de cada momento.

## **7. Bibliografía.**

ALENZA GARCÍA, J.F., *Manual de Derecho Ambiental*, Ed. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2001.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “El medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Administración Pública*, nº 134, mayo-agosto 1994, pp. 281-298.

BOLAÑO PIÑEIRO, M. C. *Nuevas perspectivas del Derecho Ambiental en el siglo XXI*, Ed. Marcial Pons, 2018.

CABEZAS ARES, A. M. & FERNÁNDEZ CUESTA, C., “Unas definiciones polémicas: medio ambiente y gasto ambiental”. *Revista Técnica contable*, v. 54, nº 643, 2002, pp. 565-574.

CANALS AMETLLER, D. “La polémica jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de espacios naturales protegidos: competencias estatales versus competencias autonómicas (Comentario en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio, en relación con las SSTC 156/1995, de 26 de octubre, y 163/1995, de 8 de noviembre)”, *Revista de Administración Pública*, nº 142, enero-abril 1997, pp. 305-351.

DEL CASTILLO MORA, D., “La distribución de competencias en materia de medio ambiente”, *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, nº 5, 2001.

GARCÍA GIRALDA A., “La historia de la legislación medioambiental en España y su recorrido hasta hoy”, REDFORESTA, Publicado el 12 de mayo 2011, <http://www.redforesta.com/blog/2011/05/12/especial-la-historia-de-la-legislacion-medioambiental-en-espana-y-su-recorrido-hasta-hoy/> (recuperado el 21 de enero de 2022)

GARCÍA MORALES, V. Y., “Competencias locales y protección del medio ambiente: especial referencia al planeamiento urbanístico municipal”, *Cuadernos de derecho local*, nº 32, 2013, pp. 83-90.

GÓMEZ PUERTO, A. B., “La protección jurídico-constitucional del medio ambiente. Apuesta por el principio de proximidad institucional al cuidado del entorno como bien común”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, v. 68, nº. 1, 2020, pp. 225-255.

GUTIÉRREZ DUARTE, M. V., RODRÍGUEZ LÓPEZ, A. & GALVÁN VALLINA, J., “Objetivos y principios fundamentales de la política ambiental europea”, *Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho*, v. VI, 2013, pp. 37-69

MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Ambiental*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2003.

PÉREZ GABALDÓN, M., “El Estado Autonómico en la lucha contra el cambio climático. Entre la imprecisión competencial y las deficiencias de las relaciones intergubernamentales”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n° 6, 2013, pp. 48-58.

PÉREZ VAQUERO C., “La preocupación legal por el medio ambiente”, *Páginas de información ambiental*, n° 36, 2011, pp. 24-29.

SANZ RUBIALES, I., “Medio ambiente y Administración local: competencias limitadas y sostenibilidad económica” dentro de El medio ambiente local, *Revista Democracia y Gobierno Local*, n° 25, 2014, pp. 4-14.

SAURA CALIXTO, P. & HERNÁNDEZ PRADOS M<sup>a</sup>, A., “La evolución del concepto de sostenibilidad y su incidencia en la educación ambiental”. *Teoría de la Educación*, n° 20, 2008, pp. 179-204.

VALENCIA MARTÍN, G., *Autorización ambiental integrada y licencias municipales*, Ed. Aranzadi, 2018.

## **Normativa.**

### LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

- Constitución Española 1978
- Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases.
- Ley 3/2003, de 11 de marzo, para el desarrollo del pacto local Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.
- Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.
- Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.
- Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera.
- Ley 42/2007, de 7 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad
- Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo del medio rural.
- Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino.
- Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.
- Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

- Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas.
- Real Decreto Ley 11/2005, de 22 de Julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de incendios forestales.
- Real Decreto 390/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios.
- Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo español de especies exóticas invasoras.
- Acuerdo de 29 de octubre de 2015 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de organización y competencias del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad.
- Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Madrid. Medio Ambiente. Plan de Calidad del Aire y cambio climático. Plan A 2017-2020.
- Creación de la Comisión de Calidad del Aire de la Ciudad de Madrid y regulación de su composición y funcionamiento. BOAM 11/07/2017 nº 7.945..
- Acuerdo de 27 de junio de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que, previa avocación de competencias, se establece un período de aviso en relación con el acceso a la zona de bajas emisiones Madrid Central. BOAM nº 8.429.

## LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

- Tratado de Maastricht de 1992.
- Tratado de Ámsterdam de 1997.
- Tratado de Lisboa de 2007.
- Convenio Internacional sobre la evaluación del impacto en el medioambiente en un contexto transfronterizo, de 25 de febrero de 1991, en Espoo (Finlandia).
- Reglamento CE 834/2007 del Consejo, de 28 de junio de 2007, sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos y por el que se deroga el Reglamento CE 2092/91.
- Recomendación del Consejo de 3 de marzo 1974 relativa a la imputación de costes y a la intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente. (74/436/EURATOM, CECA, CEE)
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, del 3 al 14 de junio de 1992.
- Protocolo de Kioto en la Convención de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 30 de mayo del 2002.
- Protocolo sobre evaluación estratégica del medio ambiente de la convención

- sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo en Kiev, el 21 de mayo de 2003.
- Protocolo de actuación entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Portuguesa de aplicación en las Evaluaciones Ambientales de Planes, Programas y Proyectos con efectos transfronterizos, de 2008.
  - Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un nuevo fundamento para la política de biodiversidad de la UE
  - Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Estrategia de la UE sobre la biodiversidad hasta 2020: nuestro seguro de vida y capital natural.
  - Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2001 relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.
  - Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.
  - Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

#### JURISPRUDENCIA.

- STC 64/1982, de 4 de noviembre (BOE núm. 296, de 10 de diciembre de 1982).
- STC 32/1983, de 28 de abril.
- STS, 18 de abril de 1990 del Tribunal Supremo, sala tercera, de lo Contencioso-Administrativo.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 9/12/94. Caso López Ostra contra España.

### **Resumen:**

El medio ambiente ha sido objeto de regulación jurídica en Europa con el cometido de concretar y garantizar una actitud sobre el derecho a la calidad de vida a través de su protección. El objeto de este trabajo es el estudio de las exigencias marcadas por la Unión Europea en el disfrute del medioambiente y la adaptación de las mismas a la legislación española, en la que las medidas de protección y defensa ambiental están recogidas en el artículo 45 de la Constitución.

La materialización de la protección ambiental que ensalza el texto constitucional, además de la distribución de las competencias de las Administraciones Públicas, deben contener medidas encaminadas hacia la prevención y disminución del daño causado al medio natural, a través de una correcta colaboración entre dichos niveles administrativos competentes que se orientan hacia la eficacia y eficiencia de las políticas desarrolladas para tal fin.

### **Palabras Clave:**

Medioambiente, protección, Constitución Española, distribución competencial, educación ambiental.

### **Abstract:**

The environment has been subject to legal regulation in Europe with the aim of specifying and guaranteeing an attitude on the right to quality of life through its protection. The object of this work is the study of the requirements set by the European Union in the enjoyment of the environment and the adaptation of the same to the Spanish legislation, in which the measures of protection and environmental defense are collected in article 45 of the Constitution.

The materialization of the environmental protection that the constitutional text extols, in addition to the distribution of the competences of the Public Administrations, must contain measures aimed at the prevention and reduction of the damage caused to the natural environment, through a correct collaboration between said administrative levels. competent, which are oriented towards the effectiveness and efficiency of the policies developed for this purpose.

**Keyword:**

Environment, protection, Spanish Constitution, distribution of powers, environmental education.



EL TURISMO EDUCATIVO. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN  
EN TEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

EDUCATION TOURISM. A FIRST APPROACH  
TO DISTRIBUTION OF COMPETENCES

**Alessio Parente<sup>1</sup>**

Recibido: 15-06-2022

Aceptado: 10-07-2022

**SUMARIO**

- 1. El turismo educativo.*
- 2. La distribución de competencias en materia de turismo.*
- 3. La distribución de competencias en materia de educación.*
  - 3.1. Las competencias del Estado.*
  - 3.2. Las competencias de las Comunidades Autónomas.*
  - 3.3. La Universidad en la Constitución.*
- 4. Turismo, educación y jurisprudencia constitucional.*
- 5. Conclusiones.*

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Doctorando en el programa de "Doctorado interuniversitario en Turismo" - Universidad Rey Juan Carlos.

### 1. *El turismo educativo.*

El *turismo educativo* – según la Organización Mundial de Turismo “cubre aquellos tipos de turismo que tienen como motivación primordial la participación y experiencia del turista en actividades de aprendizaje, mejora personal, crecimiento intelectual y adquisición de habilidades”. En otros términos, el *turismo educativo* interesa un amplio abanico de productos y servicios relacionados con “los estudios académicos, las vacaciones para potenciar habilidades, los viajes escolares, el entrenamiento deportivo, los cursos de desarrollo de carrera profesional y los cursos de idiomas, entre otros”<sup>2</sup>.

A pesar de ser una definición muy reciente, el fenómeno del turismo educativo ya en pasado ha visto la pública administración emprender iniciativas finalizadas a atraer turistas por motivos estrictamente educativos. Se considere el caso del “Camino de la Lengua Castellana”<sup>3</sup>, una ruta centrada en la expansión de la lengua castellana que - a través de la colaboración de tres Comunidades autónomas, cuatro ayuntamientos, una diputación provincial y una administración central<sup>4</sup> - además de la lengua, permite adquirir conocimientos sobre la arquitectura, la historia, las tradiciones culturales y gastronómicas de los lugares incluidos en la ruta.

Si el *turismo educativo*, desde la perspectiva económica, representa un importante nicho de mercado favoreciendo el incremento del producto interno bruto, desde la perspectiva del jurista plantea una serie de problemas interpretativos en relación con todo lo que atañe al riesgo de conflicto de competencias entre las distintas administraciones. Todo ello porque el *turismo educativo* enuclea, de forma explícita, dos intereses y dos materias, esto es, el turismo y la educación. El presente estudio pretende contribuir a la delimitación de los ámbitos competenciales tanto en turismo, como en educación teniendo en cuenta no sólo la relación Estado-Comunidad Autónoma, sino considerando la posición de la universidad que gracias al reconocimiento constitucional de su autonomía y en consideración del proceso de implantación del Espacio europeo de educación superior, puede desarrollar un papel fundamental a la hora de diseñar nuevas iniciativas de *turismo educativo* cuando éste tenga por atractivo la realización de actividades de educación superior.

2 OMT, *Definiciones de turismo de la OMT*, Madrid, 2019, pág. 52;

3 El Camino de la Lengua Castellana ha sido reconocida como itinerario Cultural Europeo (2002) y Gran Ruta Cultural del Consejo de Europa (2004).

4 Se trata del gobierno de la Rioja, de la Junta de Castilla León, de la Comunidad autónoma de Madrid, de los ayuntamientos de Valladolid, Salamanca, Ávila y Alcalá de Henares, de la diputación de Valladolid y del Ministerio de cultura que integran el patronato de la Fundación Camino de la Lengua Castellana que gestiona la iniciativa homónima.

## 2. La distribución de competencias en materia de turismo.

La Constitución española hace referencia al turismo únicamente en el Artículo 148.1.18 CE donde dispone que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de: “promoción y ordenación del turismo dentro de su ámbito territorial”. En otros términos, la Constitución no indica que la materia de turismo sea de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, sino admite su inclusión en los estatutos de autonomía.

Por su parte, el art. 149 CE no contempla competencia alguna del Estado sobre turismo. Ahora bien, si por un lado, el 149.2 CE afirma que “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos”; por el otro, el 149.3 CE afirma que “La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”<sup>5</sup>.

No cabe duda en que el papel fundamental para determinar la competencia depende de los estatutos de autonomía. A fecha de hoy, todas las Comunidades Autónomas han asumido dicha competencia<sup>6</sup>, lo que *prima facie* parece excluir al Estado de iniciativas en el ámbito turístico. Sin embargo, no debería olvidarse el carácter transversal de la materia turística, esto es, su relación con otras materias (como la economía, los transportes, el medioambiente y, por supuesto, la educación) que dejaría en favor del Estado unos márgenes de actuación. Arana Muñoz<sup>7</sup> observa que “entre los títulos competenciales que permiten la intervención del Estado se encontrarían el comercio exterior (STC 125/1984) o las facultades estatales de dirección general de la economía (STC 75/1989; STC 88/1987), sin que sea posible interpretar estas facultades de tal forma que vacíen

5 Se trata de las conocidas *cláusula residual*, *cláusula de prevalencia* y *cláusula de supletoriedad*.

6 V. art. 71 Estatuto de Andalucía, art. 71.51 Estatuto de Aragón, art. 37.28 Estatuto de Canarias, art. 21.16 Estatuto de Ceuta, art. 24.20 Estatuto de Cantabria, art. 70.26 Estatuto de Castilla y León, art. 171 Estatuto de Catalunya, art. 9.19 Estatuto de Extremadura art. 27.21 Estatuto de Galicia, art. 30.11 Estatuto de Islas Baleares, art. 8.9 Estatuto de La Rioja, art. 26.1.12 Estatuto de Madrid, art. 21.16 Estatuto de Melilla, art. 44.13 Estatuto de Navarra, art. 10.36 Estatuto del País Vasco, art. 10 Estatuto del Principado de Asturias, art. 49.12 Estatuto de la Comunidad Valenciana.

7 ARANA MUÑOZ, J.M., “La distribución de competencias en materia de turismo”, *Documentación administrativa*, 259-260, 2001, pág.30;

toda competencia comunitaria dotada de una cierta dimensión económica, pues ello equivaldría a vaciar casi todo el bloque de competencias asumidas por las Comunidades Autónomas”.

Ahora bien, el dato textual del art.148.1.18 CE sugiere el estudio de los conceptos de *promoción* y *ordenación*. En cuanto a la *promoción*, desde una perspectiva meramente teórica, habría que distinguirlo del concepto de fomento. Gallardo Castillo<sup>8</sup> observa que “el fomento podría venir referido al conjunto de técnicas, sobre todo económicas, encaminadas a la protección, estimulación de determinadas actividades, mientras que la promoción parece referirse a aquella acción de la Administración, sobre todo de carácter material, encaminada a dar publicidad a un determinado sector, ámbito o aspecto a fin de estimular, impulsar o potenciar una determinada actividad de los particulares”. Lamentablemente, como confirma el mismo autor, esta conclusión no responde a la realidad, al punto que en algunos textos normativos autonómicos se ofrece expresamente otra definición de los dos conceptos<sup>9</sup>. En sustancia, las Comunidades Autónomas han incluido dentro del concepto de promoción un conjunto de actuaciones que sería posible clasificar en medidas de promoción funcional y medidas de promoción orgánica: “entre las primeras destacan la creación y concesión de distinciones como medallas y diplomas turísticos o el otorgamiento de subvenciones y premios. Entre las medidas orgánicas se encuentran la creación de asociaciones y sociedades anónimas ideadas con el fin de promocionar el turismo, posiblemente con la finalidad de eludir el principio de territorialidad”. En cuanto a la ordenación del turismo, Bayon Mariné<sup>10</sup> ha afirmado que el término ordenación puede tener múltiples acepciones, “ordenación es disposición y prevención, pero también es colocación de las cosas en el lugar que les corresponde y es también la regla, orden, mandato o precepto y también parte de la composición de un todo”.

8 GALLARDO CASTILLO, M.J., “La distribución constitucional de competencias en materia de turismo y su tratamiento en las leyes autonómicas: su promoción y ordenación”, *Documentación administrativa*, 259-260, 71-93, 2001;

9 Por ejemplo, La Ley 14/2010 de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla y León, identifica al art. 59 ,como medidas de fomento, las “ayudas para las empresas turísticas, para las entidades locales y para otras entidades y asociaciones” y “premios o distinciones que contribuyan a la realización de acciones de promoción y desarrollo del turismo en la Comunidad de Castilla y León o al reconocimiento de aquellas actuaciones que tengan repercusiones positivas en el sector turístico regional” y, al art. 62, como promoción turística, “la actuación de las administraciones públicas, de carácter eminentemente material, encaminada a favorecer la demanda turística a través de la difusión de los recursos turísticos y de la comercialización de los productos, bienes y servicios turísticos dentro o fuera de la Comunidad de Castilla y León”.

10 BAYÓN MARINÉ, F., *Competencias en materia de turismo*, Madrid, 1992;

Salgado Castro<sup>11</sup>, estudiando los trabajos parlamentarios, concluye que la competencia sobre la ordenación turística se considera como propia y natural de las Comunidades Autónomas y que el turismo sería estrictamente vinculado a otros sectores como el ocio, los deportes y los espectáculos. Sin embargo, según el autor es llamativo que entre los principios rectores de la política social y económica no esté incluido el turismo, sino la educación física, del deporte y del ocio, casi como si se pretendiese incluir el turismo dentro del concepto de ocio. Ahora bien, lo que no puede dudarse es que, dentro del concepto de ordenación del turismo, quepan la reglamentación de los alojamientos, la transparencia de los precios, la disciplina de los umbrales de calidad, la protección de los usuarios. Sin embargo, el ejercicio de competencias de ordenación por parte de las CCAA se ha caracterizado por su “gran heterogeneidad la cual intentó salvarse por parte del Estado que no resistió la tentación de establecer una normativa general, por ejemplo, en materia de alojamientos turísticos con la finalidad de dar homogeneidad a la materia, pero sin la pretensión de que tal normativa fuera de preceptiva aplicación a las Comunidades Autónomas”<sup>12</sup>.

De todos modos, la jurisprudencia constitucional - en caso de conflicto entre Estado y CCAA - se ha orientado hacia una interpretación prevalentemente favorable a las CCAA. No han faltado votos particulares haciendo hincapié en que la competencia de las CCAA no debería excluir *tout cour* la posibilidad por el Estado de realizar actividad promocional del turismo en España<sup>13</sup>. Al tratar un conflicto positivo de competencia relativo a un sistema de subvenciones y ayudas para el turismo instituidas por el Estado, cuya tramitación y gestión se asignaba a la administración central, el TC ha aclarado que “El alcance de la actividad genérica de fomento del sector turístico (ayudas y subvenciones) debe delimitarse con precisión a fin de evitar la invasión del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas”. Para que la regulación completa de las subvenciones y la centralización en la gestión sea posible deberían concurrir circunstancias excepcionales que lo justifiquen. De no ser así, según el TC “al Estado le corresponderá ex art. 149.1.13 CE la especificación del destino de la

11 SALGADO CASTRO, A., “La distribución de competencias en materia de turismo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 9, 319-336, 1996;

12 GALLARDO CASTILLO, M.J., *op.cit.*, pág. 88;

13 Véase, en la STC 125/1984, el voto particular del Magistrado J. Arozamena Sierra que considera las actuaciones estatales como “promoción del mercado turístico tanto interno como internacional” y que por no diferenciar o bien favorecer ninguna CA, no podrían calificarse como invasión de competencia autonómica; en la STC 75/1989 el voto particular del Magistrado F. Rubio Llorente que afirma que la competencia exclusiva de las CCAA, no significa que “Estado español no pueda hacer nada para promocionar el turismo español en cuanto tal, pues las actuaciones promocionales del género aquí contemplado no impliquen ejercicio alguno del poder (normativo o coactivo) dentro del territorio de la Comunidad Autónoma”.

subvención y la regulación de sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica pero siempre que deje espacio a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino de la subvención y para desarrollar las condiciones de otorgamiento y tramitación”.

En conclusión, las referencias constitucionales y la jurisprudencia parecen dejar un margen muy reducido para la intervención del Estado en el ámbito del turismo. En consecuencia, en una primera aproximación, el *turismo educativo* - al considerarse un fenómeno propio de la materia de turismo - parecería seguir el mismo destino interpretativo. Sin embargo, es oportuno profundizar el estudio analizando la distribución de competencias en materia de *educación*.

### ***3. La distribución de competencias en materia de educación.***

Mientras el *turismo* aparece sólo al art. 148.1.18 CE, el término *educación* se encuentra reflejado en varios artículos de la CE y con distintas acepciones. En el art. 25 CE, por ejemplo, se hace referencia a la *reeducación* en relación con las finalidades de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad. En el art. 43.3 CE, se mencionan *la educación sanitaria* y *la educación física*. En el art. 51.2 CE, se cita *la educación en materia de consumo*. Sin embargo, ocurre dedicar especial atención al art. 27 CE, que reconoce el derecho fundamental a la educación y la libertad de enseñanza, subrayando la relación entre educación y desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. En el citado artículo se encomienda a los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación, mediante la programación general de la enseñanza, para la cual se aboca por una participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes posible también por parte de personas físicas y jurídicas. Se establece que, según cuanto determine la ley, tanto profesores, como padres y alumnos intervengan en el control y gestión de los centros y que los poderes públicos ejerzan una función de inspección y homologación del sistema educativo, pudiendo proporcionar, en su caso, las ayudas oportunas. Finalmente, siempre “en los términos que la ley establezca”, se reconoce la autonomía a las Universidades.

Aragón Reyes<sup>14</sup> considera que el precepto que se enuclea del art. 27 CE “ha de interpretarse, además, en conexión con otros preceptos constitucionales que afectan a la educación”. Así, el autor cita, sin pretender ser exhaustivo, los arts. 1.1, 9.2, 10.1, 14, 20.1. 139.1 CE que se corresponden a libertad e igualdad como valores superiores del ordenamiento, obligación de los poderes públicos de promover la igualdad y la libertad y de remover los obstáculos que las dificulten, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, principio y derecho de igualdad, libertad de producción y creación científica y técnica, libertad de cátedra, igualdad de los españoles en sus derechos fuese cual fuese el lugar del territorio nacional en que se encuentren. Según el autor, “esta diversidad de anclajes constitucionales (unida a la variedad de notas o características que integran el propio art. 27 CE) pone de manifiesto la complejidad constitucional de la materia y, por ello, la complejidad de la distribución territorial de competencias sobre la misma”.

### 3.1. Las competencias del Estado.

La ubicación del derecho a la educación entre los derechos fundamentales (art. 27 CE) parece decantar una clara preferencia del constituyente hacia el Estado. De hecho, sería suficiente el llamamiento al 81.1 CE que, al identificar la *ley orgánica* como fuente para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, confirmaría dicha preferencia.

No obstante, en consideración de doctrina antes expuesta, es útil profundizar la investigación sobre las demás competencias exclusivas del Estado<sup>15</sup> enumeradas en la Constitución. Sin querer ser exhaustivo, hay que mencionar un primer grupo de disposiciones, esto es, el art. 14 CE, relativo al conocido *principio de igualdad*, el art. 16 CE, en relación con la *libertad ideológica* y el art. 20.1, lett. C), CE correspondiente a *libertad de cátedra* que han de interpretarse no sólo con referencia al citado art. 81.1 CE, sino también con referencia al art. 149.1.1 CE según el cual “La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.”. Esta disposición pone el Estado como garante normativo de la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio de los derechos, entre ellos justamente el derecho a la educación, la libertad de cátedra y la libertad ideológica.

14 ARAGÓN REYES, M., “Las competencias del Estado y las comunidades autónomas sobre educación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, 2003, pág. 192;

15 Hay que precisar que la exclusividad establecida a favor del Estado no puede interpretarse en sentido absoluto. Es suficiente observar que, en virtud del art. 150.2 CE, las competencias exclusivas podrían conferirse a las CCAA.

Paralelamente, hay que considerar que, en base al art. 149.1.18 CE, la Constitución reserva al Estado “Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”. Ejerciendo su competencia en dichas materias, el Estado puede incidir en el marco del funcionamiento de las administraciones educativas de las comunidades autónomas, en particular por lo que afecta al régimen de los funcionarios y al procedimiento administrativo.

Más contundente, por lo que afecta al ámbito universitario, es la competencia exclusiva que el Estado ostenta, en base al art. 149.1.30 CE, para la “Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”. Es con base en esta disposición que el Estado ha adoptado, por ejemplo, el RD 967/2014 de 21 de noviembre, por el que se establecen los requisitos y el procedimiento para la homologación y declaración de equivalencia a titulación y a nivel académico universitario oficial y para la convalidación de estudios extranjeros de educación superior, y el procedimiento para determinar la correspondencia a los niveles del marco español de cualificaciones para la educación superior de los títulos oficiales de Arquitecto, Ingeniero, Licenciado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico y Diplomado.

En cuanto a los aspectos económicos relacionados con la educación, vale mencionar el art. 149.1.13 CE sobre “Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” que se ha utilizado para justificar el traspaso de funciones y servicios, así como los bienes, derechos, obligaciones, personal y créditos presupuestarios. Véase, por ejemplo, el RD 522/1999 de 26 de marzo, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en materia de gestión de la formación profesional ocupacional.

En lo referente a las iniciativas internacionales, cabe recordar la competencia exclusiva del que el Estado goza en base al art. 149.1.3 “Relaciones internacionales”. En este ámbito, caben los convenios firmados entre el Estado español y otros países con la finalidad de simplificar para los extranjeros los procedimien-

tos de acceso al sistema educativo español y de convalidación de estudios, como es el caso del Canje de notas entre Italia y España de 1999.

Finalmente, cabe recordar el art. 150.3 CE según el cual “El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad”.

Junto a estas disposiciones, no hay que olvidar la cláusulas *residual*, de *prevalencia* y de *supletoriedad* con las conocidas matizaciones de la jurisprudencia constitucional a las que se remite por las oportunas profundizaciones temáticas<sup>16</sup>.

### **3.2. Las competencias de las comunidades autónomas en materia de educación.**

En cuanto a las Comunidades Autónomas, el panorama resultante de la lectura de la Constitución deja entender:

- por un lado, una apertura en favor de las CCAA de primer grado que asuman competencias en su propio estatuto en consideración de la disposición transitoria segunda y los arts. 148.1.17, 148.2, 149.1.30 y 149.3 CE.
- por el otro, una restricción de competencias para las CCAA de segundo grado, a las que prima facie quedaría únicamente la posibilidad de acudir a la base competencial referida al art. 148.1.17 CE según el cual las CCAA podrán asumir competencia para “El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma”.
- no obstante, el cuadro constitucional se completa con el art. 150.2 CE que

16 Véase, sobre el punto, BORRAJO INIEZA, I., “Artículo 149.3. El orden constitucional de competencias y de ordenamientos”, en PERÉZ MANZANO, M., *Comentarios a la constitución española*, Vol. 2, Tomo 2, 1508-1539, 2018. Por lo que atañe al presente trabajo y a la *cláusula de supletoriedad*, hay únicamente que recordar que el TC niega que la supletoriedad sea una regla de atribución competencial y la considera una regla para definir un orden de preferencias entre normas legítimamente válidas (STC 15/1989). En síntesis, el Estado sigue facultado a ejercer su competencia si queda al menos una CA que no ha asumido competencia exclusiva en la materia. No obstante, si todas las CCAA han asumido competencia exclusiva en la materia, el Estado ya no seguiría habilitado (STC 147/1991). En todo caso, el Estado podrá referirse a la cláusula de supletoriedad sólo en materias de su competencia, no pudiendo, en consecuencia, establecer unilateralmente la normativa supletoria que con carácter general sea aplicable dentro de las CCAA (SSTC 118/1996 y 61/1997).

permite al Estado transferir o delegar a las CCAA “facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación” y por el art. 148.2 CE que consiente a las CCAA ampliar sus competencias “dentro del marco establecido en el art. 149 CE” mediante la reforma de sus estatutos.

En la actualidad, como consecuencia del juego de estas disposiciones y de las reformas, prácticamente todas las CCAA han asumido competencia en materia de educación, aunque lo han hecho utilizando diferentes expresiones representativas del alcance de la competencia atribuida por el Estatuto. En los casos de las CCAA de Andalucía, de Baleares, Valenciana y de Catalunya, sus estatutos hacen referencia a una “competencia exclusiva”<sup>17</sup>, intentando excluir al Estado de lo que no esté expresamente indicado en su favor de la Constitución y aclarando detalladamente las competencias eventualmente *compartidas*. En el caso del País Vasco se especifica que “En aplicación de lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la Constitución, es de la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades [...]”<sup>18</sup>. En otros casos, los estatutos reconocen a la CA una competencia “de desarrollo legislativo y ejecución”<sup>19</sup> especificando tal vez que la competencia se reconoce en “toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades”<sup>20</sup>. El EA de Aragón, por su parte, hace referencia a una *competencia compartida* en “enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades”<sup>21</sup>. Los EEAA de Galicia y de Navarra se limitan al reconocimiento de la competencia para “la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, en el ámbito de sus competencias”<sup>22</sup>.

Es importante subrayar que la diferencia entre el reconocimiento de *competencia compartida*, *competencia exclusiva*, *competencia de desarrollo y ejecución* no es baladí. Como observa García de Enterría<sup>23</sup> “la rigidez y la superlega-

17 Arts. 52 y 53 EA de Andalucía; Art. 36 EA de las Islas Baleares; Art. 53 EA de la Comunidad Valenciana; Arts. 131 y 172 EA de Cataluña.

18 Art. 16 EA de País Vasco.

19 Arts. 133 e 134 EA de Canarias.

20 Art. 73 EA de Castilla y León; art. 10 EA de La Rioja; art. 28 EA de Cantabria; art. 10 EA de Extremadura; art. 29 EA de Madrid; art. 18 EA de Asturias.

21 Art. 73 EA de Aragón.

22 Art. 31 EA de Galicia; art. 47 EA de Navarra.

23 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Las Leyes del artículo 150.2 de la Constitución como instrumento de ampliación del ámbito competencial autonómico”, *Revista de administración pública*, 116, 1988, pág. 10.

lidad de los Estatutos [...] los pone totalmente a cubierto frente a cualquier posible iniciativa de las instancias centrales, incluso de Leyes Orgánicas o de Armonización”, situación que “excluye, pues, radicalmente, «arrepentimientos» o rectificaciones que pudiese pretender ulteriormente el Estado central”. Tanto queda confirmado también por la jurisprudencia constitucional según el cual “nada determina que el régimen jurídico de los derechos constitucionales quede sustraído a las reglas del reparto competencial, pues ya sabemos que ni el art. 53 ni el 81, ambos CE, son preceptos que distribuyan competencias, por lo que, salvadas las garantías de unidad aludidas (art. 81.1 CE), es posible como ya adelantamos en el fundamento jurídico 4 c), que la normativa autonómica, dictada dentro de los ámbitos competenciales que le sean propios, incida en la regulación del régimen jurídico de esos derechos, respetando siempre, naturalmente, las determinaciones que pudieran seguirse de las competencias estatales (art. 149.1 CE). Así ocurre, por ejemplo, en relación con la educación (arts. 27 y 149.1.30 CE) e, igualmente, con los derechos de asociación (art. 22 CE y correlativos preceptos estatutarios atributivos de competencia en la materia), fundación, o con el derecho a recibir y difundir información, etc.” (STC 247/2007, Fjº 13)<sup>24</sup>.

Dicho de otro modo, la atribución de una competencia a favor de la CA puede tener una finalidad excluyente, esto es dejar al margen toda iniciativa estatal que pueda incidir en esta o aquella facultad atribuida por vía estatutaria. En casos, los estatutos establecen que la competencia (bien exclusiva, bien compartida, bien de desarrollo y ejecución) se atribuye a la CA utilizando formula tipo “sin perjuicio del artículo 27 de la Constitución y Leyes Orgánicas que lo desarrollen, de las facultades que atribuye al Estado el artículo 149.1.30<sup>a</sup> de la misma y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía”<sup>25</sup> casi a manifestar la voluntad de no invadir los ámbitos estatales constitucionalmente reconocidos. Sin embargo, el detalle en la definición de competencias en materias educativas no universitarias, así como en la materia universitaria puede llegar a restringir la operatividad de los poderes estatales determinando la inconstitucionalidad de iniciativas estatales que antes de la reforma del estatuto podrían estar permitidas y que, sucesivamente [a la reforma], adquieren un peso diferente.

Los criterios así delineados permiten concluir que el sistema de distribución de competencia en el ámbito de la educación no puede considerarse estático o de-

24 El TC hace referencia también al Fj 4º de la STC 341/2005 y al Fj 2º de la STC 135/2006.

25 V. art. 16 EA de País Vasco, art. 31 EA de Galicia, art. 10 EA de la Rioja, art. 29 EA de Madrid, art.28 EA de Cantabria, art. 53 EA de la Comunidad Valenciana, art. 133 EA de Canarias, art. 18 EA del Principado de Asturias, art. 36 EA de Islas Baleares.

finirse *ex ante*, sino que impone una aproximación caso por caso<sup>26</sup>, considerando que la resolución de un conflicto de competencia sobre una misma facultad podría diferir según la CA. Si en el ámbito de la educación no universitaria la invasión de áreas competenciales se traduce en una relación (o un conflicto) bilateral entre Estado-CA, en materia de educación universitaria la distribución de competencias conlleva una complicación interpretativa procedente del reconocimiento constitucional de la autonomía universitaria en la Sección I, Capítulo II, Título I de la Constitución, que abre las puertas a una relación (o un conflicto) trilateral Estado-CA-Universidad.

### **3.3. La Universidad en la Constitución.**

En la Constitución, la *Universidad* no aparece como “materia” en torno a la cual definir una distribución de competencias. Sin embargo, se cita expresadamente en el art. 27.10 CE a la hora de reconocer su autonomía. Entorno a la citada referencia constitucional ha habido básicamente dos posiciones doctrinales: la primera, según la cual la Universidad es mencionada en la Constitución para afirmar su derecho fundamental a la autonomía<sup>27</sup>; la segunda, según la cual la referencia constitucional se considera como una atribución de competencias a entes de base corporativa<sup>28</sup>, reconociéndose una autonomía a nivel constitucional y una garantía institucional<sup>29</sup>.

La jurisprudencia constitucional (STC 26/1987) ha llegado a considerar -si bien con presencia de votos discrepantes - la autonomía universitaria como derecho fun-

26 La atribución al Estado con carácter exclusivo, por parte del art. 149 de la Constitución, de determinadas facultades sobre las materias, no debe interpretarse sin más como una atribución directa de las competencias restantes a las Comunidades Autónomas, pues éstas sólo ejercerán efectivamente las que expresamente hayan sido incorporadas a su Estatuto de Autonomía (STC 1/1982).

27 EMBID IBRUJO, A., “La autonomía universitaria y la autonomía de las comunidades autónomas”, *Revista de administración pública*, 146, 1998, pág.15.

28 LÓPEZ GUERRA, L., “La distribución de competencias entre Estado y Comunidades autónomas en materia de educación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7, pág.308. Según el autor “La descentralización prevista por la Constitución parece, pues, configurarse en la enseñanza no universitaria como regional y, en lo referente a la Universidad, como esencialmente corporativa”.

29 ARAGÓN REYES, M., *op.cit.*, pág. 197.

damental<sup>30</sup>. Linde Paniagua<sup>31</sup> interpreta la autonomía como una manifestación de la descentralización, que puede explicarse como la capacidad de los entes autónomos de dictar normas capaces de integrar el ordenamiento jurídico. López Guerra<sup>32</sup> considera que mientras la autonomía de las CCAA se entiende como autonomía frente al Estado central, la autonomía de las universidades se delinea como autonomía de los poderes públicos y privados, autonómicos y centrales.

Sin dudas, la autonomía se reconoce a la Universidad “en los términos que la ley establezca”. Un ejemplo de ello, en relación con el ejercicio de la competencia estatal, son la Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común. En cuanto al ejercicio de la competencia autonómica, el ejemplo paradigmático se halla en las mismas leyes de institución de la universidad, como es el caso de la Ley 7/2008, de 13 de junio, de reconocimiento de la Universitat Internacional Valenciana o la Ley 7/1996, de 8 de julio, de creación de la Universidad “Rey Juan Carlos”.

Aragón Reyes<sup>33</sup> considera que “Las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia provienen, indirecta o implícitamente del margen que existe en el artículo 149.1.30 CE y de la cláusula del artículo 149.3 CE, y directamente y explícitamente, sólo de los Estatutos de Autonomía”. Sin embargo, tanto el ámbito de “desarrollo y ejecución” como el de “extensión” o “exclusividad” de la competencia reconocida por los EEAA, se verán reducidos por su «compresión» entre el ámbito reservado a la autonomía de la Universidad y el reservado a la

30 La tesis de la autonomía universitaria como derecho fundamental se basa en cuatro argumentos: su ubicación en la sección I del capítulo 2 del título 1; por los términos utilizados en el precepto constitución; por los antecedentes constituyentes del debate parlamentario; por su fundamento en la libertad académica. Como señala CÁMARA VILLAR, la sentencia presentó bien votos particulares discrepantes. En particular, Díez Picazo observó que: la ubicación no puede ser elemento determinante, pues en el capítulo 2 de la CE se encuentran muchas reglas que no encajan con la idea de derecho fundamental; el hecho que en el debate parlamentario, algunos hayan hecho referencia a la autonomía universitaria como derecho fundamental, no significa que haya habido una voluntad constituyente única en tal sentido; la autonomía universitaria, además, no puede considerarse necesariamente instrumental a la libertad académica, pudiéndose esta última quedar protegida en un sistema que no reconociera autonomía a las universidades. Con las SSTC 55/1989 y 106/1990, el TC ha sido investido nuevamente de la cuestión y, en particular, en la segunda de las dos sentencias llega a referirse a la autonomía universitaria como derecho fundamental y garantía institucional (CÁMARA VILLAR G., *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del tribunal constitucional español*, Ministerio de justicia, Madrid, 1993, pág. 323).

31 LINDE PANIAGUA, E., “La autonomía universitaria”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 84, 1977, pág. 368.

32 López Guerra, *op.cit.*, pág. 331.

33 ARAGÓN REYES, M., *op.cit.*, pág. 192.

competencia estatal<sup>34</sup>. Por otro lado, esta última tampoco podrá vaciar de contenido el ámbito de autonomía de la universidad, ni podrá incidir en aquellas áreas competenciales autonómicas definidas por el art.148.1.17 CE, por los estatutos de autonomía y por aquel núcleo de facultades delegadas o trasferidas incluyendo centro, personal y servicios en materia universitaria<sup>35</sup>.

#### ***4. Turismo, educación y jurisprudencia constitucional.***

La relación entre las materias turismo y educación no puede reducirse en la aplicación de las disposiciones constitucionales, sino merece una profundización acerca de las reglas de ponderación reconocidas por la doctrina y por la jurisprudencia. De hecho, si no hay que dudar acerca del amplio margen de actuación por las iniciativas autonómicas eventualmente referidas al fomento de la lengua de la CA ex art. 148.1.17 CE, alguna perplejidad procede de la ausencia de una definición jurídica de *turismo educativo* bien nacional, bien internacional o supranacional ratificada por el Estado español y acogida por la jurisprudencia<sup>36</sup>. Ni siquiera, el criterio de absorción de la materia educativa en la materia turística (o dicho de otro modo, de prevalencia de esta última sobre la primera) podría garantizar de antemano una distribución de competencias intachable.

Además, la línea de demarcación entre las distintas facultades tampoco puede considerarse siempre precisa. En el ámbito del *turismo educativo*, por ejemplo, la creación del Espacio europeo de educación superior abre las puertas a una serie relaciones extraterritoriales protagonizadas no sólo por el Estado, sino por la misma universidad y sin excluir la acción de la CA. A este respecto, vale mencionar la STC 165/1994 que subrayó la diferencia entre relaciones internacionales y actividades de proyección y relevancia internacional, siendo éstas últimas

34 LÓPEZ GUERRA, L., *op.cit.*, pág. 331.

35 Según Nieto “Este sistema, [...] implica un equilibrio delicadísimo de los distintos principios, sujetos e intereses afectados, y puede resumirse así: a) La competencia estatal se encuentra limitada por la autonomía universitaria y por las eventuales transferencias realizadas en favor de las Comunidades autónomas, b) Las eventuales competencias de las Comunidades autónomas se encuentran igualmente limitadas por la autonomía universitaria y por las facultades intransferibles que corresponden al Estado en protección de los intereses generales, c) La autonomía universitaria se encuentra limitada por la naturaleza de servicio público que tiene la enseñanza universitaria y que se expresa en la competencia administrativa de los poderes públicos”. NIETO, A., “Autonomía política y autonomía universitaria”, en *Revista del Departamento de Derecho Político*, 5, 1979, pág. 89.

36 Sin embargo, considérese la relevancia de las costumbres internacionales o de los principios generales.

susceptibles de ser ejercidas por las Comunidades Autónomas<sup>37</sup>. Sobre el punto, muy llamativa es también la STC 175/1995, de 5 de diciembre que resuelve un conflicto entre Estado y CA del País Vasco. En el correspondiente proceso constitucional se impugnaba una resolución, dictada por la Secretaría General de Turismo, por la que se anunciaba la convocatoria de setenta y cinco becas para alumnos extranjeros de enseñanzas turísticas y hoteleras para el curso académico 1987/88, y se dictaban las normas por las que había de regularse ese concurso. Según el Gobierno Vasco, la citada resolución al no establecer un sistema de colaboración entre Estado y CA, no respetaba el orden constitucional y estatutario de competencias, en consideración de la competencia exclusiva enunciada en su Estatuto de autonomía<sup>38</sup> y, por ende, no conjugaba los respectivos intereses subyacentes. Por su parte, el Abogado del Estado, representaba que la resolución impugnada tenía su fundamento en las competencias del Estado en materia de *educación* y de *relaciones internacionales* y sostenía que el ejercicio de la competencia estatal no causaba interferencia o perjuicio alguno de la competencia autonómica sobre turismo. Sin embargo, el TC aclaraba que el Estado español había firmado una serie de convenios internacionales de cooperación turística y que, en la convocatoria y gestión de las ayudas no intervenían autoridades educativas sino, como en la propia resolución se señalaba, “el organismo gubernamental responsable de la política turística en el respectivo país”. Además, el TC aclaraba que con la convocatoria de las mencionadas ayudas no se persigue garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la educación, sino fomentar y desarrollar la actividad turística mediante el intercambio de conocimientos y de experiencias sobre la materia. Finalmente, recordando que “la dimensión externa de un asunto no puede servir para realizar una interpretación expansiva del art. 149.1.3 CE que venga a subsumir en la competencia estatal toda medida dotada de cierta incidencia exterior, por remota que sea, ya que si así fuera se produciría una verdadera reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”(Fj 3º de la STC 80/1993, Fj 5º de la STC 165/1994), el TC estimaba el recurso así planteado, declarando que “la Resolución impugnada no ha respetado el orden constitucional y estatutario de competencias”<sup>39</sup>.

37 Dichas actividades no implican la posibilidad de concertar tratados, no inciden en la política exterior del Estado y tampoco generan responsabilidades internacionales del Estado.

38 Art. 10.36 del Estatuto de autonomía del País Vasco y art. 20.3 de su Estatuto que le faculta para ejecutar “los Tratados y Convenios en todo lo que afecte a las materias atribuidas a su competencia”.

39 El fallo es meramente declarativo con la finalidad de no ocasionar perjuicio alguno a los beneficiarios de las ayudas ya otorgadas.

Lo expuesto parece poner de relieve que el Estado tampoco pueda utilizar el mecanismo de las subvenciones gestionándolas en vía exclusiva cuando pretenda promover un producto turístico educativo incidiendo en el territorio de una Comunidad, sin instaurar cooperación o colaboración alguna con ésta. La STC 75/1989<sup>40</sup> aclaraba que “la subvención no es concepto que delimite competencias (STC 179/1985, de 19 de diciembre), ni núcleo que atraiga hacia sí toda competencia sobre los aspectos que pueda dar lugar la misma (STC 174/1985, de 25 de octubre), al no ser la facultad de gasto público en manos del Estado «título competencial autónomo» (STC 179/1985, de 19 de diciembre) que «puede desconocer, desplazar o limitar las competencias materiales que corresponden a las Comunidades Autónomas según la Constitución y los Estatutos de Autonomía; antes al contrario, el ejercicio de competencias estatales, anejo al gasto o a la subvención, sólo se justifica en los 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 (STC 95/1986, de 10 de julio)”. De la misma forma, la STC 13/1992 aclaraba que la concurrencia de competencias habría de resolverse “mediante técnicas de cooperación y colaboración consustanciales a la estructura compuesta del Estado de las Autonomías como pueden ser, entre otras, los convenios de colaboración ajustados al orden constitucional de competencias: técnicas consustanciales a nuestro modelo de Estado autonómico que deberían ser acordadas en este y otros sectores entre los órganos centrales del Estado y las Comunidades Autónomas, buscando entre todos, dentro del respectivo e indisponible marco competencial, métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la conflictividad entre aquellos poderes, todos los cuales deben guiarse siempre por una común lealtad constitucional”. Teniendo en cuenta cuanto descrito en tema de educación y de competencias atribuidas por medio de los Estatutos, cuando las CCAA tienen atribuidas competencias sobre la materia objeto de la subvención, podrá haberse cuatro supuestos, según el alcance e intensidad de las competencias autonómicas, distinguiendo entre: i) supuestos en los que la Comunidad Autónoma ostenta competencia exclusiva sobre una determinada materia y el Estado no invoca título competencial alguno; ii) aquéllos en los que el Estado dispone de un título genérico, básico o de coordinación, correspondiendo a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución; iii) ca-

40 Por lo tanto, por lo que las subvenciones que regulan deben ser objeto en Galicia de convocatoria, concesión, gestión e inspección por la Junta de Galicia. el Estado, al tomar la iniciativa de subvencionar las actividades por él escogidas, poner a disposición de las Comunidades Autónomas los fondos correspondientes para que cada una de ellas, en el ejercicio de sus competencias en materia de turismo pueda realizar la convocatoria, gestión, concesión directa e inspección de las correspondientes subvenciones.

sos en los que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, cuya ejecución corresponde a la Comunidad Autónoma; y iv) supuestos de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, pero en los que concurren circunstancias excepcionales que determinan que la gestión de las ayudas pueda ser realizada por el Estado, cuando éste ostente algún título competencial general o específico. A parte la excepcionalidad del último caso<sup>41</sup>, la STC 113/1992 aclaraba que siempre deberá garantizarse un margen de actuación para la CA, pudiendo el Estado: en el caso sub i) determinar el destino de las subvenciones de forma global o genérica, por sector o subsectores; en el caso sub ii), consignar subvenciones de fomento en sus Presupuestos Generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación; en el caso sub iii) extenderse en la regulación de detalle respecto del destino, condiciones y tramitación de las subvenciones, dejando a salvo la potestad autonómica de autoorganización de los servicios.

Según el TC, al parecer, el Estado tampoco podría referirse a la competencia *en materia de educación* para intervenir en los aspectos relativos a los títulos habilitantes al ejercicio de guías turísticas. En ocasión de un conflicto positivo de competencia, entre la CA de Cantabria que había reglamentado la habilitación para ejercer como de guía o al amparo de su competencia en materia de “turismo” y el Gobierno de las naciones para el cual la competencia debía pertenecer al Estado a tenor de sus competencias en materia de “enseñanza” (art. 149.1.30 CE), el TC concluía que “no es dudoso a este propósito que la habilitación de guías y guías-intérpretes de turismo es un modo de intervención administrativa que atañe a la ordenación del turismo en un determinado espacio territorial”<sup>42</sup>.

Es útil observar que las iniciativas en ámbito de *turismo educativo* pueden enmarcarse también determinados modelos de innovación en el sector turístico con

41 Según el TC se requiere que la intervención del Estado “resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector. Su procedencia en cada caso habrá de aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate”. STC 13/1992, Fj 8.

42 STC 122/1989;

consecuentes pretensiones de competencias por parte del Estado en base al art. 149.1.15 CE. Una situación de este tipo es más que probable si el turismo presenta como atractivo la participación en actividades académicas. Sin embargo, el TC ha afirmado que “no toda actividad de innovación en el turismo o en cualquier otra materia puede calificarse como investigación, pues la innovación en un sector determinado puede consistir, simplemente, en la aplicación al mismo de los resultados de una investigación ya realizada”<sup>43</sup>.

Para el *turismo educativo*, entendido como ámbito novedoso aún a desarrollar, cabe la pregunta si una CA pueda intervenir en ausencia de una posición estatal previa cuando en favor del Estado exista una competencia básica relacionable con la materia. A este respecto, la STC 32/1982 ha aclarado que el ejercicio de determinadas facultades asumidas por las CCAA podrá llevarse a cabo sin necesidad de esperar a que, sobre la misma materia, el Estado dicte la legislación o normativa básica. Esto es el caso de la normativa autonómica de reglamentación de los organizadores profesionales de congresos<sup>44</sup>.

Por otro lado, la STC 80/2012 ha resumido que “el ejercicio de las competencias asumidas como exclusivas por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, tiene como límite el ejercicio de las competencias propias del Estado, bien como consecuencia de la concurrencia de otros títulos competenciales —como ocurre, por ejemplo, cuando la competencia del Estado en comercio exterior (149.1.10 CE) o sobre la planificación general de la economía (149.1.13 CE) se superpone a la competencia autonómica de turismo (STC 13/1988, de 4 de febrero, FFJJ 1º, 2º, 3º y 9º, en materia de “ferias internacionales”)—; bien como consecuencia de la afectación de un interés nacional o —como señalamos en la STC 133/1990, de 19 de julio, (en relación con la materia “protección civil”)— de “la necesidad de prever la coordinación de Administraciones diversas, bien por el alcance del evento (afectando a varias Comunidades Autónomas) o bien por sus dimensiones, que pueden requerir una dirección nacional de todas las Administraciones públicas afectadas, y una aportación de recursos de nivel supraautonómico. Límites o condicionamientos que no excluyen per se la proyección extraterritorial o internacional de las competencias autonómicas cuando ello sea posible”.

43 SSTC 227/2017, 226/2012, 175/2003, 242/1999.

44 PEÑARRUBIA IZA, J., “Promoción y ordenación del turismo de congreso. Reflexiones en torno al organizador profesional de congresos”, en MELGOSA F.J. (ed.), *Derecho y Turismo*, (271-289), Salamanca, 2004.

Sin embargo, la CA también está sometida a los límites derivados del reconocimiento de la autonomía universitaria, en particular por lo que atañe al diseño de las actividades educativas sobre las cuales podría intervenir de forma limitada. A este respecto, destaca la reciente STC 74/2019 recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5724-2016 interpuesto por el presidente del Gobierno contra una disposición autonómica<sup>45</sup> que supeditaba la implantación de nuevas enseñanzas de grado en centros de educación superior privados a la inexistencia de duplicidad con centros universitarios públicos. Según el Abogado del Estado, puesto que la autonomía es un derecho fundamental cuya titularidad corresponde a cada universidad, la disposición sería contraria al derecho a la autonomía universitaria, garantizado por el art. 27.10 CE, y al derecho a la libertad de empresa del art. 38 CE[...], con lo cual "...la imposibilidad de que una universidad ostente libertad para diseñar su oferta educativa, a través de una prohibición como la consignada en el precepto impugnado, implica un ataque directo a la autonomía universitaria". Por el TC una restricción de la autonomía universitaria "solo podría sustentarse en alguna de las razones consideradas, desde la STC 26/1987, como constitucionalmente admisibles a tal fin, esto es, la protección de otros derechos fundamentales (como es el de igualdad de acceso al estudio, a la docencia y a la investigación), la existencia de un sistema universitario nacional o la configuración de la enseñanza universitaria como servicio público". Sin embargo, la medida aprobada por las Cortes de Aragón consistía en una restricción absoluta e incondicionada que impedía autorizar la implantación de nuevas enseñanzas y titulaciones en los centros universitarios privados, sin atención o declaración alguna de los fines de intereses generales que se pretendían perseguir. Según el TC "Al tratarse de una prohibición absoluta, produce como efecto la limitación injustificada del ámbito de autonomía constitucionalmente garantizado a las universidades privadas que, junto a las públicas, sirven a ese servicio público de educación superior al que ya se ha aludido, lo que es contrario al art. 27.10 CE y determina, en consecuencia, que haya de ser declarada inconstitucional y nula".

### ***5. Conclusiones.***

La desamina realizada sobre la distribución de competencia deja en claro algunos puntos. En cuanto a la interpretación de las disposiciones, según la jurisprudencia constitucional no puede fundamentarse en conceptos externos a la

45 Con el recurso se impugnaba el apartado primero del art. 49 de la Ley 2/2016, de 28 de enero, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, en cuanto añade un inciso final al art. 5.1 de la Ley 5/2005, de 14 de junio, de ordenación del sistema universitario de Aragón.

Constitución misma, en el sentido de que no es posible recurrir a definiciones abstractas procedentes de las disciplinas correspondientes<sup>46</sup>; no obstante, ello no impide que la interpretación tenga en cuenta de la normativa internacional y supranacional, así como de las nociones que sean aceptadas generalmente en la sociedad y, por ende, de la Constitución entendida como algo vivo, en cambio y adaptación constante.

Así las cosas, el concepto de *turismo educativo* bien podría emplearse como fundamento para una iniciativa autonómica, eso sí, acogiendo y trasladando la noción de la OMT dentro del texto del acto normativo y administrativo correspondiente. Evidentemente, esto no es suficiente para evitar o resolver conflictos de competencia. El TC considera esencial determinar “la categoría genérica de entre las referidas en la Constitución y en los Estatutos, a la que primordialmente se reconducen las competencias controvertidas, puesto que es ésta la que fundamentalmente proporciona el criterio para la delimitación competencial, sin perjuicio de que, en su caso, la incidencia de la actividad considerada en otros ámbitos obligue a corregir la conclusión inicial para tomar en consideración títulos competenciales distintos”<sup>47</sup>.

Sin embargo, en el caso del *turismo educativo* - a pesar de la definición de la OMT que lo encuadra dentro del fenómeno turístico, constituyendo la actividad educativa el atractivo<sup>48</sup> - no parece siempre fácil o inmediato enmarcar a priori toda actividad en uno de los dos ámbitos competenciales. Así, tampoco parece posible ampararse al criterio de prevalencia de la regla competencial específica sobre el de la más genérica adoptada en otras ocasiones por el TC<sup>49</sup> que no se ajusta a la relación turismo-educación: ésta no puede identificarse *tuout cour* con una relación general-específico o específico-general, sino representa más bien una yuxtaposición de valores. Así las cosas, habrá de evaluar “tanto el sentido o finalidad de los varios títulos competenciales y estatutarios, como el carácter, sentido y finalidad de las disposiciones traídas al conflicto, es decir, el contenido del precepto controvertido, delimitando así la regla competencial aplicable al ca-

46 Véase sobre este punto las SSTC 360/1993, 14/1986, 88/1986; 62/1991, 284/1993, 47/2004 según las cuales no parece posible que los confines constitucionales de la distribución de competencia puedan delimitarse recurriendo a las definiciones conocidas en el ámbito del derecho civil, laboral, administrativo o, en nuestro caso, derecho del turismo y derecho de la educación.

47 STC 80/1985, Fj 1°.

48 Véase la definición en el párrafo 1 del presente artículo.

49 Así, en SSTC 87/1987, Fj 2° y 69/1988, Fj 4°. Sin embargo, se ha afirmado también que «a este criterio no se le puede atribuir un valor absoluto» (STC 213/1988, Fj 3°).

so”<sup>50</sup>. Entonces, podría ser útil también investigar caso por caso el tipo de competencia es de tipo normativo, ejecutivo o administrativo<sup>51</sup>.

En cuanto a autonomía de las universidades (dejando de lado los casos de la UNED y de la Universidad internacional Méndez Pelayo<sup>52</sup>) parece que vayan a representar la aguja de la pesa entre Estado y CCAA, con algunos matices:

- hay una diferencia entre las universidades públicas y privadas, en consideración de que las segundas responden a intereses no solamente públicos. Sin embargo, la educación universitaria ha de relacionarse al concepto de servicio público con todas las garantías que de ello proceden. Dicho de otro modo, la Universidad no podría dejar de prestar el servicio público amparándose a su autonomía;
- en las universidades, la oferta formativa se halla fundamentalmente en propuestas de títulos propios y títulos oficiales:
  - En cuanto a los títulos propios, no hay duda de que las universidades contarán con la más amplia autonomía para el diseño de títulos propios que concreten iniciativas de *turismo educativo*.
  - Algún problema podría haberse en relación con la propuesta de títulos oficiales, pues, en estos casos la universidad actuaría dentro de límites más estrictos, en consideración del papel desarrollado por el Estado, de la competencia de la CCAA y de los procedimientos de acreditación ante las agencias competentes. Sin embargo, como especificado por la STC 74/2019, ello no quiere decir que la CCAA tenga arbitrio absoluto sobre la autorización o menos de una titulación oficial, inclusive en el caso de que la misma resulte ofrecida por las demás universidades establecidas en el mismo territorio autonómico.

En conclusión, sería de auspiciar que las iniciativas de *turismo educativo*, cuando tengan como atractivo acciones educativas universitarias, tengan necesariamente su origen en la Universidad (en su caso, dentro de las políticas de extensión universitaria<sup>53</sup>) y sigan unas pautas finalizadas a evitar conflictos, a sa-

50 STC 153/1989, Fj 5°.

51 STC 183/1996.

52 Se trata de universidades estatales, con régimen jurídico diferente. Véase las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera de la Ley orgánica de universidades n. 6/2001.

53 Fue la Universidad de Oviedo a fundar la primera línea de extensión universitaria en 1898, con la

ber: individuar en forma fehaciente el territorio y el interés afectado para determinar las administraciones interesadas; en su caso, evaluar si la iniciativa a pesar de tener efectos también fuera de la CA, pueda enmarcarse en aquellas situaciones permitidas por ser legítima proyección extraterritorial de una competencia autonómica; considerar si hay normas estatales, estatutarias o de desarrollo y ejecución que incidan en la propuesta de *turismo educativo* a emprender; distinguir entre iniciativas enmarcadas dentro de una titulación propia y una oficial; definir las líneas de cooperación eventualmente necesarias; y, en su caso, constituir específicas entidades *ad hoc*, como fundaciones<sup>54</sup>, museos universitarios<sup>55</sup>, formas de asociacionismo<sup>56</sup> o partenariado público-privado que gracias a oportunos mecanismos de participación, pongan a la universidad como coordinadora y a las demás entidades como funcionales a la realización del proyecto, clasificándose la iniciativa como medida orgánica de promoción del turismo y garantizándose, de esta forma, el respecto de los ámbitos competenciales que cada sujeto podría ostentar en el tema.

### ***Referencias bibliográficas.***

ARAGÓN REYES, M., “Las competencias del Estado y las comunidades autónomas sobre educación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, págs.191-199, 2013.

ARANA MUÑOZ, J.M., “La distribución de competencias en materia de turismo”, *Documentación administrativa*, 259-260, págs. 27-38, 2001.

finalidad de contribuir “al desarrollo social, cultural y económico de Asturias por medio de la difusión de la ciencia, la cultura y el arte, y se realiza a través de cursos, conferencias y todo tipo de actividades culturales y formativas, con medios propios o en colaboración con entidades públicas o privadas”. Universidad de Oviedo (2018), La extensión universitaria: un camino de 120 años, disponible en <<http://www.uniovi.es/-/la-extension-universitaria-un-camino-de-120-anos>> (última consulta 28.04.2022)

54 Se consideren, por ejemplo, las iniciativas de la Fundación Castilla La Mancha que además de las actividades de difusión del español, cuenta con propuestas académicas de postgrado, seminarios y jornadas, proporcionando información y contactos para servicios de residencia u la fundación de la universidad de Málaga que en su Estatuto contempla expresamente la actividad de captación de nuevos alumnos.

55 Se considere, por ejemplo, el caso del Museo de la Universidad de Alicante. Según cuanto afirmado en la correspondiente web institucional una media de 20.000 personas visita anualmente las instalaciones del MUA, de las que aproximadamente 8.000 participan en alguna de las actividades incluidas en los programas educativos diseñados.

56 Las formas de asociacionismo suelen estar contempladas como medida de promoción del turismo en la legislación autonómica. Véase, por ejemplo, el art. 60 de la Ley de turismo de Castilla y León o el art. 38, letra i, Ley 15/2018, de 7 de junio, de Turismo, ocio y hospitalidad de la Comunidad Valenciana.

BAYÓN MARINÉ, F., *Competencias en materia de turismo*, Madrid, 1992.

BORRAJO INIEZA, I., “Artículo 149.3. El orden constitucional de competencias y de ordenamientos”, en PERÉZ MANZANO, M., *Comentarios a la constitución española*, Vol. 2, Tomo 2, págs. 1508-1539, 2018.

CÁMARA VILLAR G., *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del tribunal constitucional español*, Ministerio de justicia, Madrid, 1993.

EMBID IBRUJO, A., “La autonomía universitaria y la autonomía de las comunidades autónomas”, *Revista de administración pública*, 146, págs. 7-50, 1998.

GALLARDO CASTILLO, M.J., “La distribución constitucional de competencias en materia de turismo y su tratamiento en las leyes autonómicas: su promoción y ordenación”, *Documentación administrativa*, 259-260, págs. 71-93, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Las Leyes del artículo 150.2 de la Constitución como instrumento de ampliación del ámbito competencial autonómico”, *Revista de administración pública*, 116, págs. 7-29, 1988.

LINDE PANIAGUA, Enrique, “La autonomía universitaria”, *Revista de Administración Pública*, 84, págs. 355-370, 1977.

LÓPEZ GUERRA, L., “La distribución de competencias entre Estado y Comunidades autónomas en materia de educación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7, págs. 293-333, 1983.

NIETO, A., “Autonomía política y autonomía universitaria”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, 5, págs. 77-90, 1979.

Organización Mundial Del Turismo, *Definiciones de turismo de la OMT*, Madrid, 2019, disponible en <DOI: <https://doi.org/10.18111/9789284420858> > (última consulta: 28.04.2022).

PEÑARRUBIA IZA, J., “Promoción y ordenación del turismo de congreso. Reflexiones en torno al organizador profesional de congresos”, en MELGOSA F.J. (ed.), *Derecho y Turismo*, págs. 271-289, Salamanca, 2004.

SALGADO CASTRO, A., “La distribución de competencias en materia de turismo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 9, págs. 319-336, 1996.

SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., “El ejercicio de las profesiones tituladas y los guías de turismo”, en Melgosa F.J. (ed.), *Derecho y Turismo*, págs. 209-216, 2004.

Universidad de Oviedo, La extensión universitaria: un camino de 120 años, 2018, disponible en <[http:// www.uniovi.es/-/la-extension-universitaria-un-camino-de-120-anos](http://www.uniovi.es/-/la-extension-universitaria-un-camino-de-120-anos)> (última consulta 28.04.2022).

### **Resumen:**

Recientemente, la Organización Mundial del Turismo ha acuñado la categoría del *turismo educativo* para representar y sistematizar el fenómeno del turismo finalizado al aprendizaje. El presente trabajo recoge los resultados de una investigación sobre la distribución de competencias llevada a cabo a partir de la consideración que, en la Constitución española, turismo y educación representan dos materias distintas. El estudio pretende comprender en qué medida las distintas reglas competenciales se combinan, teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional con una doble finalidad: delinear el papel del Estado y de las Comunidades Autónomas, prestando atención a la peculiar posición asumida por la Universidad y proponer soluciones operativas para minimizar el riesgo de conflictos de competencia.

### **Palabras Clave:**

Turismo educativo; distribución de competencias; autonomía universitaria; educación; turismo

### **Abstract:**

Recently, World Tourism Organization has officially identified the category of *education tourism* to represent and to systematize the phenomenon of tourism for learning. The present work gathers the results of an investigation on the distribution of competences carried out from the consideration that, in the Spanish Constitution, tourism and education represent two different subjects. The study aims to understand in which way different competence rules could be combined, considering constitutional jurisprudence, with a dual purpose: to outline the role of the State and the Autonomous Communities, paying attention to the peculiar position assumed by the University and to propose operational solutions for minimizing competence conflicts risk.

### **Keywords:**

Education tourism; distribution of competences; university autonomy; education; tourism



---

---

### III. RECENSIONES

---

---

#### SUMARIO

- **Silvia Bagni, al libro:** *F.J. Díaz Revorio, M. González Jiménez (dirs), M. Ruíz Dorado (ed.), M.A. Pacheco Rodríguez, A. Travé Valls (coords), Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1-406, ISBN 9788413556697.*
- **Marín Bajatierra Ruiz, al libro:** *I. Álvarez Rodríguez, Crítica del constitucionalismo feminista, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 1-246.*
- **Enrique Belda Pérez-Pedrero, al libro:** *F. J. Díaz Majano, Cortes y Corte Trasmuntanes. Reuniones de las Cortes de Castilla en la actual Castilla-La Mancha (siglos XIV a XVI). Tirant humanidades – Cortes de Castilla-La Mancha, Valencia, 2020.*
- **Salvadora Ginard Martínez, al libro:** *J. Oliver Araujo, Cuarenta años de Monarquía en España, 1975-2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.*
- **Jesús Manuel Martínez Torres, al libro:** *Ríos Vega, Luis Efrén y Spigno, Irene (Dirs.). Esquivel Alonso, Yessica (Coord.), Estudios de casos líderes nacionales y extranjeros Vol. XXII, La muerte ciudadana en América y Europa. Un debate contemporáneo, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021, 399 pp.*



RECENSIÓN AL LIBRO: F.J. DÍAZ REVORIO, M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ (DIRS),  
M. RUÍZ DORADO (ED.), M.A. PACHECO RODRÍGUEZ,  
A. TRAVÉ VALLS (COORDS), INTERCULTURALIDAD,  
DERECHOS DE LA NATURALEZA, PAZ: VALORES  
PARA UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO, TIRANT LO BLANCH,  
VALENCIA, 2020, PP. 1-406, ISBN 9788413556697

**Silvia Bagni<sup>1</sup>**

Recibido: 05-05-2022

Aceptado: 25-05-2022

<sup>1</sup> Profesora titular de Derecho público comparado en la Universidad de Bolonia, Italia  
silvia.bagni@unibo.it

En la presentación de la obra colectiva *Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo*, los directores Francisco Javier Díaz Revorio y Magdalena González Jiménez dan cuenta de que el volumen representa uno entre varios resultados de investigación, realizado en particular por el grupo de académicos de la Universidad Castilla-La Mancha de Toledo (España), con el aporte de dos colegas ecuatorianas, en el marco del proyecto europeo Erasmus+ *Capacity Building in Higher Education 2017* titulado “Formación de Operadores Transnacionales Interculturales en programas de posgrado en la Comunidad andina (OPT-IN)”, en el cual yo misma tuvo el honor y el gusto de participar, como miembro del grupo de investigación de la Universidad de Bolonia (Italia), que coordinaba el consorcio. El proyecto se acabó en octubre 2020, habiendo logrado el gran resultado académico de la apertura de la Maestría en Derechos de la Naturaleza y justicia intercultural en la Universidad Andina Simón Bolívar de Quito, Ecuador, con una primera cohorte de más de treinta estudiantes y un cuerpo docente internacional, compuesto por profesores de las cuatros Universidades latino-americanas involucradas en el proyecto (Universidad Andina; FLACSO-Ecuador; Universidad Libre de Bogotá, Colombia; Universidad Nuestra Señora del Rosario, Colombia). Otro resultado más ha sido una enriquecida oferta formativa en cada una de las Universidades latino-americanas socias, compuesta por énfasis, optativas y módulos sobre paz, interculturalidad y derechos de la Naturaleza. Mi involucramiento activo en el proyecto, lejos de poder ser entendido como límite a la objetividad de la evaluación científica de esta obra, representa en cambio un punto de vista más bien crítico y riguroso de su contenido, en cuanto he sido parte, con los autores, de un largo y proficuo procedimiento de aprendizaje común y verdaderamente intercultural, que ha generado tanto los ensayos aquí recolectados, como otras publicaciones internacionales (véase en particular los volúmenes L. Estupiñán Achury, C. Storini, R. Martínez Dalmau y F.A. de Carvalho Dantas, *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Universidad Libre, Bogotá, 2019, <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload866.pdf> y M.A. Restrepo Medina (ed.), *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2020, <https://doi.org/10.12804/tj9789587844535>, ambos pensados como bibliografía para los cursos OPT-IN).

El libro está dividido en tres partes, que corresponden a los tres grandes ejes temáticos del proyecto: interculturalidad, derechos de la Naturaleza, paz. Cada parte incluye varios capítulos, que los coordinadores de la obra han sapientemente organizado según una lógica deductiva, partiendo del planteamiento metodológico de la materia, para seguir con un nivel de profundización y especificación siempre mayor, hasta llegar a la descripción de experiencias prácticas y casos de estudio.

En la primera parte “Interculturalidad”, el primer ensayo firmado por Miguel Ángel Pacheco Rodríguez aborda el problema de la definición misma del término en perspectiva filosófica. El método analítico, fundamentado en la aclaración previa del significado atribuido a las clasificaciones, es fundamental dentro de una obra que se propone como interdisciplinaria y fruto de un proceso de hibridación de culturas jurídicas distintas, la occidental en dialogo intercultural con los saberes ancestrales. Después de haber matizado los conceptos de pluriculturalidad, multiculturalidad e interculturalidad, el autor se centra en los instrumentos para el diálogo intercultural, utilizando algunos conceptos-claves de grandes filósofos modernos que han elaborado los fundamentos para la investigación sobre el tema, como la hermenéutica analógica de Beuchot, la ética del discurso de Habermas, la idea de “écart” de Jullien, la hermenéutica diatópica de Panikkar, la sociología de la emergencia de Boaventura de Sousa Santos.

María Ruíz Dorado y Adriana Travé Valls retoman la contraposición entre multiculturalismo e interculturalismo para introducir el tema del pluralismo jurídico y de sus distintas versiones, en particular bajo la definición de Hoekema. Las autoras reconstruyen el camino hacia la perspectiva intercultural hecho por Europa, centrándose en el Libro Blanco del Consejo de Europa sobre “Diálogo intercultural y Derechos Humanos”, subrayando no tanto su marco teórico, sino más bien las propuestas de su institucionalización en el sistema de gobernanza de los Países europeos. En las conclusiones, evidencian uno de los principales desafíos de este enfoque: la individualización de límites de tolerancia, para que la propuesta intercultural no se transforme en relativismo absoluto.

Finalmente, la primera parte del volumen se concluye con el ensayo de Magdalena González Jiménez sobre el programa europeo de Ciudades interculturales, que representa un caso concreto de aplicación de las propuestas de institucionalización mencionadas en el anterior capítulo. La autora profundiza la finalidad y los aportes concretos en términos de buenas practicas que el programa ha realizado desde su inicio en 2008, brindando a las autonomías locales los instrumentos metodológicos y de auto-evaluación para la adopción de verdaderas políticas interculturales en sus territorios.

La segunda parte del libro está dedicada a “Los derechos de la Naturaleza” y empieza justamente con un ensayo de Francisco Díaz Revorio en búsqueda de su fundamentación filosófico-teórica. El autor parte del reconocimiento de la dignidad como base de los derechos humanos y se pregunta cual debería ser el correspondiente concepto que sustenta la atribución de derechos a la Naturaleza. No encontrando insuperables problemas teóricos para el otorgamiento de la persona-

lidad jurídica a seres no humanos, reconoce que el origen de sus derechos se ha encontrado en la cosmovisión indígena, que considera la Pacha Mama como un ser vivo. El autor finaliza su escrito con una propuesta conciliadora de la fundamentación de los dos tipos de derechos (humanos y no humanos) que gira en torno a una interpretación “biocéntrica” de la dignidad humana, interpretada en el sentido amplio de la defensa de la vida y de sus precondiciones.

El ensayo siguiente de Tomás Vidal Marín se sitúa en continuación al discurso iniciado por Díaz Revorio, contextualizando la fundamentación de los derechos de la Naturaleza en su contexto de origen, es decir en la Constitución ecuatoriana de 2008. Las conclusiones del autor son un poco más críticas al respecto de la postura del profesor Díaz Revorio, en cuanto el autor parece dudar de la real oportunidad jurídica de un cambio tan radical, cuando al final los hombres siempre serán los guardianes de la Naturaleza, así que a lo mejor los instrumentos existentes podrían ser suficientes para su defensa.

El último capítulo de la segunda parte, realizado por Adriana Rodríguez Caguana y Viviana Morales Naranjo, es un caso de estudio muy específico, sobre la defensa del ecosistema de los manglares, basado en el análisis de la jurisprudencia de la Corte constitucional del Ecuador. En dos sentencias de 2015 (caso “El Verdum” y caso Cayapa- Mataje) la Corte en pocos meses se pronuncia sobre casos similares de destrucción de los manglares por la actividad de empresas camaroneras. En la primera sentencia, la Corte privilegia los derechos de propiedad y de libre iniciativa económica sobre los derechos de la Naturaleza y a la identidad del pueblo Montubio; en el segundo, en contra, reconoce preminencia a la tutela del ecosistema natural. El enfoque del artículo es particularmente interesante en cuanto evidencia como, a pesar de la interpretación intercultural a la cual la Corte debería estar obligada por la Constitución, en el primer caso haya *de facto* ignorado los resultados del peritaje antropológico comisionado por los jueces; en el segundo, aún reconociendo la afectación del área protegida, no pidió ningún peritaje, dejando el ecosistema sin instrumentos de reparación.

La parte del libro dedicada a la “Paz” incluye un número más amplio de ensayos respecto a las anteriores. Los tres primeros capítulos abordan el mismo tema, o sea la definición del concepto de paz, y todos tienen un elemento común: una concepción holística, que llama a la intrínseca relación entre los tres temas profundizados en el libro. María del Pilar Molero Martín-Salas se acerca desde una perspectiva multidisciplinaria y más filosófica. Se reconoce el conflicto como parte integrante de la vida, así que la paz no es ausencia de conflicto, sino su manejo de manera constructiva. En su ensayo propone distintas definiciones, hasta

la dicotomía paz como derecho, o mejor como conjunto de derechos, pero también como deber y responsabilidad. En su escrito, ella menciona el pensamiento de Gandhi, y recuerda como el concepto de no-violencia no solo el Mahatma lo entendía como global, sino también como abarcando a los seres humanos entre sí y con su entorno: una vez más, la paz es entendida como armonía con la naturaleza. María Martín Sánchez se centra más en la dimensión internacional del concepto de paz, confirmando su multidimensionalidad, y reconociendo un deber de los Estados de intervención para garantizar cada uno de sus aspectos, tanto para sus propios ciudadanos como en caso de violación por parte de otros Estados. Finalmente, Enrique Belda intenta definir todos los ingredientes para el reconocimiento del derecho a la paz, analizando también los posibles obstáculos que el universalismo de los derechos puede encontrar cuando se confronta con los temas del colonialismo y de los derechos de las minorías.

Una declinación del derecho a vivir en paz está representada por el concepto de justicia transicional, definido por Ana Valero Heredia. La autora reconstruye sus orígenes y su contenido, insistiendo sobre las medidas alternativas a la tradicional vía penal, como las Comisiones de la Verdad o la justicia reparativa.

El último capítulo del volumen, escrito por María Elena Rebato Peño, profundiza los aspectos teóricos abordados en los capítulos precedentes, a través de un estudio de caso sobre la aplicación del concepto de justicia restaurativa a las víctimas del terrorismo vasco en España. El enfoque holístico que caracteriza esta parte del volumen dedicada a la paz se encuentra nuevamente expresado en la priorización de las necesidades de las víctimas de crímenes en general, del terrorismo en particular, como objeto de atención particular por parte del legislador comprometido en reformas del régimen penal y procesal de los delitos. La relación con las primeras dos partes del volumen se encuentra en algunas palabras-clave del modelo de justicia restaurativa, como perdón, reparación, reintegración y empatía, que ya el lector ha encontrado tanto en la parte dedicada a los derechos de la Naturaleza, como en la inicial sobre interculturalidad. La autora reconstruye el marco jurídico internacional, europeo y nacional sobre justicia restaurativa y atención a las víctimas y aplica estas categorías al caso del terrorismo ETA en España, dando cuenta de los impactos positivos que estos nuevos procedimientos han producido tanto frente a las víctimas como en vista de la rehabilitación de los culpables en la sociedad.

De la anterior análisis y resumen del contenido del libro aparece manifiesta la consecuencialidad lógica e ideológica que domina la estructura del libro, así como el hilo rojo que une todos los ensayos en cada parte.

Debiendo señalar un aspecto de la obra que me hubiera gustado encontrar pero que no está (principalmente para no sembrar demasiado complaciente con el trabajo de los directores, coordinadores y editores, que de verdad es sumamente de altísima calidad científica) podría señalar la ausencia de un ensayo conclusivo, en el cual hacer más manifiesta la íntima relación entre las tres partes del libro. En la contraportada este aspecto viene subrayado, cuando se dice que los valores de la construcción de la paz y del reconocimiento de la subjetividad jurídica a la Naturaleza son vinculados, en cuanto se necesitan mutuamente. La afirmación va completada con la interpretación intercultural de estos valores, el tercer eje temático del libro, que es el instrumento que permite entender concretamente la relación entre los otros dos. Personalmente, he defendido la idea que estos valores, en cuanto incorporados en las constituciones, determinan una nueva etapa del constitucionalismo, reconocida por los autores que hablan sobre el “nuevo constitucionalismo latino-americano”, y que yo delimito al área andina; y constituyen las bases filosófico-políticas para una nueva forma de institucionalidad, o “forma de Estado” según la doctrina comparada, que desarrolla e integra el Estado del bienestar hacia el Estado del buen vivir o *Caring State*.

En cuanto al primer punto, las características determinantes del nuevo constitucionalismo latino-americano escapan de las fronteras del continente, para encontrarse también en otros países del Sur global, donde los sistemas constitucionales han incorporado algunos valores propios de la tradición autóctona (a veces indígena, como en el caso del *sumak kawsay* o del *ubuntu*, otras veces filosófico-religiosa, como en el caso de los principios budistas, confucianos o de las enseñanzas del Mahatma Gandhi en India y en el sur-este asiático), alumbrando la tesis del pasaje histórico desde el Estado-Nación hacia el Estado plurinacional.

En cuanto al segundo punto, la gobernanza en los países que han recibido los influjos del nuevo constitucionalismo necesariamente resiente de cumplir con distintos objetivos al respecto del *Welfare State*, correspondientes a una nueva jerarquía de valores. Los dos pilares del *Caring State* son el cumplimiento de la justicia ecológica y la implementación de la justicia intercultural. El primer objetivo considera la garantía del mantenimiento del balance ecológico del planeta dentro de los parámetros del Holoceno como una pre-condición para la existencia misma de las dimensiones jurídica y económica de las sociedades humanas. Esto objetivo se acata a través de la implementación del mandato ecológico por la Constitución, que en algunos países se realiza con el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza, en otros con la creación de nuevos derechos humanos al clima o a la estabilidad de los ecosistemas. El segundo objetivo consiste en el reconocimiento de un pluralismo jurídico igualitario, de lo que hablan Ruíz Dora-

do y Travé Valls, y en la aplicación del principio de fraternidad por arriba de lo de solidaridad. Finalmente, solo tramite el diálogo intercultural los seres humanos pueden darse cuenta de su interdependencia tanto con los otros seres no humanos, como con sus símiles, y pueden llegar a aprender la dimensión “entre” de la cual habla Pacheco Rodríguez mencionando a Jullien, pero que se encuentra también matizada por Enrique Dussel (en italiano: Enrique Dussel, “Transmodernità e interculturalità (Interpretazione a partire dalla Filosofia della Liberazione, en Antonino Infranca (cur.), *Modernità e interculturalità per un superamento critico dell'eurocentrismo*, Sciascia Editore, Caltanissetta-Roma, 2012).

Concluyendo, esta obra representa el punto final de un proyecto de cooperación inter-académica, pero al mismo tiempo un extraordinario punto de partida para el desarrollo de una investigación jurídica de frontera e innovadora, atenta a las exigencias de la sociedad contemporánea que, en cuanto globalizada, necesita que sus problemas y conflictos sean abordados desde una perspectiva intercultural y en una dimensión holística, que tenga en cuenta como nuestra vulnerabilidad como seres vivientes no inmortales requiere un esfuerzo de comprensión y mayor empatía. En el ámbito jurídico esto implica cuestionar aún el fundamento de algunos conceptos-claves, sin necesariamente abandonarlos, pero con el ánimo de adaptarlos a nuevos contextos.

**Resumen:**

Esta reseña del libro *Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo*, dirigido por F.J. Díaz Revorio y M. González Jiménez, editado por M. Ruíz Dorado y coordinado por M.A. Pacheco Rodríguez y A. Travé Valls, en su primera parte resume y comenta los contenidos de los ensayos que componen la obra; en la segunda, intenta subrayar la conexión entre los tres ejes temáticos de la obra, que puede fundamentar tanto una nueva fase del constitucionalismo, como una nueva forma de Estado del buen vivir, o *Caring State*.

**Palabras Clave:**

Interculturalidad, naturaleza, paz, holismo, biocéntrismo

**Abstract:**

This review to the book *Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo*, directed by F.J. Díaz Revorio and M. González Jiménez, edited by M. Ruíz Dorado and coordinated by M.A. Pacheco Rodríguez and A. Travé Valls, can be divided in two parts. In the first one, the author describes and comments the contents of each chapter; in the second one, she tries to underline the relationship between the three main themes of the book (interculturality, Nature's rights and peace). They can be identified as the philosophical basis of a new stage of constitutionalism and the three pillars of a new form of institutionalism, the State of *buen vivir*, or Caring State.

**Key-Words:**

Interculturality, Nature, peace, holism, biocentrism





CONSTITUCIÓN E IDEOLOGÍA: UNA MALA COMPONENTA  
“CONSTITUTION AND IDEOLOGY: A BAD COMPROMISE”

RECENSIÓN AL LIBRO: ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO. CRÍTICA DEL  
CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA, ATELIER, BARCELONA, 2020, 246 PÁGINAS.

**Martín Bajatierra Ruiz<sup>1</sup>**

Recibido: 05-05-2022

Aceptado: 25-05-2022

A día de hoy no parece existir ninguna ideología que consiga establecer tan claramente la división *schmittiana* amigo-enemigo como el feminismo. Porque el feminismo es exactamente eso, una ideología, y ello es lo que consigue transmitir el autor de la obra que aquí se reseña. Su autor, Ignacio Álvarez Rodríguez, examina esta cuestión en su condición de profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid. El lector prejuicioso que espere encontrar en este libro una exposición panfletaria de simples argumentos antifeministas se hallará profundamente decepcionado, pues Álvarez Rodríguez se distingue por poseer un dominio del tema que incluso al lego en la materia sus opiniones le resultarán más didácticas que políticas.

Álvarez Rodríguez comienza su obra con un repaso de los movimientos feministas según la conocida metáfora de las olas, distinguiendo hasta tres olas diferentes. Como es sabido, la primera, que surge a mediados del siglo XVIII, encuentra sus bases en el feminismo liberal (p. 23). La segunda, situada tras el fin de la II Guerra Mundial, comienza a desarrollar los cimientos de los feminismos más modernos ya que es en este periodo cuando Simone de Beauvoir sostiene que la mujer no nace, sino que se hace, y es aquí también donde se populariza el famoso lema *lo personal es político*, haciendo ver que todas las relaciones públicas y privadas están contaminadas por el veneno del patriarcado (pp. 24-25). La tercera ola, explica el profesor Álvarez Rodríguez, puede situarse entre finales del siglo XX y comienzos del XXI, y es en la que nos encontramos en la actualidad. Las principales reivindicaciones de esta ola no se dirigen exclusivamente hacia las mujeres, sino también hacia colectivos tradicionalmente marginados, como la comunidad negra, la comunidad transgénero, la comunidad lésbica... etc. Es en este periodo donde es común aceptar como presupuesto feminista que el género es una construcción social que se elige a voluntad, o que directamente no existe (pp. 27-28). Presupuestos *a priori* bastante contradictorios, ya que si elegimos un género estaríamos presuponiendo que el género existe. Y no solo eso, sino que estaríamos además fomentando los denominados *roles de género*, que asignan a las mujeres y a los hombres unas tareas o rasgos característicos de cada sexo, hecho precisamente contra el que luchan ciertos tipos de feminismos.

Volviendo al libro, es interesante observar cómo el profesor Álvarez Rodríguez distingue diversos arquetipos de feminismos según la metáfora de las ramas. Así, el autor diferencia la rama del *feminismo liberal de la igualdad*, que defiende la progresiva igualación de derechos para la mujer, la del *feminismo de la diferencia*, que opta por romper con el sistema en su totalidad para eliminar de raíz el patriarcado; la del *feminismo socialista* y el *feminismo marxista*, que consideran que la principal causa de opresión de la mujer es el capitalismo; la del *feminismo anarquista*,

que opta por la destrucción del Estado; la del *eco-feminismo*, que toma como base la conexión de la naturaleza (Madre Tierra) con la mujer; la del *feminismo negro*, que se da más en países que presentan ciertas tensiones raciales y la del *feminismo postcolonial*, que se centra en la defensa de los derechos de la mujer en el tercer mundo (pp. 33-38). También destaca en este capítulo la exposición que realiza Álvarez Rodríguez sobre el feminismo populista, donde sostiene que este tipo de feminismo no se designa a sí mismo como populista, pues como bien afirma el profesor García Figueroa, estaría entonces cayendo en una contradicción performativa, pues sería equivalente a afirmar: «voy a convencerte mediante argucias retóricas que no te convencerían si supieras que lo son<sup>2</sup>».

En pleno auge del constitucionalismo feminista, Álvarez Rodríguez se centra en los principales modelos de feminismo jurídico. En este plano específico, destacan tres orientaciones fundamentales: el feminismo jurídico liberal, el feminismo jurídico radical y el feminismo jurídico posmoderno. El primero aboga por «trabajar desde dentro [del sistema] para mejorar la posición de la mujer» (p. 51), procurando una igualación de derechos total con el hombre. Por otro lado, el feminismo jurídico radical apuesta por la diferenciación de derechos entre el hombre y la mujer, ya que según sus defensores «la concepción liberal de los derechos individuales es trasunto de voces exclusivamente masculinas.» (p. 55). Este tipo de feminismo considera que las diferencias biológicas entre ambos sexos han de traducirse en un trato desigual para hombres y mujeres por parte de la ley. Por último, el feminismo jurídico posmoderno sostiene una tesis profundamente nihilista, pues no reconoce la existencia de una verdad objetiva, sino que reconoce tantas como pensamientos subjetivos haya. La *autoidentificación de género* es un pilar fundamental para este tipo de feminismo, pues su meta es plasmar en el Derecho la idea de que cada individuo se percibe sexualmente a voluntad. Esto puede verse reflejado en el intento de eliminar el plural masculino y femenino de las palabras (por ejemplo, “todos” o “todas” se sustituye por “todes”) (p. 57), por lo que podríamos denominar a esta corriente como la del *feminismo negacionista*, pues niega la veracidad de una de las principales tesis de la ciencia biológica, que es la existencia de dos géneros exclusivamente (masculino y femenino). Sin embargo, esto no parece muy acertado. Pongamos el caso de un varón que decide percibirse a sí mismo como mujer. Supongamos también, como arguye este planteamiento, que esto lo llevamos al mundo jurídico. Ahora, este hombre comete un delito de violencia de género, aprovechándose de su fuerza física. Al ser una mujer a efectos legales, no solo no estaría cometiendo un delito de violencia de género, pues las mujeres no pueden cometerlo, sino que su castigo penal sería menor que el que tendría si se le hubiera considerado un hombre. Además, estaría poniendo en peligro a sus futuras compañeras de prisión, pues

ingresaría en una cárcel para mujeres. Como podemos ver, las implicaciones jurídicas que implica la lógica de esta doctrina son desastrosas, y todo apunta a que es el feminismo liberal es el más indicado para lograr una igualdad real de derechos entre la mujer y el hombre.

Más adelante, el autor nos detalla en el capítulo tercero de su libro las principales propuestas teóricas del constitucionalismo feminista. La primera nos llega de la mano de la constitucionalista australiana Helen Irving, que propone unos requisitos mínimos para considerar a un sistema como feminista. Algunos de ellos son la plasmación de la igualdad como mandato constitucional, el acceso constitucional de las mujeres a la justicia, o el acceso de la mujer a cargos públicos representativos (p. 73). Otra de las propuestas es la que defiende la estadounidense Catharine MacKinnon. La norteamericana sostiene que el constitucionalismo feminista ha de enfrentarse honestamente a la dominación masculina siendo sensible al contexto, pero sin dejarse llevar por argumentos esencialistas o de relativismo cultural e insistiendo en que ninguna relación personal, sexual o familiar privada ha de quedar fuera del ámbito público (p. 75).

Por otro lado, se suele atribuir al constitucionalismo feminista la idea de que para que se logre un sistema constitucional verdaderamente igualitario, las mujeres han de participar de forma activa en la elaboración de la Constitución. La intervención femenina en el proceso constituyente es clave desde esta perspectiva para lograr plasmar las teorías feministas en la Carta Magna, que, evidentemente debe reflejar una serie de medidas para conseguir la igualdad entre mujeres y hombres. Esta doctrina defiende que a mayor número de mujeres en el Parlamento, mejor se representarán los intereses políticos de la mujer<sup>3</sup> (pp. 76-78). La corriente feminista en España hace suyas estas últimas propuestas y acusa al sistema constitucional español de patriarcal precisamente por no cumplir con las condiciones señaladas anteriormente. No obstante, cabe destacar que el artículo 14 de la CE (en su momento el artículo 13), referente a la igualdad de derechos entre ambos sexos, fue aprobado en la Cámara Baja por unanimidad, y que cuando se formó la Comisión Mixta del Senado y del Congreso, con el fin de aprobar el texto constitucional, nada se dijo de limitar la igualdad. De hecho, nadie objetó nada al respecto (pp. 90-93). Parece pues, que, en cuanto a la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, no se aprecia en la CE ningún elemento machista. Co-

<sup>3</sup> A pesar de que diversos autores concibieron al representante político como alguien que representa intereses, la autora que lo defiende y explica con mayor detalle es Hanna Pitkin en FENICHEL PITKIN, H., *El concepto de representación*, trad. de Ricardo Montoro, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014.

mo lo expresa el profesor Álvarez Rodríguez, «¿qué Constitución patriarcal sería esa que pone los cimientos jurídicos de su propia demolición?» (p. 94). Todo esto ha llevado incluso a algunas autoras, como Itziar Gómez Fernández, a afirmar la tesis, sin demasiado respaldo popular por el momento, de que España necesita un nuevo proceso constituyente feminista<sup>4</sup>.

Debido a este tipo de acusaciones por parte de esta corriente feminista, en el año 2018 la vicepresidenta del Gobierno solicitó a la RAE un informe para que se pronunciase acerca de una reforma de la Constitución, que consistía en redactarla con un lenguaje inclusivo. No obstante, la RAE consideró innecesaria esta corrección constitucional, argumentando que la desigualdad entre géneros poco tiene que ver con las opciones gramaticales que cada lengua adopta (p. 96). La fundamentación de la postura de la Real Academia Española encuentra bastantes parecidos a la efectuada por el profesor García Figueroa. Este filósofo del derecho ejemplifica su argumento relatando una conversación ficticia entre un hombre que tiene por costumbre limpiar su vivienda los sábados y su vecina, que, dándose cuenta de lo que ocurre, le acusa de odiar y detestar a los judíos. La vecina arguye que «hacer de sábado» es una actividad profundamente antisemita dado que la expresión tiene su origen en el rechazo a la religión judía. La reflexión final de García Figueroa es que el origen de una práctica, del lenguaje, o de cualquier otra convención, no determina sus propiedades actuales, ya que con el paso del tiempo ha podido adoptar una connotación totalmente diferente a la que lo originó<sup>5</sup>.

No se olvida Álvarez Rodríguez de hacer un extenso repaso de la agenda del constitucionalismo feminista. Aquí, el constitucionalista nos ilustra explicándonos la diferencia entre los tipos de cuotas electorales para mujeres, distinguiendo la *reserva directa del puesto*, *las cuotas legales* y *las cuotas partidarias*, y, tras hacer un amplio estudio comparado, el autor llega a la conclusión de que los países que implementan cuotas electorales para el género femenino logran que un número mayor de mujeres lleguen a obtener un escaño en el Parlamento (pp. 114-119). Esto conduce a Álvarez Rodríguez a reflexio-

4 Para más información, *Vid.*, la crítica a GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., ¿Qué es eso de reformar la Constitución con perspectiva de género? Mitos caídos y mitos emergentes a partir del libro Una Constituyente feminista, *Eunomía*, n.º16, abril de 2019 – septiembre de 2019, pp. 312-329, y la respuesta del filósofo del derecho: GARCÍA FIGUEROA Feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista, *Eunomía*, n.º17, octubre de 2019 – marzo de 2020, pp. 358-376.

5 Este ejemplo se encuentra recogido en GARCÍA FIGUEROA, A., Constitución, feminismo de Estado y convenciones lingüísticas (y III), *Almacén de Derecho*, 4/02/2020, <<https://almacendederecho.org/constitucion-feminismo-de-estado-y-convenciones-linguisticas-y-iii>>.

nar, con ayuda de las tesis de otros autores, sobre si la intervención pública en la sociedad, en un grado relativamente elevado, es mejor que el no intervencionismo. Con este objetivo, el autor expone las teorías de dos conocidos intelectuales que han escrito sobre la masculinidad hegemónica. La de Cathy Young afirma que el movimiento feminista actual se ha habituado a perseguir al hombre por el mero hecho de existir, lo que provoca un efecto totalmente contrario al deseado, que es que los varones abracen modelos *hiperviriles*, desembocando en una reacción masculina que se traduce en una votación masiva a los partidos de ultraderecha. El ascenso de Donald Trump al poder y de gran parte de la ultraderecha europea se explicaría de esta forma. Para Jordan B. Peterson el feminismo ha olvidado por completo la biología del ser humano, pues uno de los principales presupuestos del movimiento es que la agresividad masculina es cultural, se aprende, y, por ende, puede desaprenderse. Peterson asegura que la agresividad moderada es una virtud, y que forma parte de los genes de la especie humana, por lo que, si educamos a los niños de forma antinatural, éstos no se encontraran preparados para la correcta vida en sociedad (pp. 126-127). En cualquier caso, el autor opta en su obra por adoptar una perspectiva resueltamente liberal, y como él mismo afirma, no debemos olvidar que «(n)o se puede condenar a nadie por ser humano, salvo que estemos dispuestos a reeditar horrores felizmente superados» (p. 128).

Otro de los objetivos de la agenda del constitucionalismo feminista es la implantación a todos los niveles, incluido el constitucional, del lenguaje inclusivo. Es muy oportuna la idea de Álex Grijelmo que Álvarez Rodríguez trae a coalición en el libro, pues todo cambio en el lenguaje que proceda de la base «[...] significará que vivimos en una sociedad más tolerante y solidaria. Si se impone desde las cúpulas no significará nada bueno, sino sólo el maquillaje de una realidad injusta [...]»<sup>6</sup>. A raíz de ello, recuerda nuestro autor, la RAE insiste en que el uso de “todos y todas” para referirse a todos no es correcto, pues la economía del lenguaje exige que se eviten tales repeticiones (p. 130). Al respecto, el constitucionalista recurre a las reflexiones del profesor García Figueroa<sup>7</sup>, que afirma que cuando un político dice «todos y todas» no se está refiriendo a todos verdaderamente, sino a aquellos que comulgan con la ideología de género. Es así como adopta esta ideología un notable parecido con la religión, es decir, con la fe y no con la razón. En resumen, como expusimos más arriba,

6 GRIJELMO, Á., *Defensa apasionada del idioma español*, Punto de lectura, Madrid, 2006, p. 274, *apud* ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Crítica del constitucionalismo feminista*, Atelier, Barcelona, 2020, p. 129.

7 *Vid.*, GARCÍA FIGUEROA, A., Todos y todas no nos incluye a todos (y menos a todas), *Almacén de Derecho*, 25/04/2020, <<https://almacenderecho.org/todos-y-todas-no-nos-incluye-a-todos-y-menos-a-todas>>.

y a diferencia de las personas, el lenguaje no tiene ni buenas ni malas intenciones (p. 143-145).

No son menos interesantes las consideraciones que se realizan en el libro sobre el caso De Lora. A pesar de que Álvarez Rodríguez relata lo sucedido con todo tipo de detalles, aquí bastará con exponer el caso brevemente. Lo que ocurrió fue que Pablo de Lora, reconocido profesor de Filosofía del Derecho, acudió a unas Jornadas sobre transexualidad organizadas por la Universidad Pompeu i Fabra y por la *Universitat de Girona* en diciembre de 2019, con el fin de escuchar las intervenciones de sus compañeros y realizar la ponencia final. Sin embargo, un grupo estudiantil boicoteó su conferencia acusándole de machista y transfobo, por lo que finalmente De Lora no pudo realizar su trabajo, a pesar de incluso haber intentado debatir con estas personas. Quizá el lector que desconozca estos hechos habrá quedado profundamente sorprendido por la recurrencia de este tipo de acciones fascistas en pleno siglo XXI, pero no es el único caso acaecido recientemente, y en *Crítica del constitucionalismo feminista* el profesor Álvarez Rodríguez expone algunos más. Es realmente preocupante cómo el filósofo del derecho vio lesionados su derecho a la libertad de expresión y a la libertad científico-académica, ya que, si existe un denominador común en las democracias, éste debe ser la facultad para expresar cualquier opinión libremente. Lo que aconteció aquel día en la Universidad no es ni más ni menos que un acto de censura, en el cual, el grupo censor optó por aplicar la clásica dicotomía *schmittiana* amigo-enemigo. Todo ello supone una importante amenaza contra la expresión libre en los espacios de mayor discusión científica y académica como son las universidades, pues, como expresa Álvarez Rodríguez, «(d)efinitivamente, no soplan vientos favorables para la libertad.» No es mi intención entretenerme aquí con lo sucedido al profesor De Lora, no obstante, el lector encontrará en el libro que aquí reseño buenos argumentos para formar su propia opinión al respecto (pp. 162-180).

Una de las discusiones más debatidas en los últimos tiempos es la constitucionalidad del llamado “pin parental”, que consiste en el poder de vetar, por parte de los padres, ciertas actividades escolares de sus hijos. Por supuesto, el debate nace a raíz de las charlas feministas impartidas en los centros docentes, ya que algunos consideran que contienen un mensaje ideológico, y todo parece indicar que este tipo de centros debe explicar a los niños el origen y los fundamentos de las ideologías más importantes, pero sin adoctrinar sobre ellas. Pues bien, Álvarez Rodríguez realiza en el libro un repaso sobre las posiciones más controvertidas sobre el asunto, escogiendo los argumentos a favor y en contra más sólidos para defender la posición que cada uno decida adoptar (pp. 180-

186). Finalmente, el autor decide exponer las principales tendencias o propuestas para el horizonte del constitucionalismo feminista, las cuales vienen a decirnos en síntesis que *todos deberíamos ser feministas*; por ende, *todos deberíamos ser educados en el feminismo* dado que *todos somos malos feministas*. Por tanto, todos deberíamos *reconstruirnos*, pues los hombres gozarían de *privilegios patriarcales* y habrían sido criados, como las mujeres, en una *cultura de la violación*. Además, según este tipo de perspectivas feministas, todo estaría contaminado por *el nuevo patriarcado*, que defiende que la igualdad de sexos ya ha sido lograda y por ello es más difícil de detectar. Para solucionarlo, estas teorías proponen que *el feminismo debe ser autocrítico*, y no comulgar con las nuevas *posmoderneces* del movimiento, por lo que también debería *ser valiente* y combatir la victimización de las mujeres, con el fin de *huir del feminismo sectarista* (pp. 187-200).

De todo lo que Álvarez Rodríguez nos detalla en su libro, podemos deducir que «el constitucionalismo feminista tiene más de feminismo que de constitucionalismo» (p. 187), y que la existencia de diversas corrientes feministas con presupuestos doctrinales tan variados no ayuda a la consolidación de un feminismo mundial que exponga con claridad los objetivos que quiere conseguir, pues este movimiento no deja de ser una ideología y la Constitución, que recordemos, es aconfesional, no debe abrazar unas ideologías y rechazar otras, sino que debe permitir a todas ellas convivir en paz, para que sea el ciudadano libre el que decida si quiere adscribirse a alguna de ellas. Es por ello que el feminismo liberal parece ser el camino más óptimo para superar ciertas ideas machistas que se hallan todavía en el pensamiento de algunas personas que consideran a la mujer como un ser inferior al hombre. Debemos recordar que, como se ha dicho alguna vez, el feminismo tiene muchas madres, pero solo un padre, John Stuart Mill. Los orígenes del movimiento feminista son profundamente liberales, por lo que todo parece indicar que la senda de la libertad es la adecuada para la convivencia en paz de todas las ideologías, pues, como bien afirma Álvarez Rodríguez: «Como ciudadanos tenemos todo el derecho a definirnos como mejor estimemos, siempre que no hagamos daño a otras personas, pero el Estado no puede definirse de ninguna manera.» (p. 201).

**Bibliografía.**

FENICHEL PITKIN, H., *El concepto de representación*, trad. de Ricardo Montoro, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014.

GARCÍA FIGUEROA, A., Constitución, feminismo de Estado y convenciones lingüísticas (y III), *Almacén de Derecho*, 4/02/2020, <<https://almacenederecho.org/constitucion-feminismo-de-estado-y-convenciones-linguisticas-y-iii>>.

GARCÍA FIGUEROA, A., Feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista, *Eunomía*, n°17, octubre de 2019 – marzo de 2020, pp. 358-376.

GARCÍA FIGUEROA, A., Todos y todas no nos incluye a todos (y menos a todas), *Almacén de Derecho*, 25/04/2020, <<https://almacenederecho.org/todos-y-todas-no-nos-incluye-a-todos-y-menos-a-todas>>.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., ¿Qué es eso de reformar la Constitución con perspectiva de género? Mitos caídos y mitos emergentes a partir del libro Una Constituyente feminista, *Eunomía*, n°16, abril de 2019 – septiembre de 2019, pp. 312-329.

GRIJELMO, Á., *Defensa apasionada del idioma español*, Punto de lectura, Madrid, 2006.

MARTÍN, LÓPEZ, T., y VELASCO RETAMOS, J.M., (eds.), *El fortalecimiento de los derechos de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

**Resumen:**

El nuevo trabajo de Álvarez Rodríguez supone un estudio sobre las tendencias feministas actuales y sus objetivos constitucionales. Para ello, el autor de esta obra realiza un extenso repaso sobre los diferentes tipos de feminismos desde diferentes perspectivas, dando a conocer, a su vez, las diferentes propuestas feministas que algunas autoras creen conveniente trasladar a la Constitución Española.

**Palabras Clave:**

Feminismo; Constitución; ideología; censura; liberalismo.

**Abstract:**

Álvarez Rodríguez's new work is a study of current feminist tendencies and their constitutional objectives. For this, the author of this work makes an extensive review of the different types of feminism from different perspectives, revealing, in turn, the different feminist proposals that some authors believe it is convenient to transfer to the Spanish Constitution.

**Keywords:**

Feminism; Constitution; ideology; censorship; liberalism.





RECENSIÓN AL LIBRO: CORTES Y CORTE TRASHUMANTES.  
REUNIONES DE LAS CORTES DE CASTILLA EN LA ACTUAL CASTILLA-LA MANCHA  
(SIGLOS XIV A XVI). DE FRANCISCO JAVIER DÍAZ MAJANO.  
TIRANT HUMANIDADES – CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA, VALENCIA, 2020.

**Enrique Belda Pérez-Pedrero<sup>1</sup>**

Recibido: 05-05-2022

Aceptado: 25-05-2022

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM.

La Historia del Derecho es imprescindible en la búsqueda de la identidad territorial, comunitaria y, especialmente, institucional. Sobre su origen, pero también sobre su perspectiva. El libro del Dr. Díaz Majano que voy a reseñar, o más bien evocar, pues he pecado de leerlo de un tirón por su interés, es todo un ejemplo de cómo las disciplinas jurídicas tradicionales pueden beneficiarse de la nueva dinámica institucional de nuestros países democráticos para impulsar investigaciones de calado y rigor que enriquezcan la doctrina científica.

Cuando una Comunidad Autónoma carente en su origen de hechos diferenciales o idiosincrasia propia, unida solo, que no es poco, por la cercanía de sus territorios y el descarte de otras opciones socialmente viables, apuesta por estudios de esta naturaleza, puede pretender (y no es mala la pretensión) ir construyendo una identidad colectiva que de cara a las nuevas generaciones ofrezca elementos de comunidad cultural y política. Como ciudadano de Castilla-La Mancha no tengo complejo alguno en admitir que reconozco un pasado común con el resto de españoles, y en particular con los que habitaron el centro de la península, llámense castellanos, manchegos o madrileños, y no me parece mal que el origen de mi tierra se remonte a cuatro décadas atrás: me enorgullece que mi región política y administrativa sea origen de la *decisión democrática* de una *constitución democrática* y de un *estatuto de autonomía democrático*. Por más que no tengamos ni el autor ni yo otra lengua común pasada distinta del español, ni nuestros padres supieran al nacer que su territorio de referencia principal y diaria aún no existía; o, en definitiva, por más que no encontremos en el pasado otro hecho diferencial que no sea nuestra nacencia como Comunidad en la mejor España que han conocido los siglos, el caso es que tenemos la suerte de no estar glosando afrentas reales o inventadas con otros territorios o con lo que queda del centro del poder. Es liberador, sin duda.

Ahora bien, también resulta sencillo, como demuestra Díaz Majano, presentar nuestro territorio actual como referencia para fundamentar estudios del pasado, pues nada menos que en él se encontraba la capital de un imperio de la envergadura del de Roma, Bizancio o Gran Bretaña, lugar, Toledo, donde además vive el autor. Y por lo tanto no tenemos nada, tampoco, que desear del pasado de algún triste condado del litoral mediterráneo cuya grandeza secular fue mediocre y ha de maquillarse constantemente al servicio de pretensiones actuales. Castilla-La Mancha no tiene, como referencia institucional o estructura político-administrativa, pasado, pero vaya si lo tenemos sus habitantes, como puede reflejar esta obra. Tal fortaleza argumental es buena para seguir el desarrollo de esta contribución científica, pero, es importante advertir, que no vamos a encontrar en lo que es un serio estudio de trasfondo jurídico, concesiones metajurídicas más

allá de las referenciales, ni tampoco llamamientos a otras disciplinas científicas de las ciencias sociales porque de lo que se trata es de profundizar en la presentación de fuentes históricas del derecho, no sociales o costumbristas, para levantar los cimientos de una obra especializada y clarificadora de la realidad que aborda: las cortes y la corona en el nacimiento de nuestra nación común. Es decir, la constatación tanto de un remoto origen de la participación como de una efectiva muestra de limitación del poder regio, por testimonial que en ocasiones quisiera llegar a ser.

El libro del profesor toledano es encuadrable, por tanto, en la historia del derecho, y esconde historia institucional, orgánica y regia. El período elegido es el de los momentos postreros del medioevo, el del nacimiento de España, y el de su esplendor, ya nunca igualado, como nación. El acierto es palpable pues solo en esos tres siglos como los seleccionados (s. XIV al s. XVI) se puede percibir tanta variedad de referencia del marco institucional español, que pasa de la culminación de pactos territoriales y regios en momentos de búsqueda de identidad, hasta la constitución de un Estado moderno, en el sentido que siglos más tarde se calificaría a la concurrencia estable de los tres elementos tradicionales (territorio, población y poder político) que se lograron a final del s. XV en la península ibérica. Y así llegar finalmente a uno de los períodos más cultivados por la historiografía, el s. XVI, para ofrecer una serie de claves de comprensión sobre cómo evolucionan ciertas instituciones en momentos de guerra, de instauración fundacional, de hegemonía, de crisis, etc. Sin la renuncia al detalle y a una sobria interpretación de las fuentes consultadas en la investigación, la pluma del Dr. Díaz Majano permite desplazarse con soltura por los acontecimientos históricos llamando la atención solo sobre aquellos extremos que quieren leer e interesan a los investigadores jurídicos, sin caer en una divulgación histórica más propia de manuales u obras generales. Que no se olvide que estamos ante una monografía especializada.

Y en este punto, antes de anticiparles (no de desvelarles) el contenido, quisiera detenerme para subrayar la perspectiva de fondo que he encontrado más sugerente tras una sosegada lectura. La precisión de la naturaleza de la Corte y las Cortes es la mayor aportación del libro. No por especialista en derecho, pues desde luego no lo soy en este ámbito histórico, sino como empedernido viajero, me he encontrado en los más inesperados y a veces inhóspitos lugares (véase Thingvellir, en Islandia, que reivindica un parlamento en el año 930) todo tipo de alusiones a participación de líderes, cortesanos, elaboraciones de normas, etc. Algunas de ellas con la solvencia histórica de las Cortes Leonesas, pero otras más propias de la permanencia de una tradición oral inane de referencias documentales. En cuanto a la organización en torno a un *princeps*, rey, líder máximo o cualquier

ra otra jefatura absoluta, la llamada a un punto de partida para concebir una cabeza ejecutiva de poder a la que sigan con cierto orden y estructura toda una cadena de mando, todavía es más variada para la auto-adjudicación de las diferentes culturas, por encontrarnos en un elemento de la organización social muy anterior (siempre ha sido más natural la unificación del mando por la fuerza que el impulso humano a la co-participación, propio de las asambleas).

Pues bien, aquí reside la mayor fortaleza de la obra: el autor disecciona los caracteres de la Corte y las Cortes a las que se refiere aportando perfiles de su composición, naturaleza, poderes efectivos, límites en su caso, distorsiones, o influencias; pero siempre en relación al contexto histórico que las conoce o convoca. Modestamente, opino que un estudio de las instituciones siempre requiere de su contemplación y análisis contextualizado, sean los órganos del s. XV o sean los del s. XXI. Ese principio que comprenden perfectamente los documentados estudios como el que nos trata, no siempre parece encontrarse en los análisis institucionales que se realizan desde otras disciplinas jurídicas y sociales. El libro de Díaz Majano es capaz de marcar el distinto ambiente entre las diferentes Corte y Cortes durante los períodos regios de este momento fundacional de España, en ocasiones continuistas y en muchas otras bastante distintos respecto de los antecedentes. Esto no parece haberse aprendido mucho aún en la visión organizativa actual de algunos de nuestros países. Por ejemplo, en España, encontramos sólidos referentes doctrinales que entienden la monarquía actual en clave de monarquía decimonónica, glosando institución por encima de Constitución. Esto, es asombroso, se produce en la tercera década del s. XXI. Valga otro ejemplo (llamémosle, también, de cierto anacronismo) para resaltar asimismo en el actual poder legislativo, la necesidad de recordar el contexto histórico del que tiene que beber cada análisis científico: son abundantes, casi apabullantes, todas las opiniones doctrinales que abogan en las últimas décadas y, especialmente en los dos últimos lustros, sobre las reformas de los cauces de participación social que enriquezcan la democracia representativa que consagran las cámaras parlamentarias. Parece que se renuncia, a priori, a buscar una renovación del derecho parlamentario para la necesaria adaptación de las asambleas representativas a la inmediatez (inmediatez en el control, en la actuación normativa, en la previsión presupuestaria), y se sustituye por una elaborada concepción casi extra-cameral (democracia deliberativa, participativa, por ejemplo) que rebase, arrinconando, la institución básica y garantizada de la participación. Así caería, por desatención, el parlamento, fruto de una progresión histórica de participación (articulada, de funcionamiento racional, reposo y calidad normativa) para sondear otros caminos, de suyo más ágiles, atractivos y comprensibles, que ofrecieran la apariencia de mayor protagonismo de la ciudadanía para, en el fondo, entregar a intereses

indeterminados (sobre todo económicos) las llaves del resultado final del proceso social de toma de decisiones ejecutivas y normativas. En definitiva, que parece resultar más cómodo sostener una perpetua crisis del parlamento en busca de mecanismos sustitutivos más manejables, que detenerse a depurar el funcionamiento, correcto pero escasamente resolutorio, de esta gran obra fruto de los siglos, renunciando a adaptar los tiempos actuales y la naturaleza de lo que es y ha sido.

Sin que todo gire en el contexto histórico, como se deriva del sustrato del libro de Díaz Majano, se llega a una torcida calificación científica de las instituciones constitucionales. Es, por descender a uno de los reyes propuestos por el autor, como si a Juan II se le calificara de monarca menos integrador o comprometido con el nuevo espíritu nacional que a Felipe II, cuando la nobleza que rodeaba al primero se permitía hasta secuestrar la Corte, o campar y disponer por muchas ciudades (p. 379), y desconocía la fortaleza dinástica y política que el segundo disfrutaría.

Voy concluyendo, no vaya a desanimar a la lectura por un exceso de celo en la glosa, o no tener los mismos puntos de atracción que ustedes seguro encontrarán desde el acercamiento basado en otras perspectivas o enfoques. La estructura de la obra, en cuatro bloques, un anexo y un apéndice bibliográfico es equilibrada en cuanto la extensión y el interés de los temas tratados en cada tema (planteamiento, contexto, relato histórico y consecuencias), y dentro del capítulo III, también en la relevancia de cada reinado. Destila una planificación metodológica que a la postre es el camino para el éxito de la transmisión del análisis histórico-jurídico que se proponía. Quienes hemos estado interesados en el análisis institucional, pero desde el derecho vigente, aplaudimos iniciativas investigadoras como la presente donde la claridad de un planteamiento lineal de los hechos y su interpretación nos facilita el camino para una consulta rápida y fructífera, que no siempre se encuentra en otras exposiciones historiográficas recientes. Espero que el autor pueda profundizar en esta línea del *institucionalismo histórico* porque la actualidad de crisis permanente de los países democráticos “regañados” con sus estructuras, bajo la dictadura de la crítica feroz del revisionismo (amable o antisistema) va a exigir a todos los operadores jurídicos la formulación de soluciones de adaptación de los parlamentos, los ejecutivos y las jefaturas del Estado.

**Resumen:**

El libro aborda el estudio de dos instituciones fundamentales del medievo: las Cortes y la Corte, en su evolución documentada por el territorio histórico de la actual Castilla-La Mancha, desde su madurez hasta su asentamiento definitivo, durante tres siglos de interesantes acontecimientos políticos. Desde una perspectiva histórico-institucional, el recorrido incluye también los antecedentes de ambas instituciones y su necesaria relación: las Cortes, como lugar de debate de los asuntos de interés general del reino; la Corte, como entorno político de los monarcas en sus continuos viajes por el territorio.

**Palabras Clave:**

Cortes, Corte, Castilla, Historia, Instituciones, Castilla-La Mancha

**Abstract:**

The book approaches the study of two fundamental institutions of the Middle Ages: the Cortes and the Court, in their documented evolution across the historical land of the present Castilla-La Mancha, from their maturity to their definitive establishment, through three centuries of interesting political events. From a historical-institutional perspective, the itinerary also includes both institutions' precedents and their necessary relationship: the Cortes, as place of discussion for public interest matters; the Court, as kings' political environment in their continuous travels along the territory.

**Keywords:**

Cortes, Court, Castille, History, Institutions, Castilla-La Mancha





RECESIÓN AL LIBRO: OLIVER ARAUJO, J. CUARENTA AÑOS DE MONARQUÍA  
EN ESPAÑA, 1975-2015. TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2022

**Salvadora Ginard Martínez<sup>1</sup>**

Recibido: 10-07-2022

Aceptado: 25-07-2022

En el libro *Cuarenta años de Monarquía en España, 1975-2015*, el profesor Oliver Araujo no solo comparte con generosidad sus conocimientos con el lector, reflexionando sobre la Corona española (pasado, presente y futuro), sino que también propone con seriedad y técnica jurídica su alternativa a la Monarquía Parlamentaria. Y lo hace a través de las siete partes en que divide su libro.

En la primera parte, hace un repaso histórico de nuestra Monarquía, su instauración durante la dictadura franquista hasta nuestros días y su legitimidad constitucional, “que no democrática”.

Analiza la Corona desde un punto de vista constitucional en la segunda parte de esta obra, explicando términos jurídicos y doctrinales con gran claridad, haciendo fácil lo difícil. Demuestra sus años de experiencia en la docencia, explicando con carácter pedagógico conceptos complejos como la forma política del Estado español, el concepto de acto debido, el estatuto personal del Rey, su controvertida inviolabilidad, la irresponsabilidad regia y el refrendo, las funciones del Monarca, la sucesión a la Corona, la Reina Consorte y el Consorte de la Reina, la Regencia, la tutela y la Casa del Rey. Esta parte es especialmente importante para comprender el planteamiento que ofrece el autor en el capítulo final del libro.

En el tercer capítulo realiza una valoración social y política del reinado de Juan Carlos I, con sus “luces y sombras”. Distingue tres fases perfectamente definidas y diferenciadas: a) una primera fase (1975-1982), entre el acceso al Trono y la llegada al Gobierno del Partido Socialista Obrero Español, en la cual se incrementa el prestigio político del Rey; b) una segunda fase (1982-2010), que tilda de normalización de la Monarquía; y c) la tercera fase (2010-2014), que se inicia con el caso Urdangarín y se prolonga hasta la abdicación del Rey, fase que describe como de acelerado declive personal e institucional.

En la parte cuarta analiza con minuciosidad la abdicación del Rey Juan Carlos el 19 de junio de 2014, tildándola de “curiosa, apresurada, precipitada y llevada a cabo con total secretismo”. Es muy interesante el detallado recorrido que hace el autor por las sesiones parlamentarias, lo que le ayuda a comprender y “desdramatizar” esta forma de finalización del reinado. Por otro lado, en esta parte, el profesor Oliver Araujo aborda un tema interesantísimo, la pérdida de la inviolabilidad del Rey emérito y su aforamiento ante el Tribunal Supremo, gracias a la Ley Orgánica 3/2014. Se refiere el autor a la obsesión de la clase política española de “buscar el blindaje jurídico del Rey emérito” y repasa la forma en que se llevó a cabo su aforamiento ante el Tribunal Supremo.

Analiza también el comienzo del reinado de Felipe VI en el capítulo quinto: su proclamación como Rey de España, que ha significado un cambio de paradigma; el debate sobre si el inicio de su Reinado ha supuesto cambios sustanciales con respecto al de su padre; la retirada del título de Duquesa a su hermana Cristina; el discurso del Rey de 3 de octubre de 2017 ante el proceso independentista catalán, sobre el que dice que es el discurso políticamente más trascendente del reinado de Felipe VI; y la evolución de la Corona hacia una mayor transparencia institucional, reconociendo “un esfuerzo por parte del nuevo Rey” en este ámbito. Merecen especial lectura las conclusiones de esta parte, brillantes y magistrales, que son absolutamente necesarias para comprender en su complejidad la figura del refrendo regio.

La parte sexta es más dogmática que analítica, recordando al lector los diferentes procedimientos de reforma constitucional que nuestra Constitución ha regulado. Es fundamental para entender la propuesta de reforma de la Norma Suprema que propone el autor, concretada en un cambio en la forma de Jefatura del Estado. Esta parte se convierte en una herramienta muy útil para comprender la solución que Joan Oliver propone al final, así como para conocer los diferentes mecanismos jurídicos para llevarla a cabo. Para ello se plantea la pregunta de si tiene futuro la Monarquía Española pues considera que la Jefatura del Estado es una “anomalía democrática”, una “anormalidad política” y una “grave quiebra” del sistema democrático, que “nos priva de un derecho de especial significado democrático, como es el de ocupar algún día la Jefatura de la comunidad política a la que pertenecemos”.

Y sobre la base de este argumento, en la última parte del libro, la séptima, aborda su propuesta con gran rigor académico: la III República Española como “futuro deseable”. En este capítulo hace un balance sobre las diferentes líneas argumentales utilizadas a favor de la Monarquía y en contra de ella. Teniendo presente todo lo anterior, con gran racionalidad jurídica, presenta una propuesta seria de reforma constitucional, incluyendo un meditado proyecto de estatuto jurídico del Presidente de la República española.

Podemos o no estar de acuerdo en sus conclusiones, pero este libro merece ser leído por lo que aporta, por lo que se puede aprender, por lo que plantea y propone, siempre bajo la perspectiva del autor. Y lo hace desde el conocimiento de la materia como catedrático de Derecho Constitucional desde hace más de treinta años, lo que ya nos permite asegurar que estamos ante un trabajo riguroso y de precisión, que incluye una propuesta seria fundamentada en el saber jurídico.

Por otra parte, a lo largo del libro, Joan Oliver cita muchos autores por lo que el lector puede conocer la opinión de otros expertos sobre la misma materia, tanto en sentido crítico con respecto a la Corona como a su favor.

El autor se muestra muy crítico con la Corona, con sus “deficiencias, ambigüedades y sus disfunciones”. Por ello, concluye que debería reformarse.

Llega a sus conclusiones tras el análisis fundamentado en hechos históricos, discursos, intervenciones, dictámenes y derecho positivo.

Este trabajo de Joan Oliver no le dejará en absoluto indiferente ni le decepcionará. Es este un libro que, sin duda, recomiendo a cualquier tipo de lector, tanto si se es académico y erudito en la materia, como si se es ajeno a la misma.

**Resumen:**

El objeto central de este libro es el estudio del largo reinado de Juan Carlos I, desde su coronación en noviembre de 1975 hasta su abdicación en junio de 2014. En este período pueden distinguirse tres etapas: A) Una primera fase (1975-1982), entre el acceso al Trono y la llegada al Gobierno del PSOE, en la cual se incrementó su prestigio político por su destacado papel en el proceso de desmantelamiento de la dictadura franquista y de consolidación de la democracia en España. B) Una segunda fase (1982-2010), que comprendería el largo período central del reinado, de normalización de la Monarquía parlamentaria en España. C) Una tercera fase (2010-2014) de acelerado declive personal e institucional del Rey, en la que don Juan Carlos —con una conducta privada cada vez más cuestionada— fue perdiendo rápidamente el prestigio y la consideración de que había gozado, hasta el punto de poner en serio peligro la continuidad de la Monarquía.

**Abstract:**

The central object of this book is the study of the long reign of Juan Carlos I, from his coronation in November 1975 to his abdication in June 2014. Three stages can be distinguished in this period: A) A first phase (1975-1982), between accession to the Throne and arrival at the Government of the PSOE, in which his political prestige increased due to his prominent role in the process of dismantling the Franco dictatorship and consolidating democracy in Spain. B) A second phase (1982-2010), which would comprise the long central period of the reign, of normalization of the parliamentary Monarchy in Spain. C) A third phase (2010-2014) of accelerated personal and institutional decline of the King, in which Don Juan Carlos —with an increasingly questioned private conduct— rapidly lost the prestige and consideration he had enjoyed, until the point of seriously endangering the continuity of the Monarchy.

**Palabras Clave:**

Juan Carlos I, Corona, Monarquía en España.

**Key Words:**

Juan Carlos I, Crown, Monarchy in Spain.



RECENSIÓN AL LIBRO: RÍOS VEGA, LUIS EFRÉN Y SPIGNO, IRENE (DIRS.).  
ESQUIVEL ALONSO, YESSICA (COORD.), ESTUDIOS DE CASOS LÍDERES NACIONALES  
Y EXTRANJEROS VOL. XXII, LA MUERTE CIUDADANA  
EN AMÉRICA Y EUROPA. UN DEBATE CONTEMPORÁNEO, CIUDAD DE MÉXICO,  
TIRANT LO BLANCH, 2021, 399 PP.

BOOK REVIEW: RÍOS VEGA, LUIS EFRÉN AND SPIGNO, IRENE (DIRS.).  
ESQUIVEL ALONSO, YESSICA (COORD.), STUDIES OF NATIONAL AND FOREIGN CASES  
LEADERS. VOL. XXII, CIVIL DEATH IN AMERICA AND EUROPE.  
A CONTEMPORARY DEBATE, MEXICO CITY, TIRANT LO BLANCH, 2021, 399 PP.

**Jesús Manuel Martínez Torres<sup>1</sup>**

Recibido: 05-05-2022

Aceptado: 25-05-2022

<sup>1</sup> Licenciado en derecho por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila, con la tesis intitulada *Contribución a una visión del derecho desde la filosofía de la ciencia*, sustentada en marzo de 2016 y aprobada por unanimidad de tres votos y con mención honorífica; Maestro en derecho por la misma Universidad, con la tesis *Reflexiones sobre la relación derecho y moral desde el constructivismo radical y la fundamentación de los derechos humanos en la era posmoderna*, sustentada en febrero de 2017 y aprobada por unanimidad de tres votos; estudiante de quinto semestre del Doctorado en Derecho en la Universidad de Monterrey (UDEM) y Auxiliar de Investigación de la Academia Interamericana de Derechos Humanos, desde abril de 2016.

La experiencia progresiva de la ampliación de derechos y libertades civiles, así como el desarrollo teórico y jurisprudencial que las tradiciones continentales europeas e hispanohablantes han desarrollado en materia de derechos humanos, permite formular preguntas sobre la efectiva realización de su garantía para grupos que históricamente se han visto impactados en su capacidad de ejercicio. El caso de la privación de la capacidad para participar de la vida política debido a suspensión, inhabilitación o imposibilidad de ejercer derechos políticos por condenas judiciales o como castigo a faltas cometidas en contra del interés público constituye un marco de referencia para la reflexión sobre la justificación o los motivos de limitación de una de las cualidades esenciales del concepto moderno de ciudadanía.

La obra intitulada *La muerte ciudadana en América y Europa. Un debate contemporáneo*, dirigida por Irene Spigno, Directora de la Academia Interamericana de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila, y Luis Efrén Ríos Vega, Magistrado del Tribunal Superior del Estado de Coahuila, y coordinada por Yessica Esquivel Alonso, Directora del Centro de Derechos Civiles y Políticos, recoge contribuciones de trece coautores sobre casos resueltos en distintos contextos por tribunales nacionales de diferentes países e instancias supranacionales. El libro se integra en dos partes según los contextos de los diferentes sistemas jurídicos correspondientes a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo relacionado a la capacidad de ejercicio de ciertos derechos políticos debido a situaciones particulares de sus titulares.

En la Primera Parte, sobre la situación en América, en el Capítulo 1, *Una mirada interamericana a la participación política desde la óptica de la relación entre derechos humanos y democracia*, Joaquín A. Mejía Rivera, analiza las restricciones y regulaciones que se han impuesto a las libertades políticas por parte del sistema normativo interamericano de protección a los derechos humanos y su relación con la consolidación de ambientes democráticos; posteriormente, reflexiona sobre la incidencia de la pobreza y la exclusión social en las posibilidades reales de participación política y cómo los actos graves de corrupción impactan a los derechos económicos, sociales y culturales, por lo que plantea, desde una perspectiva moral, los presupuestos básicos para establecer una nueva condición de inelegibilidad política determinada por la realización de este tipo de actos.

En cuanto a la situación de personas condenadas a prisión, en el Capítulo 2, *El derecho de voto de los inmatos en Canadá: entre defensa de la democracia y diálogo institucional*, Irene Spigno describe y analiza la decisión de la Corte Su-

prema *Sauvé vs. Canadá*, en el que se contrasta la protección de los derechos políticos, a través de la interpretación de las disposiciones de la Carta de derechos y libertades fundamentales. El estudio contempla el marco normativo constitucional canadiense, la evolución del derecho al voto y el *criminal disenfranchisement* (privación de derechos); y la consideración de las personas privadas de libertad como un grupo minoritario, específicamente en relación con la discriminación sistemática que el sistema de justicia penal ha significado para la población aborigen de esa nación, en perspectiva con los efectos negativos que representa la suspensión del derecho al voto de la población carcelaria.

Continuando con la misma temática, Hernán Gonçalves Figueiredo, en el Capítulo 3 titulado *Estado actual del sufragio de los presos en la República Argentina*, describe los antecedentes nacionales, normativos y jurisprudenciales, sobre la titularidad y el ejercicio del sufragio, en sus dos moralidades, de personas sujetas a un proceso penal de manera preventiva y de aquellas ya condenadas. Se analiza el caso *Mignone* (2000), en el que se discute el sufragio activo, y el caso Romero *Feris y Patti* (2001), respecto al sufragio pasivo, de personas en prisión. El autor desarrolla las regulaciones legales sobre el derecho a votar y ser votado, que se han impuesto a nivel nacional, y los diferentes grados de limitación debido a las condiciones específicas de las personas de acuerdo con las modalidades de su situación.

Sobre la restauración de derechos políticos a exmiembros guerrilleros, en el Capítulo 4, *Aproximaciones al fenómeno de la parapolítica colombiana y la suspensión de derechos políticos a delincuentes: el caso Álvaro García* [2010], José Grijalva Eternod aborda el intento fallido de la Ley de Justicia y Paz (2005) de construir una justicia transicional y su pretensión de legitimar ciertos grupos ilegales, sin considerar los derechos de las víctimas, y la postura de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. A través del análisis del *Caso Álvaro García*, y los proyectos de reforma política presentados en 2007 y 2009 para el establecimiento de responsabilidades para partidos y movimientos políticos en Colombia frente a categorías delictivas como el *constreñimiento al sufragante*, surgido a propósito de intentos de homicidio con la intención concreta de disuadir a los votantes de votar por una opción antagónica a los grupos paramilitares.

Desde la perspectiva del derecho a asociación, en el Capítulo 5, *La suspensión de derechos políticos en Argentina: el caso Partido Nuevo Triunfo* [2015], Nora Valeria Rascioni y Sebastián Schimmel, estudian la solicitud de reconocimiento como partido político de una agrupación cuya denominación original era “Partido Nacionalista de los Trabajadores” que pretendía registrar la cruz esvás-

tica como símbolo. La controversia plantea discusiones respecto a la libertad de asociación política, garantizada dentro de los límites del respecto a la Constitución, y la ilegalización de partidos políticos antisistema. Los autores reflexionan sobre si la limitación constitucional incluye los espectros ideológicos de los partidos políticos o si debiese limitarse a garantizar la compatibilidad de estas agrupaciones con la dinámica social y política del Estado.

Finalmente, en el Capítulo 6, *Reformas constitucionales urgentes en México: el estatuto de la oposición garantizada frente a la instrumentación de la suspensión de derechos políticos*, tras la experiencia de las elecciones federales y locales de 2009 y 2010, Juan Carlos Silva Adaya, reflexiona sobre la necesidad de garantizar un estatus jurídico a las minorías políticas de oposición en México. El autor señala los problemas que representa el uso instrumental que se le da desde el sistema de justicia penal a la figura de la suspensión de derechos políticos a candidatos y propone una reforma constitucional que prohíba la detención y suspensión de estos derechos, desde el desarrollo de las campañas electorales hasta la etapa de resultados electorales y declaración de validez, salvo que se obtenga una resolución en la que existan elementos suficientes para que se libre una orden de aprehensión.

En la Segunda Parte, sobre la situación en Europa, en el Capítulo 7, *Suspensión del derecho a ser votado en los criterios del Tribunal EDH*, Karolina Monika Gilas y Szymon Janczarek realizan una revisión de casos en los que el Tribunal de Estrasburgo ha establecido criterios relacionados con la suspensión del derecho a ser votado por diversas causas. Por ejemplo: la limitación de no poseer varias nacionalidades, caso *Tănase vs. Moldavia* (2010); la exclusión para integrar puestos de representación popular basada en orígenes étnicos, caso *Sejdic y Finci vs. Bosnia y Herzegovina* (2009); el requisito de residencia en el país para participar en las elecciones parlamentarias, caso *Melnychenko vs. Ucrania* (2004); la exigencia de conocer la lengua oficial del Estado en el que se pretende postular, caso *Podkolzina vs. Letonia* (2002); la participación activa en organizaciones anti-democráticas, caso *Ždanoka vs. Letonia* (2006) y *Adamsons vs. Letonia* (2008); haber violado la Constitución, caso *Paksas vs. Lituania* (2011); y mantener vínculos con el crimen organizado, caso *Labita vs. Italia* (2000).

En el Capítulo 8, *La disolución del Refah Partisi*, Sergio Díaz Rendón reflexiona sobre los fundamentalismos religiosos y colisión con los valores rectores de la vida democrática. El autor analiza el caso paradigmático de la disolución del partido islámico *Refah Partisi*, fundado en 1983, y la suspensión de los

derechos políticos de sus miembros por parte del Tribunal Constitucional de Turquía. Llama la atención aquí el contexto y la fuerza con la que contaba dicha asociación política (más de cuatro millones de miembros) y el momento electoral y los motivos tomando en cuenta la revisión de los motivos de disolución identificados y valorados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la votación dividida que supuso la decisión de establecer la inexistencia de violaciones al artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Continuando con el tema de la ilegalización de partidos políticos, en el Capítulo 9, titulado *STC 62/2011 sobre Bildu: último episodio de la aplicación de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos*, Óscar Sánchez Muñoz desarrolla el caso español en torno al establecimiento de límites respecto a que las agrupaciones antidemocráticas puedan utilizar instituciones de carácter democrático, entre ellas los puestos de elección popular. El autor analiza el contexto de la coalición política Bildu, que sospechosamente mantendría conexiones con las agrupaciones anteriormente ilegalizadas por sus valores antisistema y lo que representó para la ciudadanía afectada la aplicación de la Ley Orgánica 2/2002 sobre los partidos políticos.

En el Capítulo 10, *Algunas consideraciones críticas sobre el proceso de anulación de la proclamación de diversas candidaturas presentadas por el partido político ANV*, Francisco Javier Matia Portilla analiza la supuesta contaminación de las listas de candidaturas del partido Acción Nacionalista Vasca, en España, por parte del ilegalizado partido *Abertzale Sozialisten Batasuna* (ASB). El autor emite opiniones críticas respecto de la admisión que se hizo de las demandas presentadas por la Abogacía del Estado y la Fiscalía General del Estado y expone su punto de vista respecto hasta qué punto debería aplicarse de manera extensiva la Ley de Partidos, siendo ésta una normativa de excepción.

Cierra la obra el Capítulo 11, *Reflexiones críticas sobre la jurisprudencia del Tribunal EDH en materia del derecho al voto de los condenados*, de autoría de Marco Olivetti, quien realiza una recapitulación de precedentes judiciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la limitación del derecho a votar y ser votado de personas condenadas a penas privativas de libertad. El autor revisa los casos *Hirst vs. Reino Unido* (2005); *Frodl vs. Austria* (2010); *Greens y M.T. vs. Reino Unido* (2010); *Scoppola vs. Italia* (2012); *Firth y otros vs. Reino Unido* (2013); *Anchugov y Gladkov vs. Russia* (2013); y *Söyler vs. Turquía* (2013); y concluye con una propuesta para la justificación teórica de la privación del derecho de voto de los condenados.

La obra reseñada es el resultado de esfuerzos académicos por recoger serios planteamientos sobre la democracia liberal actual y las respuestas de distintos tribunales en torno a la cuestión sobre si la suspensión de derechos civiles y políticos puede considerarse un castigo proporcional para personas; si este castigo puede considerarse una herramienta eficaz para la prevención y el combate a la corrupción de los servidores públicos; y si la defensa de la democracia puede llevarse a cabo mediante la exclusión de sus enemigos del espacio público, donde la deliberación de ideas se presenta como la manera adecuada para lograr una sociedad más incluyente.

Por los argumentos vertidos en cada una de las contribuciones hechas por los autores de la obra, así como por la compilación de precedentes y criterios jurisprudenciales que se pueden encontrar, sobre temas tan importantes como lo son el ejercicio y la garantía de los derechos políticos es que recomiendo la lectura de este libro que la Academia Interamericana de Derechos Humanos y la editorial Tirant lo Blanch ponen a nuestra disposición.

**Resumen:**

La obra “La muerte ciudadana en América y Europa. Un debate contemporáneo”, se compone de once capítulos en los que se discuten problemáticas y casos resueltos por tribunales nacionales de diferentes países e instancias supranacionales respecto a la privación a personas de la capacidad para participar de la vida política a causa de suspensión, inhabilitación o imposibilidad del ejercicio de derechos políticos por condenas judiciales debido a faltas en contra del interés público constituye un marco de referencia para la reflexión sobre la justificación o los motivos de limitación de una de las cualidades esenciales del concepto moderno de ciudadanía. Cada una de las contribuciones permiten reflexionar sobre la importancia de la garantía de los derechos políticos de las personas.

**Abstract:**

The work “Civil death in America and Europe. A contemporary debate”, consists of eleven chapters in which problems and cases resolved by national courts of different countries and supranational instances are discussed; regarding the deprivation of people of the ability to participate in political life due to suspension, disqualification, or the impossibility of exercising civil and political rights due to judicial convictions for offenses against the public interest constitutes a reference framework for reflection on the justification or reasons for limiting one of the essential qualities of the modern concept of citizenship. Each of the contributions allows us to reflect on the importance of guaranteeing people’s political rights.

**Palabras Clave:**

Derechos políticos; muerte ciudadana; democracia; sentencias judiciales.

**Key Words:**

Political rights; civil death; democracy; judgments.



---

---

## IV. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

---

---

### SUMARIO

- **María Martín Sánchez**, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2021)*.
- **M<sup>a</sup> del Pilar Molero Martín-Salas**, *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2021)*.
- **Joaquina Guerrero Sanz**, *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2021)*.
- **M<sup>a</sup>. Elena Rebato Peño**, *Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2021)*.
- **Tomás Vidal Marín**, *El conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor en las redes sociales. Vulneración del derecho al honor de un torero fallecido: el caso de Víctor Barrio Hernaninz (STC 93/2021)*.



JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS  
(DE 1 DE ENERO DE 2021 A 31 DE DICIEMBRE DE 2021)

JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT  
ON AUTONOMOUS COMMUNITIES  
(JANUARY 1, 2021 TO DECEMBER 31, 2021)

**María Martín Sánchez<sup>1</sup>**

Recibido: 25-02-2022

Aceptado: 31-03-2022

**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 breve recopilación de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el año 2021, en relación con las Comunidades Autónomas. Para ello, 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. Sin embargo, igual que ocurrió en el anterior ejercicio de 2020, durante 2021 solo se presentaron una docena de recursos de inconstitucionalidad, cinco cuestiones de inconstitucionalidad y cuatro conflictos positivos de competencias. No encontramos más pronunciamientos en este sentido emitidos por el Alto Tribunal. Se pone de manifiesto una pobre actividad del Tribunal Constitucional en su función de control de la constitucionalidad y en relación con este tipo de conflictos.

Además, no encontramos ningún proceso en el que haya estado implicada nuestra Región, por lo que nos limitaremos 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 186/2021, de 28 de octubre (BOE núm. 282 de 25 de noviembre de 2021). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 157/2021, de 16 de septiembre (BOE núm. 251 de 20 de octubre de 2021). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 125/2021, de 3 de junio (BOE núm. 161 de 07 de julio de 2021). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 112/2021, de 13 de mayo (BOE núm. 142 de 15 de junio de 2021). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 75/2021, de 18 de marzo (BOE núm. 97 de 23 de abril de 2021). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 74/2021, de 18 de marzo (BOE núm. 97 de 23 de abril de 2021). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 72/2021, de 18 de marzo (BOE núm. 97 de 23 de abril de 2021). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 68/2021, de 18 de marzo (BOE núm. 97 de 23 de abril de 2021). Recurso de inconstitucionalidad.

- Sentencia 40/2021, de 18 de febrero (BOE núm. 69 de 22 de marzo de 2021). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 38/2021, de 18 de febrero (BOE núm. 69 de 22 de marzo de 2021). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 16/2021, de 28 de enero (BOE núm. 46 de 23 de febrero de 2021). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 13/2021, de 28 de enero (BOE núm. 46 de 23 de febrero de 2021). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 167/2021, de 4 de octubre (BOE núm. 268 de 09 de noviembre de 2021). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 159/2021, de 16 de septiembre (BOE núm. 251 de 20 de octubre de 2021). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 123/2021, de 3 de junio (BOE núm. 161 de 07 de julio de 2021). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 109/2021, de 13 de mayo (BOE núm. 142 de 15 de junio de 2021). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 15/2021, de 28 de enero (BOE núm. 46 de 23 de febrero de 2021). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 185/2021, de 28 de octubre (BOE núm. 282 de 25 de noviembre de 2021). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 39/2021, de 18 de febrero (BOE núm. 69 de 22 de marzo de 2021). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 37/2021, de 18 de febrero (BOE núm. 69 de 22 de marzo de 2021). Conflicto positivo de competencias.
- Sentencia 36/2021, de 18 de febrero (BOE núm. 69 de 22 de marzo de 2021). Conflicto positivo de competencias.

### ***3. Breve reflexión.***

Igual que ocurriera en 2020, de la revisión de la actividad del Tribunal Constitucional durante el ejercicio de 2021 se vislumbra una innegable influencia de la situación de “anormalidad” vivida a causa de la emergencia sanitaria provocada por la Covid 19. La actividad del Alto Tribunal, aún escasa, continúa afectada por esta situación.

**Resumen:**

Se presenta un repaso de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional referidas a Comunidades Autónomas, en procesos de inconstitucionalidad y conflictos de competencias durante el año 2021.

**Summary:**

In this paper a review of the judgments of the Constitutional Court concerning autonomous regions in processes of constitutional and jurisdictional conflicts during 2021

**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 2021 A 31 DE DICIEMBRE DE 2021)

LEGISLATIVE ACTIVITY THAT REGIONAL PARLAMENT OF CASTILLA-LA MANCHA  
(FROM JANUARY 1 TO DECEMBER 31 OF 2021)

**M<sup>a</sup> del Pilar Molero Martín-Salas<sup>1</sup>**

Recibido: 25-02-2022

Aceptado: 31-03-2022

**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 2021.*

*II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas.*

<sup>1</sup> Profesora Contratada Doctor de Derecho Constitucional de la UCLM.

***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 2021.***

Durante dicho periodo se han aprobado en Castilla-La Mancha un total de 8 leyes. Concretamente las leyes aprobadas han sido las siguientes:

**- Ley 1/2021, de 12 de febrero, de Simplificación Urbanística y Medidas Administrativas.**

DOCM núm. 38 (25-02-2021).  
BOE núm. 97 (23-04-2021)

**- Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha.**

DOCM núm. 90 (12-05-2021)  
BOE núm. 165 (12-07-2021).

**- Ley 3/2021, de 28 de mayo, por la que se crea el Colegio Oficial de Licenciados y Graduados en Ciencias Ambientales de Castilla-La Mancha.**

DOCM núm. 108 (09-06-2021)  
BOE núm. 165 (12-07-2021).

**- Ley 4/2021, de 25 de junio, de Medidas Urgentes de Agilización y Simplificación de Procedimientos para la Gestión y Ejecución de los Fondos Europeos de Recuperación.**

DOCM núm. 123 (25-06-2021).  
BOE núm. 265 (05-11-2021).

**- Ley 5/2021, de 23 de julio, del Régimen Administrativo y Fiscal del Juego en Castilla-La Mancha.**

DOCM núm. 145 (30-07-2021).  
BOE núm. 265 (05-11-2021).

**- Ley 6/2021, de 5 de noviembre, de extinción de Cámaras Agrarias Provinciales de Castilla-La Mancha y por la que se establece el régimen jurídico para realizar transmisiones de patrimonio procedente del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario.**

DOCM núm. 218 (12-11-2021).

BOE núm. 41 (17-02-2022).

**- Ley 7/2021, de 3 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Castilla-La Mancha.**

DOCM núm. 237 (13-12-2021).

BOE núm. 41 (17-02-2022).

**- Ley 8/2021, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2022.**

DOCM núm. 249 (29-12-2021).

BOE núm. 46 (23-02-2022).

## ***II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas.***

**- Ley 1/2021, de 12 de febrero, de Simplificación Urbanística y Medidas Administrativas.**

DOCM núm. 38 (25-02-2021)

BOE núm. 97 (23-04-2021)

El principal objetivo de la ley es establecer una regulación en materia de ordenación territorial y urbanística de conformidad con los principios de desarrollo sostenible, principalmente los marcados en la Agenda 2030 y las Agencias urbanas europeas y española. Se trata de ordenar el territorio, haciendo un uso racional del suelo; evitar la dispersión urbana y revitalizar la ciudad existente; prevenir y reducir los efectos del cambio climático; hacer una gestión sostenible de los recursos y favorecer la economía circular; favorecer la proximidad y la movilidad sostenible; fomentar la cohesión social y la equidad, garantizando el acceso a una vivienda digna y adecuada; liderar y fomentar la innovación digital y el tránsito a un consumo energético derivado de fuentes renovables; y mejorar los instrumentos de intervención y la gobernanza.

La presente ley introduce una serie de reformas, especialmente en el Texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y la Actividad Urbanística de Castilla-la Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, con la finalidad de conseguir los objetivos antes expuestos, así como la agilización procedimental y la eliminación de trámites superfluos.

Especialmente importante es la regulación que se realiza respecto a la reserva de suelo para viviendas sujetas a algún tipo de protección pública, necesaria no sólo por las circunstancias económicas que sobrevienen hoy al mercado inmobiliario sino también por los efectos que ha tenido sobre este tipo de viviendas la supresión de las ayudas a su promoción y adquisición operada entre los años 2012 y 2013. También se pretende dinamizar el uso de los suelos públicos, para que realmente puedan servir para atender a las demandas reales de los municipios, evitando el estancamiento de los mismos.

En cuanto a las zonas de uso industrial, la ley incorpora dos novedades: por una parte en cuanto a la regulación de los aparcamientos exigidos de manera unívoca hasta ahora por la normativa vigente, a fin de que cada actuación atienda esta cuestión en virtud a sus particularidades, las cuales vienen condicionadas por las necesidades de las concretas actividades productivas que buscan su implantación en estos ámbitos. Por otra parte se flexibiliza el régimen de las zonas verdes, estableciéndose un diseño particularizado de cada actuación.

La ley también propone una nueva regulación de dos figuras habituales en la práctica, con el fin de flexibilizar su régimen y así mejorar la actividad económica: las autorizaciones provisionales y el régimen de fuera de ordenación. También se planean mejoras en cuanto a la comunicación previa y la declaración responsable.

Otro de los principales objetivos de la ley es el desarrollo de las zonas rurales, ampliando los fines de los patrimonios públicos de suelo, permitiendo nuevas actuaciones: ejecución de sistemas locales, la regeneración y renovación urbana, y el cumplimiento de objetivos de desarrollo sostenible.

Por otra parte, la ley también fomenta una serie de innovaciones en la tramitación de proyectos en suelo rústico a través de la figura de la calificación urbanística, tales como el que se exima de ésta a pequeñas actuaciones de mera conservación y mantenimiento de edificaciones existentes.

Por último, hacer referencia a otro de los objetivos que se marca esta ley de reforma del Texto refundido, y es el de revertir la ya tendencia de las últimas dé-

cadass, la pérdida constante de población en las zonas rurales. Se plantean medidas que van desde una adecuada dotación de infraestructuras que vertebran el territorio y garanticen tanto la movilidad como una adecuada telecomunicación en el mismo, hasta medidas positivas de fomento de la actividad económica y poblacional en estos ámbitos rurales.

**- Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha.**

DOCM núm. 90 (12-05-2021)

BOE núm. 165 (12-07-2021)

Hasta la fecha, son diversas las normas regionales encaminadas a la promoción y desarrollo del ámbito rural, ya que se trata de una región en la que más del 90% de su territorio es rural, lo cual provoca que haya zonas con altos niveles de despoblación.

La presente ley analiza la situación desde una perspectiva multisectorial y transversal, tratando de paliar las consecuencias de la despoblación y ofreciendo unos servicios públicos básicos, adaptados a las necesidades de cada territorio.

Se trata de una ley amplia, que consta de setenta y siete artículos distribuidos en siete títulos, cinco disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y trece disposiciones finales. El Título Preliminar recoge el objeto de la ley, el ámbito de aplicación, sus fines y objetivos y diversas definiciones. El Título I se centra en el tema demográfico y la despoblación, recogiendo dos cuestiones a destacar: la sensibilización social en materia demográfica y la obligación de la Administración Regional de incorporar un informe sobre impacto demográfico en la producción normativa y en la elaboración de planes y programas. El Título II se centra en la zonificación, categorización y planificación del medio rural. El Título III plantea políticas públicas de desarrollo del medio rural y frente a la despoblación. El Título IV se refiere a la cohesión económica, social y territorial del medio rural. El Título V establece ciertas reglas y principios para la financiación de medidas para el desarrollo del medio rural y frente a la despoblación. El Título VI establece medidas tributarias frente a la despoblación. Y el Título VII se centra en la gobernanza, creando el Consejo Regional de Desarrollo del Medio Rural y frente a la Despoblación.

**- Ley 3/2021, de 28 de mayo, por la que se crea el Colegio Oficial de Licenciados y Graduados en Ciencias Ambientales de Castilla-La Mancha.**

DOCM núm. 108 (09-06-2021)

BOE núm. 165 (12-07-2021)

Mediante la presente ley se crea el Colegio Oficial de Licenciados y Graduados en Ciencias Ambientales de Castilla-La Mancha, como corporación de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, pudiendo formar parte del mismo todas aquellas personas que lo soliciten y posean la Licenciatura o el Grado en Ciencias Ambientales.

La estructura interna y el funcionamiento del Colegio serán democráticos, rigiéndose en sus actuaciones por la legislación básica del Estado y la normativa de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en materia de colegios profesionales, por la presente ley, sus propios estatutos y demás normas de régimen interior, y cuantas normas le sean de directa o subsidiaria aplicación, con una competencia territorial en toda la Comunidad Autónoma de Castilla-la Mancha.

**- Ley 4/2021, de 25 de junio, de Medidas Urgentes de Agilización y Simplificación de Procedimientos para la Gestión y Ejecución de los Fondos Europeos de Recuperación**

DOCM núm. 123 (25-06-2021)

BOE núm. 265 (05-11-2021)

La pandemia provocada por la COVID-19 ha tenido numerosas consecuencias, entre ellas una afectación negativa directa sobre la economía, por lo que desde la Unión Europea se han adoptado medidas para tratar de paliar dicha problemática económica.

Desde la Comisión Europea se presentó un paquete de medidas de gran alcance que aunaba el futuro marco financiero plurianual (MFP) y medidas específicas de recuperación en el marco de «Next Generation EU», siendo este último un instrumento temporal de recuperación dotado con 750.000 millones de euros que contribuirá a reparar los daños económicos. Se trata de financiar medidas para restablecer el empleo y la creación de puestos de trabajo; reformas e inversiones para revitalizar el potencial de crecimiento sostenible y de empleo; medidas para revitalizar a las empresas afectadas por el impacto económico de la crisis de la COVID-19, en particular, las pequeñas y medianas empresas; medidas para la

investigación y la innovación en respuesta a la crisis de la COVID-19; medidas para aumentar el nivel de preparación de la Unión frente a situaciones de crisis; medidas para garantizar que una transición justa hacia una economía neutra desde el punto de vista climático no se vea minada por la crisis de la COVID-19 y medidas para hacer frente al impacto de la crisis de la COVID-19 en la agricultura y el desarrollo rural.

Sin embargo, la asignación y ejecución de los fondos requiere una respuesta extraordinaria, ágil y eficaz de las Administraciones Públicas. En el caso concreto de la región, la importancia de los recursos previstos para Castilla-La Mancha, y la celeridad requerida en la ejecución de los proyectos financiados con los fondos europeos, plantea a la Administración regional un reto sin precedentes, que es asumido por el Gobierno de Castilla-La Mancha, proponiéndose lograr la pronta recuperación de la actividad económica de la región y el cambio de modelo productivo, poniendo en marcha proyectos, inversiones y reformas dirigidas a lograr una economía y una sociedad más verde, digital, inclusiva y social.

Para su adecuada consecución, se adoptarán una serie de medidas extraordinarias dirigidas a proporcionar a la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y las entidades de su sector público regional, los medios, recursos y procedimientos necesarios para garantizar una gestión eficiente y transparente, de los fondos provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación, compatible con los breves plazos establecidos en la normativa europea para contraer el gasto y ejecutarlo. Todas estas medidas tienen un carácter excepcional pues solo se aplican a la gestión y ejecución de las actuaciones vinculadas a los fondos europeos del Instrumento Europeo de Recuperación; pero, además, tienen una vigencia temporal limitada al período estrictamente necesario para la implementación de los proyectos, reformas e inversiones, de conformidad con lo previsto en la normativa nacional y comunitaria.

Se trata de una ley extensa estructurada en cuarenta artículos, agrupados en cuatro títulos de los cuales, solo el segundo, se divide, a su vez, en varios capítulos; cuatro disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y dieciocho disposiciones finales. En el título I se recogen el objeto de la ley, su ámbito de aplicación y una breve referencia a los principios básicos de actuación. En este título también se prevé la creación de una Comisión Delegada para los Fondos Europeos de Recuperación con funciones de diseño, planificación y seguimiento de las actuaciones. El título II se recogen las medidas de agilización y simplificación de los procedimientos y actuaciones financiables con los fondos procedentes del Instrumento Europeo de Recuperación. En el título III se prevén medidas es-

pecíficas de organización y recursos humanos orientadas a proporcionar a la administración soluciones flexibles en materia de gestión de personal. Y en el título IV se hace referencia a los proyectos declarados prioritarios de conformidad con la Ley 5/2020, de 24 de julio, de Medidas Urgentes para la Declaración de Proyectos Prioritarios en Castilla-La Mancha, financiables con fondos europeos cuya gestión y ejecución podrá llevarse a cabo utilizando los instrumentos de colaboración público-privada previstos en el ya citado Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre.

**- Ley 5/2021, de 23 de julio, del Régimen Administrativo y Fiscal del Juego en Castilla-La Mancha**

DOCM núm. 145 (30-07-2021)

BOE núm. 265 (05-11-2021)

La Ley 2/2013, de 25 de abril, es la que regula en la actualidad los juegos y apuestas en la región, y aunque ha resultado una legislación adecuada, con la presente ley se trata de potenciar las medidas de control en el ejercicio de la actividad del juego, superando así su naturaleza de mera actividad económica, para poner el foco en las repercusiones sociales de aquél.

Con esta nueva regulación se trata de desarrollar más pormenorizadamente los principios del juego y las políticas de juego responsable, así como la sensibilización y concienciación respecto a las consecuencias de una práctica de juego no adecuada.

La ley también establece una prohibición general de la publicidad del juego, excepto la que se realice en el interior de los propios locales, aquella que se inserta en publicaciones específicas dirigidas al sector, las de patrocinio que consistan simplemente en insertar el nombre comercial de la empresa u organizador del juego, así como la de los juegos organizados por entes de derecho público, o la publicidad que, sin incitar a su realización, tenga por objeto la mera información y la implantación de nuevas modalidades de juegos. Si bien en todos estos casos se necesitará una autorización administrativa.

Asimismo se prevé la creación del Observatorio de juego responsable, configurado como un órgano permanente de la Comisión de Juegos de Castilla-La Mancha con el fin de proponer todas aquellas políticas públicas encaminadas hacia la prevención y buenas prácticas del juego.

También se establecen uno requisitos en cuanto a la ubicación de los diferentes locales de juego, para evitar la excesiva proliferación y concentración de los mismos.

Es una ley extensa conformada por un título preliminar y 5 títulos, que comprenden un total de 60 artículos, a los que se añaden 4 disposiciones adicionales, 6 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria, 3 disposiciones finales y 1 anexo.

El título preliminar delimita el objeto y sujetos a quienes se ha de aplicar la ley. El título I se compone de dos capítulos. En el primero se enumeran las competencias, tanto del Consejo de Gobierno como de la consejería competente en materia de juego. También se regula la Comisión de Juegos de Castilla-La Mancha, y en el capítulo II se regulan los títulos habilitantes. El título II integra dos capítulos. El primero se dedica a las personas que intervienen en la práctica del juego, y el segundo contiene las obligaciones específicas aplicables a quienes organizan y empresas de juego, las que incumben al personal empleado de los mismos y los derechos y obligaciones de las personas usuarias. El título III se dedica a los locales y a los juegos que en ellos pueden practicarse. El título IV regula en su capítulo I la inspección y el control, y en el capítulo II, el régimen sancionador. Finalmente, título V hace referencia al régimen fiscal.

**- Ley 6/2021, de 5 de noviembre, de extinción de Cámaras Agrarias Provinciales de Castilla-La Mancha y por la que se establece el régimen jurídico para realizar transmisiones de patrimonio procedente del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario**

DOCM núm. 218 (12-11-2021)

BOE núm. 41 (17-02-2022)

Con la presente ley se declaran extinguidas las cámaras agrarias de ámbito provincial existentes en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de acuerdo con la Ley 1/1996, de 27 de junio, de Cámaras Agrarias de Castilla-La Mancha.

La liquidación del patrimonio y las relaciones jurídicas de las extintas cámaras agrarias provinciales se llevará a cabo por las comisiones liquidadores que prevé la propia ley. Mientras se llevan a cabo las operaciones necesarias para la total liquidación y adscripción de su patrimonio, la consejería competente en materia agraria asumirá de forma provisional los derechos y obligaciones de las corporaciones extinguidas.

El patrimonio de las extintas cámaras agrarias provinciales se integrará en el patrimonio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, quedando adscrito a la consejería para su aplicación a fines y servicios de interés general agrario del ámbito territorial de la región, considerándose incluido el del desarrollo rural en aquellos aspectos que se relacionen con el ámbito agrario.

### **- Ley 7/2021, de 3 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Castilla-La Mancha**

DOCM núm. 237 (13-12-2021)

BOE núm. 41 (17-02-2022)

Es habitual que, al margen de las competencias que desempeña el Tribunal de Cuentas a nivel estatal, las Comunidades Autónomas hayan creado órganos propios de control externo. La labor de tales órganos autonómicos de control no hace sino contribuir a la mejora de los sistemas de control.

La Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha vino desarrollando sus funciones de control externo del sector público autonómico hasta su desaparición en virtud de la Ley 1/2014, de 24 de abril, de supresión de la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha. Durante 20 años, este órgano ejerció su actividad de control externo sobre la actividad económico-financiera, no solo del sector público regional sino también en el ámbito de las entidades locales.

Pasados unos años desde la desaparición de la Sindicatura de Cuentas, se considera oportuno y conveniente dotar a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de un órgano propio de control externo dependiente de las Cortes regionales y con plena autonomía funcional.

Con la presente ley se crea la Cámara de Cuentas de Castilla-La Mancha, que consta de cuarenta y cinco artículos, distribuidos en cinco títulos, cinco disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y una disposición final. El título I se dedica a disposiciones generales, se ocupa de la naturaleza y la delimitación del ámbito de actuación de la Cámara de Cuentas, así como de sus funciones y competencias. El título II está dedicado a la nuclear función fiscalizadora de la Cámara de Cuentas, precisando su contenido y alcance, así como el procedimiento y los resultados en que la misma debe concretarse. El título III determina la composición de la Cámara de Cuentas, así como sus funciones y su régimen de incompatibilidades. El título IV se ocupa de los recursos personales y económicos. Y por último, el título V desarrolla el marco legal de las relaciones de la Cá-

mara de Cuentas con las Cortes de Castilla-La Mancha, con el Tribunal de Cuentas y con la Administración de la Junta de Comunidades y el resto de entidades integrantes del sector público de Castilla-La Mancha.

**- Ley 8/2021, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2022**

DOCM núm. 249 (29-12-2021)

BOE núm. 46 (23-02-2022)

La presente ley tiene por objeto establecer los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2022.

Con esta ley se establece, por una lado, la previsión de ingresos y la habilitación de gastos de los órganos, organismos y entes integrantes del sector público regional; y, por otro, establecer aquellas normas de naturaleza financiera que desarrollan y aclaran los estados cifrados para su ejecución congruente. Asimismo, tiene como objeto regular aquellas otras materias que, sin estar relacionadas directamente con los estados cifrados, poseen un carácter director de la política económica del Gobierno regional.

Esta normativa se configura como la pieza esencial en la ejecución del programa de la Administración regional que, desde un punto de vista económico y financiero, se materializa como un plan anual ordenado y cuantificado monetariamente que sirve de pauta para la adopción de decisiones cuya realización requiere de recursos financieros que, por naturaleza, son escasos. Asimismo, se trata de dar cumplimiento a determinados principios como el de proporcionalidad, transparencia, eficiencia o seguridad jurídica.

Como ocurriera con los presupuestos del año anterior, sigue siendo necesario tener en cuenta las consecuencias negativas que la COVID-19 ha provocado a nivel económico.

**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 2021.

**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 2021.

**Key Words:**

Parliament, 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<sup>a</sup> Joaquina Guerrero Sanz<sup>1</sup>**

*Recibido: 25-02-2022*

*Aceptado: 31-03-2022*

<sup>1</sup> Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

En el año 2021, la labor del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, referida al ejercicio de competencias constitucionales y estatutarias -atribuidas por la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, que regula dicho órgano y el Gobierno de nuestra comunidad autónoma-, se ha concretado en la emisión de nueve dictámenes sobre anteproyectos de ley, asuntos que el Gobierno de la región ha sometido a la consideración de este órgano consultivo antes de su aprobación por las Cortes Regionales.

Como viene siendo habitual, en la exposición que se realizará se recogerán las consideraciones de carácter esencial que se efectuaron en seis de aquellos 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 136/2021, de 22 de abril, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de Ley de del Régimen Administrativo y del Juego de Castilla-La Mancha.

La memoria elaborada por la Directora General de Tributos y Ordenación del Juego afirma que la norma tiene por objeto “*potenciar más las medidas de control en el ejercicio de la actividad del juego, por medio, entre otros instrumentos, de la concreción de los principios del juego y, en particular, las políticas de juego responsable, para conseguir sensibilizar y concienciar al conjunto de la sociedad sobre las consecuencias de una práctica inadecuada del juego, especialmente relacionadas con los riesgos de ludopatía, al tiempo que apoyar actitudes de juego moderado, no compulsivo y responsable [ ] Otra de las razones que impulsaría la elaboración de este nuevo texto legal descansaría en cambiar el régimen de publicidad del juego regulado en la ley del 2013, para volver a un sistema similar al recogido en la primera norma que se elaboró en esta comunidad autónoma, siguiendo de esta manera la línea de rectificación que se pretende implantar en la regulación de esta materia a nivel estatal*”.

Tras el estudio pormenorizado del texto legal proyectado, el Consejo realizó al mismo las siguientes observaciones de carácter esencial:

- El artículo 19 del proyecto viene referido a los “*Establecimientos*”. Se considera en el dictamen que dicho precepto “*es de suma importancia para la correcta interpretación y aplicación del conjunto de la norma porque identifica y clasifica los distintos lugares donde se pueden organizar, explotar y practicar los juegos permitidos, lo que sirve de base para la regulación, en los artículos posteriores, del régimen jurídico específico que corresponde a cada uno de estos lugares.*”

*Es por ello que resulta imprescindible manejar con sumo rigor la terminología empleada, a fin de garantizar la seguridad jurídica de la norma y evitar problemas interpretativos en su desarrollo y aplicación posterior.*

*En este sentido, se aprecia una primera dificultad al utilizar el concepto “establecimientos de juego”, tanto para designar al conjunto de lugares donde se practica (título del capítulo y de la sección 1ª, o en el artículo 38.2) como para referirse a uno de los cuatro tipos en que estos se clasifican (artículo 19.b, o 23). Utilización indiferente que se emplea también en el anexo III.*

*De este modo, cuando en el articulado se emplea la expresión “establecimientos de juego” puede dar lugar a problemas de interpretación sobre el alcance de la regulación contenida en el mismo. A modo de ejemplo, su uso en los artículos 12, apartados 1, letra d) y 2, letra f), o 28.2 letra b) puede dar lugar a dudas si se refiere a todos los lugares o sólo a los previstos en la letra b) del artículo 19.*

*Por otra parte, se observa también que en otros preceptos y, en particular, en la parte final de la norma, se opta por utilizar la expresión “locales de juego”, denominación esta que no se ha definido previamente, pero que parece emplearse como sinónimo de “establecimientos de juego” en el sentido de comprender todos los lugares enumerados en el artículo 19. En otras ocasiones parece utilizarse con un sentido diferente como sucede en el artículo 38.2 cuando se refiere a “los establecimientos de juego o en locales donde haya máquinas”.*

*En definitiva, es necesario realizar una revisión general del uso de los términos manejados por la norma de modo que estos queden correctamente delimitados y definidos, evitando en todo caso la utilización de la misma palabra o expresión para designar realidades diferentes. De este modo quedará garantizado que el empleo de la misma terminología, se corresponde siempre con un mismo sujeto o situación”.*

- La Disposición adicional sexta, sobre la “Limitación a la concentración de locales de juego”, establece que “1. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20.1, la Consejería competente en materia de juego podrá autorizar que los municipios declaren zona saturada de locales de juego una parte de su término municipal en los términos previstos reglamentariamente, cuando en el ejercicio de sus propias competencias resuelvan el otorgamiento de títulos habilitantes. [] 2. La autorización prevista en el número anterior mantendrá su vigencia durante el tiempo que concurren las circunstancias que motivaron su otorgamiento”.

Entiende el Consejo que “la redacción dada remite en bloque al desarrollo reglamentario la regulación de condiciones y requisitos para declarar “zona saturada de locales de juego”, cuyos efectos, por otra parte, tampoco indica, aunque es previsible que afectará a la posibilidad de otorgamiento de nuevas licencias.

*Esta remisión reglamentaria no fija ningún elemento definidor o configurador de esta restricción dada la extrema vaguedad que implica la expresión “autorizar que los municipios declaren zona saturada de locales de juego una parte de su término municipal en los términos previstos reglamentariamente”.*

*Debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante un precepto que limita la libertad de establecimiento de empresas, cuyos elementos principales y alcance deben regularse mediante ley según determina el artículo 53 de la Constitución.*

*Por otra parte, en la definición que se realice de esta restricción, deberán valorarse y tenerse en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad fijados en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, así como el margen competencial de los municipios en esta materia, siendo de aplicación en su defecto la regulación contenida en la Ley 7/2011, de 21 de marzo, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Castilla-La Mancha, cuyo artículo 2 declara de aplicación supletoria en defecto de normativa específica”.*

Las observaciones esenciales efectuadas en el dictamen fueron recogidas en el texto definitivo finalmente aprobado mediante Ley 5/2021, de 23 de julio, del Régimen Administrativo y Fiscal del Juego en Castilla-La Mancha, publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha (D.O.C.M.) número 45, de 30 de julio de 2021.

- Dictamen número 152/2021, de 29 de abril, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de Ley de medidas

urgentes de agilización y simplificación de procedimientos para la gestión y ejecución de los fondos europeos de recuperación.

La memoria redactada por la Secretaria General de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas explicaba las razones que aconsejarían la tramitación de un anteproyecto de Ley dirigido a regular la implantación de diversas medidas de carácter urgente para agilizar y simplificar procedimientos referidos a la gestión y ejecución de los fondos europeos de recuperación integrados en el instrumento comunitario de esa índole, aprobado por el Consejo de la Unión Europea mediante el Reglamento 2020/2094, de 14 de diciembre.

La citada memoria efectuaba una extensa exposición sobre los motivos que justificaban la iniciativa, haciendo un repaso de las principales medidas en ella contempladas, con referencia a su composición y distribución a lo largo de la misma, dentro de la cual el articulado acogería las innovaciones que darían respuesta al objetivo normativo aludido en su título, mientras que sus disposiciones adicionales y finales se ocuparían de establecer otra multiplicidad de medidas de muy dispar cariz que afectarían a diversas normas y ámbitos regulatorios. También se analizaba qué tipo de tramitación procedía dispensar a la iniciativa, que se calificaba como de gran urgencia, aduciéndose al efecto que el desarrollo de actuaciones similares ya emprendidas por el Estado y otras Comunidades Autónomas se habría articulado a través de la figura del Real Decreto-ley o del Decreto-ley, no prevista en nuestro Estatuto de Autonomía.

El Consejo efectuó una consideración de carácter esencial, referida al artículo 18 del texto proyectado, sobre *“tramitación de urgencia y utilización del procedimiento negociado sin publicidad por imperiosa urgencia”*. En el citado precepto, tras contemplarse en su apartado 1 la posibilidad de acudir a la tramitación de urgencia de los expedientes de contratación vinculados a la gestión de los referidos fondos europeos -en términos equiparables a lo previsto en el artículo 50 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre-, su apartado 2 abordaba el posible uso subsidiario del procedimiento negociado sin publicidad, añadiendo: *“2. Excepcionalmente, si en el expediente de contratación se justifica adecuadamente la imposibilidad de cubrir las necesidades perseguidas con los contratos y acuerdos marco que se financien con fondos europeos mediante la tramitación urgente prevista en el apartado anterior, se podrá adjudicar el contrato mediante el procedimiento negociado sin publicidad por imperiosa urgencia previsto en el artículo 168.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. En estos casos, siempre que sea posible, se solicitarán, al menos, tres ofertas y se dividirá el contrato en lotes”*.

Entiende el Consejo que “*para ponderar adecuadamente la viabilidad del precepto antedicho resulta necesario examinar con detenimiento el contenido del artículo 168.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP) y otros preceptos de dicho cuerpo legal que restringen radicalmente el recurso a ese singular procedimiento de adjudicación de contratos, dada su tangible proyección nociva sobre los principios de publicidad y transparencia consagrados en el artículo 1 de la misma, todos ellos revestidos de la condición de normativa básica estatal, según lo señalado en su disposición final primera.*

*Así, el citado artículo 168, titulado “Supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad”, establece: “Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos: [ ] a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que:*

*[ ] 1.º No se haya presentado ninguna oferta [...].*

*b) En los contratos de obras, suministros y servicios, en los casos en que: [ ] 1.º Una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119. [ ] 2.º Cuando se dé la situación a que se refiere la letra e) del artículo 167, siempre y cuando en la negociación se incluya a todos los licitadores que, en el procedimiento antecedente, hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación [...] [ ]*

*c) En los contratos de suministro, además, en los siguientes casos: [...]”.*

*Posteriormente, el artículo 170.1 ratifica esa condición de lista cerrada de sus presupuestos de uso, señalando al abordar las “Especialidades en la tramitación del procedimiento negociado sin publicidad”: 1. Los órganos de contratación únicamente harán uso del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación cuando se dé alguna de las situaciones que establece el artículo 168 y lo tramitarán con arreglo a las normas que establece el artículo 169, en todo lo que resulten de aplicación según el número de participantes que concurran en cada caso, a excepción de lo relativo a la publicidad previa”.*

*Es consciente este Consejo de que el artículo 18.2 aquí analizado guarda pleno paralelismo con un precepto de similar tenor contenido en el artículo 17.8 del Decreto-ley 5/2021, de 2 de febrero, de medidas urgentes para la implementación y gestión de los fondos procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y del fondo REACT-EU para la Administración de la Generalidad de Cataluña y su sector público, aprobado por su Presidencia, así como con sendas previsiones halladas en otros dos instrumentos normativos similares e igualmente inspiradas en aquel, localizables en el artículo 35.1 del Decreto-ley 3/2021, de 3 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y en el artículo 30.5 del Decreto-ley 4/2021, de 31 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Canarias.*

*No obstante, la confrontación del precepto proyectado con las determinaciones de ineludible observancia impuestas por la legislación básica estatal aludida con anterioridad revela que al configurarse el supuesto especial examinado se ha prescindido de una de las notas caracterizadores esenciales fijadas por dicha regulación básica, que son las que justifican y propician su uso excepcional, la cual exige que la utilización de tal modo de adjudicación contractual se deba a acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo. Como quiera que tales extremos son obviados en el precepto analizado, debe interpretarse que el uso del controvertido procedimiento en el ámbito regulatorio definido en el artículo 2 del anteproyecto de Ley podría hacerse incluso en supuestos en que el órgano de contratación hubiera podido prever anticipadamente el acontecimiento generador de esa situación de apremio no soslayable con el empleo de las reglas de la tramitación urgente.*

*En consecuencia, en opinión de este Consejo, el citado artículo 18.2 entra en colisión con la normativa básica estatal de referencia, hallándose afectado de un potencial vicio de inconstitucionalidad”.*

El Anteproyecto de Ley descrito fue objeto de aprobación por las Cortes Regionales mediante Ley 4/2021, de 25 de junio, de Medidas Urgentes de Agilización y Simplificación de Procedimientos para la Gestión y Ejecución de los Fondos Europeos de Recuperación, publicada en el D.O.C.M. número. 123 de 30 de junio de 2021.

El texto definitivamente aprobado tuvo en cuenta la observación esencial expresada en el dictamen.

- Dictamen 250/2021, de 1 de julio, solicitado por la Consejería de Agricultura, Agua y Desarrollo rural, sobre Anteproyecto de Ley de extinción de las Cámaras Agrarias Provinciales de Castilla-La Mancha y por la que se establece el régimen jurídico para realizar transmisiones de patrimonio procedente del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario.

La Secretaria General de Agricultura, Agua y Desarrollo Rural suscribió memoria justificativa de la norma, en la que tras destacar ampliamente los antecedentes normativos que la precedían, atendía a la oportunidad del anteproyecto, señalando que *“La constitución de los plenos de las nuevas Cámaras [...] no se ha llegado a producir, por lo que las Cámaras Provinciales siguen en funcionamiento provisional”*; y que *“las funciones de representación, reivindicación o negociación en defensa de los intereses profesionales y socioeconómicos de agricultores y ganaderos les están vedadas ya desde lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 23/1986, de 24 de diciembre, que las privaba de gran parte de su posible eficacia institucional. Siendo el segundo de los motivos, los cambios operados en los últimos decenios en el derecho agrario español con la aparición de nuevas formas de colaboración y participación de los productores en la toma de decisiones públicas, todo lo cual ha convertido a las Cámaras Agrarias en un instituto jurídico en desuso para el sector agropecuario”*.

Destacaba, así, como objetivos básicos de la norma *“a) Poner fin a la provisionalidad del actual régimen jurídico de las Cámaras Agrarias. [] b) Regular y ordenar el patrimonio de las Cámaras Agrarias Provinciales, gran parte del cual proviene de las extintas cámaras locales, el cual no está dado de alta ni en los Registros de la Propiedad competentes, ni en las Oficinas del Catastro de Rústica o Urbana. [] c) Dar un destino ajustado al interés general agrario a ese patrimonio”*. Relacionaba, a continuación, su contenido, plasmando las competencias que se ejercitaban con su aprobación”.

El Consejo Consultivo, en su dictamen, realizó reparo esencial a dos preceptos del articulado por las razones que seguidamente se exponen:

- El apartado 1 del artículo 3, sobre *“Destino del patrimonio de las Cámaras Agrarias”*, establecía que el resultante de la liquidación del patrimonio de las extintas Cámaras Agrarias Provinciales se integraría en el patrimonio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, quedando adscrito a la Consejería competente en materia agraria para su aplicación a fines y servicios de interés general agrario del ámbito territorial de Castilla-La Mancha, *“considerándose incluido el del desarrollo rural”*.

Se fundamentaba en el dictamen que *“la Ley 18/2005, de 30 de septiembre, por la que se deroga la Ley 23/1986, de 24 de diciembre, por la que se establecen las bases del régimen jurídico de las Cámaras Agrarias, señala en su disposición adicional única que “Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 39 del Código Civil, el patrimonio de las Cámaras Agrarias que resulten extinguidas, a consecuencia de las disposiciones legales que pudieran aprobar las Administraciones competentes, deberá destinarse a fines y servicios de interés general agrario”*”.

*Dicha disposición cuenta con carácter básico, conforme a lo previsto en su disposición final primera que prevé que la misma se ha dictado al amparo de la competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, prevista en el artículo 149.1.18ª de la Constitución.*

*En relación a tal concepto jurídico indeterminado, el Tribunal Constitucional ha afirmado en la aludida sentencia 132/1989, de 18 de julio –referente en este ámbito-, que “Una referencia tan genérica como la de «fines y servicios de interés general agrario» sólo podría ser constitucionalmente admisible si pudiera concretarse a través de otros elementos implícitos o deducibles del ordenamiento. En primer lugar, hay que tener en cuenta que, pese a su carácter público, las Cámaras Agrarias tenían como Corporaciones, una clara base asociativa, lo que supone que la referencia a ese interés general agrario ha de concretarse, en cada caso, con el interés agrario específico que se relacione con ese concreto colectivo de agricultores. Por otro lado, ha de tenerse también en cuenta, como elemento de referencia para interpretar la norma legal, lo que el Código Civil, en su art. 39, dispone para un caso diverso, pero con algunas similitudes, de aplicación de los bienes de las corporaciones extinguidas «a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas»”.*

*Tales parámetros -que el destino del bien incida en el colectivo de agricultores y que sus fines sean análogos a los de las Corporaciones extinguidas- serán pauta en cada caso para valorar el cumplimiento de la previsión de la normativa básica citada.*

*El desarrollo rural es un concepto amplio que incluye la realización de actuaciones e iniciativas tendentes a la mejora de vida de las comunidades no urbanas. Así, el artículo 17 de la Ley 4/2004, de 18 de mayo, aprobatoria de normas reguladoras de la Explotación Agraria y del Desarrollo Rural en Castilla-La Mancha, prevé entre los objetivos del mismo los relativos al fomento y*

*consolidación de la agricultura, ganadería y selvicultura, propiciar la dimensión económica, social, familiar y asociativa del sector primario, conservación del medio natural y preservación de equilibrios biológicos, incentivar la conservación medioambiental, ordenar la dimensión social y geográfica del territorio y frenar procesos de despoblamiento, propiciar un nivel de vida digno a la población rural, superar la menor disponibilidad de servicios, equipamientos e infraestructuras potenciando el uso de nuevas tecnologías, fomento del patrimonio cultural, etnológico e histórico autóctono, o fomento del turismo rural.*

*En tal sentido, el Programa de Desarrollo Rural de Castilla-La Mancha 2014-2020, aprobado por Decisión de la Comisión Europea C (2015) 7561, de 30 de octubre de 2015, integra medidas y actuaciones afectantes, además de al sector agrario propiamente dicho, al forestal, medioambiental, energético, patrimonio cultural y natural, paisaje, biodiversidad e infraestructuras -recreativas, alojamiento, servicios sociales y asistenciales, educativos, recreo, turismo, actividades de ocio, abastecimiento de agua, puentes-*

*De este modo, los fines y servicios de interés general agrario a los que la norma básica obliga de modo taxativo a destinar el patrimonio de las Cámaras extinguidas, coincidirán en algunos supuestos con los incluidos en el ámbito del desarrollo rural, aunque en otros se verán superados por este. Se estima, por ello, que la afirmación genérica recogida en el precepto en relación a que se integra en dichos fines y servicios de interés general agrario el desarrollo rural, rebasa el límite previsto en la norma básica, debiendo ser matizada y acotada, vinculándola a los aspectos de dicho desarrollo rural que se relacionen con el ámbito agrario”.*

*- La Disposición final primera, bajo el título de “Habilitación”, “faculta a la Consejería competente en materia agraria a que dicte las disposiciones que sean necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley”.*

*Se considera en el dictamen que tal disposición “encomienda la totalidad del desarrollo reglamentario derivado de la ley a la persona titular de la Consejería, obviando al Consejo de Gobierno en esta tarea”.*

*Se fundamenta al respecto que “este órgano consultivo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dictámenes anteriores acerca de la potestad reglamentaria de los Consejeros -valga citar por todos el dictamen 271/2017, de 11 de julio- señalando que el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha atribuye en exclusiva la potestad reglamentaria al Consejo de Gobierno, y de acuerdo con la Ley*

*11/2003, de 25 de septiembre, a este le compete aprobar tanto las normas reglamentarias de desarrollo de las leyes, como aquellas otras de las que se deriven inmediatamente derechos y obligaciones para los ciudadanos. En contraposición a esta competencia reglamentaria originaria del Consejo de Gobierno, la potestad reglamentaria que ostentan los Consejeros, fuera de lo que se refiere a la regulación de las materias propias de su competencia, ha de considerarse derivada, fruto de específicas habilitaciones y conforme a ello han podido considerarse válidas las disposiciones dictadas por aquellos, con un alcance que excedía lo estrictamente organizativo de su departamento, pero siempre y cuando la ley le hubiera habilitado específicamente para ello.*

*En la actualidad el examen de dichas habilitaciones y en concreto de la que nos ocupa, ha de realizarse a la luz de los principios de buena regulación positivizados en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en concreto del principio de seguridad jurídica al que alude el apartado 4 de dicho artículo, en virtud del cual “Las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. La atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos, tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante”.*

*Por lo tanto, la excepcionalidad se erige actualmente en el parámetro principal a tener en cuenta en lo que respecta a la habilitación para proceder al desarrollo reglamentario de una ley efectuada a órganos inferiores al Consejo de Gobierno, la cual, además, ha de quedar debidamente justificada en la ley habilitante.*

*A la vista de ello -y reiterando lo expresado en el dictamen 350/2017, de 11 de octubre, dictado en relación al anteproyecto de ley de presupuestos de la Junta de Comunidades para 2018- la disposición analizada en cuanto que habilita en términos genéricos y amplios al titular de la consejería competente en materia agraria para el desarrollo de la ley y se muestra carente de cualquier justificación, debe reputarse contraria a lo establecido con carácter básico por el legislador estatal en el citado artículo 129.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que concreta en este ámbito de la técnica normativa el principio constitucional de seguridad jurídica. Procede, en consecuencia, suprimir la disposición final primera en los términos en que está redactada”.*

El texto legislativo definitivamente aprobado en Cortes se publicó en D.O.C.M. número 218, de 12 de noviembre de 2021, como Ley 6/2021, de 5 de

noviembre, de extinción de cámaras agrarias provinciales de Castilla-La Mancha y por la que se establece el régimen jurídico para realizar transmisiones de patrimonio procedentes del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, teniendo en cuenta las observaciones esenciales realizadas por el Consejo Consultivo.

- Dictamen 346/2021, de 7 de octubre, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

La memoria inicial del Anteproyecto, suscrita por la Dirección General de Presupuestos, hacía alusión al marco normativo de los presupuestos generales de la Junta de Comunidades, al procedimiento de elaboración de la norma y al contenido del anteproyecto, recogiendo las principales innovaciones que contemplaba en relación con la Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el ejercicio 2021 vigente. Finalmente, y tras describirse el contenido del texto articulado, dicho documento concluía señalando que el contenido del anteproyecto respetaba los límites materiales establecidos por el Tribunal Constitucional, incluyendo las normas directamente relacionadas con la ejecución de los gastos e ingresos públicos que permitían el cumplimiento de los criterios de política económica definidos por el Consejo de Gobierno.

En el dictamen se realiza una única consideración de carácter esencial a la disposición adicional vigesimotercera del anteproyecto, incluyéndose un amplio razonamiento del siguiente tenor: *“la disposición adicional vigesimotercera, denominada “Régimen de concesión de subvenciones por la contratación de pólizas de seguros agrarios combinados”, establece que a partir del cuadragésimo tercer Plan de Seguros Agrarias, y durante el ejercicio 2022, la Comunidad Autónoma “[...] contribuirá al sistema estatal de seguros agrarios combinados a través de la concesión directa de subvenciones complementarias de las estatales, por la contratación de las pólizas de seguros agrarios combinados que tengan por objeto explotaciones agrarias de Castilla-La Mancha, con el límite de los créditos establecidos en la correspondiente Ley de Presupuestos para esta finalidad, que podrán ser objeto de incremento mediante la oportuna modificación presupuestaria, cuya fuente de financiación será, en todo caso, los créditos consignados en la sección 21 “Agricultura, Agua y Desarrollo Rural”.*

*Conforme se indica en la propuesta de inclusión de esta disposición elaborada por la Consejería de Agricultura, Agua y Desarrollo Rural y se acoge en los mismos términos en la memoria inicial de la Dirección General de Presupuestos, el objetivo es establecer un régimen de concesión directa de subvenciones por la*

*contratación de pólizas de seguros agrarios combinados, complementaria a la estatal, modificando el sistema actual de concesión de concurrencia competitiva simplificada que es el previsto en el artículo 3.2 de la Orden de 14 de diciembre de 2016, de la Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Desarrollo Rural, que establece las bases reguladoras de la concesión de ayudas a la contratación colectiva de seguros agrarios.*

*El cambio en el sistema de concesión se argumenta señalando que es el procedimiento de concesión directa -el establecido por el Estado para sus ayudas en la disposición adicional segunda de la Ley 87/1978, de 28 de diciembre, que establece y regula el Seguro Agrario Combinado, a raíz de la modificación introducida por la Ley 28/2015, de 30 de julio, para la defensa de la calidad alimentaria- el que garantizaría las mismas posibilidades de uso y disfrute a todos los potenciales beneficiarios, evitándose con ello que no puedan acceder a tales ayudas las contingencias que pretendan contratarse en el período más tardío de la anualidad en caso de ausencia de disponibilidad presupuestaria.*

*De otra parte, la razón de su inclusión en el anteproyecto de Ley de Presupuestos, viene dada por la necesidad de que el establecimiento de dicho sistema de concesión directa se adecúe a lo dispuesto en el artículo 75.2.b) del TRLH-CLM a cuyo tenor podrán concederse de forma directa las subvenciones “[] cuyo otorgamiento o cuantía resulten impuestos a la Administración por norma de rango legal que seguirán el procedimiento de concesión que les resulte de aplicación de acuerdo con su propia normativa”.*

*A la vista del contenido de la citada disposición, procede cuestionarse si la misma puede formar parte del articulado de la Ley de Presupuestos en los términos exigidos por la doctrina del Tribunal Constitucional a la que seguidamente se alude. [...] Constituye doctrina consolidada de dicho Alto Tribunal la relativa a los límites materiales de las Leyes de Presupuestos deducibles del artículo 134, apartado 2 de la Constitución, que distingue entre un “contenido esencial” o “indisponible”, mínimo y necesario, concretado en la previsión de ingresos y habilitación de gastos para un ejercicio económico y en las normas de naturaleza financiera que “desarrollan y aclaran los estados cifrados, esto es las partidas presupuestarias propiamente dichas”; y un “contenido eventual” o “no necesario”, integrado por todas aquellas normas incluidas en la Ley de presupuestos que, “sin constituir directamente una previsión de ingresos o habilitación de gastos del Estado, responden a los criterios de política económica del Gobierno, o en fin, se dirigen a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto” (por todas y con cita de anteriores, la Sentencia 248/2007, de 13 de diciembre).*

*En relación con este último contenido, cabe reproducir, en cuanto viene a hacer recopilación de la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en pronunciamientos anteriores sobre los límites materiales a las leyes de presupuestos, la reciente Sentencia 109/2021 de 13 de mayo, (RTC 2021\109) dictada con motivo de la cuestión de constitucionalidad planteada en relación con la disposición adicional trigésimo tercera de la Ley 14/2016, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat Valenciana para 2017, que declara su inconstitucionalidad, por considerar que la regulación de un complemento específico para je-faturas de servicio o sección que conllevaba dedicación exclusiva e incompatibilidad constituye materia que excede de los límites materiales de la ley de presupuestos. En ella se señala lo siguiente:*

*“A) [...] Adicionalmente cabe la posibilidad de que las leyes de presupuestos contengan otras disposiciones no estrictamente presupuestarias, que hemos denominado “contenido eventual” o no imprescindible. Esta es una posibilidad limitada, con una justificación precisa en el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE (RCL 1978,2836)), esto es en “la certeza del Derecho que exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la ley de presupuestos generales del Estado, no contenga más disposiciones que las que guardan correspondencia con su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2 CE), debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo indudablemente origina” (STC 32/2000, de 3 de febrero (RTC 2000,32), FJ 5). Es la propia función que cumple la ley de presupuestos en la Constitución, con las consecuentes restricciones al debate parlamentario (apartados 1, 6 y 7 del art. 134 CE), la que fundamenta en último término la limitación del contenido de las leyes de presupuestos (STC 9/2013, de 28 de enero (RTC 2013,9), FJ 3).*

*B) Las controversias respecto del alcance de las leyes de presupuestos se han suscitado, primordialmente, en relación con los límites de su “contenido eventual”. Desde la STC 76/1992, de 14 de mayo (RTC 1992,76), se estableció que, para incluir en ellas, en forma compatible con los límites constitucionales, materias que no constituyen su núcleo esencial, mínimo e indisponible, deben cumplirse necesariamente dos condiciones: “la conexión de la materia con el contenido propio de este tipo de leyes y la justificación de la inclusión de esa materia conexas en la ley que aprueba anualmente los presupuestos generales” [FJ 4 a)]. Ese mismo pronunciamiento recuerda la razón de ser de este límite: “[e]l cumplimiento de estas dos condiciones resulta, pues, necesario para justificar la restricción de las competencias del poder legislativo, propia de las leyes de presupuestos, y para salvaguardar la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 C.E., esto es, la certeza del Derecho que exige que una ley de contenido constitucio-*

*nalmente definido, como es la ley de presupuestos generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional ( arts. 66.2 y 134.2 CE) ”.*

*La STC 76/1992 (RTC 1992,76) vino a matizar expresamente la doctrina existente hasta ese momento, y la posterior STC 237/1992, de 15 de diciembre (RTC 1992,237) dejó constancia del cambio jurisprudencial: si bien se podrán establecer en las leyes de presupuestos “otras disposiciones de carácter general en materias propias de la ley ordinaria estatal [...] que guarden directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan”, se exige “una relación funcional directa de las normas del texto articulado con los estados de ingresos y gastos, como ‘complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno’ ” (FJ 3). La jurisprudencia posterior ha insistido en ello, confirmando que “si bien la ley de presupuestos puede ser un instrumento para una adaptación circunstancial de las distintas normas, no tienen en ella cabida las modificaciones sustantivas del ordenamiento jurídico, a menos que estas guarden la suficiente conexión económica (relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno) o presupuestaria (para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto)” (STC 123/2016, de 23 de junio (RTC 2016,123), FJ 3, y antes la STC 152/2014, de 25 de septiembre (RTC 2014,152), FJ 4).*

*En particular sobre el requisito de la vinculación necesaria del contenido eventual con los gastos e ingresos públicos, se ha recalado la importancia de que dicha conexión sea “inmediata y directa”. Esto significa que no pueden incluirse en las leyes de presupuestos normas “cuya incidencia en la ordenación del programa anual de ingresos y gastos es solo accidental y secundaria y por ende insuficiente para legitimar su inclusión en la Ley de presupuestos” [STC 152/2014, de 25 de septiembre (RTC 2014,152), FJ 4 a)]. Este límite requiere particular precisión, pues rara vez habrá medidas que sean estrictamente neutrales en relación con los ingresos y gastos públicos, dada la evidencia de que toda medida legislativa es susceptible de tener impacto en el gasto público o en la estimación de ingresos. La jurisprudencia constata, en este sentido, que “toda medida legislativa tendrá siempre algún efecto presupuestario, porque requerirá un incremento de gasto presupuestario o la dotación de una partida, o porque supondrá, por el contrario, una reducción del gasto o un incremento de los ingresos” [STC 152/2014 (RTC 2014,152), FJ 4 a); en el mismo sentido, entre otras, SSTC 206/2013, de 5 de diciembre (RTC 2013,206), FJ 2, y 123/2016, de 23 de junio (RTC 2016,123), FJ 4].*

*En consecuencia, dada la incidencia que cualquier medida puede tener en la estimación del ingreso o en la determinación del gasto, la clave radica en que la conexión con el objeto del presupuesto (habilitación de gastos y estimación de ingresos) sea directa, inmediata y querida por la norma. [...]”.*

*Expuesta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los límites materiales aplicables al contenido de las Leyes de Presupuestos, procede seguidamente analizar si la disposición objeto de estudio forma parte del núcleo esencial, mínimo e indisponible del anteproyecto de Ley de Presupuestos que se somete a dictamen -al constituir previsión de ingresos o habilitación de gastos- o bien si su inclusión en la Ley de Presupuestos se fundamenta en que aquélla puede formar parte del contenido accidental de la Ley, por cumplirse las dos condiciones exigidas por la doctrina constitucional: conexión económica directa con los ingresos o gastos o vehículo director de la política económica del Gobierno, o presupuestaria, para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto.*

*Por lo que al primer requisito se refiere, resulta evidente que la regulación contenida en la disposición analizada (establecimiento del régimen de concesión directa para una línea de subvenciones autonómicas) no forma parte del núcleo esencial, mínimo e indisponible de las Leyes de Presupuestos, en cuanto no contiene la expresión cifrada de una previsión de ingresos o habilitación de gastos, tal y como el Alto Tribunal exige, por lo que debe analizarse si aquella podría formar parte del denominado “contenido eventual”, por concurrir en la misma las dos condiciones anteriormente señaladas.*

*Así, por lo que respecta a la habilitación de gastos o previsión de ingresos y habida cuenta que el objetivo esencial de la disposición examinada es sustituir el actual sistema de concesión de subvenciones, de concurrencia simplificada, por un sistema de concesión directa, ninguna conexión directa se vislumbra con aquéllos. Es cierto que el hecho de la concesión directa de dicha línea de subvenciones, como la de cualquier otra, ha de tener su reflejo en la correspondiente previsión presupuestaria, y así se pone de manifiesto en la propia redacción de la disposición cuando hace referencia al límite de los créditos establecidos en la Ley, a la posibilidad de incremento mediante la oportuna modificación, y a la sección donde se consignarán tales créditos, más la vinculación de tales subvenciones con una determinada sección en la ley de presupuestos no responde a la voluntad de prever una determinada partida presupuestaria -ya existente años atrás- sino a la de cambiar el actual sistema de concesión de ayudas de la que se deriva una determinada consecuencia económica, como son unas necesidades adicionales de crédito, también existentes en años anteriores según se ex-*

*presa en la propuesta de inclusión de tal disposición elaborada por la Consejería de Agricultura, Agua y Desarrollo Rural.*

*Por idéntica razón la conexión del precepto analizado con el contenido presupuestario tampoco se demuestra inmediata, y el hecho de que la medida afecte a una línea concreta de subvenciones autonómicas conduce en definitiva a negar que tal regulación pueda tener incidencia en los criterios de política económica general en que se sustentan los presupuestos o que sirvan para una mayor inteligencia o mejor ejecución de los mismos, y, en fin, tampoco ha sido aportada desde la Consejería proponente justificación alguna a estos efectos.*

*El Gabinete Jurídico en sus informes ha hecho objeción de la disposición examinada, aludiendo igualmente a la doctrina constitucional sobre los límites materiales al contenido de las Leyes de Presupuestos sugiriendo al efecto que su redacción se limitara únicamente al año 2022, sugerencia que fue finalmente aceptada por la Consejería impulsora de la iniciativa como se evidencia en el texto finalmente sometido a dictamen. El Consejo aprecia, sin embargo, de acuerdo también con la doctrina constitucional expuesta, que la temporalidad no es un criterio determinante para evaluar si el contenido de una disposición respeta los citados límites materiales, de hecho el propio Tribunal reconoce haber admitido “[...] la inclusión en una Ley de presupuestos de disposiciones con vocación de permanencia, aun cuando determinadas regulaciones llevadas a cabo en esta Ley encuentren su ubicación normativa natural y técnicamente más correcta en las disposiciones generales que regulen los regímenes jurídicos a los que se refieren [...]” (Sentencia 174/2011, de 19 de mayo).*

*En atención a cuanto se acaba de exponer, y en cuanto la inclusión de la disposición analizada en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma excedería los límites materiales propios de esta proclamados por la doctrina del Tribunal Constitucional, debe proponerse su supresión del anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades para 2022.*

*Debe finalmente añadirse que el propósito de la Consejería proponente de cambiar el sistema actual de concesión de subvenciones a concesión directa y la finalidad con ello perseguida de lograr la mayor eficacia posible en su gestión al tratarse de una ayuda complementaria a la estatal, podría lograrse introduciendo la previsión oportuna en cualquier otra ley autonómica distinta a la de Presupuestos, respetando así la exigencia legal que para ello se prevé en el artículo 75.1.b) del TRRHCLM (Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre de 2002).*

La observación esencial formulada en el dictamen fue acogida en el texto definitivo aprobado en Cortes por Ley 8/2021, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2022, que fue publicado en el D.O.C.M. número 249, de 29 de diciembre de 2021.

- Dictamen 392/2021, de 11 de noviembre, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre Anteproyecto de Ley de medidas tributarias y administrativas de Castilla-La Mancha.

Se incorporaban al procedimiento de tramitación del Anteproyecto diversas Memorias justificativas del mismo, elaboradas por Directora General de Tributos y Ordenación del Juego, Director General de la Función Pública, Secretaria General de la Consejería de Agricultura, Agua y Desarrollo Rural, Directora General de Vivienda, Secretaria General de Educación, Cultura y Deportes, Director General de Discapacidad y Directora General de Economía Circular. Cada una de ellas venía referida a la finalidad de la aprobación de la norma propuesta en relación con el ámbito de las materias de sus competencias.

El Consejo fundamenta en el dictamen emitido una sola consideración de carácter esencial atinente al artículo 2 del texto proyectado, destinado a la modificación de la Ley la Ley 8/2013, de 21 de noviembre, de Medidas Tributarias de Castilla-La Mancha. Este artículo acogía varias modificaciones de la citada Ley referidas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Así, el apartado uno introducía un nuevo artículo 2 bis, “*Deducción por familia monoparental*”, en cuyo apartado 2 definía el concepto de familia monoparental estableciendo como tal “[...] *la formada por la madre o el padre separados legalmente o sin vínculo matrimonial y las hijas e hijos que convivan y dependan económicamente de uno u otro y que reúnan alguno de los siguientes requisitos [...]. [] b) Mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada*”.

Se hace constar en el dictamen emitido que “*respecto de este último requisito debe señalarse que acoge conceptos, la incapacitación judicial y la patria potestad prorrogada o rehabilitada, que en la actualidad carecen de operatividad jurídica por haber sido eliminados del ordenamiento jurídico en virtud de la modificación sustancial que del tratamiento de la discapacidad se ha efectuado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica,*

*cuya entrada en vigor ha tenido lugar el pasado 3 de septiembre de 2021, conforme a su disposición final tercera.*

*Las reformas legislativas introducidas por dicha Ley alcanzan a aspectos sustantivos y procesales relacionados con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, constituyendo, por lo que aquí afecta, algunas de sus modificaciones más relevantes: de una parte, la supresión de la tutela de las personas mayores de edad con discapacidad y de las instituciones de contenido análogo como la patria potestad y la patria potestad rehabilitada -figuras ambas que estaban reguladas en el artículo 171 del Código Civil que es objeto de supresión por el artículo segundo, número veinte de la referida Ley 8/2021, de 2 de junio-, instaurando un sistema basado principalmente en la curatela como principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad; y, de otra, la sustitución de la incapacitación judicial por las denominadas “Medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, modificando a estos efectos el Título XI del Libro Primero del Código Civil, artículos 249 a 299, así como el Capítulo II del Título I del Libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

*Conforme a las sustanciales reformas a las que se acaba de aludir, en la deducción por familia monoparental que acoge el artículo objeto de estudio, la regulación del requisito referido a los “Mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada”, contraviene la normativa estatal de aplicación en la materia por integrar conceptos legales que han sido objeto de supresión y sustitución por los ya referidos en el párrafo anterior.*

*Debe en consecuencia adecuarse la regulación del requisito en cuestión a la nueva legislación civil y procesal en la materia introducida en nuestro ordenamiento por la citada Ley 8/2021, de 2 de junio”.*

El texto definitivo fue aprobado mediante Ley 1/2022, de 14 de enero, de Medidas Tributarias y Administrativas de Castilla-La Mancha, atendiéndose a la observación esencial descrita, y siendo publicado en el D.O.C.M. número 12, de 19 de enero de 2022.

- Dictamen 400/2021, de 18 de noviembre, solicitado por la Consejería de Agricultura, Agua y Desarrollo rural, sobre Anteproyecto de Ley de Aguas de Castilla-La Mancha.

El Director Gerente de la Agencia del Agua de Castilla-La Mancha suscribió memoria justificativa de la norma en la que exponía como motivos justificativos de la nueva norma la necesidad de incrementar la presencia de la Comunidad Autónoma en los centros de decisión y demás foros importantes sobre el agua, de mejorar los servicios que se prestan y de concienciar a la ciudadanía de la utilización racional del agua, la delimitación precisa de las competencias de cada Administración, incorporación y armonización de la normativa autonómica con la legislación medioambiental europea y estatal, la identificación de los colectivos o personas afectadas, el interés público regulado y el momento oportuno de su redacción.

Destacaba como objetivos básicos de la iniciativa dotar de mayor peso y voz a la Comunidad Autónoma en las decisiones de política hidrológica del Estado, avanzar en el cumplimiento de la Directiva Marco del Agua -estableciendo mecanismos que permitan repercutir en los usuarios finales los costes de los servicios relacionados con el agua, así como los costes ambientales y del propio recurso, e incentivar el uso eficiente del agua-; mejorar la configuración y gestión de los cánones de aducción y depuración existentes; y delimitar y concretar de manera más clara las responsabilidades de las distintas administraciones actuantes en materia de vertidos a las redes de alcantarillado y colectores, a fin de garantizar el tratamiento adecuado de todos los vertidos generados.

El texto sometido a dictamen fue objeto de los siguientes reparos esenciales que a continuación se pasan a describir:

- El artículo 10, sobre “Régimen jurídico y económico” disponía en su apartado 8 que, contra los actos de gestión, liquidación y recaudación de tributos, exacciones y demás ingresos de derecho público, se podrá interponer *“potestativamente recurso de reposición o reclamación económico-administrativa, conforme dispone la normativa aplicable”*.

Entiende el Consejo que dicho apartado parece plasmar *“un régimen según el cual el interesado, a la hora de recurrir un acto tributario dictado en el ámbito de la Agencia, puede canalizarlo por la vía del recurso de reposición o por la de la reclamación económico-administrativa”*.

Se fundamenta al respecto que *“el artículo 226 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece que podrá reclamarse en vía económico-administrativa la aplicación de los tributos o de los recargos establecidos sobre ellos y la imposición de sanciones tributarias que realicen las Administraciones tributarias de las Comunidades Autónomas; disponiendo el artículo 222 que*

*“Los actos dictados por la Administración tributaria susceptibles de reclamación económico-administrativa podrán ser objeto de recurso potestativo de reposición, con arreglo a lo dispuesto en este capítulo”.*

*De tales preceptos se desprende con claridad que es la reclamación económico-administrativa la que corresponde interponer contra actos tributarios, sin perjuicio de que la parte, potestativamente y de modo previo, decida presentar recurso de reposición -tras cuya resolución o desestimación por silencio, procederá interponer dicha reclamación económico-administrativa, tal como así lo expresa el apartado 2 del citado artículo 222-.*

*La inseguridad jurídica que deriva de la dicción empleada en el apartado del anteproyecto que se comenta, que podría llegar a plantear la existencia de un régimen específico para los actos tributarios dictados por la Agencia del Agua de Castilla-La Mancha no coincidente con el fijado en la normativa general tributaria, hace preciso su modificación y adaptación al régimen que resulta de aplicación, determinando que contra tales actos “podrá interponerse reclamación económico-administrativa, previo recurso potestativo de reposición”.*

- El artículo 13, referido a los “Órganos de gobierno y funciones”, en su apartado 10 establecía que *“El personal de Infraestructuras del Agua de Castilla-La Mancha se rige por el derecho laboral, excepto las plazas reservadas para el personal funcionario, las cuales se determinarán en la relación de puestos de trabajo de la Agencia del Agua de Castilla-La Mancha. [] La plantilla del personal laboral será aprobada por el Consejo de Administración a propuesta de la Dirección-Gerencia. [] Al personal funcionario le será de aplicación la legislación en materia de función pública aplicable al personal funcionario de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha”.*

Se recoge en el dictamen que *“el mencionado apartado reproduce el 10 del artículo 11 de la Ley 12/2002, de 27 de junio, reguladora del ciclo integral del agua en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Este último apartado no fue objeto de examen por este órgano consultivo en el dictamen 70/2002, de 15 de mayo, emitido sobre dicha norma legal en fase de anteproyecto, habiendo sido introducido con posterioridad en la fase de tramitación parlamentaria.*

*La dicción empleada en el mismo no entraña dudas en cuanto al régimen del personal funcionario adscrito a la entidad pues, como se ha visto, se regirá por la normativa en materia de función pública aplicable al personal de similar tipología de la Administración autonómica, lo que lleva consigo que su selección ha-*

*brá de realizarse con respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Ahora bien, tal conclusión no puede afirmarse en cuanto al personal laboral, pues la letra del precepto se limita a señalar, de modo lacónico, que se regirá por el derecho laboral.*

*No puede obviarse que el artículo 55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, establece que “1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. [] 2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: [] a) Publicidad de la convocatoria y sus bases. [] b) Transparencia. []*

*c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. [] d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. [] e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. [] f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección”.*

*El artículo 2 de esta norma básica contempla en su apartado 1.d) la aplicación de la misma a los organismos públicos, agencias y “demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas”.*

*En tal sentido, y si bien para el ámbito de la Administración del Estado, el artículo 106 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, dispone que la selección del personal de las entidades públicas empresariales de ámbito estatal se realizará “mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad”.*

*Ante lo expresado, no quedan dudas de que los procesos de selección de personal laboral que hubiera de efectuar la entidad pública Infraestructuras del Agua de Castilla-La Mancha, habrían de quedar sometidos a los principios aludidos. De este modo, y en aras a lograr una mayor garantía del principio de seguridad jurídica, se considera necesario que tal conclusión quede reflejada de modo expreso en el apartado, haciendo una alusión específica a los procesos de*

*selección del personal laboral de la entidad y a la necesidad de cumplimiento de tales principios, sin perjuicio de que los efectos y extinción de los contratos que se suscriban se rijan por el derecho laboral tal como prevé el precepto”.*

- Los artículos 57 a 63 del Anteproyecto venían referidos a la “*Determinación del canon*”. La cuantificación del canon DMA (Directiva Marco del Agua) se contenía en la Sección 2ª del Capítulo II del Título V, la cual se estructuraba en cuatro subsecciones, dedicadas, respectivamente, a los usos domésticos y asimilados, usos no domésticos, usos específicos y comunidades de usuarios. Esta forma de determinación de la cuota debía implicar que en cada sección se contuvieran los elementos que integrarían la cuota de cada uno de los tipos de usos que se hacía en el artículo 44.2, una vez integradas, en su caso, las consideraciones efectuadas al mismo. Así se hacía, efectivamente en la regulación de “Usos domésticos y asimilados”, respecto de la cual ninguna objeción se consideró efectuar.

Respecto a la regulación de la Subsección 2ª “Usos no domésticos”, la cuota del canon resultaba de la adición de una parte fija y otra variable. La primera, se fijaba en el apartado 2 del artículo 57. Respecto a la parte variable, el apartado 3 del artículo 57 ordenaba que “*resultará de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen previsto en los artículos siguientes en función de la modalidad de tributación*”.

Entendía el Consejo que “*al estructurarse esta materia en subsecciones, la remisión que el artículo 57.3 hace a los artículos siguientes, parece que afectaría únicamente a los que afectan a la determinación de la parte variable de los usos que se integran en dicha subsección como no domésticos, lo cual no generaría dudas en su aplicación.*

*Sin embargo, las dudas jurídicas las suscita la forma en la que se establece la cuota para el resto de subsecciones. En la 3ª, que regula los “Usos específicos”, se integra a los usos de agua para riego de instalaciones deportivas y campos de golf, las pérdidas de agua y los consumos públicos.*

Respecto al primero, el apartado 1 del artículo 61 dice que “El tipo de gravamen de la parte variable de la cuota para el riego de instalaciones deportivas y campos de golf será de 0,10 euros por metro cúbico de agua utilizada procedente de la red pública o privada de abastecimiento”, de lo que se podría deducir que existe otra parte, que es la fija prevista en el artículo 57.2, aunque para ello se siguiese una incorrecta técnica jurídica. Sin embargo, ello no resulta de aplicación en lo que se refiere al canon correspondiente a las pérdidas de agua, no solo por

la redacción del artículo 62 sino, especialmente, al ser evidente que no existen contadores que recojan dicha pérdida. Ello supone que no resulta posible concluir que de la redacción del artículo 57.3 se pudiera deducir que la parte fija recogida en el artículo 57.2 se aplicase a los usos y consumos de agua de todos los conceptos regulados en los artículos siguientes, aunque se ubiquen en diferentes subsecciones. Ello, además, queda corroborado por el hecho de que en la regulación que se contiene en la subsección 4<sup>a</sup> “Comunidades de Usuarios”, se hace una mención expresa de la parte fija y de la parte variable de la cuota.

*Mayor duda ofrece la regulación que de los “Consumos públicos” se realiza en el artículo 63. El apartado 1 dice que “El tipo de gravamen a aplicar a los consumos públicos será de 0,10 euros por metro cúbico”. La interpretación que cabe realizar de la literalidad de este artículo es que solo se grava el consumo, esto es, lo que en otros casos se conceptúa como la parte variable. Pero esta interpretación exclusivamente literal, que excluiría el componente fijo de la cuota, podría carecer de una justificación objetiva. El apartado 2 dice que “Tendrán la consideración de usos públicos los efectuados en instalaciones, dependencias y servicios de titularidad pública, salvo aquellos considerados exentos conforme al artículo 46”. No parece justificado, a juicio de este Consejo, que por el simple hecho de que el consumo se efectúe en una instalación o dependencia pública, tenga un tratamiento fiscal más beneficioso sin vincularlo a un servicio público determinado. Piénsese, por ejemplo, en la dependencia destinada a comedor en una dependencia pública no vinculada directamente a un servicio esencial o al que se produce en una instalación deportiva pública, la cual, solo por este hecho, tendría un trato más favorable que el de una instalación deportiva privada. En estos casos, y en otros muchos que se pudieran traer a colación, el simple hecho de que la actividad se pueda desarrollar en una instalación pública no resulta incompatible, a juicio de este Consejo, con los principios generales en los que se fundamenta la implantación del canon DMA, que se encuentran recogidos tanto en el artículo 9 de la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre, como en el artículo 111 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas, ni tampoco con el artículo 43.1 del anteproyecto de Ley. No obstante, estas reflexiones también podrían llevar a entender que lo que se está regulando en el mismo es la parte variable, lo que supondría que en la parte fija se aplicaría lo dispuesto en el artículo 57.2.*

*Las consideraciones anteriores afectan al principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución, por lo que procede modificar las disposiciones afectadas al objeto de que su redacción no dé lugar a la infracción de este principio”.*

- El artículo 88, rubricado como “*Normas generales del canon de aducción*”, establecía en su apartado 4 que “*La prestación del servicio de abastecimiento en alta por parte de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha tendrá carácter exclusivo, salvo que no se disponga de garantía temporal y volumétrica total del suministro*”.

Entiende el Consejo que “*el carácter exclusivo con el que se configura la prestación del servicio de abastecimiento en alta no se corresponde con la normativa que se contiene en el Capítulo IV del Título III, en la que se regula la “Intervención subsidiaria de las Administraciones” o en el artículo 7.1.b), ni es respetuosa con las competencias que al efecto se reconocen a los municipios en la Ley 7/1985, de 7 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local.*

*Por lo que al primer aspecto se refiere, es de significar que el artículo 28 del anteproyecto de Ley que regula los supuestos de intervención subsidiaria prevé, en su apartado primero, que la Administración regional y las Diputaciones Provinciales puedan proceder a la intervención subsidiaria en la prestación de los servicios de abastecimiento en alta que lleven a cabo las entidades locales en los supuestos que relaciona, puntualizando en su apartado segundo que la intervención subsidiaria de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se dirigirá preferentemente a los servicios de abastecimiento en alta. Esta previsión de intervención subsidiaria supone que se está reconociendo a las entidades locales competencia para la prestación de servicios en alta. Asimismo, el reconocimiento de la competencia municipal se deriva de la regulación que hace el anteproyecto de Ley de las competencias de las Administraciones locales. El artículo 7.1.b) dice que corresponde a estas Administraciones, por sí o de forma mancomunada o consorciada, la función consistente en “El proyecto y ejecución de las infraestructuras de abastecimiento y saneamiento, así como sus ampliaciones y renovaciones correspondientes, siempre que no se trate de actuaciones de competencia de la Administración regional”, sin efectuar ninguna diferencia o distinción por el hecho de que las infraestructuras se correspondan con el abastecimiento en alta o en baja.*

*Por su parte, la Ley 7/1985, de 7 de abril, Reguladora de Bases del Régimen Local, dispone en su artículo 26 que todos los municipios deben prestar, entre otros, el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable. El establecimiento de esta obligación implica reconocer al municipio su competencia para la realización de las obras que sean necesarias para poder prestar el servicio de abastecimiento de agua, tanto en alta como en baja.*

*Por otro lado, aunque el artículo 25 disponga que las competencias propias se ejercerán en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en las materias que cita, entre ellas el abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales, no lo es menos que la legislación de la Comunidad Autónoma no puede reducir el alcance de la competencia de tal modo que pueda verse comprometida la obligación de los servicios que la ley configura como mínimos.*

*De lo anterior se colige que, si bien con carácter general, el abastecimiento en alta es una competencia que corresponde ejercer a la Comunidad Autónoma y el abastecimiento en baja a los municipios, esta regla no es absoluta, pues respecto de aquellos municipios en los que la Comunidad Autónoma no preste el servicio de abastecimiento en alta, la Ley autonómica no puede negar la competencia para que la entidad local lleve a cabo las inversiones necesarias para ello. De alguna forma, así se reconoce en el informe de la Secretaria General de la Consejería de Agricultura, Agua y Desarrollo Rural de 13 de septiembre de 2021, cuando considera que el esquema básico en esta materia, con las necesarias excepciones, reserva a la Administración autonómica la gestión en alta y a la Administración local, la gestión en baja, lo que supone que no pueda hablarse de competencia exclusiva.*

*De lo anterior se colige que la competencia de la Comunidad Autónoma respecto al abastecimiento en alta podrá tener carácter exclusivo únicamente en el ámbito territorial al que afecten las infraestructuras de abastecimiento de agua en alta que hayan sido declaradas de interés regional, pero no cuando no exista dicha declaración y las entidades locales se puedan ver obligadas a realizar inversiones de abastecimiento en alta para garantizar la prestación del servicio que le encomienda la Ley de Bases de Régimen Local”.*

- El artículo 108, sobre “Infracciones”, señalaba en su apartado 7, después de establecer que el plazo de prescripción en las infracciones continuadas comenzará a partir del cese efectivo de la misma, calificaba como tales “todas las infracciones reiteradas, que no hayan sido sancionadas, que respondan al mismo tipo y que se produzcan dentro del plazo de prescripción que en cada caso corresponda”.

Se fundamenta en el dictamen que “el Tribunal Supremo ha venido admitiendo la infracción continuada, expresando en su sentencia de 30 de noviembre de 2004 -RJ 2005\5402- que “Para apreciar la infracción continuada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal, se exige que concurren con carácter general los siguientes requisitos:

*a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.*

*b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.*

*Y c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza”.*

*Asimismo, el Alto Tribunal ha manifestado en sentencia de 16 de marzo de 2012 -RJ 2010\4392- que “Es claro, así, que la infracción continuada exige una pluralidad de acciones ilícitas de naturaleza semejante, guiadas por una única intención. La finalidad de esta figura es evitar que, tratándose de un designio unitario, el infractor pueda verse favorecido por la escasa entidad de la sanción correspondiente a cada una de las acciones ilícitas singularmente consideradas”.*

*Recogiendo esta jurisprudencia, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, dispone en el artículo 29.6 con carácter básico que “Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”.*

*El concepto de infracción continuada, que recoge el anteproyecto, obvia algunos de los requisitos mencionados, a saber, que los actos se hayan realizado por un mismo sujeto, que se haya desarrollado una práctica homogénea o utilización de medidas y medios similares, en ejecución de un plan preconcebido y con vulneración del mismo precepto. Resulta, por ello, patente la distorsión que la propuesta realiza de la normativa básica citada, haciéndose así necesario su adaptación a la misma.*

*Asimismo, no puede dejar de observarse la inseguridad jurídica que introduce la referencia temporal recogida en el precepto proyectado, atinente a que las infracciones se produzcan “dentro del plazo de prescripción que en cada caso corresponda”, pues tal periodo temporal se vincula a cada una de las actuacio-*

*nes infractoras individualmente consideradas, pese a que en estos casos han de considerarse como un todo unitario, señalando al respecto el artículo 30.2 de la citada Ley 40/2015, de 1 de octubre, que para este tipo de infracciones “el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora”*”.

- La Disposición final primera, apartado 2 del Anteproyecto, habilitaba al Consejo de Gobierno para “*Modificar el Capítulo III del Título Quinto que contiene las normas de gestión del canon DMA*”.

Considera el órgano consultivo que “*mediante esta disposición se posibilita la degradación del rango de la norma, permitiendo que el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma modifique lo dispuesto por el legislador respecto a las normas de gestión del canon DMA mediante su deslegalización, pudiendo la misma afectar a todo el contenido del referido capítulo.*”

*La razón se encuentra, como dice el Director Gerente de la Agencia del Agua en su informe, en que dicho capítulo incluye normas que tienen un marcado carácter reglamentario. De la lectura del amplio conjunto de normas que lo integran se desprende que, en efecto, varias de ellas tienen esa naturaleza, como son aquellas que afectan estrictamente a la determinación de los órganos autonómicos competentes en las materias que regula, las que se refieren de forma estricta a fijar normas procedimentales o aquellas otras que establecen el formato y contenido de las facturas, cuya regulación tiene mejor encaje en el ámbito reglamentario que en el legislativo. Sin embargo, en nuestro derecho la deslegalización de una materia, ya sea mediante la técnica de la habilitación o remisión reglamentaria no es absoluta, sino que tiene su límite en el principio de reserva de ley, al que ya se refirió el Tribunal Constitucional en la sentencia 83/1984, de 24 de julio (RTC 1984,83), donde proclamó que “Este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador. [ ] Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que puedan resumirse en el criterio de que*

*las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley”.*

*Nuestra Constitución proclama en su artículo 31 que solo podrán establecerse prestaciones patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley. Por su parte, el artículo 133.2 señala que las Comunidades Autónomas podrán exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes. Como dijo el Tribunal Constitucional en la sentencia 19/1987, de 17 de febrero (RTC 1987,19), la Norma Fundamental no está proclamando la necesidad de “una legalidad tributaria de carácter absoluto -pues no se impone allí que el establecimiento haya de hacerse necesariamente por medio de Ley- sino, con mayor flexibilidad, a la exigencia de que ordene la Ley los criterios o principios con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria, y concretamente, la creación ex novo del tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo”.*

*En materia tributaria, el alcance de la reserva de ley se encuentra recogido en el artículo 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, según el cual “Se regularán en todo caso por Ley:*

*a) La delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, así como el establecimiento de presunciones que no admitan prueba en contrario.*

*b) Los supuestos que dan lugar al nacimiento de las obligaciones tributarias de realizar pagos a cuenta y su importe máximo.*

*c) La determinación de los obligados tributarios previstos en el apartado 2 del artículo 35 de esta Ley y de los responsables.*

*d) El establecimiento, modificación, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones, bonificaciones, deducciones y demás beneficios o incentivos fiscales.*

*e) El establecimiento y modificación de los recargos y de la obligación de abonar intereses de demora.*

*f) El establecimiento y modificación de los plazos de prescripción y caducidad, así como de las causas de interrupción del cómputo de los plazos de prescripción.*

*g) El establecimiento y modificación de las infracciones y sanciones tributarias.*

*h) La obligación de presentar declaraciones y autoliquidaciones referidas al cumplimiento de la obligación tributaria principal y la de pagos a cuenta.*

*i) Las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones tributarias respecto de la eficacia de los actos o negocios jurídicos.*

*j) Las obligaciones entre particulares resultantes de los tributos.*

*k) La condonación de deudas y sanciones tributarias y la concesión de moratorias y quitas.*

*l) La determinación de los actos susceptibles de reclamación en vía económico-administrativa.*

*m) Los supuestos en que proceda el establecimiento de las intervenciones tributarias de carácter permanente”.*

*Ello implica que en las materias a las que se refiere el citado artículo la regulación debe hacerse necesariamente por Ley, no siendo legalmente admisible que las mismas puedan ser objeto de deslegalización.*

*Del examen de las disposiciones que integran el Capítulo III del Título V -artículos 67 a 87- se deduce que alguno de los preceptos que lo integran están afectados por la reserva de ley tributaria.*

*Sin ánimo exhaustivo, estima este Consejo que existe reserva de ley respecto de las siguientes materias afectadas por la deslegalización prevista en la citada disposición final:*

*- La obligación que se impone a las entidades suministradoras de declarar a la Administración la información con trascendencia tributaria a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 67.1.*

*- La obligación de las entidades suministradoras de presentar autoliquidaciones que determina el artículo 68.2.*

*- Las condiciones que para la obtención de la bonificación de la cuota por familias numerosas se establecen en el artículo 72.1.*

- *Algunas de las obligaciones que se imponen a las entidades suministradoras en el artículo 73.*

- *La obligación de la repercusión del canon DMA prevista en el artículo 74.1.*

- *La autorización para no ingresar el canon DMA por parte de las entidades suministradoras en caso de impago y la conceptualización de impagados que se regula en los apartados 1 y 2 el artículo 75, así como la sustitución de las obligaciones tributarias a las que se refiere el apartado 7 de este mismo artículo.*

- *La regulación de la declaración y autoliquidación que se contiene en el artículo 76.*

- *La obligación de presentar la declaración tributaria y los efectos de su incumplimiento recogidos en el artículo 77.*

- *La facultad de la Administración para determinar que la parte variable del canon DMA pueda efectuarse en la modalidad de carga contaminante, recogida en el artículo 81.1.*

- *La forma de determinar el tipo de gravamen en la modalidad de carga contaminante, al que se refiere el artículo 82.7.*

- *La autorización absoluta para modificar los plazos máximos para notificar las resoluciones que se contiene en los artículos 70, 71 y 72 y, en su caso, efectos del silencio administrativo, sin vinculación a la reserva de ley que para esta materia establece el artículo 104 de la Ley General Tributaria.*

- *La autorización implícita para modificar los plazos de interposición del recurso de reposición y de las reclamaciones económico-administrativa que se establecen en los artículos 223 y 235, respectivamente, de la Ley General Tributaria, al disponerse el plazo de interposición en el artículo 74.8.*

*Por ello, procede modificar el alcance de la deslegalización que se contiene en esta disposición, concretando los aspectos del Capítulo III del Título V que puedan ser modificados reglamentariamente por el Consejo de Gobierno, de tal forma que no afecte a alguna de las materias respecto de las que exista una reserva de ley.*

*Alternativamente, y a fin de facilitar su eventual modificación, también resultaría una opción para el órgano consultante extraer del anteproyecto la regula-*

*ción de las cuestiones que tienen un marcado carácter reglamentario, como son, por ejemplo, los datos que deben contener las facturas de repercusión del canon DMA (artículo 74), que no es una cuestión propia de una ley”.*

Finalmente, durante el año 2021, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha emitió en materia de carácter constitucional y estatutario los siguientes dictámenes:

- Dictamen 84/2021, de 10 de marzo, solicitado por la Vicepresidencia, sobre el Anteproyecto de Ley de medidas económicas, sociales y tributarias frente a la despoblación y para el desarrollo del medio rural de Castilla-La Mancha.

- Dictamen 113/2021, de 25 de marzo, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se crea el Colegio Oficial de Licenciados y Graduados en Ciencias Ambientales.

- Dictamen 239/2021, de 24 de junio, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de Ley de la Cámara de Cuentas de Castilla-La Mancha.

**Resumen:**

El presente trabajo se dirige a 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 2021, en la emisión de nueve dictámenes sobre anteproyectos de ley. En seis de ellos el Consejo realizó consideraciones de carácter esencial, referida a la materia que nos ocupa, y que conviene recordar como doctrina más significativa.

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.

**Abstract:**

The present work aims to describe the work of the Consultative Council of Castilla-La Mancha referring to 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. This work has materialized, in the year 2021, in the issuance of nine opinions on preliminary bills. In six of them, the Council made considerations of an essential nature, referring to the matter at hand, and which should be remembered as the most significant doctrine.

The scheme that is followed in each of the sections of this work is structured, in turn, into three clearly differentiated, schemes referring to the purpose of the draft, fundamental considerations issued by the Council and, where appropriate, level of attention that said observations have had in the normative text approved by the Cortes of Castilla-La Mancha.

**Palabras Clave:**

Interpretación de las normas, procedimiento administrativo, principio de proporcionalidad, establecimientos de juego, fondos europeos de recuperación, contratación administrativa, procedimiento negociado sin publicidad, legislación básica, Cámaras Agrarias, potestad reglamentaria, subvenciones, contenido de la Ley de Presupuestos, patria potestad, capacidad jurídica, recursos administrati-

vos, reclamación económico-administrativa, función pública, personal laboral, Directiva marco del Agua, canon, usos del agua, seguridad jurídica, distribución de competencias, infracciones, deslegalización, reserva de ley.

**Keys Word:**

Interpretation of the rules, administrative procedure, principle of proportionality, gambling establishments, European recovery funds, administrative contracting, negotiated procedure without publicity, basic legislation, Agrarian Chambers, regulatory power, subsidies, content of the Budget Law, parental authority, legal capacity, administrative resources, economic-administrative claim, public function, labor personnel, Water Framework Directive, canon, water uses, legal certainty, distribution of powers, infractions, delegalization, reservation of law.





RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL,  
AUTONÓMICO Y PARLAMENTARIO.

CONSTITUTIONAL, REGIONAL AND PARLIAMENTARY  
LAW ACTIVITIES REVIEW.

(1 ENERO DE 2021 A 1 DE ENERO DE 2022)

**Ma Elena Rebato Peño<sup>1</sup>**

Recibido: 25-02-2022

Aceptado: 31-03-2022

**SUMARIO**

*I. Actividades sobre derechos fundamentales.*

*I.1. Seminario práctico de jurisprudencia constitucional comparada e internacional. Cádiz, 19 a 21 de julio.*

*I.2. XXVI Jornadas de Derecho Constitucional: los derechos fundamentales en la Constitución. Ciudad Real, 25 y 26 de noviembre.*

*II. Actividades relacionadas con el sistema autonómico:*

*II.1 XXIV Jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla-La Mancha: Estado autonómico, excepcionalidad y gestión de la crisis sanitaria. Cuenca, 14 y 15 de diciembre de 2021.*

*III. Actividades en materia de justicia constitucional.*

*III.1. III Edición Título de especialista en Justicia Constitucional, interpretación y tutela de los derechos. Toledo, 28 de junio a 16 de julio.*

*III.2. XXI Jornadas de justicia constitucional: “Tribunal Constitucional, derechos fundamentales y situaciones excepcionales”. Toledo, 16, 17 y 18 de noviembre.*

<sup>1</sup> Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM.

## ***1. Actividades sobre derechos fundamentales.***

### **I.1. Seminario práctico de jurisprudencia constitucional comparada e internacional. Cádiz, 19 a 21 de julio.**

De nuevo la ciudad constitucional por excelencia, Cádiz y por segundo año consecutivo de forma virtual, se llevó a cabo el seminario de jurisprudencia constitucional comparada e internacional sobre derechos fundamentales que imparten las Universidades de Castilla- La Mancha y la Universidad de Cádiz como complemento del Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos, que se celebra en Toledo en semanas anteriores.

Este programa de formación tiene como finalidad crear un espacio de debate sobre las novedades jurisprudenciales de ámbito comparado e internacional más relevantes sobre derechos fundamentales.

Durante los días 19 a 21 de julio y a través de la plataforma de Microsoft Teams, se dieron cita en esta actividad, 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 Constituciones nacionales y supranacionales.

Ponentes y asistentes al seminario práctico, estudiaron y polemizaron de forma conjunta sobre casos de suma actualidad, como la atribución de los derechos a la naturaleza a partir del Caso Río Atrato de la Corte Constitucional de Colombia; el derecho a la intimidad y a la propia imagen tras el caso Big Brother watch and others contra Reino Unido de 25 de mayo de 2021; o la libertad de expresión, el discurso del odio y las nuevas tecnologías.

Evidentemente no pudo quedar fuera de este magnífico programa la cuestión de las vacunas y la afectación de los principios constitucionales a partir de las reflexiones de la sentencia de la Gran Sala del TEDH en el caso Vavricka y otros contra la República Checa de 8 de abril de 2021.

## **I.2. XXVI Jornadas de Derecho Constitucional: los derechos fundamentales en la Constitución. Ciudad Real, 25 y 26 de noviembre.**

La vigesimosexta edición de las Jornadas de Derecho Constitucional ha vuelto a ser un éxito en este año 2021, pese a desarrollarse por la plataforma Teams al igual que en la ocasión anterior. El director de las mismas, D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional ha presentado ante la comunidad educativa un programa muy completo sobre los derechos fundamentales a cargo de grandes especialistas en los mismos; que a grandes rasgos han desgranado las líneas esenciales de cada uno de los derechos y las nuevas dimensiones que afrontan en la actualidad.

Tras la inauguración de las jornadas por las autoridades académicas, la primera ponencia corrió a cargo de D. Luis M<sup>a</sup> Díez Picazo, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, en relación a la tutela judicial efectiva y la independencia judicial.

La pandemia por COVID 19 y el impacto en el ordenamiento jurídico que ha ocasionado no podían quedar al margen de estas Jornadas y fueron objeto de un tratamiento exhaustivo en dos ponencias y en relación a dos cuestiones diferentes, aunque interrelacionadas: la inconstitucionalidad de la declaración del primer estado de alarma y la necesidad del estado de excepción para la adopción de las medidas que han suspendido derechos en vez de limitarlos, tal y como afirma el Tribunal Constitucional en la STC 148/2021; y la imperiosa exigencia constitucional del control parlamentario del gobierno durante la gestión del estado de alarma, ex SSTC 168/2021 y 183/2021. Del primer aspecto se ocupó el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado; mientras que el segundo fue el elemento central de la intervención del catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Fco. Javier Díaz Revorio.

Los derechos contemplados en el artículo 18 CE también tuvieron su espacio en estos dos días de discusión académica. La protección de la vida privada como finalidad principal en la actualidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio, así como la necesidad de garantizar un espacio donde el individuo puede desarrollar su libertad más íntima, desde una aproximación teórica y práctica; fueron algunos de los aspectos de la intervención de D. Alberto Oehling de los Reyes, Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares.

D<sup>a</sup> Esther González Hernández, Profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, puso de manifiesto la doble dimensión objetiva y subjetiva del derecho a la propia imagen, como derecho autónomo de los derechos a la intimidad y al honor.

También formó parte del programa la libertad de información en el ámbito de las contiendas electorales, siendo en este caso la ponente, D<sup>a</sup> Leyre Burguera Ameave, Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional de la UNED, la encargada de exponer las líneas directrices en este tema.

Todas estas cuestiones fueron objeto de debate posterior en las distintas mesas redondas conformadas por los profesores de Derecho constitucional de los distintos campus de la Universidad de Castilla- La Mancha, así como a partir de las preguntas de los asistentes a las Jornadas.

## *II. Actividades relacionadas con el sistema autonómico.*

### **II.1 XXIV Jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla-La Mancha: Estado autonómico, excepcionalidad y gestión de la crisis sanitaria. Cuenca, 14 y 15 de diciembre de 2021.**

La declaración del Estado de Alarma por segunda vez en nuestro país el 14 de marzo de 2020, aunque con repercusiones exponencialmente muy superiores a la primera (el 4 de diciembre de 2010 con motivo de la huelga de controladores aéreos); es el objeto de las vigesimocuartas jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla- La Mancha; si bien en esta ocasión se presta atención especial a la gestión que de la crisis sanitaria se ha realizado por parte de los gobiernos autonómicos y más concretamente por el ejecutivo de Castilla- La Mancha.

El Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado, fue el encargado de abrir las jornadas conquenses, con una ponencia de carácter general sobre la regulación de los estados excepcionales en España desde los artículos 55. 1 y 116 de la Constitución española y su legislación de desarrollo. Sólo conociendo los parámetros bajo los cuales puede regir el derecho de excepción en nuestro país y los distintos estados que la Constitución contempla en función de la gravedad de los supuestos de hecho, puede analizarse con rigor la declaración del estado de alarma en nuestro país por la pandemia de Covid-19 y reflexionar sobre si su alcance ha sido extramuros de la Constitución o no.

Dentro de esta regulación general de los “estados excepcionales” ocupa un lugar fundamental la determinación de qué se entiende por limitación y cuando estamos ante una suspensión de derechos. Con el estado de alarma, sólo es posible la limitación de aquellos derechos constitucional y legalmente previstos de forma expresa; mientras que en el caso de la declaración del estado de excepción y de sitio, puede hablarse propiamente de suspensión de algunos derechos fundamentales. Esta delimitación conceptual fue realizada, con apoyo en la STC 148/2021, por D. Victor Javier Vázquez Alonso, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla, propiciando el debate sobre el pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto.

Pero ¿cómo se administra el Estado de alarma en un estado descentralizado políticamente como el nuestro? La experiencia vivida en el año 2020 hizo que el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, D. Marc Carrillo López pusiera de relieve las sombras de la regulación legal a este respecto y las lagunas de la legislación en este aspecto.

Ni bajo la vigencia del denominado derecho de excepción es posible eludir el control parlamentario y así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en las sentencias 168/2021 y 183/2021. Esta afirmación del sumo intérprete de la Constitución fue siempre la postura de un grupo minoritario de la doctrina, entre los que se encontraba el co- director de las Jornadas, D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional. Desde el inicio de la crisis sanitaria, el profesor Díaz Revorio mantuvo tal y como puso de relieve en su conferencia que con la declaración del estado de alarma se suspendieron (y no limitaron) derechos y que sí se impidió el control parlamentario de la gestión gubernamental como exigía la Constitución.

La regulación específica del coronavirus en Castilla- La Mancha, fue analizada por el D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, quien detalló las medidas concretas que adoptó el gobierno autonómico durante la vigencia de los estados de alarma.

No podían faltar dos de los elementos que singularizan estas Jornadas, dada su orientación autonómica y multidisciplinar, como son las mesas redondas de los representantes de los grupos parlamentarios en la Asamblea legislativa de Castilla- La Mancha y la de los profesionales de la comunicación. En la primera de ellas, moderada por Roberto Mayor Gomez, director de los servicios jurídicos de las Cortes de Castilla- La Mancha, intervinieron: D<sup>a</sup> Ana I. Abengózar Castillo, portavoz del grupo parlamentario socialista; D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Dolores Merino Cha-

cón, del grupo parlamentario popular y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Picazo Pérez, del grupo parlamentario de Ciudadanos. En la segunda, titulada “Estado de alarma, crisis sanitaria y opinión pública”, moderada por D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Soledad Rodríguez Rivero, Secretaria General del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha, participaron: D. Jesús Maraña Marco, director editorial de Infolibre; D<sup>a</sup> Pilar Pérez Jiménez, del periódico El Mundo y D. Carles Senso, periodista y doctor en Historia.

Como en ocasiones anteriores estas jornadas contaron con la financiación de las Cortes de Castilla- La Mancha y el aval del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

### *III. Actividades en materia de justicia constitucional.*

#### **III.1. III Edición Título de especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los derechos. Toledo, 28 de junio a 16 de julio.**

Más de un centenar de alumnos de quince nacionalidades concluyeron una nueva edición del Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los derechos, que se ha desarrollado durante los días 28 a 16 de julio de forma híbrida, a través de la plataforma Microsoft Teams y también con la posibilidad de cursar una semana de forma presencial en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo.

Como en ocasiones anteriores, los directores de la especialidad, los catedráticos de Derecho Constitucional, D. Eduardo Espín Templado, Fco. Javier Díaz Revorio y la profesora Titular Magdalena González Jiménez; y los secretarios los profesores de Derecho Constitucional, D. Miguel Angel Pacheco Rodríguez y D<sup>a</sup>. Adriana Trave Valls, diseñaron una enseñanza de postgrado con metodología y enfoque comparados y en el que se analizaron las nuevas tendencias en interpretación de Derechos, los problemas actuales de los derechos fundamentales, así como los mecanismos de tutela de los mismos y cómo la justicia constitucional afronta su defensa.

El programa, fue inaugurado por el profesor Luigi Ferrajoli, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Roma, y en él participaron más de cuarenta profesores elegidos entre los más prestigiosos especialistas en esas materias, tanto de Europa como de Iberoamérica. A título únicamente de ejemplo intervinieron en esta edición expertos en Filosofía del Derecho como D. Manuel Atienza, D<sup>a</sup> Marina Gascón Abellán y D. Alfonso García Figueroa; y en derecho

constitucional como D<sup>a</sup> Laura Clérico, de la Universidad de Buenos Aires y Universidad Erlangen/Nürnberg; D. Miguel Carbonell, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México; D. Lucio Pegoraro, de la Universidad de Bolonia, D. Roberto Romboli, de la Universidad de Pisa o D. Roberto Gargarella de la Universidad de Buenos Aires.

Impartieron conferencias en el seno del programa, los magistrados y ex magistrados: Hermógenes Bienvenido Acosta, del Tribunal Constitucional de la República Dominicana; D. Eloy Espinosa- Saldaña, del Tribunal Constitucional de Perú; D. Andrés Ollero del Tribunal Constitucional de España.

También fueron ponentes todos los profesores del área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla- La Mancha, junto a otros especialistas procedentes de otras Universidades.

En el Título de Especialista también se ofrecieron sesiones de presentaciones bibliográficas con las novedades más importantes en materia de justicia constitucional y derechos, en las que intervinieron en algunas ocasiones los autores de las monografías; y una Jornada Iberoamericana en la que los alumnos del Título fueron los ponentes y presentaron sus reflexiones acerca de temas conexos al programa.

La ceremonia de clausura, corrió a cargo del expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, D. Sergio García Ramírez, quién dictó una conferencia sobre la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el sistema interamericano; del ex magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos D. Luis López Guerra y del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos D. Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, que ofrecieron su visión comparada sobre el control de constitucionalidad en Europa y América.

### **III.2. XXI Jornadas de Justicia Constitucional: “Tribunal Constitucional, derechos fundamentales y situaciones excepcionales”. Toledo, 16, 17 y 18 de noviembre.**

La pandemia por Covid-19 no solo sigue manteniendo su impacto en la salud colectiva de la población mundial, sino que ha dejado también una huella en el ámbito jurídico, no sólo en el plano normativo, sino sobre todo en el jurisprudencial. El Tribunal Constitucional español, sumo intérprete de la Constitución española ha tenido que afrontar el impacto que la declaración del estado de alarma con motivo de la pandemia mundial ha tenido sobre los derechos fundamentales,

especialmente en las libertades de circulación y reunión y manifestación, pero también sobre el derecho a la participación política. Las sentencias del alto Tribunal SSTC 148/2021, de 14 de julio; 168/2021 de 5 de octubre y 183/2021 de 27 de octubre, van a ser el hilo conductor y elemento clave de referencia en todas las ponencias de esta vigésimo primera edición.

“Los estados excepcionales en España”, fue el título de la intervención del Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado. Esta ponencia genérica partió de la descripción de los diferentes estados excepcionales que contempla la Constitución española en el artículo 116, en relación con el artículo 55.1 y su desarrollo legal por la Ley Orgánica 4/1981, reguladora del Estado de alarma, excepción y sitio. Desde el inicio desarrolló los diferentes supuestos habilitantes que justificarían la declaración de cada uno de los tres estados excepcionales, así como los requisitos para su declaración y las consecuencias que de la misma se derivarían sobre todo en relación con los derechos fundamentales.

Establecido el marco general de las Jornadas, fue el profesor Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, el encargado de delimitar otro concepto nuclear en el contexto de este curso: - la determinación del contenido esencial de los derechos-. Una de las garantías de los derechos fundamentales es su contenido esencial, aquella facultad que les hace reconocibles como tal y que define al propio derecho. Este contenido esencial tal y como señaló el profesor Vidal Marín se convierte en un núcleo intangible para el legislador, lo cual es determinante en el caso de limitaciones a los derechos fundamentales en todos los supuestos y sobre todo con la vigencia del denominado derecho de excepción.

La STC 148/2021, fue el objeto del debate de la sesión doble titulada “Tribunal Constitucional y estados excepcionales”, en la que participaron los Magistrados del Tribunal Constitucional, D. Antonio Narváez Rodríguez y D. Andrés Ollero Tassara. La visión ofrecida por ambos magistrados no pudo ser más completa, pues representaban las dos posturas que se habían puesto de relieve en el seno del Tribunal Constitucional y que se plasmaron en una sentencia de Pleno con cinco votos particulares. La mayoría del Tribunal, tal y como defendió el magistrado D. Antonio Narváez consideró que algunos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, eran inconstitucionales y nulos por haber supuesto una suspensión del derecho a la libertad de circulación y no una limitación de la misma, que es lo que la Constitución per-

mite. La voz discrepante en esta sesión era la del magistrado Ollero Tassara para quien *“la intensidad de la limitación de derechos producida no produjo una auténtica suspensión de los mismos, que debiera haber obligado constitucionalmente a declarar un estado de excepción”*.

Visiones contrapuestas también se encontraron en la sesión doble en relación a la suspensión de la libertad de circulación en el primer estado de alarma, en la que participaron D. Manuel Atienza Rodríguez, Catedrático de Filosofía del Derecho de la universidad de Alicante y D. Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y ex Magistrado del Tribunal Constitucional.

El control parlamentario durante la vigencia del derecho de excepción fue la materia abordada por D<sup>a</sup> Josefa Ridaura Martínez, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia. La STC 168/2021, de 5 de octubre fue exhaustivamente analizada por la ponente. A juicio del Tribunal la suspensión del cómputo de plazos reglamentarios de las iniciativas parlamentarias por la mesa del Congreso de los Diputados, tras la declaración del estado de alarma, supuso la vulneración del derecho a la participación política, pues el funcionamiento del Congreso de los Diputados no se puede interrumpir durante la vigencia de un estado de emergencia, y el ejercicio del derecho de participación política debe quedar garantizado incluso con más intensidad que en situaciones ordinarias. La sentencia cuenta con tres votos particulares cuyo estudio crítico realizó también la profesora Ridaura.

La perspectiva histórica, comparada y regional también estuvo presente en dos mesas redondas moderadas por los directores de las Jornadas, los profesores Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional; y en la que participaron las profesoras M<sup>a</sup> José Majano Caño, Adriana Travé Valls, secretarías académicas de las Jornadas; y D. Fco. Javier Díaz Majano, profesor asociado de Historia del Derecho y D<sup>a</sup> María Ruiz Dorado, profesora asociada de Derecho Constitucional.

**Resumen:**

Esta reseña recoge las principales actividades académicas de Derecho Público desarrolladas en la UCLM durante 2021.

Se presta especial atención a las llevadas a cabo por el área de Derecho Constitucional sobre Derechos Humanos, Justicia Constitucional y Derecho Autonomico.

**Palabras Clave:**

Actividades académicas; Derechos Humanos; Justicia Constitucional y Derecho Autonomico.

**Summary**

This review includes the main Public Law academic activities developed in UCLM during 2021. 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





EL CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO  
AL HONOR EN LAS REDES SOCIALES. VULNERACIÓN  
DEL DERECHO AL HONOR DE UN TORERO FALLECIDO:  
EL CASO VICTOR BARRIO HERNANZ (STC 93/2021)

THE CONFLICT BETWEEN FREEDOM OF EXPRESSION AND THE RIGHT  
TO HONOR IN SOCIAL NETWORKS. VIOLATION OF THE RIGHT  
TO HONOR OF A DECEASED BULLFIGHTER:  
THE CASE OF VICTOR BARRIO HERNANZ (STC 93/2021)

**Tomás Vidal Marín<sup>1</sup>**

Recibido: 25-02-2022

Aceptado: 31-03-2022

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCLM.

El objeto del presente comentario lo constituye la STC 93/2021 en la que el alto Tribunal se pronuncia sobre la injerencia en el derecho al honor del torero fallecido Víctor Barrios como consecuencia de una cornada por asta de toro en el coso taurino de Teruel. En efecto, el 9 de julio de 2016 y como consecuencia de una cornada moría en la plaza de toros de Teruel el matador de toros Víctor Barrio Hernanz. A raíz de tan desagradable suceso, la ahora recurrente en amparo, concejal del pueblo valenciano Catarroja, publicaba en la cuenta que posee en la red social Facebook un texto en el que reproducía el titular de un mass media “fallece el torero Víctor Barrio al sufrir una cogida en la feria de Teruel”, junto con una foto del torero en el momento en el que fue corneado. El texto publicado en su muro de Facebook era del siguiente tenor:

*“Podemos tratar de ver el aspecto positivo de las noticias para no sufrir tanto (...)Ya ha dejado de matar.*

*El negativo, entre otros, claramente es que a lo largo de su carrera ha matado mucho. Muchos de los de mi equipo, que como digo siempre, es el de los oprimidos, lo que siempre pierden porque tienen a todos los opresores en contra, porque tienen el partido amañado. Ahora los opresores han tenido una baja, una víctima más, un peón en su sistema, y me pregunto, como muchos, cuantas bajas más de este equipo harán falta par que los gobierno centrales, generalitats, diputaciones y ayuntamientos dejen de subvencionar estas prácticas con olor a sadismo.*

*No puedo sentirlo por el asesino que ha muerto más que por todos los cadáveres que ha dejado a su paso mientras vivió. No solo de toros adultos a lo largo de su carrera (según las estadísticas de su página oficial, ha acabado con 258 vidas desde 2008), sino que también novillos a lo largo de su aprendizaje en escuelas taurinas, en las cuales podemos encontrar niños que acaban normalizando situaciones como esta : un alumno asestó hasta 14 estocadas al animal antes de que este cayera al suelo, donde fue apuntillado y aún vivo y boqueando, tratando de tomar los últimos alientos de vida, fue arrastrado al matadero”.*

Los familiares del torero fallecido interpusieron la correspondiente demanda en protección del derecho al honor, a la intimidad y propia imagen de aquel. Como resulta evidente, fueron los garantes naturales de los derechos fundamentales los que se pronunciaron con anterioridad a esta resolución del más alto de nuestros Tribunales. En efecto, el juzgado de Primera Instancia y Único de Sepúlveda fue el primero en pronunciarse mediante sentencia de 6 de noviembre de 2017, por medio de la cual condenaba a la concejal demandada por intromisión ilegíti-

ma en el derecho al honor del torero. Y ello en base a los siguientes argumentos: la profesión de d. Víctor Barrio es por completo lícita y su comentario tuvo una repercusión considerable al contar la ahora recurrente en amparo con más de 300 seguidores en Facebook. Destaca que en las redes sociales, la libertad de expresión no puede amparar tampoco el insulto. En este sentido, afirma que la edil de Catarroja utilizó la expresión de asesino para referirse al matador de toros de forma peyorativa, añadiendo que dicha publicación fue de conocimiento generalizado mediante su difusión en la red social perturbando el dolor de los familiares y la memoria del difunto. En consecuencia, a juicio de la juzgadora de instancia se ha producido una clara intromisión en el derecho al honor de d. Víctor Barrio.

Como consecuencia de este pronunciamiento, la recurrente ahora en amparo interpone el correspondiente recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Segovia, la cual mediante sentencia de 8 de marzo de 2018 viene a confirmar la sentencia de la instancia. La Audiencia, de manera similar a lo manifestado por el juzgado de la instancia, considera que si bien es un hecho el aumento del número de personas contrarias al arte de cucharas, “la profesión a la que se dedicaba el Sr. Barrio es, hoy por hoy, lícita y, por tanto, no resulta posible dirigir expresiones injuriosas a quienes la ejercen por ese solo hecho, siendo claramente vejatoria la expresión asesino para dirigirse a un torero, por el mero hecho de serlo, aunque no se comparta su actividad o incluso se rechace de modo explícito. Además, no puede obviarse que dicha expresión la dirigió la recurrente por escrito y en su perfil de la red social de Facebook, con la notoria repercusión, que ha determinado que el mensaje tuviera difusión a nivel nacional”. Es más, a juicio del órgano judicial colegiado, el uso del término asesino no es algo superfluo habida cuenta de la diferencia entre el desvalor de la conducta recogida en el art.139 del Código Penal, que castiga la conducta del que mata a otra persona como autor de un delito de asesinato, de la conducta de un torero que mata al toro en su lidia, profesión esta última por completa lícita en España. En consecuencia, es por completo innecesario el uso de la expresión asesino para exponer sus ideas, juicios de valor y opiniones acerca de la tauromaquia, siendo aquella un insulto dirigido expresamente contra el torero y a las pocas horas de fallecer, de donde deduce la intención de la autora de menospreciarlo. En definitiva, el término asesino no puede, a juicio de la Audiencia Provincial de Segovia, considerarse amparado por la libertad de expresión.

Así las cosas, la concejala del pueblo valenciano decidió acudir a la máxima instancia de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Supremo, interponiendo el correspondiente recurso de casación, el cual también fue desestimado por sentencia de 3 de abril de 2019. Y lo desestima en base a los siguientes razonamientos:

en primer lugar, las expresiones proferidas están referidas a un personaje de relevancia pública puesto que es torero y tienen relación con la polémica social que existe sobre la lidia de los toros bravos, pero no estarían amparadas por la libertad reconocida en el art. 20 CE tanto por su contenido vejatorio como por el contexto en el que se producen, tras la muerte traumática de la persona vejada. En segundo lugar, a juicio del alto Tribunal, las expresiones o manifestaciones realizadas no se redujeron a una crítica de la tauromaquia o de los toreros en general, sino que estaban dirigidas expresamente hacia una persona que acababa de fallecer en el ruedo de modo ciertamente traumático, manifestando un sentimiento de alegría por la muerte del que calificaba de asesino. En tercer lugar, para el Tribunal Supremo las manifestaciones de la demandada violentaron el dolor de los familiares y la memoria del difunto toreador habida cuenta del momento en que se profirieron y por el tono vejatorio empleado. En cuarto lugar, el término asesino, que es una expresión con una carga ofensiva evidente, se dirige contra el matador de toros y no contra personas indeterminadas. En cuarto lugar, considera la Sala 2ª del Tribunal Supremo en su pronunciamiento, que un elemento fundamental a tener en cuenta en este caso son las circunstancias en que se produjeron las manifestaciones de la edil, justo tras la muerte del torero. Y ello porque entre los usos sociales, que son determinantes en la delimitación del ámbito de protección del derecho al honor, de una sociedad civilizada se encuentra el respeto al dolor de los familiares cuando un ser querido fallece, dolor que se acrecienta cuando se veja al fallecido de forma pública. Y por último, el Tribunal considera que el principio de proporcionalidad aparece respetado apreciando la intromisión ilegítima en el derecho al honor de la persona fallecida en una plaza de toros puesto que se trata de la estimación de una demanda civil encaminada a reparar el honor (la memoria) del ofendido y aliviar el dolor de sus familiares.

Ante la confirmación de las sentencias precedentes por parte del Tribunal Supremo, estimando la vulneración del derecho al honor de d. Víctor Barrios, la concejala de Catarroja interpone el correspondiente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional porque considera que el contenido del mensaje que publicó en la red social Facebook estaría amparado por su derecho fundamental a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 a) CE.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional se ha manifestado en numerosas ocasiones sobre los criterios a tener en cuenta en la ponderación a realizar en el caso de los excesos en los que se puede incurrir mediante el ejercicio de las libertades de expresión e información reconocidas en el artículo 20 CE frente al derecho al honor reconocido y garantizado en el artículo 18.1 de nuestro texto fundamental. Sin embargo, el más alto de nuestros Tribunales nunca se había pronunciado so-

bre la precitada ponderación cuando las precitadas libertades se ejercitan a través de las redes sociales. Es por ello por lo que considera que el recurso de amparo está dotado de una especial relevancia constitucional puesto que afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

En este sentido, comienza el Tribunal argumentando sobre las redes sociales y su incidencia en el ejercicio de los derechos del art. 20 y 18 CE. Así, afirmará que la expansión de la comunicación a través de las redes sociales así como su carácter interactivo, han provocado una mutación en las comunicaciones tradicionalmente consideradas. *“Conviene destacar”*, afirma el Tribunal Constitucional, *“que Internet y las nuevas tecnologías de la información y comunicación han propiciado un marco nuevo en las relaciones interpersonales. La generalización del uso de las redes sociales, la accesibilidad de los aparatos de difusión y su facilidad de empleo, la amplia e inmediata difusión de sus contenidos sin limitaciones temporales ni espaciales, el carácter accesible del mensaje por la colectividad, esto es, la naturaleza esencialmente expansiva de la comunicación digital en red y sus carácter interactivo, han supuesto una transformación sin parangón del modelo tradicional de comunicación, dando lugar a un modelo comunicativo que, entre otras notas, se caracteriza por la fragilidad de los factores moderadores del contenido de las opiniones. Dicha transformación ha supuesto un drástico cambio en el perfil del emisor y también de los receptores, cuya facilidad para interactuar entre sí y con el emisor les distancia del carácter pasivo del modelo tradicional. Además, estos, en muchas ocasiones, actúan con precaria conciencia de la proyección de las opiniones emitidas, que antaño quedaban reservadas a un ámbito más reducido.*

*Es por ello por lo que la comunicación a través de las redes sociales se torna potencialmente más lesiva de los derechos fundamentales de la personalidad, es decir, de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, sin que tal transformación de la comunicación tradicional altere los criterios ya asentados por la jurisprudencia constitucional en torno a la ponderación entre estos derechos y las libertades comunicativas. Dicho de otra forma, a mi juicio con gran acierto, para el alto Tribunal si el ejercicio de estas libertades lesionan, vulneran, aquellos derechos fundamentales fuera de las redes sociales, también los violentarían en ellas. “(...) a las indudables ventajas que resultan de la comunicación a través de las redes sociales, les acompañan, dadas las características descritas y el anonimato en que se amparan muchos usuarios, una mayor potencialidad lesiva de los derechos fundamentales, entre otros, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Ahora bien, debe afirmarse que la transfor-*

*mación derivada de las nuevas formas de comunicación y la generalización de su uso, no produce un vaciamiento de la protección constitucional de los derechos fundamentales y tampoco altera, desde un punto de vista sustantivo o material, los criterios asentados por nuestra reiterada doctrina sobre la función de este Tribunal para apreciar si ha existido una vulneración del derecho al honor; ni modifica el contenido y alcance de los derechos fundamentales que deben ser ponderados cuando se invoca una vulneración, que, como en este caso, resulta de la colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor”.*

Sentado lo anterior, el Tribunal Constitucional procede a reiterar su doctrina sobre el contenido y alcance de la libertad de expresión. En este sentido, el Tribunal recuerda la importancia que las libertades de expresión e información tienen en toda sociedad democrática; ahora bien, eso no significa que las mismas no estén sometidas a límites, al igual que el resto de los derechos fundamentales; límites que, por lo que ahora interesa, se exponen expresamente en el art. 20.4 CE: los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Es por ello por lo que cuando en el ejercicio de dichas libertades se utilizan expresiones que no contribuyen a formar a la opinión pública y, por tanto, son innecesarias para la exposición de las ideas y opiniones de interés público, produciendo una lesión del derecho al honor, resulta evidente que no podrá prevalecer el ejercicio de aquellas libertades sobre el derecho al honor. Y entre dichas expresiones se encuentran las expresiones formalmente injuriosas, en definitiva, los insultos, los cuales no pueden venir amparados por las libertades de expresión e información. Afirma textualmente el más alto de nuestros Tribunales: “*En la STC 23/2010 (...) recordamos que la libertad de expresión comprende, junto con la mera expresión de juicios de valor; la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar; inquietar o disgustar a quién se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. En el marco amplio que se otorga a la libertad de expresión quedan amparadas, según nuestra doctrina, aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público(...).*”

*Esa exigencia de necesidad de la expresión utilizada para la transmisión de la opinión (...) ha sido enfatizada de modo constante por nuestra doctrina. Así, hemos indicado que el derecho a la libertad de expresión, al referirse a la formulación de pensamientos, ideas y opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones sin relación con las ideas u opiniones que se espongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas (...).*

*Y es por ello por lo que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, de modo que no cabe utilizar, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión constitucionalmente protegida, expresiones formalmente injuriosas (...). Esta exigencia de necesidad de la expresión o manifestación utilizada, determina que no se puedan justificar las expresiones de carácter absolutamente vejatorias (...), es decir, quedan proscritas aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (...) pues estas difícilmente podrían quedar amparadas por el derecho a la libertad de expresión al ser la dignidad de la persona fundamento mismo del orden político y la paz social (art. 10.1 CE) y piedra angular sobre la que se vertebra el sistema de los derechos y deberes fundamentales y, también, por tanto, de la libertad de expresión que la recurrente vindica.*

*Es decir, pese a la importancia de la libertad de expresión, en tanto que además garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una comunicación pública libre (...) constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso (...) y por ello su ejercicio, como el del resto de derechos fundamentales, está sometido a límites constitucionales (...) no solo derivados del necesario respeto de los derechos fundamentales de los demás, sino inherentes a su propia naturaleza y sentido. De la propia Constitución se deriva que la libertad de expresión tiene su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título Primero y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”.*

*Y añade el Tribunal: “El derecho al honor, en tanto que derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, opera como un límite específico de la libertad de expresión (art. 20.4 CE) (...).*

*Ciertamente es posible que, a pesar de producirse una intromisión en el derecho a honor, la misma no se considere ilegítima si se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, es proporcionada para alcanzarlo y se lleva a cabo de un modo necesario para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por este derecho. Es por ello por lo que nuestra doctrina ha amparado la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, siempre que sea necesaria para transmitir la opinión y proporcionada para exteriorizarla. El ejercicio de la libertad de expresión no puede servir de excusa para el insulto, ni tampoco ser un instrumento para menoscabar la dignidad del ser humano y su propio valor como persona. Es en la dignidad, entendida como valor espiritual y*

*moral inherente a la persona, que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás (...) donde se encuentra el germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes, entre los que se encuentra el derecho al honor (art. 18.1 CE) y también la libertad de expresión al posibilitarse con su ejercicio el libre desarrollo de la personalidad del ser humano”.*

De lo expuesto en las líneas precedentes solo podemos concluir una cosa: nada nuevo bajo el sol en lo que se refiere al contenido y alcance de la libertad de expresión. El más alto de nuestros Tribunales se limita a reiterar la doctrina jurisprudencial constante en torno a esta libertad pública.

Analizado lo anterior, el Tribunal entra a valorar el contenido y alcance del otro derecho el liza: el derecho fundamental al honor. Y en lo que respecta a este tema, también el Tribunal Constitucional se limitará a reproducir su jurisprudencia ya existente en torno al mismo. En apretada síntesis, señalará que el derecho al honor posee un contenido propio y distinto de los otros derechos reconocidos en el apartado primero del art. 18 CE. Asimismo, recuerda que la CE reconoce el derecho al honor no solo como límite expreso de las libertades de expresión e información, sino también como derecho sustantivo, el cual debe ser entendido como el derecho a la buena reputación y, en consecuencia, el mismo protege frente al desmerecimiento en la consideración ajena. De la misma forma, el Tribunal recuerda su jurisprudencia en el sentido de que el derecho al honor constitucionalmente reconocido tutela también el que se expone y acredita en la vida profesional del sujeto.

Afirmará textualmente a este respecto el alto Tribunal que “(...) *el derecho al honor es un derecho autónomo con contenido propio y específico al de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en el art. 18.1 CE, a pesar de su estrecha entre ellos en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas (...).*

*Este Tribunal ha reiterado que el contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante (...) de tal suerte que una de sus características principales consiste en ser un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (...). Ahora bien, el grado de indeterminación del objeto de este derecho no llega a tal extremo que impida identificar como su contenido constitucional abstracto la preservación de la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que le hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas (...).*

*Dicho de otro modo, el honor no solo es un límite a las libertades del art. 20.1 a) y d) de la Constitución, expresamente citado como tal en el número 4 del mismo artículo, sino que también es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido por el art. 18.1 de la Constitución, que, derivado de la dignidad de la persona, confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás (...). En consecuencia, el mencionado derecho fundamental protege frente al desmerecimiento en la consideración ajena (...) pues lo perseguido por el art. 18.1 CE es la indemnidad de la imagen que de una persona puedan tener los demás.*

*Y centrándose en lo que podríamos llamar honor profesional, señala que “Es preciso también referir que le honor que la Constitución protege es también el que se expone y acredita en la vida profesional del sujeto, vertiente esta de la actividad individual que no podrá ser, sin daño para el derecho fundamental, menospreciada sin razón legítima, con temeridad o por capricho (...). La simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse, sin más, con un atentado al honor; cierto es, per la protección del art. 18.1 CE si defiende de aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales (...)”.*

Delimitados de esta forma (como han sido delimitados, por lo demás, de forma constante por el Tribunal) los derechos en conflicto, esto es, la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1 a) CE y el derecho al honor previsto en el art. 18.1 CE, acomete el Tribunal la necesaria ponderación de los mismo en el concreto asunto planteado. A este respecto recuerda las argumentaciones esgrimidas por la recurrente en amparo (concejal de Catarroja), por el Ministerio Público así como por los familiares del finado y por los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Tanto la edil como el Ministerio Público coinciden en considerar que las expresiones proferidas por aquella estarían amparadas por la libertad de expresión, o dicho de otra forma, en el caso en concreto la libertad de expresión de la concejala se habría ejercido de manera legítima. Y ello porque esta es una activista política antitaurina, que realizó unas manifestaciones en el ámbito lícito de la crítica antitaurina, en pleno debate en el ámbito de la sociedad sobre el devenir de la lidia del toro bravo. Y destacan la notoriedad pública del torero fallecido y la necesidad de valorar la expresión utilizada (asesino) atendiendo a las circunstancias y al contexto en el que se produjo. Además, el Ministerio Fiscal considera que la condena a la indemnización civil puede provocar un efecto paralizante en el ejercicio de la libertad de expresión.

Por su parte, todas las partes del proceso (recurrente, Ministerio Fiscal, familiares y los órganos judiciales), comparten que la recurrente puede tener sus propias convicciones y pensamientos y a defenderlos públicamente, y también comparten que la CE establece como límite expreso de la libertad de expresión el derecho al honor. Ahora bien, familiares y órganos judiciales disienten de aquellos en lo que respecta a la injerencia en el derecho al honor de d. Víctor Barrio puesto que consideran que la expresión utilizada por la ahora recurrente supuso un ejercicio no legítimo de la libertad de expresión y, por tanto, se produjo una intromisión ilegítima en el derecho al honor del torero.

No puede resultar extraño, obvio es decirlo, que el Tribunal Constitucional también comparta con todas las partes el hecho de que la Constitución tutela y protege la libertad ideológica de los ciudadanos pero también comparte que la Constitución no protege a los que en ejercicio de la libertad de expresión menoscaban el derecho al honor de otros de forma innecesaria y desproporcionada. Afirma textualmente el Tribunal al respecto: *“Debe compartirse, por evidente, que la Constitución ampara la libertad ideológica, que comprende como dimensión interna la de adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones, y como dimensión externa un agere licere, con arreglo a las propias ideas, sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos (...). En este caso, debe reconocerse como legítima la posición de defensa de los animales frente a los espectáculos taurinos, incluso la proyección de dicha sensibilidad mediante opiniones y manifestaciones hirientes, que puedan molestar, inquietar o disgustar, a quienes mantienen posiciones contrarias. Pero también está fuera de toda duda, que la Constitución no tutela ni alienta, a quienes invocando la libertad de expresión socavan la dignidad humana que es a la vez sustento y límite de dicha libertad y del resto del orden jurídico (art. 10.1 CE), ni tampoco a quienes con su ejercicio menoscaban el derecho al honor de los demás mediante una injerencia innecesaria o desproporcionada (art. 18.1 y 20.4 CE). Precisamente el núcleo de la problemática constitucional planteada es si el texto publicado afectó al honor y si lo hizo de modo innecesario y desproporcionado”*.

Realizadas todas las consideraciones anteriores, a continuación pasa ya a realizar la ponderación en el caso concreto entre la libertad de expresión y el derecho al honor. A este respecto, comienza el Tribunal destacando la repercusión que en la realidad social de nuestro país ostenta el conocido como arte de cúchares, el cual es calificado por la ley 18/2013, que expresa, en definitiva, la voluntad del pueblo español, como patrimonio cultural inmaterial. En consecuencia ca-

lificar al torero como asesino supone, sin ningún género de duda una intromisión en su derecho al honor. Afirma en este sentido el alto Tribunal: “(...) *es importante destacar que la tauromaquia tiene una indudable presencia en la realidad social de nuestro país. De modo que la corridas de toros y espectáculos similares son una expresión más de carácter cultural, de manera que puedan formar parte del patrimonio cultural común (...). La Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural, indica que es digno de protección en todo el territorio nacional y que requiere de protección y fomento como actividad cultural y artística, comprendiendo el conjunto de conocimientos y actividades artísticas, creativas y productivas, incluyendo la crianza y selección del toro de lidia, que confluyen en la corrida de toros moderna y el arte de lidiar, expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español y por extensión, toda manifestación artística y cultural vinculada a la misma (...).*”

*En este contexto social, en el que la tauromaquia forma parte del patrimonio cultural inmaterial español, calificar directamente a don Víctor Barrio Hernanz, por su dedicación profesional como asesino o miembro del equipo de los opresores, debe ser considerado, sin el menor atisbo de duda como una injerencia en su derecho al honor, al suponer un menoscabo de reputación personal, así como una denigración de su prestigio y actividad profesional, con directa afectación a su propia consideración y dignidad individual”.*

Y dicha intromisión, habida cuenta de las circunstancias que concurren en el caso, considera el Tribunal que es innecesaria y desproporcionada. Para apoyar unas ideas antitaurinas por parte de la concejala de Catarroja, no es, desde luego, necesario mostrar alivio por la muerte de una persona, colgar la foto de la cogida del torero mostrando la agonía del mismo y calificarle de modo injurioso como asesino. Textualmente señala el Tribunal: “(...) *para defender públicamente sus posiciones antitaurinas no era necesario calificar en la red social de asesino o de opresor a don Víctor Barrio y mostrar alivio por su muerte. Menos aún hacerlo acompañando al texto una fotografía en que se mostraba al torero malherido, en el momento en que fue corneado, con evidentes muestras de dolor, y realizar esa publicación a las pocas horas de fallecer a consecuencia de esa cornada en la plaza de toros de Teruel, ocasionando con ello u dolor añadido al que tenían sus familiares.*”

*Tampoco la utilización de tales expresiones venía exigida o reclamada por un ejercicio de pluralismo, tolerancia o espíritu de apertura, sustento de cualquier sociedad democrática y de la libertad de expresión. Al contrario, precisamente tales principios reclamaban de la recurrente una mayor mesura y contención a*

*fin de no menoscabar injustificadamente el respeto debido a la dignidad humana, al dolor de los familiares ya l honor del fallecido. A ello aluden, con razón, las resoluciones judiciales impugnadas al referirse a exigencias mínimas de humanidad como integrantes de los usos sociales en una sociedad civilizada.*

*Mostrar, al amparo de la defensa de posiciones antitaurinas, alivio por la muerte de un ser humano producida mientras ejercía su profesión y calificarle de asesino a las pocas horas de producirse su deceso, junto con la fotografía del momento agónico, supone un desconocimiento inexcusable de la situación central que ocupa la persona en nuestra sociedad democrática y del necesario respeto de los derechos de los demás. La libertad de expresión no puede ser un instrumento para menoscabar la dignidad del ser humano, pues esta se erige como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), a la vez que en sustento y límite de su ejercicio”.*

A la luz de las consideraciones del Tribunal Constitucional, es obvio que rechazó el amparo promovido por la concejal de Catarroja y consideró acertada las decisiones de los órganos de la jurisdicción ordinaria; decisiones necesarias para tutelar el derecho fundamental al honor de d. Víctor Barrio. Asimismo, consideró proporcionada la indemnización fijada por la vulneración del derecho al honor del finado, rechazando el argumento del Ministerio Fiscal en el sentido de que las sentencias combatidas al fijar una indemnización cercana a los 6 mil euros hayan ocasionado un indeseable efecto paralizante en el ejercicio de la libertad de expresión.

En definitiva, y a mi manera de modo acertado, el Tribunal Constitucional cuando con el ejercicio de las libertades de expresión se lesiona el honor ajeno a través de redes sociales, al igual que cuando se emplean medios de comunicación tradicionales, considera necesario para saber si las libertades de expresión e información se han ejercitado dentro de su ámbito legítimo llevar a cabo el correspondiente juicio de proporcionalidad ponderando las circunstancias concretas del asunto litigioso.

### **Voto particular a la sentencia que formula la magistrada María Luisa Balaguer Callejón.**

En uso de la potestad que la LOTC confiere a los miembros del Tribunal Constitucional, la magistrada arriba referenciada emitió un voto particular discrepante con la sentencia de la Sala, considerando que debía haberse admitido el amparo de la recurrente.

Resulta obvio que discrepo, con todos mis respetos, de la magistrada disidente. Y discrepo porque los argumentos que ofrece son en algunos casos contradictorios. De la misma forma, pienso que la magistrada yerra a la hora de llevar a cabo la ponderación de las circunstancias del caso.

El primer argumento esgrimido por Balaguer para disentir de la sentencia de amparo es que el ejercicio de la libertad de expresión en las redes sociales exige el desarrollo de un canon de enjuiciamiento específico basado en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Pero ya aquí se empiezan a atisbar contradicciones en la exposición de la referida jurisprudencia por Balaguer. En efecto, considera la magistrada que la formulación de unos criterios específicos de enjuiciamiento cuando de redes sociales se trata hubiera sido fácil con acudir a la consolidada jurisprudencia del TEDH. Y a efectos de apoyar su aseveración, comienza señalando el efecto potencialmente lesivo que para los derechos de la personalidad tiene el uso de las redes sociales. A continuación, y reproduciendo la literalidad de la jurisprudencia de Estrasburgo, afirma que el TEDH en la sentencia de 16 de junio de 2015 (asunto Delfi As c. Estonia) afirma que *“la posibilidad de que los individuos se expresen en Internet constituye una herramienta sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión”*. Pero a renglón seguido reconoce que las ventajas de ese medio van acompañadas de una serie de riesgos, con contenidos claramente difamatorios, odiosos y violentos. Y de nuevo se aferra al TEDH para afirmar que los derechos de la personalidad pueden ser más vulnerables o sensibles al menoscabo procedente de la actuación a través de Internet. Es más, llega a afirmar, de forma correcta, que *“las redes sociales actúan sobre los ejes de la inmediatez y rapidez en la difusión de contenidos, la dificultad de establecer filtros a priori en esa difusión y la potencialmente amplia transmisión de sus contenidos. Ello supone una capacidad para influir en la opinión pública exponencialmente superior a la de los medios de comunicación tradicionales que, por lo demás, también se sirven de las redes sociales para difundir sus contenidos e incluso para manejar los tiempos y la capacidad de impacto de una determinada información”*. Y de aquí deduce de nuevo que estas características suponen un mayor riesgo de vulneración de los derechos de la personalidad, por lo que en este ámbito habría que tener en cuenta la cantidad de seguidores de un determinado perfil, que el perfil corresponda a un personaje público o privado, el hecho de que medios de comunicación clásicos o perfiles sumamente influyentes puedan llegar a generar un efecto multiplicador del mensaje y la rapidez efectiva con que se propaga el mensaje. Esta opinión de Balaguer Callejón formulada así, por muy loable que sea, parece no ser consciente, a mero título de ejemplo, que en una red social se pueden tener 20 amigos solamente, pero si se publica en la misma una determinada información, automáticamente puede pro-

ducirse un efecto multiplicador a través de compartirse la misma por tus amigos, y los amigos de tus amigos... Pero en cualquier caso, la difusión de los mensajes comunicativos no es algo novedoso o criterio específico a aplicar cuando las libertades de expresión se ejercitan en las redes sociales.

Añade también como criterio a tener en cuenta, la autoría de las opiniones o informaciones. Considera que en las redes sociales son distintas las posiciones de quien crea el contenido, de quien lo reproduce haciéndolo suyo o de quien lo traslada sin más. Pero este es un criterio que tradicionalmente ha tenido en cuenta nuestra jurisprudencia. ¿La doctrina del reportaje neutral es algo desconocido para nosotros?

Otro criterio, a juicio de Balaguer Callejón, son los destinatarios del mensaje. En este punto considero que es tradicional la consideración de este criterio por nuestra jurisprudencia; pero es mucho más fácil de calcular cuando de *mass media* se trata de que cuando se trata de redes sociales por el efecto multiplicador que compartiendo la información con amigo, y con amigos de los amigos, etc. se produce. A salvo claro está que el asunto se viralice, en cuyo caso está claro la tremenda repercusión que lo opinado o el hecho narrado pueda tener.

Asimismo, la magistrada considera que es jurisprudencia del TEDH que los mensajes difundidos por Internet se benefician de una protección equivalente a la que merecen los otros medios de comunicación en lo que se refiere al debate político, en particular si quien emite un mensaje es un representante elegido por la ciudadanía. Pero a renglón seguido, Balaguer nos recuerda también que es jurisprudencia del TEDH que la difusión en línea de ataques personales que sobrepasan el marco de un debate sobre las ideas no está protegido por el art 10 del Convenio de Roma.

Y finalmente, la magistrada alude al efecto disuasivo sobre el ejercicio de la libertad de expresión en redes sociales, la valoración relativa a su concurrencia no puede ignorar la intensidad de la sanción, sea esta penal o civil; cuestión esta que a su juicio debe tenerse en cuenta a la hora de examinar la proporcionalidad de una medida restrictiva. Mi pregunta es: ¿este criterio es también nuevo ahora y específico para las redes sociales?

Señalado lo anterior, procede Balaguer Callejón a realizar su particular ponderación de las circunstancias que para nada se comparten. En primer lugar, considera, como primer criterio a tener en cuenta en la ponderación, el hecho de que los actuantes en la instancia no son los titulares del derecho sino los familiares del ti-

tular fallecido. De esta forma Maria Luisa Balaguer se aparta de lo que es jurisprudencia constante del más alto de nuestros Tribunales por virtud de la cual se otorga la misma protección a honor del fallecido ( a su memoria) que al honor de los vivos. Por lo demás, ¿este sería un criterio específico en relación las redes sociales?

En segundo lugar, considera Balaguer que en el caso en concreto, la lesión del honor del torero ha sido escaso porque la concejal tenía poco más de 300 seguidores en Facebook. ¿La difusión de un mensaje en redes solo se determina por los amigos que se tengan? ¿Desconoce la magistrada ahora en sede de ponderación el efecto multiplicador de la información en las redes, aunque se tengan pocos amigos? De hecho, esta noticia se convirtió en viral, lo cual denota que no basta solo el número de amigos en la red social para determinar el potencial lesivo de las libertades de expresión e información en las redes. El tema es más complicado.

En tercer lugar, también considera como criterio a tener en cuenta que la concejal dispone de un perfil público en Facebook, lo que, a juicio de la magistrada, permite identificarla y permite interactuar con cualquier usuario en la red. Pero ¿entonces los mensajes en la red social de la edil se multiplican o no tienen relevancia por los pocos amigos con los que cuenta? Asimismo, afirma que la señora concejal de Catarroja es una activista animalista y feminista. ¿Esto permite justificar un uso ilegítimo de su libertad de expresión?

Y finalmente, considera Balaguer Callejón que el mensaje de la recurrente en amparo era un mensaje de contenido político. ¿Cuándo el mensaje es político debemos los ciudadanos soportar los insultos que nuestros actores públicos tengan por conveniente? ¿El debate político se puede erigir en criterio tal que la libertad de expresión conlleve la anulación del derecho al honor de cualquier ciudadano aunque se incurra en un ejercicio abusivo de aquella?

Todos estos criterios señalados llevan a la magistrada Balaguer Callejón a cuestionar la sentencia emitida por la mayoría de la Sala, centrándose únicamente en el debate político e ignorando el exceso en que incurre la activista en el ejercicio de su libertad de expresión. Es más, critica la magistrada que la Sala haya tenido en cuenta que en nuestro país la tauromaquia es patrimonio cultural inmaterial y de ahí derive que no se justifiquen las expresiones “hirientes” hacia el torero. Le guste o no a la magistrada discrepante, esa calificación del arte de cáscaras se la otorgó el Parlamento español, los representantes, en definitiva, del pueblo soberano. Y la tauromaquia siempre ha tenido sus detractores, desde hace tiempo inmemorial. No es una cuestión nueva.

“En suma”, concluye Balaguer Callejón, “no se puede perder de vista, como se ha expuesto previamente, que los temas que plantean interés general, si se encuadran además en el marco de un discurso político, se benefician de un elevado nivel de protección de la libertad de expresión, lo que lleva asociado un margen de apreciación de las autoridades jurisdiccionales particularmente restringido: el espacio para restringir la libertad de expresión en el dominio del discurso político es muy pequeño, lo que permite recurrir a la exageración, a la provocación y a la falta de moderación en las formas (recuerdo aquí en particular la STEDH de 16 de julio de 2009, en el asunto *Willem c. France*)”.

Bien, pero Balaguer parece obviar o no tener en cuenta en su ponderación lo que también constituye jurisprudencia constante del TEDH en el sentido de que los ataques personales que sobrepasan el marco de un debate sobre las ideas no está protegido por la libertad de expresión o lo que constituye jurisprudencia contante de nuestro Tribunal Constitucional en el sentido de que la posición preferente de la libertad de expresión se viene abajo cuando con el ejercicio de la misma se emplean expresiones formalmente injuriosas o insultos. ¿Llamar asesino a un torero fallecido que ejerce una profesión por completo lícita es solo una expresión hiriente o es una expresión formalmente injuriosa, atendidas las circunstancias del caso en la que, entre otras cosas, la activista se entusiasma y disfruta ante la ocurrencia de un desgraciado accidente?

**Resumen:**

El objeto de este comentario lo constituye la STC 93/2021, de 10 de mayo, en la cual el TC resuelve por vez primera el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor en el ámbito de las redes sociales. Para el más alto Tribunal, que las opiniones se expresen a través de una red social no exige un canon específico de enjuiciamiento y, por tanto, resuelve el conflicto a través de la jurisprudencia clásica existente al respecto.

**Abstract:**

The object of this comment is STC 93/2021, of May 10, in which the TC resolves for the first time the conflict between freedom of expression and the right to honor in the field of social networks. For the highest Court, the fact that opinions are expressed through a social network does not require a specific prosecution canon and, therefore, resolves the conflict through the existing classical jurisprudence in this regard.

**Palabras Clave:**

Libertad de expresión, derecho al honor, Facebook

**Key Words:**

Freedom of expression, right to honor, facebook.



---

---

## V. NUEVO DERECHO TRANSVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

---

---

### SUMARIO

- **Francisco José Sierra Fernández:** *“La accesibilidad universal de las personas sordas a la televisión en España. La asignatura pendiente de la Lengua de Signos en la regulación audiovisual”.*



LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DE LAS PERSONAS SORDAS  
A LA TELEVISIÓN EN ESPAÑA. LA ASIGNATURA PENDIENTE  
DE LA LENGUA DE SIGNOS EN LA REGULACIÓN AUDIOVISUAL.

THE UNIVERSAL ACCESSIBILITY OF DEAF PEOPLE  
TO TELEVISION IN SPAIN. THE PENDING SUBJECT  
OF SIGN LANGUAGE IN AUDIOVISUAL REGULATION

**Francisco José Sierra Fernández<sup>1</sup>**

Recibido: 25-02-2022

Aceptado: 31-03-2022

**INDICE**

*I. Introducción.*

*II. El derecho constitucional de acceso a la información a través de los medios de comunicación.*

*III. La convención internacional de derechos de las personas con discapacidad y el acceso a la información.*

*IV. El desarrollo legislativo del acceso a la información a través de los medios de comunicación.*

*V. Situación actual y perspectivas de futuro.*

*VI. Conclusiones.*

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología y Técnico Superior en Interpretación de Lengua de Signos.

## ***I. Introducción.***

De las diferentes modalidades de medios de comunicación, prensa, radio y televisión, ésta última, al tratarse de imagen, aporta información visual, que aún incompleta, puede resultar de interés para conseguir la accesibilidad, adoptando las medidas necesarias para ello. Las dos posibles vías y que la tecnología actual permite son, por un lado, el subtulado, y por otro, la ventanilla en la pantalla para hacer llegar la información en lengua de signos. Haciendo una pequeña historia de la presencia de la Lengua de Signos en la Televisión, en España encontramos la primera experiencia televisiva con el programa “Hablamos”, emitido por TVE desde el año 1977 hasta el año 1982 y que tenía 30 minutos de duración a través de una emisión semanal. El apagón de la información para las personas sordas duró 15 años, hasta que en 1997 se emitió en el canal La 2 de TVE el programa “En otras palabras”, cuya denominación cambió en 2008, para llamarse “En Lengua de signos” y que se emite por la 2 y el Canal Internacional de TVE, con carácter semanal. Es suficiente comparación para una exposición de la situación, que el programa que emite La 2 de TVE “En Lengua de signos” en la actualidad, con una duración de 30 minutos y de frecuencia semanal, es de la misma duración y frecuencia de emisión que el programa que se emitía en el año 1977, cuando entre ambas emisiones han transcurrido 45 años, la regulación en materia de accesibilidad ha avanzado, así como una enorme diversidad de medidas de acción positiva que el Estado social y democrático de derecho ha ido implementando en todos los órdenes de la vida social, económica y cultural a favor de los diferentes colectivos en exclusión. Sin embargo, en materia de accesibilidad a la televisión, no ha podido avanzar ni progresar en ningún aspecto, hasta tal punto, que la información en lengua de signos en la televisión pública no ha evolucionado en consonancia al resto de mejoras tecnológicas, económicas y sociales que ha experimentado el mundo de la televisión.

## ***II. El derecho constitucional de acceso a la información a través de los medios de comunicación.***

El art. 20 de la C.E. en su apartado 1.d)<sup>2</sup> afirma que se reconoce y protege el derecho a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, protección de la que aún hoy, las personas sordas no disfrutaban a través de la televisión, y el apartado 3<sup>3</sup> remite a una ley que regulará los medios de comunica-

3 Art. 20.3 de la Constitución: “La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios

ción dependientes del Estado, garantizando 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. 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, “de los derechos fundamentales y las libertades públicas”, y en el mismo sentido la jurisprudencia constitucional, expresada por la STC 159/1986, de 16 de diciembre<sup>4</sup>, en su fundamento jurídico 6º, que afirmaba 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 NUÑEZ MARTINEZ que la doctrina 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(...)*”<sup>5</sup>, de ahí la trascendencia y el refuerzo impuesto en este artículo 20.

El art. 20.1.a)<sup>6</sup> de la C.E. 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 que está protegido en el art. 20.1.d)<sup>7</sup> de la C.E., y en un sentido más amplio, el derecho a la educación del art. 27.2<sup>8</sup> de la C.E., pues es en este punto donde radica el principal foco de discriminación de los derechos de las personas sordas. No puede garantizarse el derecho de opinión o pensamiento de la población sorda cuando no se garantiza el acceso a la información que permite a cada persona formase un criterio propio en cada tema de la agenda política y social, o la posibilidad de

*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 STC 159/1986, de 16 de diciembre, f.j.6º. Enlace web: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/722> (fecha de consulta 19 de abril de 2020).

5 Núñez Martínez, M.A. (2008): “El Tribunal Constitucional y las libertades del art. 2º de la Constitución Española” Revista de Derecho UNED, núm. 3, pág. 310 Enlace web: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/10954/10482> (Fecha de consulta 19 de abril 2020).

6 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*”.

7 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*”.

8 Art. 27.2 de la Constitución: “*La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*”.

participar políticamente en los asuntos públicos si no existen formatos accesibles en lengua de signos a través de los medios de comunicación audiovisual. De la misma manera, derechos como el ejercicio del derecho al voto, suponen un previo conocimiento de las opciones electorales y las propuestas de los partidos políticos que concurren, para, en función de toda la información y su contexto, las personas sordas puedan emitir su voto de manera independiente y bajo un criterio formado en base al acceso abierto y plural a la información y a un sistema educativo que otorgue capacidades de estructuración del pensamiento abstracto. Bajo el mandato de los principios inspiradores del art. 1.1 de la C.E., tales como la libertad, la justicia y la igualdad, tal y como la STC 12/1982, de 21 de marzo, en su fundamento jurídico sexto<sup>9</sup>, en que aborda la regulación del derecho a la libertad de expresión y comunicación del art. 20.1.a) de la C.E., y que 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.

Del mismo modo, el art. 23.1<sup>10</sup> de la C.E. consagra el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, otro requisito 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, cuando sin embargo, las barreras de comunicación que padecen las personas sordas, comenzando por la escasa información que llega a través de la televisión (el art. 8.2<sup>11</sup> 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.

No obstante, el ejercicio de mejora en este ámbito puede ir más allá, en la medida que la falta de información accesible a las personas sordas a través de la te-

9 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).

10 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*”.

11 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, subtitule el 75% de los programas y cuente al menos con dos horas a la semana de interpretación con lengua de signos*”.

levisión repercute ante todo en su ejercicio de ciudadanía, pues no se debe olvidar que el primer elemento a tener en cuenta en esta construcción evolutiva de la ciudadanía es la educación, que tiene su pilar constitucional en el art. 27.2<sup>12</sup> de la Carta Magna, y como objetivo el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, pues es sin duda la herramienta que el Estado social y democrático de derecho debe facilitar para que la capacidad intelectual, la personalidad y sobre todo el acceso a valores, destrezas y habilidades para la convivencia, y por ende, la capacidad reflexiva a cada individuo, para que germine el desarrollo de la personalidad humana, y que con las cifras y los resultados educativos obtenidos con las personas sordas, con un alto nivel de analfabetismo funcional y una falta de acceso a los significados de la información escrita que imposibilita el acceso a la cultura y a un nivel de la conciencia crítica, que les cierra las puertas a su papel como supuesto ciudadano activo.

En definitiva, la construcción contemporánea de la ciudadanía requiere de un doble requisito, educación como desarrollo pleno de la personalidad, y ciudadanos activos y participativos en las tomas de decisión en el espacio público previa información a través de los medios de comunicación, construcción de un ejercicio de ciudadanía desde la dignidad del que las personas sordas han sido sistemáticamente excluidas, a pesar de lo dispuesto en el art. 10.1<sup>13</sup> de la C.E. El Estado social y democrático de derecho en que se constituye España, propugna unos valores superiores, en el art. 1.1 de la C.E., 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, “(...) *para asegurar a todos una digna calidad de vida (...)*”, por ello, 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 configure 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(...)*”<sup>14</sup>.

12 Art. 27.2 de la Constitución: “*La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*”.

13 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 fundamento del orden político y de la paz social*”.

14 Lucas Verdú, P. (1.984): “*Estimativa y política constitucionales*”, Madrid, UCM, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, pág. 109.

Concluyendo este apartado, exhibida la primacía del valor de la dignidad del art. 10 de la Carta Magna, el conjunto de derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico deben adecuarse a los parámetros estipulados y modulando el contenido esencial de cada derecho en concreto cuando deba ser aplicado e interpretado, y de la misma manera, cualquier derecho fundamental de la C.E. 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. En base a una interpretación del art. 10 de la C.E. dedicado a la dignidad humana, como BELDA evidencia “(...)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(...)”<sup>15</sup>, 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 no se está llevando a cabo. De la misma manera, otros derechos como el de educación (art. 27.2), no han cumplido su deber de proporcionar el pleno desarrollo de la personalidad humana e las personas sordas, y como consecuencia, el de participación política (art. 23.1) se ve cercenado 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, y que a la luz de la C.E. y de los Tratados Internacionales es manifiestamente insuficiente e incumple el valor de la dignidad humana que inspira a nuestra C.E..

### ***III. La convención internacional de derechos de las personas con discapacidad y el acceso a la información.***

La Convención en su artículo 9.2.f)<sup>16</sup> insta a que los Estados parte promuevan formas adecuadas a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información, y el art. 21 concreta más allá aún, cuando en su apartado d)<sup>17</sup> alienta

15 Belda Pérez-Pedrero, E., *ibidem* pág. 112.

16 Art. 9.2.f) de la Convención: “Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información”.

17 Art. 21.d) de la Convención: “Alentar a los medios de comunicación, incluidos los que suministran

a los medios de comunicación a que hagan sus servicios más accesibles para las personas con discapacidad, accesibilidad que los apartado b)<sup>18</sup> y e)<sup>19</sup> distinguen para las personas sordas mediante la utilización de la lengua de signos; en España, el art. 14.1<sup>20</sup> de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, dispone que los poderes públicos promoverán las medidas necesarias para que los medios de comunicación social sean accesibles a las personas sordas mediante la incorporación de las lenguas de signos españolas, y continúa el artículo disponiendo que los poderes públicos adaptarán las medidas necesarias para que las campañas de publicidad institucional sean accesibles a las personas sordas, y más concretamente los mensajes relativos a la declaración de estados de alarma, excepción y sitio, que deben ser plenamente accesibles a todas las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. El art. 13<sup>21</sup> de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, referido a la participación política, ordena la promoción y el uso de la lengua de signos en dos sentidos a los poderes públicos, uno, en los programas electorales gratuitos durante la campaña electoral para que se emitan con la presencia de la lengua de signos, y dos, para que las Cortes Generales, Parlamentos Autonómicos y entidades locales promuevan la interpretación a la lengua de signos de los plenos, así como de cualquier otra reunión de interés general en que haya participación de las personas sordas.

*información a través de Internet, a que hagan que sus servicios sean accesibles para las personas con discapacidad”.*

18 Art. 21.b) de la Convención: “b) 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”.

19 Art. 21.e) de la Convención: “e) Reconocer y promover la utilización de lenguas de señas”.

20 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”.

21 Art. 13 de la Ley 27/2007, de 23 de octubre: “1. Los poderes públicos, los partidos políticos y los agentes sociales facilitarán que las informaciones institucionales y los programas de emisión gratuita y obligatoria en los medios de comunicación, de acuerdo con la legislación electoral y sindical, sean plenamente accesibles a las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas mediante su emisión o distribución en lengua de signos española y/o en las lenguas de signos propias de las comunidades autónomas si las hubiera. 2. Las Cortes Generales, Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, Diputaciones Provinciales y Corporaciones y Entidades Locales promoverán la interpretación en lengua de signos española y/o en las lenguas de signos propias de las comunidades autónomas si las hubiera, en aquellas reuniones plenarias de carácter público y en cualesquiera otras de interés general en que así se determine, cuando haya participación de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas y se solicite previamente”.

La Convención aborda el derecho de información a través de los medios de comunicación, cuando en su artículo 9.1<sup>22</sup>, los Estados parte adoptarán medidas que aseguren el acceso en igualdad de condiciones que los demás, a fin de asegurar a las personas con discapacidad el acceso a la información y las comunicaciones, y el art. 21 de la Convención concreta más, cuando en su apartado d)<sup>23</sup>, cuando orienta a que los Estados parte alienten a los medios de comunicación a que hagan sus servicios más accesibles para las personas con discapacidad, accesibilidad que en mayor detalle los apartados b) y e) del art. 21<sup>24</sup> especifican para las personas sordas mediante la utilización de la lengua de signos.

Para la delimitación de dicha propuesta, se tendría en cuenta la definición de ajuste razonable que proporciona el art. 2, párrafo cuarto<sup>25</sup> de la Convención, 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<sup>26</sup> de la Convención, que debiera incluir el establecimiento expreso de un régimen sancionador en caso de incumplimiento de dichas garantías.

22 Art. 9.1 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*”.

23 Art. 21.d) de la Convención: “*Alentar 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*”.

24 Art. 21. 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*”.

25 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*”.

26 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*”.

#### ***IV. El desarrollo legislativo del acceso a la información a través de los medios de comunicación.***

Para ello, 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<sup>27</sup>, que 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 según lo analizado en anteriores apartados de esta tesis doctoral, 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, en su apartado f)<sup>28</sup>, desglosa los principios que deben guiar su actuación, entre los que se encuentra, referido a la igualdad como valor a respetar y consagrado en el art. 14 de la C.E., principio que vuelve a ser mencionado cuando el legislador promulga la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de comunicación audiovisual, que recoge para el caso de incumplimiento de sus disposiciones, que las sociedades concesionarias de televisión privada se enfrentarían a una infracción calificada como de grave, según lo dispuesto en el art. 58.4<sup>29</sup>, de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual, por el incumplimiento del art. 8.2 y 8.3<sup>30</sup> de la Ley, y que pueden derivar en sanciones previstas por el art.60.2<sup>31</sup> de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, en multas de 100 a 500 mil eu-

27 Ley 4/1980, de 10 de enero: <https://www.boe.es/boe/dias/1980/01/12/pdfs/A00844-00848.pdf> (fecha de consulta 25v de mayo de 2020).

28 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*”.

29 Art. 58.4 de la Ley 7/2010 de 31 de marzo: “*El incumplimiento en un canal, durante más de cinco días en un periodo de diez días consecutivos, de los deberes de accesibilidad previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 8*”.

30 Art. 8 apartados 2 y 3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo: “*2. Las personas con discapacidad auditiva tienen el derecho a que la comunicación audiovisual televisiva, en abierto y cobertura estatal o autonómica, subtitule 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*”.

31 Art. 60.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo: “*Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 100.001 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual televisiva y de 50.001 a 100.000 para los radiofónicos, para los prestadores del servicio de comunicación electrónica y para los prestadores de servicio de catálogo de programas*”.

ros para servicios de comunicación audiovisual,. 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 no pueden ejercerse de manera correcta varios derechos fundamentales protegidos por la C.E., como la igualdad real y efectiva del art. 14, el derecho a recibir información por cualquier medio de difusión, del art. 20.1.d), el derecho a la participación de los asuntos públicos del art. 23.1, y el derecho a la educación consagrado en su art. 27.

Como desarrollo legislativo en materia de medios de comunicación, se encuentran dos leyes, una, la Ley 17/2006, de 5 de junio (BOE 6/VI/2006 núm. 134) de la radio y televisión de titularidad estatal, que en su art. 2.1<sup>32</sup> define el servicio público de la televisión de titularidad del Estado como esencial por cuanto está destinado a satisfacer la necesidades de información de la sociedad española, difundir su identidad y diversidad culturales, promover el pluralismo, la participación y los demás valores constitucionales, garantizando el acceso de los grupos sociales y políticos significativos, como podría ser el de las personas sordas, y ahondando más en esta encomienda del servicio público que la televisión del Estado debe proporcionar, el art. 3.2.j)<sup>33</sup> de la misma, atribuye la labor de apoyar la integración social de las minorías y atender a aquellos colectivos con necesidades específicas. De la misma, forma, la ley pretende la promoción de la participación política, y para ello su art. 25.3<sup>34</sup> afirma que la Corporación RTVE en su tarea de servicio público debe extenderse a cuestiones de relevancia para la mayoría de la población o pa-

32 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*”.

33 Art. 3.2.j) de la Ley 17/2006, de 5 de junio: “*Apoyar la integración social de las minorías y atender a grupos sociales con necesidades específicas*”.

34 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 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*”.

ra determinados colectivos, evitando cualquier forma de discriminación por causa de discapacidad; y otra ley al respecto, derivada de la transposición de la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, que en su considerando 64<sup>35</sup> 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/IV/2010 núm. 79), general de la comunicación audiovisual, que en su art. 8.1<sup>36</sup> recoge el derecho de las personas sordas a una accesibilidad universal con el matiz de las posibilidades tecnológicas, y pasa a concretar en su apartado 2 del art. 8<sup>37</sup>, 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 al efecto de asegurar un mínimo de dos horas a la semana de interpretación con lengua de signos.

El art. 14.1<sup>38</sup> de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, dispone que los poderes públicos promoverán las medidas necesarias para que los medios de comunicación social sean accesibles a las personas sordas mediante la incorporación de las lenguas de signos españolas, y como refuerzo, el art. 13.1<sup>39</sup> de la misma Ley 27/2007, de 23 de octubre, referido a la participación política y los medios de comunicación audiovisual, ordena la promoción y el uso de la lengua de signos en

35 Directiva 2007/65/CE, de 11 de diciembre de 2007, considerando 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”.

36 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”.

37 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, subtitule el 75% de los programas y cuente al menos con dos horas a la semana de interpretación con lengua de signos”.

38 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”.

39 Art. 13.1 de la Ley 27/2007, de 23 de octubre: “Los poderes públicos, los partidos políticos y los agentes sociales facilitarán que las informaciones institucionales y los programas de emisión gratuita y obligatoria en los medios de comunicación, de acuerdo con la legislación electoral y sindical, sean plenamente accesibles a las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas mediante su emisión o distribución en lengua de signos española y/o en las lenguas de signos propias de las comunidades autónomas si las hubiera”.

los programas electorales gratuitos durante la campaña electoral para que se emitan con la presencia de la lengua de signos.

También hace la Ley 27/2007, de 23 de octubre una mención especial a las campañas de publicidad institucionales en su art. 14.2<sup>40</sup> para que sean accesibles, concretando más el art. 10 c)<sup>41</sup>, referido a la salud, por el que las administraciones públicas competentes promoverán la prestación de servicios de intérpretes en lengua de signos española para los usuarios que lo necesiten en aquellos centros sanitarios que atiendan a personas sordas. Igualmente adoptarán las medidas necesarias para que las campañas informativas y preventivas en materia de salud sean accesibles a las personas sordas. Por último, en materia de comunicación audiovisual y lengua de signos encontramos el art. 14.6<sup>42</sup>, de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, que refiere la obligación de hacer plenamente accesibles a todas las personas sordas, la declaración de estados de alarma, excepción y sitio, así como los mensajes institucionales.

Sin embargo, la información que llega a través de la televisión, garantizada en el art. 8.2<sup>43</sup> de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, alcanza la cifra de dos horas a la semana de interpretación a la lengua de signos, que bajo un juicio razonable, por el que toda la sociedad pudiera disponer de manera accesible a sólo dos horas a la semana de información a través de los medios de comunicación, y que cabe definir como un límite a la participación social activa y su acceso a la interacción social. En definitiva, la construcción contemporánea de la ciudadanía requiere de un doble requisito, uno, la educación como desarrollo pleno de la personalidad, y otro, ciudadanos activos y participativos en las tomas de decisión en el espa-

40 Art. 14.2 de la Ley 27/2007, de 23 de octubre: “Asimismo, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para que las campañas de publicidad institucionales y los distintos soportes audiovisuales en los que éstas se pongan a disposición del público sean accesibles a estas personas”.

41 Art. 10.c) de la Ley 27/2007, de 23 de octubre: “Las Administraciones Públicas competentes promoverán 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, en el caso de que así se solicite previamente, para los usuarios que lo necesiten en aquellos centros sanitarios que atiendan a personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Igualmente adoptarán las medidas necesarias para que las campañas informativas y preventivas en materia de salud sean accesibles a las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas en lenguas de signos españolas”.

42 Art. 14.6 de la Ley 27/2007, de 23 de octubre: “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”.

43 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, subtitule el 75% de los programas y cuente al menos con dos horas a la semana de interpretación con lengua de signos”.

cio público que han dispuesto de suficiente información a través de los medios de comunicación, y cuyo resultado sea el ejercicio de una ciudadanía desde la dignidad, proceso del que las personas sordas han sido sistemáticamente olvidados.

Existe por tanto un deber incondicionado de hacer accesible a las personas sordas la Televisión, y que la exclusión y discriminación hacia este colectivo, que supondría ir mucho más allá de lo dispuesto por el art. 14.1<sup>44</sup> de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, 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, que dispone en su art. 8.2<sup>45</sup>, que las personas sordas contarán con al menos dos horas semanales de interpretación a la lengua de signos. Por toda garantía de accesibilidad a la Televisión para las personas sordas en lengua de signos ofrecida por el citado art. 14.1 de la ley 27/2007, de 23 de octubre, la Ley reguladora de la Comunicación Audiovisual en España concreta dichas medidas, en, al menos, dos horas semanales, que era el número de horas que antes de la entrada en vigor de la C.E. y de las leyes que regulan el sector audiovisual, el ente público RTVE ya venía ofreciendo en el año 1.977 a las personas sordas en España. Sin duda, una manera de que el Estado social y democrático de derecho, y concretamente el art. 9.2 de la C.E., haga 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 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 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, 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.

44 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*”.

45 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, subtitule el 75% de los programas y cuente al menos con dos horas a la semana de interpretación con lengua de signos*”.

### ***V. Situación actual y perspectivas de futuro.***

La evidente falta de presencia de la lengua de signos en la televisión, y una débil regulación jurídica de la misma, a raíz de la Ley 7/2010, de 31 de marzo y su artículo 8.2 ha originado la crítica constante de las organizaciones de personas sordas hacia esta ley, al considerar que no garantizaba con suficiencia la accesibilidad a los contenidos televisivos a través de la lengua de signos.

Con el desarrollo del mundo audiovisual, la tecnología y los avances de diferentes plataformas y contenidos televisivos, existe en la actualidad en situación de trámite parlamentario un proyecto de ley general de comunicación audiovisual, publicado en el BOCG de 17 de diciembre de 2021<sup>46</sup>. Entre sus novedades, su articulado recoge varias disposiciones que regulan los mínimos de contenidos televisivos en lengua de signos.

Así, su art. 99.1.e)<sup>47</sup>, introduce como nueva garantía, en este caso de supervisión de la calidad de la lengua de signos en la televisión al Centro de Normalización de la lengua de signos (CNLSE), como organismo vinculado al Real Patronato de la Discapacidad.

De la misma forma, su art. 100, establece una distinción entre televisiones privadas (denominadas “prestadoras del servicio televisivo lineal en abierto”) y televisiones públicas (que denomina “prestadores del servicio público de comunicación audiovisual lineal en abierto”), para desde esta doble categoría, imponer un diferente mínimo de horas semanales de producción de contenidos en lengua de signos. Así el art. 100.1.b)<sup>48</sup> del proyecto de ley establece para las televisiones privadas un mínimo de cinco horas de programas en lengua de signos, y por el contrario, el art. 100.2.b)<sup>49</sup> del mismo proyecto de ley, para las televisiones

46 Proyecto de ley general de comunicación audiovisual. 17 de diciembre de 2021. Enlace web: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-77-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-77-1.PDF)

47 Art. 99.1.e) del proyecto de ley: “Garantizar que la incorporación de contenidos signados se realice observando los criterios de calidad recogidos por el Centro de Normalización Lingüística de la Lengua de Signos Española o, en su caso, por los organismos equivalentes de las Comunidades Autónomas que tengan su propia lengua de signos”.

48 Art. 100.1.b) del proyecto de ley: “Un mínimo de cinco horas semanales de programas en lengua de signos, prioritariamente emitidos en el horario de máxima audiencia, entre los que deberán incluir noticiarios, programación infantil, programas de contenido informativo de actualidad, programas relacionados con los intereses de los consumidores o servicios religiosos”.

49 Art. 100.2.b) del proyecto de ley: “Un mínimo de quince horas semanales de programas que incluyan lengua de signos, prioritariamente emitidos en horario de máxima audiencia, entre los que deberán incluir noticiarios, programación infantil, programas de contenido informativo de actualidad, programas

públicas, establece un mínimo de quince horas semanales de programas que incluyan lengua de signos.

Por último, el proyecto legislativo contempla para aquellas televisiones que prestan un acceso previo pago (denominado “de acceso condicional”), unos mínimos de acceso en lengua de signos en su art. 101.1.b)<sup>50</sup>, cuantificados en cinco horas semanales, y de la misma forma, para aquellos canales de pago el art. 102.1.b)<sup>51</sup>, menciona una referencia a la incorporación gradual de contenidos en lengua de signos dentro de sus catálogos de oferta televisiva, sin garantizar un mínimo de horas con presencia de lengua de signos en su programación.

## ***VI. Conclusiones.***

La regulación de la accesibilidad de la televisión a través de la lengua de signos ha sido, hasta el momento actual, escasa y poco garantista. A pesar de varios mandatos constitucionales de primer orden, como los art. 10, 20, 23, 27 y 49, hasta la fecha, no podido garantizarse de manera efectiva el ejercicio del derecho a la información hacia las personas sordas a través de su lengua natural, la lengua de signos.

La Convención internacional de derechos de las personas con discapacidad, ratificado por España en el año 2008, y en vigor con carácter normativo de obligado cumplimiento no ha podido imponerse a la legislación nacional en España, a pesar de disponer de mayor jerarquía normativa que ésta última.

La normativa que regula la comunicación audiovisual en España, ha recogido el derecho de accesibilidad a las personas con discapacidad con carácter residual, como una cuestión incidental, dentro de una amplia regulación del sector. A ello, cabe añadir, la falta de mecanismos de seguimiento, evaluación, y, en su caso, de sanción, por el incumplimiento de las televisiones en materia de accesibilidad.

La proyección a futuro que la nueva normativa que regulará el sector audiovisual en los próximos años, en su apartado de accesibilidad en lengua de signos, describe un aumento en cuanto al establecimiento de mínimos de horas semana-

*relacionados con los intereses de los consumidores o servicios religiosos”.*

50 Art. 101.1.b) del proyecto de ley: “Un mínimo de cinco horas semanales de programas audiodescritos que incluirán aquellos que puedan resultar de mayor interés para la audiencia”.

51 Art. 102.1.b) del proyecto de ley: “Incorporación gradual de programas con audiodescripción y lengua de signos, dotados con la debida prominencia en el catálogo.”

les de lengua de signos, que pasan, para la televisión privada, de dos a cinco horas, y para la televisión pública, de dos a quince horas.

La aparente insuficiencia en cuanto al número mínimo de horas semanales en lengua de signos, a pesar de tratarse de derechos fundamentales, debiera desembocar en que la regulación de esta materia debiera formularse a través de la llamada garantía institucional, que debe proteger a la presencia de la lengua de signos en la televisión, como nexo de unión entre derechos fundamentales (relativos a los artículos 20.1.d), 23.1, 24.1 y 27) y el cumplimiento efectivo y satisfactorio de los mismos para las personas sordas.

La jurisprudencia constitucional deja sentada la concepción de la C.E. como un marco de convivencia humano, justo y pacífico, que se plasma en el Estado social y democrático de derecho que consagra nuestra C.E., en su art. 1.1, como la STC 25/1981, de 14 de julio<sup>52</sup> se encargó de apuntar. Por ello, la C.E. no impide que a través de una decisión política, pueda adoptarse dentro de la C.E., por la vía de una ley orgánica (art. 81 de la C.E.), una regulación de derechos en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionalizados en los artículos 15 a 29 (en concreto los artículos 20.1.d), 23.1, 24.1 y 27), y siempre bajo el mandato de los principios inspiradores del art. 1.1 de la C.E., tales como la libertad, la justicia y la igualdad, tal y como la STC 12/1982, de 21 de marzo, en su fundamento jurídico sexto<sup>53</sup>, en que aborda la regulación del derecho a la libertad de expresión y comunicación del art. 20.1.a).

En el caso de la lengua de signos, para preservar el derecho de las personas en su acceso básico y fundamental a la información a través de la televisión, 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. Sin duda, una manera de que el Estado social y democrático de derecho, y concretamente el art. 9.2 de la C.E., estimule a los poderes públicos a desarrollar su labor, sería promover, con rango de una ley orgánica, una regulación que explicita el uso de la lengua de signos en aquellos programas o espacios televisivos que no son emitidos en lengua de signos, en la medida que suponen un incumplimiento de los derechos fundamentales que constriñen a las personas sordas, como garantía institucional para que la libertad y la igualdad del colectivo sean reales y efectivas.

52 STC 25/1981, de 14 de julio. Enlace web: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25>

53 STC 12/1982, de 31 de marzo. Enlace web: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/54>

**Resumen:**

A pesar de que el medio televisivo, por su carácter eminentemente visual, es el medio de comunicación que reúne las mejores condiciones para la accesibilidad de las personas sordas a través de la lengua de signos, como lengua viso-gestual y natural de las personas sordas, sin embargo ha sido una de las asignaturas pendientes en la accesibilidad de las personas sordas en la sociedad.

Derechos fundamentales protegidos de manera reforzada por la Constitución, tales como el art. 20, que hace referencia al derecho a la información, el art. 23, a la participación, el art. 27, como derecho a la educación, así como el art. 10, como derecho a la dignidad, no han sido suficientes para poder garantizar que el derecho de acceso de las personas sordas a la información cotidiana en lengua de signos, dentro de la programación que ofrecen las televisiones en nuestro país.

Más recientemente, la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por el Estado español en 2008, y de obligado cumplimiento dentro del ordenamiento jurídico español, tampoco consiguió subvertir el orden de las cosas, en cuanto a la accesibilidad en lengua de signos dentro de las televisiones.

De hecho, la Ley vigente, Ley 7/2010, de 31 de marzo, que regula en la actualidad el panorama audiovisual español, concede un mínimo de dos horas semanales en lengua de signos. Imaginemos por un momento si la sociedad en su conjunto tuviera accesibilidad a programas televisivos en su lengua, tan solo dos horas por semana.

Este déficit de acceso en igualdad de condiciones a la información en lengua de signos que padecen las personas sordas, no parece que se va a ver muy alterado ante la entrada en las Cortes Generales de un proyecto de ley remitido desde el Gobierno de la Nación, y, en cuyo texto, contempla un mínimo de cinco horas semanales en lengua de signos dentro de la programación de las televisiones privadas, y un mínimo de quince horas semanales, dentro de las televisiones públicas.

Aunque es evidente, el pequeño avance en cuanto a número de horas semanales, la reflexión jurídica estriba, no tanto en los análisis cuantitativos, sino en aspectos vinculados al concepto de dignidad humana, y su defensa desde el art. 10 de la Carta Magna.

### **Abstract:**

Despite the fact that television, due to its eminently visual nature, is the means of communication that meets the best conditions for accessibility for deaf people through sign language, as a visual-gestural and natural language for deaf people. However, it has been one of the pending issues in the accessibility of deaf people in society.

Fundamental rights protected in a reinforced manner by the Constitution, such as art. 20, which refers to the right to information, art. 23, to participation, art. 27, as a right to education, as well as art. 10, as a right to dignity, have not been sufficient to guarantee the right of deaf people to access daily information in sign language, within the programming offered by television in our country.

More recently, the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, ratified by the Spanish State in 2008, and mandatory within the Spanish legal system, also failed to subvert the order of things, in terms of accessibility in the language of signs inside televisions.

In fact, the current Law, Law 7/2010, of March 31, which currently regulates the Spanish audiovisual panorama, grants a minimum of two hours per week in sign language. Let's imagine for a moment if society as a whole had access to television programs in their language, just two hours a week.

This lack of access under equal conditions to information in sign language suffered by deaf people does not seem to be greatly altered by the entry into the Cortes Generales of a bill sent by the Government of the Nation, and, in whose text, it contemplates a minimum of five hours per week in sign language within the programming of private televisions, and a minimum of fifteen hours per week, within public televisions.

Although it is evident, the small progress in terms of number of hours per week, the legal reflection lies, not so much in quantitative analysis, but in aspects related to the concept of human dignity, and its defense from art. 10 of the Magna Carta.

**Palabras Clave:**

Personas sordas, accesibilidad, lengua de signos, televisión, derecho a la información, participación política, educación, dignidad humana, garantía institucional.

**Keywords:**

Deaf people, accessibility, sign language, television, right to information, political participation, education, human dignity, institutional guarantee

LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DE LAS PERSONAS SORDAS A LA TELEVISIÓN EN ESPAÑA.  
LA ASIGNATURA PENDIENTE DE LA LENGUA DE SIGNOS EN LA REGULACIÓN AUDIOVISUAL  
*Francisco José Sierra Fernández*

