

CyP Parlamento y Constitución



Anuario

SUMARIO

I. ESTUDIOS

Alfonso García Figueroa: *“Derechos de la naturaleza, neoconstitucionalismo andino y ecopopulismo. A propósito de la constitucionalización de los derechos de la Pacha Mama en la República del Ecuador”.*

Victor Eduardo Orozco Solano: *“El carácter exigible de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: una aproximación desde el carácter multinivel o multidimensional de estos derechos”.*

José Miguel Cabrales Lucio: *“La presunción de constitucionalidad en el control jurisdiccional de la ley en España. Una aproximación panorámica y jurisprudencial”.*

Enrique Ortea García: *“Los acuerdos de la Junta Electoral Central sobre partidos políticos (1985-2022): panorámica y relevancia”.*

II. RECENSIONES

Manuel Álvarez Torres: *“La estabilidad presupuestaria en España: reflexiones sobre una década desde la reforma constitucional”: recensión del libro La reforma del artículo 135 de la Constitución diez años después. Delgado Ramos, D. y Gordillo Pérez, L.I. (dir.), Rosado Villaverde, R. (coord.), Rodríguez Zapatero, J.L. (pr.) y Montoro Romero, C. (col.), Aranzadi, Navarra, 2022, 392 p.*

III. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

María Martín Sánchez: *“Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2022)”.*

M^a. del Pilar Molero Martín-Salas: *“Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2022)”.*

M^a. Joaquina Guerrero Sanz: *“Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2022)”.*

M^a. Elena Rebato Peño: *“Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2022)”.*

María Ruiz Dorado: *“La intervención del Tribunal Constitucional en el procedimiento parlamentario: un comentario al ATC 177/2022 de 19 de diciembre”.*

IV. NUEVO DERECHO TRANSVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Sergio Sánchez París: *“El derecho de las personas con discapacidad fruto de una consolidación permanente en nuestra sociedad: Cátedra discapacidad y dependencia”.*

COMITÉ DE HONOR

Pablo Bellido Acevedo

Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha

Francisco Calvo Cirujano

Exletrado de las Cortes de Castilla-La Mancha

Eduardo Espín Templado

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Magistrado del Tribunal Supremo. Codirector de la revista.

Manuel Antonio Mirón Ortega

Exletrado de las Cortes de Castilla-La Mancha

CONSEJO DE REDACCIÓN

María Barahona Migueláñez

Letrada de las Cortes de Castilla-La Mancha, Directora del Departamento de Gobierno Interior y Apoyo a la Secretaría General

Nicolás Conde Flores

Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha

Francisco Javier Díaz Revorio

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

Estefanía Esparza Reyes

Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de La Frontera (Chile)

Santiago Gutiérrez Broncano

Vicerrector de Postgrado y Formación Permanente de la Universidad de Castilla-La Mancha

Ignacio Gutiérrez Cassillas

Letrado de las Cortes Generales en el Congreso de los Diputados, Jefe del Departamento de Asesoramiento de la Secretaría Técnica de la Junta Electoral Central y profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid

Wendy Mercedes Jarquín Orozco

Investigadora en la Escuela Judicial Electoral de México

Belén López Donaire

Directora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Roberto Mayor Gómez

Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha, Director del Servicio Jurídico de las Cortes de Castilla-La Mancha

Mª del Pilar Molero Martín-Salas

Profesora Contratada Doctor de Derecho Constitucional UCLM. Cosecretaria de la revista

Belén Roldán Moyano

Directora de Documentación y contenidos web de las Cortes de Castilla-La Mancha

José Alberto Sanz Díaz-Palacios

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo

Xosé Antón Sarmiento Méndez

Letrado Oficial Mayor del Parlamento de Galicia, presidente de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos y profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Parlamentario en la Universidad de Vigo

Esther Seijas Villadongos

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de León

Adriana Travé Valls

Abogada y Profesora Asociada de Derecho Constitucional UCLM. Cosecretaria de la revista.

CONSEJO ASESOR

Luis Arroyo Zapatero, Catedrático de Derecho Penal UCLM

Feliciano Barrios Pintado, Catedrático de Historia del Derecho UCLM

Enrique Belda Pérez-Pedrero, Catedrático de Derecho Constitucional UCLM

Miguel Beltrán de Felipe, Catedrático de Derecho Administrativo UCLM

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

Francisco Delgado Piqueras, Catedrático de Derecho Administrativo UCLM

Eduardo Demetrio Crespo, Catedrático de Derecho Penal UCLM

Antonio Fernández Tomás, Catedrático de Derecho Internacional Público UCLM

José Luis García Guerrero, Catedrático de Derecho Constitucional UCLM

Nicolás García Rivas, Catedrático de Derecho Penal UCLM

Diego López Garrido, Catedrático de Derecho Constitucional UCLM

María Martín Sánchez, Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM

Mª Luz Martínez Alarcón, Catedrática de Derecho Constitucional UCLM

Marcos Francisco Massó Garrote, Catedrático de Derecho Constitucional UCLM

José Antonio Moreno Molina, Catedrático de Derecho Administrativo UCLM

Mª Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM

Ana Valero Heredia, Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM

Tomás Vidal Marín, Catedrático (acreditado) de Derecho Constitucional UCLM

Luis Aguiar de Luque, Universidad Carlos III

José Asensi Sabater, Universidad de Alicante

Francisco Bastida Freijedo, Universidad de Oviedo

Paloma Biglino Campos, Universidad de Valladolid

Roberto Blanco Valdés, Universidad de Santiago de Compostela

José Luis Cascajo Castro, Universidad de Salamanca

Javier Corcuera Atienza, Universidad del País Vasco

Francesc de Carreras Serra, Universidad de Barcelona

Jorge de Esteban Alonso, Universidad Complutense de Madrid

Luis María Díez-Picazo Giménez, Tribunal Supremo

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

Luis López Guerra, Universidad Carlos III de Madrid

Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Tribunal Supremo

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

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

Allan Brewer-Carías, Universidad Central de Venezuela

Ricardo Combellas, Universidad Central de Venezuela

Krystian Complak, Universidad de Wrocław

José Ramón Cossío Díaz, Corte Suprema de Justicia de la Nación, México

Francisco Eguiguren Praeli, Pontificia Universidad Católica de Perú

Héctor Fix Zamudio, Universidad Nacional Autónoma de México

José Xavier Garacoa Ortiz, Universidad de Guayaquil

Domingo García Belandier, Pontificia Universidad Católica de Perú

Peter Häberle, Universidad de Bayreuth

César Landa Arroyo, Tribunal Constitucional de Perú

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

Julieta Morales, Centro Nacional de los Derechos Humanos de México

Lucio Pegoraro, Universidad de Bolonia

Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia

Roberto Romboli, Universidad de Pisa

Marcial Rubio Correa, Pontificia Universidad Católica de Perú

Antonio Ruggeri, Universidad de Messina

Néstor P. Sagüés, Universidad de Buenos Aires

Sofía Sagüés, Universidad Católica Argentina

Hernán Salgado Pesantes, Pontificia Universidad Católica de Ecuador

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

Luis Fernando Solano Carrera, Centro de Estudios Judiciales para Centroamérica y el Caribe

Diego Valadés Ríos, Universidad Nacional Autónoma de México

Jorge Reinaldo Vanossi, Universidad de Buenos Aires

Ernst Wolfgang Böckenförde, Universidad de Friburgo

DIRECCIÓN

Eduardo Espín Templado

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM

Magistrado del Tribunal Supremo

Francisco Javier Díaz Revorio

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM

SECRETARÍA

María del Pilar Molero Martín-Salas

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional UCLM

Adriana Travé Valls

Abogada y Profesora Asociada de Derecho Constitucional UCLM

Año 2023

Nº 24

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

Anuario



**C^y Parlamento
Constitución**

Edita: Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha
Convento de San Gil. Bajada del calvario, s/n. 45071 Toledo

Diseño y Maquetación: Jer Publicidad

Imprime: EGESA

Depósito Legal: TO-984-2000

ISSN: 1139-0026 (Impresa)

ISSN: 2695-9909 (En línea)

Año: 2023

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

Revista Jurídica de periodicidad anual

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

ENVÍO DE TRABAJOS

Los originales se harán llegar a través del formulario de la web <https://parlamentoyconstitucion.cortesclm.es/> o remitiéndose por correo a las siguientes direcciones:

FcoJavier.DRevorio@uclm.es o MariaPilar.Molero@uclm.es

Han de ser inéditos y originales. Será responsabilidad del autor informar sobre la situación de los derechos de autor. La publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos será responsabilidad del autor.

Los trabajos deben presentarse anonimizados, evitando cualquier referencia que pueda permitir la identificación de la autoría. Las referencias bibliográficas a obras del autor deben omitirse en esta fase de presentación del manuscrito. De acordarse su publicación, estas referencias se añadirán en su versión final.

El envío de manuscritos presupone, por parte de los autores, el conocimiento y aceptación de estas directrices del Anuario.

Mientras el manuscrito esté en proceso de evaluación por parte del Anuario, los autores se comprometen a no presentarlo para su evaluación a otras revistas.

PROCESO DE EVALUACIÓN Y PUBLICACIÓN

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

El equipo editorial (dirección y secretaría) decidirá sobre la publicación de los trabajos recibido sobre la base —salvo singulares excepciones justificadas— de dos informes de evaluación, emitidos por sendos especialistas ajenos a la organización editorial de la revista, aplicándose el método «doble ciego». La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. La decisión sobre la publicación se adoptará en el plazo de seis meses; no obstante, si transcurrido dicho plazo el autor no recibiere pronunciamiento del Anuario en un año, habrá de entenderse rechazada la publicación.

Teniendo en cuenta los resultados del proceso anterior, la decisión final sobre el contenido de cada número la adoptará el Consejo de Redacción.

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.

Los autores de trabajos aceptados podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. Las modificaciones que puedan introducirse se limitarán a la subsanación de errores, sin que resulten posibles alteraciones sustanciales del escrito.

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.

DIRECTRICES PARA LOS AUTORES

Idiomas de los originales

El idioma del texto del trabajo será aceptado en castellano o inglés. En determinados casos especiales, el Consejo de Redacción puede valorar la admisibilidad del uso de otros idiomas oficiales en la Unión Europea.

Formato

Todos los trabajos deberán enviarse en formato Word, letra Times New Roman, tamaño 12, espaciado interlineal 1,5 (para las notas a pie de página letra Times New Roman, tamaño 10, espaciado interlineal 1). La extensión máxima será de 50 páginas.

Los trabajos comenzarán con el título, tanto en castellano como en inglés, nombre, apellidos, filiación y mail del autor o autora, y el identificador ORCID.

Tras los datos personales, se hará referencia a la forma en cómo se debe citar el trabajo (Cómo citar/Citation).

Seguidamente, todos los trabajos deben incluir un breve resumen/abstract (120-150 palabras) y enumeración de palabras-clave/key-words (de 4 a 6 palabras) en castellano y en inglés. Se sugiere como Tesoro para la elección de palabras clave: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Bibliotecas-judiciales/Recursos-documentales/Diccionarios/>

Los trabajos irán acompañados de las referencias bibliográficas y, en su caso, jurisprudenciales y legislativas. Todas ellas deberán ser citadas a pie de página de la siguiente forma:

1.1. Bibliografía

- BALAGUER CALLEJON, M^a. L., Igualdad y Constitución española, Tecnos, Madrid, 2010.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., NIETO ROJAS, P., “Medidas y planes de igualdad en las empresas”, GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGINA, J.R (coords), La ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- CRUZ VILLALÓN, P., “Sobre el amparo”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 41, 1994.

1.2. Jurisprudencia (trabajos en castellano)

- Sentencia del Tribunal Constitucional español (o STC) 9/2010, de 27 de abril, FJ 2^o.
- Caso Sociétés Colas Est et allii vs. France, recurso núm. 37971/97, Sentencia del TEDH de 16 abril 2002.
- Asunto T-48/96, Acme Industry & Co. Ltd vs. Consejo, Sentencia del TPI de 12 octubre 1999, Rec. 1999, p. II-3089.
- Asunto C-308/06, Intertanko y otros, Sentencia del TJ de 3 junio 2008, Rec. 2008, p. I-4057.

1.3. Case Law (papers in English)

- Case Matthews v UK App no 24833/94 (ECtHR 18 February 1999, 1999-I 251).
- Joined Cases T-222/99, T-327/99 and T-329/99 Martínez and others v Parliament [2001] ECR II-2823.
- Case 137/84 Ministère public v Robert Heinrich Maria Mutsch [1985] ECR 2681, Opinion of AG Lenz.

1.4. Informes de instituciones

- Comisión Europea, Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, Oficina de Publicaciones de la Comisión Europea, Bruselas, 1999.
- Banco Mundial, Informe sobre el desarrollo mundial. Panorama general, Washington DC, 2011, disponible en http://wdr2011.worldbank.org/sites/default/files/SPANISH_WDR2011_Overview.pdf (última consulta: 02.01.2012).

1.5. Otras referencias

En caso de que se empleen otros tipos de documentos distintos de los anteriores, se seguirá el modelo al que más se ajuste a las pautas referidas, teniendo en cuenta que lo importante es proporcionar los datos mínimos necesarios para su identificación y localización: autor, título, lugar, editorial y año de publicación.

Para todo lo demás se ruega se sigan las pautas de citación de la norma UNE-ISO 690.

En el caso de recensiones, además de cumplir con las normas expuestas anteriormente, deben incluir un título propio y los datos completos de la obra que se reseña, incluido el ISBN.

Guía de estilo

Consúltese la proporcionada en la página web del anuario: <https://parlamentoyconstitucion.cortescslm.es>

Derechos de autor

En el momento en que una obra es aceptada para su publicación, se entiende que el autor cede al Anuario en exclusiva los derechos de reproducción, distribución y venta de su manuscrito para su explotación en todos los países del mundo en formato de revista de papel, así como en cualquier otro soporte magnético, óptico y digital.

Los autores cederán también al Anuario los derechos de comunicación pública para su difusión y explotación a través de intranets, internet y cualesquiera portales y dispositivos inalámbricos que decida el editor, mediante la puesta a disposición de los usuarios para consulta online de su contenido y su extracto, para su impresión en papel y/o para su descarga y archivo, todo ello en los términos y condiciones que consten en la web donde se halle alojada la obra. A su vez, el Anuario autoriza a los autores de los trabajos publicados en la revista a que ofrezcan en sus webs personales o en cualquier repositorio de acceso abierto una copia de esos trabajos una vez publicados; junto con esa copia ha de incluirse una mención específica del Anuario, citando el año y el número de la revista en que fue publicado y añadiendo el enlace a la web del Anuario.

Aviso de derechos de autor/a

Las obras están bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.

Se pueden copiar, usar, difundir, transmitir y exponer públicamente, siempre que:

1. Se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista, editorial y URL de la obra).
2. No se usen para fines comerciales.
3. Se mencione la existencia y especificaciones de esta licencia de uso.

Declaración de privacidad

Los nombres y direcciones de correo-e introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

Plagio y fraude científico

A efectos de lo estipulado en la Ley de Propiedad Intelectual respecto a las acciones y procedimientos que puedan emprenderse contra quien infrinja los derechos de propiedad intelectual, la publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos será responsabilidad de los autores, quienes en consecuencia asumirán los eventuales litigios por derechos de autor y fraude científico. Se entiende por plagio:

1. Presentar el trabajo ajeno como propio.
2. Adoptar palabras o ideas de otros autores sin el debido reconocimiento.
3. No emplear las comillas u otro formato distintivo en una cita literal.
4. Dar información incorrecta sobre la verdadera fuente de una cita.

Las prácticas constitutivas de fraude científico son las siguientes:

1. Fabricación, falsificación u omisión de datos y plagio.
2. Conflictos de autoría.

El Anuario publica trabajos inéditos en la lengua de publicación, por tanto, se considerará práctica incorrecta la presentación de trabajos ya publicados, o de aquellos cuyos derechos de propiedad intelectual hayan sido ya previamente cedidos a otra publicación o entidad.

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.

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2023 N° 24 —

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

Manuel Álvarez Torres

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

José Miguel Cabrales Lucio

Profesor Investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Tampico) de la Universidad Autónoma de Tamaulipas, México.

Alfonso García Figueroa

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha.

M^a. Joaquina Guerrero Sanz

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

María Martín Sánchez

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

M^a. del Pilar Molero Martín-Salas

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

Víctor Eduardo Orozco Solano

Juez Contencioso Administrativo del Poder Judicial de Costa Rica.

Enrique Ortea García

Universidad Complutense de Madrid.

M^a. Elena Rebato Peño

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

María Ruiz Dorado

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

Sergio Sánchez París

Estudiante de doctorado en Derecho, investigador en el área de Derecho constitucional UCLM y Coordinador de la Clínica Jurídica DYD.



ÍNDICE

I. ESTUDIOS

	<i>Págs.</i>
Alfonso García Figueroa: “ <i>Derechos de la naturaleza, neoconstitucionalismo andino y ecopopulismo. A propósito de la constitucionalización de los derechos de la Pacha Mama en la República del Ecuador</i> ”. 015	
Víctor Eduardo Orozco Solano: “ <i>El carácter exigible de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: una aproximación desde el carácter multinivel o multidimensional de estos derechos</i> ”.	047
José Miguel Cabrales Lucio: “ <i>La presunción de constitucionalidad en el control jurisdiccional de la ley en España. Una aproximación panorámica y jurisprudencial</i> ”.	071
Enrique Ortea García: “ <i>Los acuerdos de la Junta Electoral Central sobre partidos políticos (1985-2022): panorámica y relevancia</i> ”.	099

II. RECENSIONES

Manuel Álvarez Torres, “ <i>La estabilidad presupuestaria en España: reflexiones sobre una década desde la reforma constitucional</i> ”: <i>recensión del libro La reforma del artículo 135 de la Constitución diez años después. Delgado Ramos, D. y Gordillo Pérez, L.I. (dir.), Rosado Villaverde, R. (coord.), Rodríguez Zapatero, J.L. (pr.) y Montoro Romero, C. (col.), Aranzadi, Navarra, 2022, 392 p.</i>	147
--	-----

III. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

María Martín Sánchez, <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2022)</i> .	159
M ^a . del Pilar Molero Martín-Salas, <i>Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2022)</i> .	167
M ^a . Joaquina Guerrero Sanz, <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2022)</i> .	179
M ^a . Elena Rebato Peño, <i>Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2022)</i> .	235
María Ruiz Dorado, “ <i>La intervención del Tribunal Constitucional en el procedimiento parlamentario: un comentario al ATC 177/2022 de 19 de diciembre</i> ”.	247

IV. NUEVO DERECHO TRANSVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Sergio Sánchez París, “ <i>El derecho de las personas con discapacidad fruto de una consolidación permanente en nuestra sociedad: Cátedra discapacidad y dependencia</i> ”.	261
---	-----

TABLE OF CONTENTS

I. STUDIES

	<u>Págs.</u>
Alfonso García Figueroa: “ <i>Rights of nature, andean neoconstitutionalism and ecopopulism. On the constitutionalisation of Pacha Mama’s rights in the Republic of Ecuador</i> ”.	015
Victor Eduardo Orozco Solano: “ <i>The necessary nature of economic, social, cultural and environmental rights: an approach from the multilevel or multidimensional nature of these rights</i> ”.	047
José Miguel Cabrales Lucio: “ <i>The presumption of constitutionality in the judicial review of legislation in Spain. A panoramic and jurisprudential approach</i> ”.	071
Enrique Ortea García: “ <i>The agreements of the Junta Electoral Central on political parties (1985-2022): overview and relevance</i> ”.	099

II. BOOK REVIEWS

Manuel Álvarez Torres, “ <i>Budgetary stability in Spain: reflections on a decade since the constitutional reform</i> ”: book review <i>The reform of article 135 of the constitution ten years later. Delgado Ramos, D. y Gordillo Pérez, L.I. (dir.), Rosado Villaverde, R. (coord.), Rodríguez Zapatero, J.L. (pr.) y Montoro Romero, C. (col.), Aranzadi, Navarra, 2022, 392 p.</i>	147
---	-----

III. CHRONICLES AND COMMENTS

María Martín Sánchez, <i>Jurisprudence of the Constitutional Court on autonomous communities (January 1, 2022 to December 31, 2022)</i> .	159
M ^a . del Pilar Molero Martín-Salas, <i>Legislative activity that Regional Parliament of Castilla-La Mancha (from January 1 to December 31 of 2022)</i> .	167
M ^a . Joaquina Guerrero Sanz, <i>Activity of the Consultative Council of Castilla-La Mancha in constitutional and by-law matters</i> .	179
M ^a . Elena Rebato Peño, <i>Constitutional, regional and parliamentary law activities review (from January 1 to December 31 of 2022)</i> .	235
María Ruiz Dorado, “ <i>The intervention of the Constitutional Court in the parliamentary procedure: a commentary on order 177/2022 of 19 December</i> ”.	247

IV. NEW TRANSVERSAL RIGHT OF PEOPLE WITH DISABILITIES

Sergio Sánchez París, “ <i>The rights of persons with disabilities as a result of a permanent consolidation in our society: disability and dependency Chair</i> ”.	261
--	-----

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **Alfonso García Figueroa:** *“Derechos de la naturaleza, neoconstitucionalismo andino y ecopopulismo. A propósito de la constitucionalización de los derechos de la Pacha Mama en la República del Ecuador”.*
- **Víctor Eduardo Orozco Solano:** *“El carácter exigible de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: una aproximación desde el carácter multinivel o multidimensional de estos derechos”.*
- **José Miguel Cabrales Lucio:** *“La presunción de constitucionalidad en el control jurisdiccional de la ley en España. Una aproximación panorámica y jurisprudencial”.*
- **Enrique Ortea García:** *“Los acuerdos de la Junta Electoral Central sobre partidos políticos (1985-2022): panorámica y relevancia”.*

DERECHOS DE LA NATURALEZA, NEOCONSTITUCIONALISMO
ANDINO Y ECOPOPULISMO*
A propósito de la Constitucionalización
de los derechos de la Pacha Mama en la República del Ecuador.

RIGHTS OF NATURE, ANDEAN NEOCONSTITUTIONALISM
AND ECOPOPULISM
On the constitutionalisation of Pacha Mama's
rights in the Republic of Ecuador.

Alfonso García Figueroa**
Universidad de Castilla-La Mancha
Alfonsoj.gfigueroa@uclm.es
<https://orcid.org/0000-0002-0548-7175>

Cómo citar/Citation:

A. García Figueroa. Derechos de la naturaleza, neoconstitucionalismo andino y ecopopulismo. *Parlamento y Constitución*, nº 24 (2023), pp. 17-44

Recibido: 31-07-2023

Aceptado: 13-09-2023

Resumen: El artículo 71.1 de la Constitución ecuatoriana de 2008 reconoce derechos a la “naturaleza o Pacha Mama”. Este trabajo critica tal iniciativa. Pese a la buena fe que pueda inspirar la sustitución del paradigma antropocéntrico por el biocéntrico, los riesgos jurídico-políticos son muy serios. Mi principal tesis consiste en que tal constitucionalización no es proporcional. En primer lugar, no es adecuada, porque puede ser ineficaz y aun contraproducente para proteger el medio ambiente al servir de excusa a políticos y empresas para seguir explotando los recursos naturales. En segundo lugar, no es necesaria, porque disponemos de medidas alternativas como la “ecologización” de los derechos humanos y fundamentales. Finalmente, no es una medida bien ponderada, porque puede llevar al sacrificio de derechos políticos e individuales en favor de ecopopulismo y

* Este trabajo es resultado del proyecto *Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política* (PID2019-111115GB-I00), financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033. Agradezco muy especialmente al profesor Pedro Serna la oportunidad de presentar un primer esbozo de mis ideas en una conferencia ante su grupo de investigación en el Simposio Internacional “Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política” en la Facultad de Derecho de Coruña, el 13 de octubre de 2022.

** Catedrático de Filosofía del Derecho, UCLM.

el ecofascismo. En última instancia, el aspecto religioso de Pacha Mama implica la imposición antiliberal de credos y cosmovisiones a todo el pueblo.

Palabras Clave: Populismo, ecologismo, neoconstitucionalismo andino, Pacha Mama, Constitución de la República de Ecuador.

Abstract: Article 71.1 (2008) Constitution of Ecuador states that “Nature or Pacha Mama” has rights. This paper criticizes such an entitlement. Despite the underlying good will inspiring the replacement of the anthropocentric legal paradigm by a biocentric one, it involves serious risks in legal and political terms. My main contention is that such constitutionalisation is not a proportionate measure. First, it is not appropriate, because it might not protect the environment and it might even backfire (i.e., it can be an excuse for politicians and companies to keep on spoiling nature). Second, it is not necessary, for other alternative measures are available (e.g. considering the protection of the environment as a *human* or fundamental right). Third, it is not well balanced, for individual and political rights may be sacrificed in favour of ecopopulism and ecofascism. Finally, the religious aspect of Pacha Mama involves the illiberal imposition of religious beliefs and lifestyles on the whole population.

Key Words: Populism, ecologism, Andean neoconstitucionalismo, Pacha Mama, Constitution of Ecuador.

SUMARIO

1. *Introducción.*

2. *La concepción ecoteológica de los derechos de la naturaleza y (una vez más) la infracción de la Ley de Hume.*

3. *¿Qué naturaleza?*

4. *La naturaleza según los indígenas.*

5. *¿Quiénes son los indígenas? ¿Por qué sus representantes e intérpretes raramente lo son?*

6. *Subjetivemos la defensa de la naturaleza (no la naturaleza).*

7. *A modo de conclusión: cuando los derechos sirven al (eco)populismo.*

1. Introducción

El artículo 71.1 de la Constitución ecuatoriana de 2008 reza así: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”. En un plano jurídico, la audaz constitucionalización en la República del Ecuador de los derechos de la Naturaleza el año 2008 (arts. 71-74 Const.) había sido precedida de otras iniciativas algo más contenidas en otras constituciones latinoamericanas¹ y a ella le ha seguido la creación del primer Tribunal Ético por los Derechos de la Naturaleza con sesiones celebradas en Quito (2014), Lima (2014), París (2015), Bonn (2017), Chile (2019) y Glasgow (2021)². Tras estas vistas por el viejo continente, se adivina una receptividad ante lo novedoso³, que es necesario matizar; puesto que, en realidad, el constituyente de Montecristi se había beneficiado (revistiendo sus argumentos con la especial idiosincrasia indígena) no sólo de todo un cuerpo de reflexiones previas, sino también de una serie de precedentes en todo el mundo.

El cuerpo de teorías previas con el que la constitucionalización ecuatoriana de los derechos de la naturaleza guarda una deuda intelectual está conformado, a juicio de uno de sus principales valedores, Alberto Acosta⁴, por el pensamiento de autores como Christopher Stone, Albert Schweitzer, Jörg Leimbacher, Godofredo Stutzio, Aldo Leopard, Peter Saladin, James Lovelock, Lynn Margulis, Elisabet Sahtouris, José Lutzenberg, Raúl Zaffaroni, Ramiro Ávila o Cullinan. Por lo demás, estos planteamientos parecen presentar sintonía con otros metodológicamente diversos, pero en todo caso afines en su espíritu. Entre ellos se contarían (aunque en diverso grado y razón) el neojusnaturalismo de Lorenzo Peña⁵,

1 La constitución boliviana de 2009 no resulta comparable en este aspecto, como bien subraya Tomás VIDAL (“Sombras en el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza en Latinoamérica: especial consideración de la constitución ecológica de Ecuador. DÍAZ REVORIO, F.J. y GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M. (dirs.), *Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 159-201, p. 162), puesto que se limita a recoger en su preámbulo los conceptos de Pacha Mama y Buen vivir (...), pero sin que luego asomen en la parte dispositiva del texto constitucional más allá de normas atinentes a la protección del medio ambiente en un sentido convencional.

2 Vid. la página web del *Rights of Nature Tribunal* <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/?lang=es#>>.

3 Vid. BORRÀS, S., “Los derechos de la naturaleza en Europa: hacia nuevos planteamientos transformadores de la protección ambiental”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 65, 2020, pp. 79-120.

4 ACOSTA, A., “Constitución constituyente de los derechos de la Naturaleza. Repensando una historia con mucho futuro”, ESTUPIÑÁN, L. et al. (eds.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Universidad Libre, Bogotá, 2019, pp. 155-206; p. 176.

5 PEÑA, L., *Visión lógica del derecho*, Plaza y Valdés, Madrid, 2017.

la epistemología del Sur y la sociología de las ausencias de Boaventura de Sousa Santos⁶, doctrinas sociales como la teoría de la liberación en su giro decolonial⁷ o incluso el llamado “perspectivismo amerindio” de Viveiros de Castro⁸. Incluso el Papa Francisco, autor de la encíclica *Laudato Si'*, se ha expuesto a acusaciones de “idolatría”⁹ por su heterodoxa colaboración en ritos amazónicos¹⁰. Por tanto, esta defensa de los derechos de la naturaleza no representa un fenómeno nuevo, ni privativo de Iberoamérica; aunque sí cabe afirmar que, por su arraigo cultural y por su ulterior plasmación en textos constitucionales, la defensa de los derechos de la naturaleza forma parte esencial de un nuevo “paradigma andino”¹¹, un “constitucionalismo natural”¹², al que ya se acostumbra llamar “nuevo constitucionalismo latinoamericano” o incluso “neoconstitucionalismo andino”¹³ — un marbete este último que, por cierto, añade leña a la de un fuego terminológico más o menos encendido en otro lugar¹⁴.

En cuanto a sus precedentes, tales planteamientos se habían plasmado prácticamente en el reconocimiento de derechos a los ríos Ganges o Yamuna en la India, al Whanganui de Nueva Zelanda¹⁵, así como a ciertos humedales y acuíferos de las ciudades estadounidenses de Barnstead, Spokane o Pittsburgh¹⁶. Tam-

6 Vid. e.g. DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, trad. A.E. Ceceña, Trotta, Madrid, 2005, cap. 4.

7 Vid. e.g. DUSSEL, E., *La filosofía del Sur: Descolonización y transmodernidad*, Akal, México, 2017, cap. 2.

8 Vid. STORINI, C. Y QUIZHEPE, “Hacia otro fundamento de los derechos de la Naturaleza”, ESTUPIÑÁN, L. et al. op. cit., pp. 49-69; pp. 57 ss.

9 Vid. BUDZINSKI, A., *Papa Francisco Idolatra? Pachamama!*, Tektime, Verona, 2019.

10 Vid. COLELLA, L., “Integral Ecology and Environmental law in the Anthropocene. The Perspective of the Catholic Church”, AMIRANTE, D. Y BAGNI, S. (eds.), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, Routledge, Nueva York, 2022, cap. 1.

11 PAVANI, G., “Los derechos de la Naturaleza, el territorio y la plurinación”, prólogo a ESTUPIÑÁN, L., et al., op. cit., pp. 17-27, p. 25.

12 DE PRADA, A., “Derechos humanos y derechos de la naturaleza: el individuo y la Pachamama”, *CEFD*, n° 27, 2013, pp. 81-95, p. 84.

13 Vid. ÁVILA, R., “Los derechos humanos y los derechos de la Naturaleza en el neoconstitucionalismo andino. Hacia un necesario y urgente cambio de paradigma”, ESTUPIÑÁN, L. et al., op. cit., pp. 109-134.

14 Vid. ATIENZA, M., “Mejor abandonemos el neoconstitucionalismo (con comillas o sin ellas)”, *i-Latina*, n° 1, 2019, pp. 1-8 <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/103530/1/2019_Atienza_Revista-i-Latina.pdf> (acceso 8/7/2021) y GARCÍA FIGUEROA, A. «En defensa de “neoconstitucionalismo” y del neoconstitucionalismo», *i-Latina* n° 1, 2019, pp. 1-16 <<https://www.cervantesvirtual.com/portales/hemeroteca/obra/en-defensa-de-neoconstitucionalismo-y-del-neoconstitucionalismo-985517/>>.

15 Vid. WOLKMER, A.C., WOLKMER, M.F.S. y FERRAZZO, D., “Derechos de la naturaleza: para un paradigma político y constitucional desde la América Latina”, ESTUPIÑÁN, L. et al., op. cit., pp. 71-108; p. 99.

16 Vid. MARTÍNEZ DALMAU, R., “Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derecho”, ESTUPIÑÁN, L. et al., op. cit., pp. 31-47; pp. 32 y 35 s.

bién en los EE.UU. se han reconocido derechos al lago Erie, a las Montañas Rocosas, al Desierto de Nevada y, de vuelta en Nueva Zelanda, al Parque Nacional Te Urewera¹⁷. No es de extrañar que en el ámbito del *Common Law* algunos juristas hayan reescrito “con perspectiva ecologista” (*Earth-Centered perspective*) ciertas decisiones jurisdiccionales para ilustrar y reivindicar la trascendencia práctica de lo que el ya citado Cullinan ha denominado “*Wild Law*”¹⁸. Más recientemente, cabe destacar entre nosotros cómo la reciente Ley 19/2022, de 30 de septiembre reconoce en España personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca¹⁹.

En lo que sigue, desearía sostener que, más allá de las notables dificultades que comportan en abstracto los llamados “derechos de la naturaleza” (cuestión general sobre la que me detendré brevemente), su consagración en la Constitución ecuatoriana la singulariza en al menos tres aspectos problemáticos que presentan trascendencia más allá de este caso: su fundamentación teórica, lo abstracto del titular del derecho y, en fin, el instrumento jurídico elegido: la Constitución. En realidad, estos tres aspectos problemáticos se hallan imbricados. En la Constitución de Montecristi, la fundamentación de los derechos de la naturaleza es ecoteológica, pese al aire meramente simbólico o pragmático que pareciera envolverla. El titular de tales derechos, la Pacha Mama, es una entidad omni-comprendiva como el propio cosmos; pero supuestamente interpretada de acuerdo con una cosmovisión indígena. A su vez y frente a otras alternativas de institucionalización adoptadas en otros lugares (ordenanzas municipales, leyes nacionales, declaraciones internacionales, sentencias judiciales, etc.), la constitucionalización de tal cosmovisión y su *ethos*, “el buen vivir” (*sumak kawsay*), supone la imposición teocrática en la propia Constitución de un estilo de vida, de una determinada cosmovisión filosófica o religiosa; y todo ello sin que ello haya redundado necesariamente en una mayor protección de la naturaleza, ni en una mejora sensible de la vida de los indígenas.

En relación con los instrumentos de protección, sostendré que la *subjetivización* de la protección del medio ambiente a nivel constitucional (i.e. la estrategia

17 Vid. ACOSTA, A., op. cit., p. 189.

18 Vid. ROGERS, N. y MALONEY, M., *Law as if Earth Really Mattered. The Wild Law Judgment Project*, Routledge, Nueva York, 2017.

19 Me remito a las críticas que formulé en mis trabajos: “Las falacias del Mar Menor”, *Acento Local*, 02/11/2022 <<https://www.gobiernolocal.org/acento-local/las-falacias-del-mar-menor/>> y “Algunos reparos a la doctrina del Mar Menor”, *Almacén de Derecho*, 27/09/2022 <<https://almacendederecho.org/category/autor/alfonso-garcia-figueroa/>>.

de abandonar la *mera* consideración de la naturaleza como *objeto* de protección para contemplarla como *sujeto* de derechos) puede ser beneficiosa para preservar el medio ambiente en una cultura de los derechos como la que vivimos. Sin embargo, cabe *subjetivizar* la protección al medio ambiente (que sea cosa de protección de *sujetos* y no de objetos) mediante una estrategia que me parece mucho más eficaz y que consiste en anudar la protección de la naturaleza a los derechos fundamentales de los seres humanos. En términos pragmáticos de puros costes y beneficios, el considerable riesgo de transitar de un paradigma antropocéntrico (en el que los derechos giran en torno a seres humanos) a uno biocéntrico (en el que los derechos humanos se diluyen entre los atribuidos a toda la biosfera) sólo debería asumirse en ausencia de otras opciones mucho más razonables, como la recién indicada protección del medio ambiente a través de su conexión con la protección de los derechos fundamentales. Sin medio ambiente, la vida humana y los titulares de derechos fundamentales no son viables. Proteger el medio ambiente es necesario para proteger a los titulares de derechos fundamentales. En esta consciencia es totalmente innecesario alterar nuestro paradigma jurídico-político antropocéntrico.

Esta conclusión permite a su vez sospechar que la opción extravagante por reconocer derechos a la naturaleza (a menudo basada en la naturalidad con que se reconocen análogamente los derechos a las personas jurídicas²⁰) esconde en el fondo un propósito *ecopopulista*. Denominaré aquí “ecopopulismo” al discurso político que adopta alguna manifestación del ecologismo como doctrina aglutinadora de demandas sociales diversas, a los fines de configurar una única demanda popular y definir así un solo pueblo legítimo; y todo ello, por cierto, con independencia de las numerosas razones de carácter tecnocientífico y ético-político que —nadie duda— respaldan la protección del medio ambiente²¹.

Y en efecto, los tres aspectos problemáticos de la Constitución ecuatoriana que vengo subrayando presentan un cariz populista: su ecoteologismo es conforme con la habitual fascinación por la religión tan propia de los populistas²². La

20 Se trata de un argumento ya central en STONE, Ch., “Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects”, *Southern California Law Review*, n° 45, 1972, pp. 450-501. Para una posición escéptica a este respecto puede verse VICIANO, R., “La problemática constitucional del reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos en la constitución del Ecuador”, ESTUPIÑÁN, L. et al., op. cit., pp. 137-154.

21 Vid. OTT, K., “Begründungen, Ziele und Prioritäten im Naturschutz”, FISCHER, L. (ed.), *Projektionsfläche Natur. Zum Zusammenhang von Naturbildern und gesellschaftlichen Verhältnissen*, Hamburg University Press, 2004, pp. 277-322.

22 Vid. ZANATTA, L., “El populismo entre religión y política. Sobre las raíces históricas del antiliberalismo en América Latina”, *E.I.A.L.*, vol. 19, n° 2, 2008, pp. 29-44.

vacuidad del concepto de naturaleza es conforme con el recurso populista a “significantes vacíos”²³ y, en fin, la constitucionalización como instrumento de transformación social se ha manifestado como uno de los medios predilectos del populismo para consolidar una homogeneización política acorde con la schmittiana concepción de *lo político*, basada en el antagonismo entre amigo y enemigo²⁴.

2. La concepción ecoteológica de los derechos de la naturaleza y (una vez más) la infracción de la Ley de Hume

La fundamentación de los derechos de la naturaleza tendente a la consolidación de un “animismo ilustrado”²⁵ ha recurrido en síntesis a dos líneas de fundamentación distintas: una fundamentación de corte pragmatista y una fundamentación ecoteológica.

La fundamentación pragmatista justifica la invocación de los derechos de la naturaleza por su utilidad. Desde esta perspectiva, su reconocimiento bien pudiera constituir, por ejemplo, “un medio de resolución de disputas”. Mihnea Tănăsescu²⁶ lo ilustra con el caso de *Te Urewera* en Nueva Zelanda, donde la larga sucesión de interpretaciones del tratado Waitangi entre los jefes maoríes y los ingleses desde el siglo XVIII debe afrontar un problema de traducción. Por ejemplo, “soberanía” en la versión maorí del tratado recibe el nombre de “*tino rangatiratanga*”, que incorpora un cariz espiritual. En esas circunstancias, un medio para resolver ciertas diferencias consistiría en recurrir pragmáticamente al reconocimiento de personalidad jurídica al espacio natural de Te Urewera. De tal manera, el recurso a los derechos de la naturaleza —estos ciertamente controvertidos, pero al mismo tiempo culturalmente híbridos— resultaría fructífero en el diálogo intercultural. Este argumento, que ve en los derechos de la naturaleza más “*political arrangement*” que “*legal innovation*”²⁷, puede tener su alcance en la constitucionalización de los derechos de la naturaleza; pero esta fundamentación pragmatista no es aparentemente la que ha triunfado.

23 Vid. LACLAU, E., *La razón populista*, trad. S. Laclau, FCE, México, 2004.

24 Permítaseme una remisión a mi trabajo “El feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista”, *Eunomia*, n° 17, 2019-2020, pp. 358-376 <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/5040>>.

25 Vid. ADLOFF, F. Y BUSSE, T., “Welche Rechte braucht die Natur? Eine Einleitung und ein Vorschlag”, ID. (eds.), *Welche Rechte braucht die Natur?*, Campus, Fráncfort del Meno, 2021, §1.4.

26 TĂNĂSESCU, M., *Understanding the Rights of Nature. A Critical introduction*, Transcript, Bielefeld, 2022, pp. 75 ss.

27 Op. cit., p. 82.

En efecto, la fundamentación de los derechos de la naturaleza dominante no es la pragmatista, que quizá se advirtiera ya en la fundacional contribución de Christopher Stone²⁸; sino más bien la fundamentación “ecoteológica”. De tal manera, muy a menudo los derechos de la naturaleza se basan en una vaga filosofía, una cosmovisión o incluso, como se ha dicho alguna vez, una *sofofilía* (“sabiduría del amor”). Específicamente, la “pachasofía” o pachalogía²⁹ tematiza y respalda actitudes hacia la naturaleza propias de culturas indígenas, singularmente la concepción de la totalidad como *Pacha Mama* (“madre cosmos”). Y esta es precisamente la fundamentación que hallamos en el ecuatoriano proceso constituyente de Montecristi. En cierto modo, la Constitución ecuatoriana de 2008 puede considerarse la culminación de las aspiraciones de la “*Earth jurisprudence*”, impulsada por el “filósofo, poeta y profeta”³⁰, Thomas Berry.

Pese a la intensa impronta indigenista de la constitucionalización de los derechos de la naturaleza en Ecuador, se diría que en el fondo supone una suerte de retorno a los orígenes cosmológicos del Derecho natural en Grecia. Como es sabido, allí el Derecho positivo era inescindible del Derecho natural, como inseparables eran *nomos* y *physis*. En aquel tiempo, la naturaleza no sólo había sido personificada, sino que además había sido considerada fuente de justicia. En el famoso alegato de Antígona contra la orden de Creonte de dejar insepulto el cuerpo del hermano de aquélla, la heroína de Sófocles invoca unas leyes que “no son de hoy ni de ayer, sino que siempre han estado en vigor” y que se manifiestan en la naturaleza, por más que fueran administradas por los dioses. A la luz de este célebre precedente, una cuestión conexas a la que aquí examinamos parece procedente: ¿puede la naturaleza ser modelo de justicia, criterio de moralidad y, en fin, fuente de Derecho? Desde luego, una entidad puede tener derechos, aunque la respuesta a la pregunta sea negativa (pensemos en el caso de los animales); pero me parece significativo que los defensores de los derechos de la naturaleza sobre una base ecoteológica sostengan a menudo una respuesta positiva a esa pregunta con vistas a fundamentar tales derechos.

Así, cuando revisamos el decálogo inspirador de la *Earth jurisprudence*, que propone el citado Thomas Berry³¹, su respuesta parece claramente afirmativa y

28 Vid. STONE, Ch., op. cit., p. 483.

29 Vid. ESTERMANN, J., *Filosofía andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, ISEAT, La Paz, 2006, 2ª ed., p. 155.

30 CASHFORD, J., “Dedication to Thomas Berry”, BURDON, P. (ed.), *Exploring Wild Law. The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Wakefield Press, Kent Town (Australia), 2011, cap. 1.

31 A Thomas Berry se debe el siguiente decálogo que condensa la *Earth Jurisprudence* (que el propio

su primer artículo es revelador de todo su pensamiento, pero también de todas sus carencias en un plano analítico-conceptual: “Los derechos se originan donde se origina la existencia. Lo que determina la existencia, determina los derechos”. Si la fundamentación de los derechos es la existencia de lo que protegen, entonces tal fundamentación adquiere un aire extraño (“autorreferencial”, reconoce Berry en el segundo ordinal de su decálogo) cuando la proyectamos sobre el ecuatoriano art. 71.1. Const.: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia”... porque tiene existencia. Parece evidente que algo no puede fundamentarse en sí mismo.

Como es sabido, la vinculación de existencia y derechos (de lo que es y lo que debe ser) es un rasgo esencial del jusnaturalismo clásico y supone una infracción clara de la llamada Ley de Hume. Como es sabido, según esta Ley, de juicios descriptivos no podemos derivar juicios prescriptivos. Ello implica que de

Cullinan también denomina *Wilde Law*) y que traduzco y extracto algo libremente a continuación: “1. Los derechos se originan donde se origina la existencia. Lo que determina la existencia, determina los derechos. 2. Como carece de un contexto de existencia más amplio en el orden fenoménico, el universo es autorreferencial en su ser y auto-normativo en sus actividades. 3. El universo se compone de sujetos con los que compartir y no de objetos que usar. En tanto sujeto, cada componente del universo es capaz de tener derechos. 4. El mundo natural en el planeta Tierra obtiene sus derechos de la misma fuente de la que los humanos obtienen los suyos: del universo que les dio existencia. 5. Cada componente de la Tierra tiene tres derechos: el derecho a ser, el derecho a un hábitat y el derecho a cumplir su papel en el proceso siempre renovador de la comunidad de la Tierra. 6. Todos los derechos son específicos de un papel o de una especie. Los ríos tienen derechos de ríos. Los pájaros tienen derechos de pájaros. Los insectos tienen derechos de insectos. Los humanos tienen derechos humanos. La diferencia entre derechos es cualitativa, no cuantitativa. Los derechos de un insecto carecerían de valor para un árbol o un pez. 7. Los derechos humanos no excluyen los derechos de otros modos de otros modos de ser para que exista en el estado natural. Los derechos de propiedad humanos no son absolutos. Son sencillamente una relación especial entre un particular humano “propietario” y una particular “propiedad” para que ambas puedan cumplir sus roles en la gran comunidad de existencia. 8. Dado que las especies existen solo en forma de individuos, los derechos se refieren a individuos, no simplemente a especies en general. 9. Estos derechos tal y como se presentan aquí están basados en las relaciones intrínsecas que los varios componentes de la Tierra tienen entre sí. El planeta Tierra es una comunidad única unida por relaciones de interdependencia. Ningún ser vivo se alimenta a sí mismo. Cada componente depende inmediata o mediatamente de cada uno de los demás miembros de la comunidad para la alimentación y satisfacción de de sus necesidades para su propia supervivencia. Esta mutua alimentación que incluye relaciones de depredador-presa es integral en relación con el papel que cada componente de la Tierra juega en la comunidad de existencia comprensiva. 10. De especial modo, los humanos no solo tienen un derecho a acceder al mundo natural para satisfacer las necesidades físicas de los humanos, la admiración de la inteligencia humana o la belleza necesaria para la imaginación humana y la intimidad necesaria para las emociones humanas para la realización personal” (BERRY, Th., “Evening Thoughts: Reflecting on Earth as Sacred Community”, TUCKER, M.E. (ed.) *Evening Thoughts*, Sierra Club Books, San Francisco, 2006, pp. 149-150 *apud* CULLINAN, C., “A History of Wild Law”, Burdon, op. cit., cap. 2).

la naturaleza y su descripción no cabe derivar valores y prescripciones. Como el jusnaturalismo clásico, la ecoteología andina infringe la Ley de Hume; pero también su conversa, según la cual no cabe derivar de los valores y prescripciones de una comunidad, cómo sea la naturaleza³². En suma, la ecoteología andina suele derivar valores de la naturaleza y, conversamente, deriva lo que la naturaleza es (su descripción) a partir de unos ciertos valores (el *ethos* indigenista). Como vemos, la fundamentación de los derechos de la naturaleza involucra así controversias clásicas de orden metaético, pero también de orden epistemológico en torno al alcance de la objetividad a la hora de describir la naturaleza.

La metaética o ética analítica es la parte de la filosofía moral que se ocupa de desentrañar el significado de los conceptos morales. Típicamente, se pregunta qué signifique afirmar de algo que sea (moralmente) *bueno*. Y como es sabido, una de las corrientes metaéticas tradicionales es el naturalismo. Brandt definía el naturalismo como la metaética que mantiene que “todos los enunciados éticos pueden traducirse, sin pérdida de significado, a un lenguaje empírico”³³. Por tanto, para sostener una metaética naturalista, basta con que identifiquemos “bueno” con algún *hecho empírico*, como puede ser el *hecho* de la aprobación por parte de un individuo (e.g. “X es bueno” equivale a decir “yo apruebo X”); el *hecho* de que algo sea aprobado por un grupo de individuos (e.g. “X es bueno” equivale a “la mayoría aprueba X”) o el *hecho* de que algo incremente el bienestar de la mayoría, como sugiere típicamente el utilitarismo (e.g. “X es bueno” equivale a “X incrementa el bienestar de la mayoría”). En todos estos casos el juicio “X es bueno” es contrastable con algún hecho empíricamente verificable o incluso la totalidad de hechos verificables. Y, como hemos visto, así parece desprenderse del primer principio del decálogo del fundador de la “*Earth Jurisprudence*”, Thomas Berry: la existencia implica derechos. La metaética naturalista de la *Earth Jurisprudence* infringe la Ley de Hume.

Los juristas están familiarizados con tal infracción de la Ley de Hume (infracción que, por cierto, a menudo se confunde con la “falacia naturalista”, que es categorialmente distinta³⁴), gracias al pensamiento de Kelsen y su célebre críti-

32 Vid. CELANO, B., *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Turín, 1994, pp. 43 ss.

33 Vid. BRANDT, R., *Teoría ética* (1959), trad. E. Guisán, Alianza, Madrid 1982, p. 188, n. 2.

34 Como subrayó Mary Warnock, según el intuicionismo de Moore, que acuña la expresión, incurren en la “falacia naturalista” aquellas doctrinas morales que creen que *es posible definir* “bueno”, que creen posible “definir lo indefinible”. (WARNOCK, M., *Ética contemporánea*, trad. Conchita López-Noguera de Muguerza, Labor, Barcelona, 1968, p. 33).

ca al jusnaturalismo, de la que con razón se ha podido decir fue la “más dura, articulada y certera (...) del siglo XX”³⁵. Como es sabido, Kelsen subrayó que no debemos confundir el ser (*Sein*) con el deber (*Sollen*), ni los juicios descriptivos con los prescriptivos, ni el mundo de los hechos con los valores; ni, en definitiva, la naturaleza con la cultura. En realidad, Kelsen criticaba así una metaética propia de la tradición jusnaturalista cristiana que, por lo demás, se diría arraigada a nuestros propios usos lingüísticos, en los cuales muy a menudo “lo natural” se asocia a lo bueno o lo debido. En el lenguaje ordinario decimos, por ejemplo, que “es natural que ayudemos al prójimo necesitado”; pero también que “es *contra natura* que un progenitor haga daño a su hijo”. Específicamente, la noción de ley natural primaria aparece en Tomás de Aquino bajo el influjo de la definición de ley natural del jurisconsulto romano Ulpiano³⁶ como “la que la naturaleza enseñó a todos los animales” (*ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*). En cuanto a la vinculación de la existencia con los derechos en el pensamiento cristiano, me parece bien ilustrada en la ya referida Encíclica *Laudato Si'*, donde el Papa Francisco afirma que “(t)odo el universo material es un lenguaje del amor de Dios” (§ 89) y lamenta que, debido a su extinción y “por nuestra causa, miles de especies ya no darán gloria a Dios *con su existencia*, ni podrán comunicarnos su propio mensaje” (§33), para seguidamente concluir: “*No tenemos derecho*” (cursivas mías). También el pasaje del *Génesis* (1.31) invocado en el § 65 vincula teológicamente existencia y valores: “Dios vio todo lo que había hecho y era muy bueno”.

No se trata de arqueología filosófica. Muy recientemente, desde España el profesor Lorenzo Peña ha sostenido una teoría jusnaturalista de resonancias tomistas (aunque no teológicas) y es en ese sentido que reconoce un Derecho natural, una normatividad immanente, a la etología de criaturas como las hormigas que se organizarían a fin de garantizar su propio “bien común”. Consciente de que “las hormigas van a lo suyo”³⁷ y también de que “para muchos (posiblemente la inmensa mayoría) sonará muy duro hablar de derecho y quizá incluso de normas para sociedades de elefantes, macacos, gibones, delfines, bonobos, gorilas, bóvidos, pingüinos, cuervos, etc.”³⁸, el profesor Peña sostiene audaz que vivimos en “sociedades inter-específicas”³⁹, en donde “la democracia no es un invento humano”⁴⁰. No es mo-

35 Vid. J.A. SENDÍN, J.A., *La filosofía moral de Hans Kelsen*, Marcial Pons, Madrid 2017, p. 138.

36 Vid. GARCÍA LÓPEZ, J., *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, EUNSA, Pamplona, 1977, p. 61.

37 PEÑA, L., op. cit., p. 221.

38 Op. cit., p. 58.

39 Op. cit., p. 125.

40 Op. cit., p. 56, n. 19.

mento de detenerse ahora en las posibles objeciones a este planteamiento⁴¹, pero sí conviene subrayar que, como acabamos de ver, este naturalismo metaético arraigado a la tradición jusnaturalista clásica alcanza nuestro presente y puede ser defendido, por cierto, desde posiciones no indigenistas y también puede ser objetado por cualquiera, sin que ninguna opinión deba interpretarse como arrogancia o etnocentrismo por parte de nadie.

Pues bien, quizá no se halle tan lejos de estos planteamientos la posición más abiertamente animista que entiende que “X es bueno” podría equivaler a “X es lo conforme a la naturaleza”, entendida ella misma como emanación o manifestación de cierta espiritualidad o de una voluntad divina que “nos enseña a vivir en el Todo de la Pacha, andando con las *illlas* y las *waka's*, bajo la protección de *Tata Inti*, la *Mama Phaxsi*, el *Kuntu Mamari Chuqi Tapa* y la *Pacha Mama*”⁴². En su concepción más habitual, el llamado “neoconstitucionalismo andino” parecería asumir una forma de naturalismo en este sentido: puesto que, en términos generales, identifica en hechos, singularmente en la naturaleza *en sí misma considerada*, una fuente de moralidad. Decir “X es bueno” para el llamado “paradigma andino” suele significar en algún sentido “X es conforme con la naturaleza (e.g. Pacha Mama)”. En suma, el naturalismo supone asociar la bondad a una realidad empírica, sí, pero no (al menos no explícitamente, como veremos) a una realidad sociológica como las creencias o el bienestar de un individuo o una colectividad de ellos; sino más bien a la naturaleza en un sentido muy amplio y mediado por una especial cosmovisión como la indígena. Por ello, cabe entonces plantearse varios interrogantes: ¿qué significa más precisamente “naturaleza” cuando nos referimos a “lo natural” en términos morales? Y, sea cual fuere su significado, ¿por qué debería ser la naturaleza un modelo moral para nosotros en caso de no contar con el soporte de alguna religión? ¿Quién puede, en fin, interpretar la voluntad de la naturaleza?

3. ¿Qué naturaleza?

Pese a la enorme sofisticación que ha adquirido esta cuestión en nuestras actuales sociedades⁴³, siempre me ha parecido un clarificador punto de partida re-

41 Lo hice y con el más que debido respeto en mi reseña a la citada obra de Lorenzo Peña en *Eunomía* n° 15, 2018, pp. 372-378.

42 Vid. PAIVA CRISPIN, S.A., *Un naturalismo andino. El pensamiento de Policarpo Flores*, Insituto de Misionología, Facultad de Teología “San Pablo”, Cochabamba, 2021.

43 Vid. DANOWSKY, D. y VIVEIROS DE CASTRO, E., *¿Hay un mundo por venir? Ensayo sobre los*

cordar a John Stuart Mill. Él distinguía dos sentidos de naturaleza. En un primer sentido (llamémosla “naturaleza 1”), se trata de todo lo que sucede o podría suceder. Es el “nombre para el modo, en parte conocido por nosotros y en parte desconocido, según el que todas las cosas ocurren”. En un segundo sentido (llamémosla “naturaleza 2”), es lo que no ha sido creado por el ser humano. Forma parte de la naturaleza 2, por tanto, todo lo no artificial⁴⁴. ¿Podemos entonces tomar como modelo moral la naturaleza 1 o la naturaleza 2? Si identificáramos “bueno” con “conforme a la naturaleza 1”, no sólo estaríamos afirmando que todo lo que sucede está bien; sino que además estaríamos sosteniendo que debemos someternos a leyes naturales a las que ya estamos sometidos. Por tanto, hay un sentido en que obligarnos a nosotros mismos a seguir la naturaleza sería absurdo por superfluo, puesto que no podemos evitar someternos a las leyes de la naturaleza. Dicho esto, lo que sí podemos hacer, nos dice Mill, es seleccionar qué leyes de la naturaleza emplear (e.g. química orgánica) para contrarrestar los efectos de aquellas otras que no nos benefician (e.g. las que sigue el cáncer en su desarrollo). Y desde esta perspectiva, haríamos bien en sustituir el principio de seguir la naturaleza (*naturam sequi*) por el de observar la naturaleza (*naturam observare*)⁴⁵ y así poder hacer un uso sabio de sus leyes en nuestro beneficio.

Si, en cambio, identificáramos “bueno” con “conforme a la naturaleza 2”, entonces la exigencia de vivir conforme a tal naturaleza comportaría someternos irreflexivamente a todo aquello que no haya sido creado por algún ser humano. *Naturalmente*, esto no parece una buena idea. Sin necesidad de recordar las cruentas escenas por la sabana africana de los documentales televisivos, la justicia es algo artificial⁴⁶ y, al fin y al cabo, nuestra virtud pasa en buena medida por el autocontrol; es decir, por la represión o dominación de ciertas inclinaciones *naturales*. En realidad, y como sabemos, comparada con nuestras cualidades morales artificiales, “la cualidad natural es (...) una cualidad peor que aquella con la que se compara”⁴⁷.

A mayor abundamiento, resulta problemático aceptar que debamos actuar conforme a la naturaleza 2, en la medida en que la naturaleza 2 ya apenas existe en nuestra biosfera. Vivimos, en efecto, en lo que, en expresión que ha hecho

miedos y los fines, trad. R. Álvarez, Caja Negra, Buenos Aires, 2019.

44 Vid. MILL, J.S., “La naturaleza”, en id., *Tres ensayos sobre la religión*, trad. G. López Sastre, Trotta, Madrid, 2014, p. 67.

45 Op. cit., p. 64.

46 Op. cit., p. 84.

47 Op. cit., p. 89.

fortuna desde que fuera acuñada por Paul Crutzen, ya se denomina “Antropoceno”. En esta era, que ya hacia 1873 había sido denominada “antropozoico” por Antonio Stoppani, la Tierra en su integridad resultaría predominantemente artificial (aunque, por las mismas, también sea todo ello natural desde la perspectiva de la naturaleza 1).

Las respuestas a esta realidad se bifurcan entonces entre quienes consideran que precisamente por todo ello la intervención humana debe intensificarse y quienes creen, por el contrario, que debería más bien operarse un radical cambio de paradigma en nuestra propia cultura⁴⁸. La primera orientación no solo es la más razonable, sino que parece la única viable. La segunda opción (i.e. llevar al extremo planteamientos ecocéntricos o biocéntricos) exigiría de los humanos como especie retirarnos del planeta; esto es, promover nuestra autoextinción para —por así decir— devolverle a la naturaleza (en sentido de naturaleza 2) sus derechos. Despeñándose por las peligrosas pendientes resbaladizas de lo que se ha denominado “ecofascismo”⁴⁹, algunos ecologistas radicales han extremado su postura no antropocéntrica hasta caer en actitudes abiertamente *inhumanas*. Lo ilustra la *deshumanizada* posición del ecologista finés Pentti Linkola, quien, preguntado por los atentados de Atocha en Madrid el año 2004, respondió⁵⁰: “*Every act, which disrupts the progress of Earth’s life destroying Western culture is positive*”. Por ello, asumir sin más que el biocentrismo o el ecocentrismo es un inofensivo “complemento” a un antropocentrismo que hay que superar⁵¹ presenta el riesgo seguramente no irrelevante de que otros *Penttis Linkolas* se acojan a tales tesis para legitimar acciones inaceptables⁵².

Sea como fuere, una de las tesis del ecologismo actual consiste en denunciar, precisamente, que en nuestro planeta apenas existe naturaleza 2 y que, para contrarrestar tal situación, deberíamos entonces virar hacia un “Ecoceno”, dejando atrás el “Antropoceno” —que Alberto Acosta⁵³ no duda en redenominar con Ja-

48 Vid. THOMAS-PELLICER, R, DE LUCIA, V., “Exploring re-embodiments”, introducción a THOMAS-PELLICER, R, DE LUCIA, V. Y SULLIVAN, S. (eds.), *Contributions to Law, Philosophy and Ecology. Exploring re-embodiments*. Routledge, Abingdon/Nueva York, 2016, § 3.2.

49 Vid. OTT, K., op. cit., p. 299.

50 Y lo recoge en su propia *web* como si de un mérito del que enorgullecerse se tratase: <www.pentti-linkola.com/pentti_linkola/ecofascism_writings/time_to_quiet_down>.

51 Vid.e.g. MARTÍNEZ DALMAU, R. op. cit.

52 Se trata de un riesgo tan presente entre nosotros que suscita preocupación en lugares tan dispares como los §§ 90, 91 y 118 de la mencionada encíclica *Laudato Si'*, pero también en unos simples dibujos animados para niños (*The Amazing World of Gumball*).

53 ACOSTA, A., op. cit, p. 191.

son Moore “capitaloceno”; además de “faloceno” y “racismoceno”—. Pues bien, paradójicamente, me parece que en la medida en que tal decisión de transitar desde el Antropoceno al Eoceno sea nuestra (humana), no podrá dejar de ser del todo antropocéntrica. En rigor, ese “Gran Trabajo” que místicamente Thomas Berry⁵⁴ asigna a nuestro siglo para transitar a la “Era Ecozoica” quizá ya solo pueda (en la medida en que corresponda al ser humano) aspirar a alcanzar como mucho un “Simbioceno”⁵⁵, una suerte de cordial entente entre los humanos y la naturaleza 2 dentro de la naturaleza 1. Con ello quiero decir que todo presunto tránsito desde el antropocentrismo al biocentrismo tiene en el fondo algo de ilusorio (desde la perspectiva de la naturaleza 1) o imposible (desde la perspectiva de la naturaleza 2). El mero hecho de que discutamos sobre su deseabilidad y decidamos en consecuencia confirma tal carácter ilusorio, entre otras cosas, porque ilusoria resulta ya la propia distinción entre lo natural (de naturaleza 2) y lo artificial o humano. En nuestra biosfera, ni las mariposas del campo son propiamente naturales (en sentido de naturaleza 2), ni los ordenadores plenamente artificiales (si asumimos como posible hablar de naturaleza 1).

Desde la perspectiva de la naturaleza 2, ni siquiera las mariposas del campo nos parecen naturales cuando reparamos en que el ser humano se ha interpuesto como un agente determinante en la evolución de las especies. Es bien conocido el caso de la falena del abedul. En Inglaterra existen dos variedades de esa mariposa: una oscura y otra clara. En principio, la variedad clara predominaba sobre la oscura, porque el color claro del tronco de los abedules la hacía menos visible a sus depredadores. Sin embargo, la contaminación producida por la industria que se estableció junto a esos bosques oscureció las cortezas de los abedules y ello dio lugar a que las falenas oscuras fueran las menos visibles a sus depredadores, sobrevivieran a sus hermanas de alas blancas y transmitieran sus genes de alas oscuras a sus descendientes⁵⁶. En suma, la evolución de la falena del abedul ha quedado fuertemente distorsionada por la Revolución industrial inglesa. Dadas las consecuencias sistémicas de la intervención humana en la biosfera, apenas nos va quedando ya naturaleza 2 en estado puro⁵⁷.

Conversamente, desde la perspectiva de la naturaleza 1, los ordenadores tampoco nos parecen artificiales cuando reparamos en que funcionan de acuerdo con

54 Vid. BERRY, Th., *The Great Work. Our Way into the Future*, Bell Tower, Nueva York, 1999, cap. 1.

55 COLELLA, L., op. cit.

56 Vid. SAN MARTÍN, J. 1999. *Teoría de la cultura*, Síntesis, Madrid, 1999, pp. 58 s.

57 Vid. BURKERT, W., *La creación de lo sagrado. La huella de la biología en las religiones antiguas*, trad. S. Mastrangelo, Acantilado, Barcelona, 2009, pp. 9 s.

las leyes del universo y han sido fabricados con materiales extraídos de la naturaleza 2 por seres humanos que —por más que gusten distinguirse de la naturaleza en sentido 2— no son más que un producto más de un proceso evolutivo de la naturaleza 1. Desde esta perspectiva, un ordenador no es sino el punto final de un proceso evolutivo que continúa y que en esa medida no puede no ser natural. Ello es, en fin, el presupuesto de la sociobiología⁵⁸; pero también el punto de partida de las corrientes posthumanistas y transhumanistas en sus debates sobre la futura y radical transformación del ser humano en una entidad—el *Homo excelsior*, del que nos habla Fernando Llano⁵⁹— totalmente distinta de la que ahora conocemos y que podría no sólo hacerse con la Tierra, sino incluso confundirse algún día con el Universo entero. En ese futuro, “todo será humano (...) o, dirían los más maliciosos, todo será californiano⁶⁰”.

Curiosamente, la tradición indígena pareciera mostrar aquí más razonabilidad que sus entusiastas voceros occidentales, quienes en su indebida apropiación de los conceptos indígenas por la vía del ecocentrismo han impuesto subrepticamente a la concepción indígena (que no distingue entre lo natural y lo humano) un dualismo que resulta ajeno al pensamiento relacional u holista de la filosofía andina, un pensamiento basado en principios como la relacionalidad, la complementariedad y la reciprocidad de todos los seres⁶¹. En suma, ni los indígenas (por relacionales), ni los demás (por constatar la progresiva desaparición en la biosfera de la naturaleza 2 y/o la amplitud de la naturaleza 1 en donde quizá se vaya disolviendo el *homo excelsior*) podemos, por tanto, aceptar el dualismo fuerte entre naturaleza y cultura.

Finalmente, parece que la naturaleza a la que el constituyente ecuatoriano reconoce derechos no se identifica plenamente ni con la naturaleza 1, ni tampoco con la naturaleza 2. En realidad, la naturaleza a la que se refiere es mucho más limitada, pero también mucho más rica por su carácter hermenéutico. En efecto, pareciera el concepto indígena de naturaleza a veces limitarse a la biosfera como totalidad (“the environment as a whole”, que diría Stone⁶²), puesto que reconoce a la naturaleza unos derechos para preservar sus ciclos, etc.; pero en realidad, la

58 Vid. e.g. BURKERT, W., op. cit., pp. 15 ss.

59 Vid. LLANO, F., *Homo excelsior: Los límites del transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

60 DANOWSKY, D. y VIVEIROS DE CASTRO, E., op. cit., p. 95. La ironía es un guiño al “futurismo de la Costa Oeste” y la cultura de Silicon Valley, donde se exploran las consecuencias de la más o menos inminente “singularidad tecnológica”, que tendrá lugar con la superación de la inteligencia humana por la artificial.

61 ESTERMANN, J., op. cit., pp. 126 ss.

62 STONE, Ch., op. cit., p. 456.

naturaleza a la que se confía el “paradigma andino” no parece sólo una naturaleza *en bruto*, sino más bien todo el cosmos, pero mediado, *interpretado* de acuerdo con una cultura indígena basada en una trascendencia ambigua, vaga y mágica. Aquí se plantean entonces dos problemas. El primero es la infracción de la conversa de la Ley de Hume, puesto que de los *valores y normas* de los indígenas se deriva la *descripción* de la naturaleza. El segundo es que, aun aceptando tal cosa, es muy difícil identificar quiénes sean los indígenas a los que acudir para saber qué sea y qué nos diga la naturaleza. De ahí que quizá procedan un par de preguntas ahora: ¿qué es la naturaleza para los indígenas? Y, no menos importante: ¿quiénes son los indígenas?

4. La naturaleza según los indígenas

¿Qué es la naturaleza para los indígenas? El reconocimiento de derechos a una entidad totalizante y abstracta como “la Pacha Mama”, una especie de “madre cósmica” asimilable al concepto de “Gaia”, resulta problemático. Josef Estermann⁶³ define la Pacha Mama como “universo ordenado en categorías espacio-temporales”, pero a renglón seguido matiza que “no simplemente como algo físico y astronómico”. En efecto, el concepto de Pacha Mama presupone una personificación de la naturaleza que plantea muchos problemas conceptuales vinculados, en todo caso, a una determinada visión del mundo, una cosmovisión de naturaleza religiosa y también un *ethos*. Este rasgo resulta especialmente delicado cuando el instrumento elegido para consagrar tales derechos es la Constitución, que en principio es un texto garante de libertad religiosa y está, por tanto, abierto a múltiples confesiones y estilos de vida.

De tal manera, la naturaleza concebida como Pacha Mama representa típicamente una premisa ecoteológica que involucra necesariamente un aspecto religioso. Específicamente, la idea de Pacha Mama responde, como vengo avanzando, a una creencia religiosa de carácter animista, local y relacional. En cuanto animista, reconoce espíritus en la naturaleza. En cuanto local⁶⁴ o particularista, se opone al universalismo de la tradición occidental que se enorgullece de elevar leyes universales en lo teórico y en lo práctico. En cuanto relacional⁶⁵, se resiste, como acabamos de ver, a dualismos o divisionismos normalmente asociados a la cultura occidental como el de naturaleza/cultura. En todo caso, se tra-

63 ESTERMANN, J., op. cit., p. 157.

64 TĂNĂSESCU, M. op. cit., pp. 44, 67.

65 Op. cit., p. 57

ta de un conjunto de ideas difusas carente de un *corpus* de dogmas consolidado, a cambio de confundirse con una amplia gama de “micronacionalismos” y “micro-ortodoxias”⁶⁶, cuya constitucionalización debiera suscitar en todo caso la mayor de nuestras cautelas.

Por lo demás, no podemos olvidar que la idea de Pacha Mama involucra, en fin, un *ethos*, una particular forma de vida de carácter espiritualista, que a menudo administran chamanes o místicos (*paqos*); pero de la cual, insisto, a menudo nos dan cuenta con maneras catequéticas y carismáticas, participantes que parecen resueltamente occidentales⁶⁷. En última instancia, ello no deja de resultar paradójico y permite sospechar que la defensa del pachamamismo no sea sino otro subterfugio más para imponer interesadamente presupuestos occidentales, sea cual fuere el significado de esta expresión.

5. ¿Quiénes son los indígenas? ¿Por qué sus representantes e intérpretes raramente lo son?

Resulta, así pues, que la naturaleza se nos muestra numinosa y moralizada; y queda asociada así a una determinada interpretación de ella. Pero surge entonces un segundo problema, a saber: de entre las infinitas interpretaciones que pudiera admitir la idea de Pacha Mama entre los indígenas, ¿cuál debemos escoger? ¿quiénes son los indígenas o su autoridad? ¿qué nos impediría adoptar, por ejemplo, la interpretación de Arnaldo Quispe, un defensor de la Pacha Mama que también se hace llamar “Takiruma”? Él resuelve los problemas que aquí se plantean de manera aparentemente no muy satisfactoria. Este autor afirma que debemos seguir el camino del colibrí de oro y que tal máxima de conducta se le reveló cuando entró en trance durante un encuentro internacional de chamanes en Lisboa y se figuró rodeada de diminutos colibríes a la ponente, una inglesa llamada “Diana”, radicada en Ibiza y que, tocada en la cabeza con un tambor y unas plumas, se hacía llamar “*White Horse Spirit*”. Durante aquella visión —proseguía el relato— los colibríes rodearon a la ponente para succionar néctar de su “campo energético” (como si ella “fuera una gran planta”) y luego algunos de ellos le llevaron ese néctar al propio Tarikuma; algo que él interpretó, a su vez, como una

66 TĂNĂSESCU, M., op. cit., p. 137.

67 Vid. e.g. GORDON, O.E., *The Andean Cosmvision. A Path to Exploring Profound Aspects of Ourselves, Nature and the Cosmos*, Kubera, 2014; HUGUEILT, L., Mère. *L'enseignement spirituel de la forêt amazonienne*. Mama Éditions, 2019; ZOLLER, M., *Pachamama. The Spiritual Traveler*. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2000; TENNISON, I. y MANGO, D.A. 2017. *The Path of the Energetic Mystic*. Part III.

señal de que la Pacha Mama también se puede manifestar a través de personas que no proceden del mundo andino⁶⁸.

Una cuestión parece relevante ahora. Si no existe un criterio racional para discriminar entre las diversas interpretaciones del pensamiento indígena, entonces todas parecerían igualmente válidas; pero en la medida en que puedan entrar en insolubles conflictos más que previsibles, entonces nos llevarán a considerar igualmente válidas una interpretación y su contraria, lo cual dará lugar a la propia disolución de una tal filosofía (*ex falso quodlibet sequitur*). Sin embargo, bien pensado, quizá sea esa la función de esta naturaleza personificada y constitucionalizada en la coyuntura actual: la de actuar como “significante vacío”⁶⁹ al servicio del gobierno populista de turno en su estrategia de reunir las diversas demandas democráticas en torno a una sola demanda popular que defina al genuino pueblo *frente a sus enemigos*.

Pero más allá de tales contradicciones, esa vocación homogeneizadora de lo indígena por parte de los defensores de los derechos de la naturaleza resulta especialmente incoherente, porque una de las reivindicaciones que se suele anudar a las del neoconstitucionalismo andino es la idea de plurinacionalidad del Estado. Frente a concepciones centralistas, el neoconstitucionalismo andino aboga por descentralizar el poder y reconocer un cierto pluralismo jurídico como instrumento que sirva a los indígenas para gozar de mayores niveles de autonomía. Sin embargo y pese a lo bienintencionado de tales iniciativas, a nadie se le oculta que este pluralismo jurídico igualitarista (por oposición al meramente formal que dice combatir) puede ser muy problemático a la hora de preservar los derechos humanos. Pensemos en el sacrificio de un niño de cinco años en Valdivia (Chile) el año 1960 a instancias de la *machi* Juana Namuncura para apaciguar la ira de los dioses, tras un devastador terremoto de 9.5 grados en la escala de Richter⁷⁰. Recordando esta historia, no deseo ahora profundizar en esta cuestión, sin duda compleja, sobre los límites del diálogo intercultural⁷¹. Más bien, desearía subrayar una cierta incoherencia en los planteamientos interculturalistas y específicamente en los andinos. Veámoslo.

68 QUISPE, A., *Qori Q’Ente. Los códigos del colibrí de oro*, publicación independiente, no figura ciudad, 2021.

69 Vid. LACLAU, E., op. cit., passim.

70 PINOCHET CANTWELL, F., “¿Sería legal sacrificar un niño en el sistema penal indígena de la propuesta de Constitución?”, *Diario Estrategia*, 31/08/2022 < <http://www.diarioestrategia.cl/texto-diario/mostrar/3871266/seria-legal-sacrificar-nino-sistema-penal-indigena-propuesta-constitucion>>.

71 Vid. PACHECO, M.A., “Interculturalidad. Hermenéutica y diálogo intercultural”, en DÍAZ REVORIO, F.J. y GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M., op. cit., pp. 13-40.

Reclaman los interculturalistas, de un lado, un particularismo ético y jurídico en sus reivindicaciones descentralizadoras en el plano jurídico sobre la base de que debemos abandonar la “zona de confort” en que presuntamente nos recreamos con un “repudio de lo heterogéneo”⁷². Y sin embargo, tales reivindicaciones, que suelen asumir la intrínseca superioridad moral del pluralismo, raras veces se aplican el cuento a sí mismas (si se me permite decirlo así) cuando alcanzan el poder y se afanan por defender identidades que, entonces sí, son asumidas como totalmente homogéneas. Por ilustrar esta distinta vara de medir de cierto pluralismo interesado, basta con recordar en España el caso de los nacionalismos catalán o vasco, que invocan frente al Estado un “hecho diferencial” presuntamente distintivo de sus territorios; pero al mismo tiempo niegan y reprimen dentro de sus comunidades cualquier atisbo de pluralismo, presumiendo en “el pueblo catalán” o “el pueblo vasco” una *impuesta* homogeneidad, que luego sirve a un inconsecuente centralismo de *campanile* dentro de cada una de esas regiones, pisoteando, de paso, los derechos de la minoría castellanohablante⁷³ en ambas regiones.

Pero este error resulta especialmente oneroso en Latinoamérica, porque el continente es un fascinante hervidero de hibridación cultural y, quizá por ello, algunos teóricos de la filosofía andina se declaran abiertamente “no puristas” en su concepción de lo andino⁷⁴. Se trata de un aspecto muy relevante porque, más allá de sus grandilocuentes apologías del pluralismo, su negación es rasgo muy propio de las tendencias populistas latinoamericanas. En este sentido, Loris Zanatta⁷⁵ ha diagnosticado certeramente en el populismo latinoamericano una pertinaz “nostalgia de unanimismo”. Tal *unanimismo* consiste en la asunción de que una comunidad (sea cual fuere) es ideológicamente homogénea. Por ejemplo, seguramente cabría desarrollar una filosofía andina a partir de la filosofía aimara⁷⁶; pero ¿qué sería entonces de los quechuas, uru-chipayas, kallawayas e incluso de los llamados “*urbandinos*” (i.e. los integrados en las ciudades, pero manteniendo sus lazos culturales con sus comunidades de origen)? ¿Existe acaso un *corpus* indígena sistemático y consistente para resolver los problemas sociales, políticos y económicos que se nos plantean? Hemos visto que no.

72 Vid. e.g. RUIZ, M. y TRAVÉ, A., “El pluralismo jurídico: de la multiculturalidad a la interculturalidad como parámetros determinantes”, en DÍAZ REVORIO, J. y GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M., op. cit., pp. 41-60; pp. 41 y 58.

73 Digo “minoría” pese a que sean mayoría numéricamente, porque están en clara inferioridad política. Es la misma razón por la que en la Sudáfrica del *Apartheid* procedía hablar de “minoría negra”, siendo más numerosos los ciudadanos negros.

74 ESTERMANN, J., op. cit., p. 71.

75 ZANATTA, L., “El populismo latino y la nostalgia de la unanimidad”, *ACFS*, n° 53, 2019, pp. 15-28.

76 Vid. e.g. PAIVA CRISPÍN, S.A., op. cit., introd.

En realidad, cuando los teóricos de la Pacha Mama (aunque no solo en ellos⁷⁷) se refieren a “los indígenas” a menudo lo hacen presuponiendo, en fin, una homogeneidad que resulta sospechosa de esa especial instrumentalización retórica que propicia la falta de rigor. Por no hablar del claro eurocentrismo que implica tal denominación homogeneizante (“indígenas” sin más, genéricamente) y que sólo puede sostenerse desde una distancia que difumine sus contornos (los mismos que echamos de menos, por cierto, en la expresión “hombre blanco” o “europeo”). Como sabemos, las comunidades humanas son mucho más heterogéneas y dinámicas de lo que tales corrientes suelen presuponer⁷⁸. El dualismo y la subyacente polarización de lo indígena y lo occidental; los explotados y los imperialistas; los indios y los españoles; lo tradicional y lo moderno; lo autóctono y lo extranjero; lo auténtico y lo artificioso, suelen esconder, en fin, un mecanismo típicamente populista, que no es otro que la, en palabras de Carl Schmitt⁷⁹, “distinción política específica”. Se trata de desatar “antagonismos” y reforzar fronteras en el interior de una comunidad política pretendidamente homogénea y forjada frente a un común “enemigo” (el disidente) que, claro está, será necesario expulsar de la vida pública.

Sin embargo, al menos cinco procesos contemporáneos, nos dice García Canclini, han permitido a las culturas *escapar* de concepciones homogeneizantes y estáticas: *ethnoscape* (i.e. flujos migratorios de todo tipo), *technoscape* (i.e. flujos de tecnologías), *finanscape* (flujo de capitales), *mediascape* (flujo de imágenes e información) e *ideoscape* (intercambio de ideologías entre occidente y oriente). Como el propio García Canclini señala, “(n)os aferramos a nociones de sociedad, etnia, nación o clase que en otras temporadas sirvieron para hallar orden en los comportamientos. O para imponérselo”⁸⁰. ¡“O para imponérselo”! He ahí donde entra el Derecho. El presupuesto de tal homogeneidad sirve al poder de manera difícil de sobrestimar para controlar a los ciudadanos en nombre de la unidad del pueblo. ¿Y acaso no puede ser contemplada como una imposición interesada la homogeneización de lo indígena en torno a conceptos como la Pacha Mama?

Después de todo, como bien ha recalcado entre nosotros Javier Díaz Revorio⁸¹, la propia categoría “derechos de la naturaleza” resulta “híbrida” a más no

77 Recordemos la idealización de los indígenas y su relación con la naturaleza en Th. BERRY (*The Great Work. Our Way into the Future*, cit., cap. 2).

78 Algo sobre lo que ha insistido el escritor Amín Maalouf en su larga trayectoria literaria y ensayística. Quizá su propia autobiografía ilustre ese espíritu de manera especialmente vívida: MAALOUF, A., *Orígenes*, Alianza, Madrid, 2012,

79 SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, trad. R. Agapito, Alianza, Madrid, 2ª ed., 2014, p. 59.

80 GARCÍA CANCLINI, N., *El mundo entero como lugar extraño*, Gedisa, Barcelona, 2014, cap 1, *in fine*.

81 DÍAZ REVORIO, F.J., “Derechos humanos y derechos de la naturaleza: a la búsqueda de un funda-

poder. El concepto de derecho es un concepto intensamente occidental (por someterlos a estas etiquetas simplificadoras y estáticas al uso), mientras que la naturaleza titular de tales derechos se refiere a un concepto indígena en principio muy distinto del que se ha empleado en la tradición europea u occidental. Y sin embargo, nada nuevo bajo el sol. Como sostiene Judith Antonia Eiring⁸², “así como todas las culturas modernas exhiben estructuras tradicionales, del mismo modo las sociedades tradicionales participan de elementos modernos, por medio de los cuales cada sociedad que se encuentra en intercambio con otras culturas siempre se entiende en transformación”. Por tomar prestada una imagen efectista de Renato Rosaldo⁸³: ¿Cómo calificar la estampa de un indígena transitando por una carretera de asfalto: de moderna o tradicional? En realidad, quizá la hibridación no se produzca en el concepto de asfalto o en el concepto de derecho de la naturaleza. Más bien, lo híbrido sea la propia cultura contemporánea en especial desde su propia globalización. En la más conciliadora posición posible (que creo queda bien ilustrada por la esforzada propuesta de Díaz Revorio⁸⁴), lo moderno de la tradición europea de los derechos debería aspirar a fundirse con la tradición andina. Sin embargo, ello no puede hacerse sin más, precisamente por respeto a esa tradición andina que se pretende integrar. La integración de lo andino, irreflexiva e intolerante a las objeciones, en una estructura como la de los derechos (que goza de una larga tradición en la modernidad europea, pero no sólo en ella), sería una manifestación de paternalismo mucho más ofensivo que presuntos desdenes y prejuicios, frente al que parecieran sobre-reaccionar a veces ciertos defensores del neoconstitucionalismo andino.

6. Subjetivizamos la defensa de la naturaleza (no la naturaleza)

La fundamentación ecoteológica de los derechos de la naturaleza no parece racionalmente aceptable. No nos da cuenta de quién sea exactamente su titular y, desde luego, los indicios que se nos ofrecen no responden a un criterio claro. Ni siquiera sabemos si la titularidad se atribuye a la naturaleza en su totalidad o bien a sus partes y en tal caso no sabemos si todas las partes merecen igual privilegio.

mento común”, en DÍAZ REVORIO, F.J. y GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M., op. cit., pp. 115-158, p. 139.

82 EIRING, J.A., *Kulturelle Übersetzungsprozesse zwischen indigenen Traditionen und der Moderne in Ecuador*, Peter Lang, Berlín, 2018, p. 25.

83 ROSALDO, R., “Foreword” a GARCÍA CANCLINI, N., *Hybrid Cultures. Strategies for Entering and Leaving Modernity*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1995.

84 DÍAZ REVORIO, F.J., “Derechos humanos y derechos de la naturaleza: a la búsqueda de un fundamento común”, cit.

Por ejemplo, cabría plantearse si conviene que un virus como el de la COVID-19 se viera amparado de algún modo por tales derechos. Todo parece indicar, en fin, que nos hallamos ante una interpretación de la naturaleza omnicompreensiva, ambigua, vaga, mágica y (supuestamente) mediada por la cultura de los indígenas; pero entonces surgen nuevos problemas, porque no está claro a qué interpretación indígena debemos fiar la definición de nuestro concepto de naturaleza, ni tampoco quiénes sean en este mundo global e híbrido en que vivimos los indígenas; ni si existan en puridad; ni tampoco qué grado de autenticidad o *pureza* debemos entonces exigirles para reconocerles autoridad a sus opiniones.

Una alternativa pragmatista y complementaria de la ecoteológica supone entonces subordinar la fundamentación ecoteológica a la pragmatista, en el sentido de que cabría defender la constitucionalización ecuatoriana de los derechos de la Pacha Mama incluso sobre bases ecoteológicas, siempre que ello redundara en la mejor utilidad. Precisamente en ese sentido, es habitual oír de los defensores de los derechos de la naturaleza frente a los escépticos o frente a los planteamientos antropocéntricos un juicio contrafáctico, a saber: que la protección de la naturaleza sería inferior de no haber sido constitucionalizados sus derechos⁸⁵. En realidad, ya en su estudio fundacional Christopher Stone⁸⁶ simplemente clamaba por tener en cuenta los intereses de la naturaleza “de maneras más sutiles y procedimentales”. Sin embargo, este argumento pragmatista se estrella contra la realidad. El pachamamismo en Ecuador no sólo no ha redundado en la mejor protección del medio ambiente, sino que ha resultado a menudo contraproducente.

Otros han insistido en los efectos simbólicos y de reconocimiento que pueden ser una “inyección de autoestima”⁸⁷ para indígenas, mujeres, etc. Pero, de nuevo, la realidad ha desautorizado el argumento pragmático en el caso ecuatoriano. La constitucionalización de los derechos de la Naturaleza puede resultar perjudicial tanto para el medio ambiente, como para los indígenas; porque en realidad constituye un significativo vacío que sirve a la legitimación a la acción política del gobernante de turno, siempre que sepa valerse retóricamente de él. Por ejemplo, la “Madre Tierra” pareciera aludir a un idílico ideal feminista, pero no siempre responde a una imagen indígena (a veces la naturaleza representa en el imaginario indígena una entidad ancestral, más bien masculina o hermafrodita⁸⁸). Y cuando en efecto pudiera evocar una figura femenina, bien puede servir para legitimar,

85 Vid. e.g. MARTÍNEZ DALMAU, R., op. cit., p. 44.

86 Vid. STONE, Ch., op. cit., p. 483.

87 PAVANI, G., op. cit., p. 25. En este sentido, vid. DÍAZ REVORIO, F.J., op. cit.

88 TĂNĂSESCU, M., op. cit., p. 117.

precisamente por eso, una política extractivista⁸⁹; puesto que sugiere la imagen de una entidad que *nos nutre* y nos procura bienes⁹⁰. Leyendo el trabajo seminal de Christopher Stone⁹¹, me llamó la atención que estableciera una analogía entre la defensa de los derechos de la naturaleza y la lucha por los derechos de las mujeres. En ese contexto, Stone refiere el caso de la primera mujer que quiso practicar la abogacía en Wisconsin y a la que se le impedía hacerlo, porque “la ley de la naturaleza” —se aducía— condenaba a las mujeres a dos exclusivas funciones: criar a los niños y cuidar del hogar. Pero ¿no es acaso también *esta* misma *naturaleza* (no muy favorable a la emancipación femenina) a la que Stone pretendía reconocer derechos a renglón seguido?

En fin, la naturaleza (lo *bueno* de ella) puede resultar maltratada precisamente cuando se trata de sobreprotegerla con instrumentos inadecuados, cuales son la atribución de derechos en una Constitución. Y de hecho, la experiencia demuestra que este era su destino en Ecuador. La constitucionalización de los derechos de la naturaleza ha servido a menudo de cobertura para favorecer a las grandes compañías mineras en perjuicio de la minería artesanal y quizá haya servido para acallar a los indígenas, que ya ni siquiera pueden oponerse a un sistema político al que aparentemente (pero sólo aparentemente) han sido incorporados con estos ardidés retóricos. Después de todo, el proceso orientado a la declaración de los derechos de la naturaleza no ha sido precisamente *bottom-up*, sino más bien *top-down* y, de hecho, ha sido dirigido por élites intelectuales y económicas (ha sido “*elite driven*”, como bien denuncia Tănăsescu). El propio Tănăsescu⁹² ha subrayado además los vínculos de los constituyentes ecuatorianos con entidades como *Global Alliance*, GARN, CEDEL, CDER y la *United Nations Harmony with Nature Knowledge Network*. Quizá todo ello era fuera de prever. Josef Estermann⁹³ ya nos advertía tiempo atrás de que el “pachamamismo” ha sido tradicionalmente una concepción de la filosofía andina propia de élites intelectuales y políticas. En realidad, maniobras parecidas de apropiación política de un discurso local han tenido lugar en otros lugares bien distantes. Por ejemplo, el reconocimiento de los derechos al río Ganges en la India se convirtió en un subterfugio para primar el nacionalismo hindú sobre otras etnias. Esto demuestra que el ecocentrismo acaba a menudo convir-

89 Pensemos en el triunfo del “pragmatismo extractivista” en la Bolivia de Evo Morales y Álvaro García Linera que denuncia D. de BOISSIEU, *Bolivia: l’illusion écologiste*, Écosociété, Quebec, 2019, pp. 290 ss.

90 Vid. TOLA, M., “Between Pachamama and mother earth: gender, political ontology and the rights of nature in contemporary Bolivia”, *Feminist review* 118 (1), 2019, pp. 25-40; *apud* TĂNĂSESCU, M., op. cit., pp. 110, 113 ss. y 126.

91 STONE, Ch., op. cit., p. 454.

92 TĂNĂSESCU, M., op. cit., p. 107.

93 ESTERMANN, J., op. cit., p. 67.

tiéndose en un ecopopulismo, que reduce la ecología a una mera comparsa de otras ideologías como, en este caso, el nacionalismo hindú⁹⁴. Y no es de extrañar. Después de todo el populismo es —abundará sobre ello más adelante— una “ideología delgada” capaz de albergar otras más densas.

Cuando Tănăsescu⁹⁵ se pregunta entonces por qué triunfan las defensas indigenizantes de los derechos de la naturaleza formula tres hipótesis: la ignorancia del contenido de las filosofías indígenas, la herencia irreflexiva del legado colonial y la entusiasta creencia en el poder del discurso de los derechos. A mi modo de ver, la tercera hipótesis presenta un poder explicativo incomparablemente mayor que las restantes, *maxime* cuando nos atenemos al éxito del llamado “neoconstitucionalismo andino”. El neoconstitucionalismo *tout court*⁹⁶ ha sido la filosofía del Derecho dominante en Latinoamérica durante las últimas décadas y ha supuesto la consagración de una “cultura de los derechos” en una área geopolítica dominada por regímenes totalitarios durante largo tiempo. Por tanto, buena parte del éxito del neoconstitucionalismo *tout court* se explica porque sitúa en el centro del discurso jurídico los derechos y desde esta perspectiva me parece que la defensa de la constitucionalización de los derechos de la naturaleza por parte del neoconstitucionalismo andino puede interpretarse como una respuesta insatisfactoria a una buena intuición.

La buena intuición se reconoce en que el neoconstitucionalismo andino ha reparado en que el medio óptimo para asegurar la protección de cualquier bien en una cultura de los derechos consiste precisamente en convertir ese *objeto* de legítima protección en *sujeto* de *derechos*, *surfeando* (si puedo decirlo así) la cresta del relato liberal de las olas (o generaciones) de derechos, que definen una incesante ampliación de los titulares de derechos. Desde esta perspectiva, era natural pensar que el reconocimiento de derechos a una entidad como el medio ambiente pudiera redundar en un considerable incremento de su protección. Sin embargo, es justo precisar inmediatamente que esta buena intuición no ha sido seguida de los resultados esperados y, además, puede ser satisfecha de modos más razonables que ese oportunista reconocimiento de derechos a la naturaleza sin más. Comencemos con esta segunda cuestión y veamos después en qué sentido la naturaleza no solo no ha gozado de mayor protección por atribuirle derechos constitucionales, sino que además tal constitucionalización ha podido resultar contraproducente y servir, por desgracia, para desproteger el propio medio ambiente.

94 TĂNĂSESCU, M., op. cit., p. 113.

95 Op. cit., p. 42.

96 Vid. e.g. PRIETO, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, cap. I.

En efecto, todo parece indicar que si el objetivo práctico que buscamos es proteger la naturaleza mediante la búsqueda del amparo reforzado que los derechos gozan en nuestros Estados constitucionales, entonces existen otras estrategias que han dado mejores resultados. Ciertamente, hasta fechas recientes y bajo un presupuesto antropocéntrico, la protección del medio ambiente ha presentado una clara vertiente objetiva. Desde esta perspectiva, el medio ambiente era un *objeto* y no un sujeto que proteger. Sin embargo, existe una vertiente subjetiva de protección del medio ambiente distinta de la *objetiva antropocéntrica* tradicional; pero también distinta de la *subjetiva biocéntrica* que atribuye derechos a la naturaleza. Se trata de reconocer la vertiente subjetiva de protección de la naturaleza a través de la vía privilegiada de los derechos fundamentales cuando la afectación del medio ambiente implica la afectación de derechos fundamentales. Ello supone *subjetivizar* la protección del medio ambiente y hacerlo sin abandonar un principio antropocéntrico y sin necesidad de forzar innovaciones conceptuales como los derechos de la naturaleza.

Por ejemplo, los ruidos, los malos olores o la contaminación pueden afectar seriamente mi derecho a la intimidad, mi dignidad, mi vida familiar o el libre desarrollo de mi personalidad. Ello ha dado lugar a una “ecologización de los derechos fundamentales” o (desde el otro ángulo posible) a una “humanización del derecho al medio ambiente”. Se trata de un argumento anunciado hacia 1987 por el administrativista Lorenzo Martín Retortillo y que ha hallado vía de expresión en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo⁹⁷. Creo que tiene mucha razón la profesora Consuelo Alonso cuando fía a esta vía puramente antropocéntrica la más efectiva protección del medio ambiente. En el juicio contrafáctico de la administrativista, que vale la pena consignar aquí: “Si no hubiera estado en juego esta dimensión antropocéntrica del derecho a disfrutar del medio ambiente, si la agresión al entorno no se hubiera proyectado en la esfera de lo personal, estos pronunciamientos judiciales [del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que reconocen la dimensión subjetiva de la protección del medio ambiental] tal vez se hubieran expresado en otro sentido”⁹⁸.

En suma, la tutela del medio ambiente por su vertiente meramente objetiva (el medio ambiente como objeto de protección) puede resultar insuficiente y ello aconseja protegerlo acudiendo a una dimensión subjetiva, que invoque *derechos* y no sólo *el Derecho*. Sin embargo, como vemos, aquí surgen dos opciones: que

97 Vid. ALONSO GARCÍA, M.C., *La protección de la dimensión subjetiva del derecho al medio ambiente*. Thomas Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 32 ss.; 74 ss. y 89 ss.

98 Op. cit., p. 32.

los derechos tutelados puedan ser actuados por individuos afectados, o bien que se atribuya la titularidad a la naturaleza en su conjunto o a ciertas partes de ella (un río, un lago, una montaña). En términos prácticos, la primera opción, la antropocéntrica protección del medio ambiente por medio de los derechos fundamentales de las personas ha resultado hasta cierto punto eficaz, mientras que en muchas ocasiones (y por desgracia) la biocéntrica protección del medio ambiente a través de la constitucionalización de los derechos a la naturaleza ha resultado contraproducente y perjudicial para el medio ambiente y también para los indígenas que se presume proteger. Concluyamos con ello.

7. A modo de conclusión: cuando los derechos sirven al (eco)populismo

Como avancé más arriba, denomino aquí ecopopulismo al discurso político que adopta el ecologismo como doctrina que aglutina múltiples demandas democráticas en torno a una única demanda popular, un solo pueblo. El populismo se caracteriza así por ser una “ideología delgada” (de pocos contenidos), capaz de albergar “ideologías gruesas” (e.g. comunismo y fascismo)⁹⁹. Pero también se distingue el populismo (tal y como lo reconstruye su más ferviente apologeta teórico, Ernesto Laclau) por forjar “cadenas equivalenciales” (vínculos justificativos) entre demandas muy diferentes, que necesitan mantener su cohesión *ad intra* y *ad extra*. *Ad intra*, tal cohesión permite consolidar un único pueblo (amigo). *Ad extra*, posibilita reforzar sus mutuos vínculos frente al “enemigo del pueblo”: el disidente.

En el pensamiento de izquierdas, el populismo se ha manifestado históricamente como la alternativa postsocialista a la crisis del socialismo tradicional de carácter economicista, que ya Gramsci¹⁰⁰ deseaba superar, mediante la sustitución de una dialéctica entre capitalistas y proletariado (puramente materialista, basada en la economía), por una dialéctica de carácter cultural. En esta “*deseconomización*” de la lucha de clases y su conversión en batalla cultural ha jugado un papel muy importante el paradigma del reconocimiento. El paradigma del reconocimiento¹⁰¹ presupone que el reconocimiento de los grupos es requisito de la eficacia de los derechos. Sin tal reconocimiento (cultural), se afirma, los derechos chocan irremisiblemente contra “techos de cristal”. Por tanto, sólo si un

99 Vid. MUDDE, C. y ROVIRA KALTWASSER, C., *Populismo. Una breve introducción*, trad. M. Enguix Tercero, Alianza, Madrid, 2019, pp. 34 ss.; 51 ss.

100 Vid. GRAMSCI, A., *Escritos. Antología*, ed. de Rendueles, C., Alianza, Madrid, 2017, pp. 202 ss.

101 Vid. e.g. HONNETH, A., *Reconocimiento. Una historia de las ideas europea*, trad. S. Chaparro Martínez, Akal, Madrid, 2019.

grupo cuenta con reconocimiento, podrán sus miembros disfrutar efectivamente de derechos. No bastaría, por tanto, con redistribuir la riqueza y el liberalismo habría obviado esta realidad, al presumir suficiente en su acción política la preservación de una igualdad formal, combinada con políticas de redistribución y de bienestar. De ahí, el fracaso de esta combinación “apaciguante”. Desde esta perspectiva, la propia crisis del Estado del bienestar en su conjunto sería una expresión de tal fracaso y sería la prueba de que, sin políticas de reconocimiento de los grupos, los derechos individuales y aún sociales no pueden ser eficaces¹⁰².

Pero esta lucha cultural presupone a su vez una concepción schmittiana de *lo político*. Es decir, presupone la visión de la política como un conflicto entre amigos y enemigos y, como es sabido, tal antagonismo es consustancial a la concepción populista del discurso político. Como acabamos de ver, en la configuración del pueblo, la “demanda popular” debe ser única a pesar de aunar causas muy diversas que, con todo, se reconocen entre sí como aglutinadoras del genuino pueblo mediante “cadenas equivalenciales” que las re-unen frente a los “enemigos” que osen cuestionar esa demanda popular.

Tal reestructuración del pueblo es un proceso que describe, en fin, una evolución en tres fases. En una primera fase, propia del marxismo clásico, el pueblo se define por la clase del proletariado, que es una clase económica. La lucha de clases es una lucha de base económica. En la segunda fase, el pueblo se define por un conjunto de clases unidas por cadenas equivalenciales. Es decir, el economismo marxista clásico desembocaría en el “multiclasismo” cultural que proponen Gramsci y Laclau. La lucha de clases es una lucha cultural. Finalmente, hoy nos hallaríamos inmersos ya en una fase “hiperclasista”¹⁰³. Con ello se quiere decir que entre las diversas “demandas democráticas”, una adquiere tal preponderancia, que subordina al resto, cuya argumentación gira en torno a ella. Actualmente, el feminismo se ha convertido en numerosos sistemas políticos en la ideología que ha asumido esa posición de privilegio que establece el populismo en su fase hiperclasista¹⁰⁴. No es raro así que su voracidad tienda incluso a fagocitar otras tendencias como, por ejemplo, el ecologismo en forma de “ecofeminismo”.

102 Vid. BUTLER, J. y FRASER, N., *¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo*, Traficantes de sueños, Madrid, 2016; MARCIANI, B. 2016. *Tolerancia y derechos. El lugar de la tolerancia en el Estado constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016.

103 Vid. ARÁNGUEZ, T., “De la clase social al pueblo y del pueblo a la clase social”, *ACFS*, nº 53, 2019, pp. 183-206.

104 Permítaseme una remisión a mi trabajo “The Hijacking of Feminism by Spanish Populism: The Unidas Podemos Case”, *The Interdisciplinary Journal of Populism*, nº 3, 2022, pp. 63-83.

Para muchos, la prueba más palpable del éxito del ecopopulismo consiste precisamente en que la mayoría de los defensores de esta filosofía andina e indigenista que se ha plasmado en la Constitución de Montecristi no creen en ella. Como subraya con insistencia Teresa Velásquez¹⁰⁵, muchos de los campesinos que apoyan el indigenismo y toda la cosmovisión implícita no comparten la creencia en la Pacha Mama. Más bien (y esto es lo más significativo) simplemente “adoptan el lenguaje de la indigenidad”. Desde esta perspectiva, el discurso indígena con sus cosmologías y ritos son una mera estrategia de “*framing anti-mining activism*”. Y es así como las creencias acaban por ser lo de menos. La Pacha Mama deviene así en “significante vacío”, un eslabón más de la “cadena equivalencial” del ecopopulismo andino. Cuando contemplamos la defensa de la constitucionalización de los derechos de la naturaleza como una manifestación ecopopulista, entonces muchas de las aparentes incoherencias e imprecisiones que se advierten en un plano analítico-conceptual pierden significación ante la arrolladora fuerza retórica y política de tales ideas¹⁰⁶.

Y en efecto, los tres aspectos problemáticos de la Constitución ecuatoriana, que vengo subrayando aquí, presentan un cariz populista: su ecoteologismo es conforme con la habitual fascinación de los populistas por la religión. En cuanto a la vacuidad del concepto de naturaleza, vemos que es conforme con el recurso populista a “significantes vacíos” y, en fin, la constitucionalización como instrumento de transformación social se ha manifestado como uno de los medios predilectos del populismo para consolidar una homogeneización política acorde con la schmittiana concepción de lo político basada en la división amigo/enemigo. Pero, por encima de todo, la constitucionalización de los derechos de la Pacha Mama representa una medida desproporcionada: no es idónea, ni necesaria, ni ponderada. No es idónea, porque no sólo puede ser ineficaz para proteger el medio ambiente, sino que más bien puede ser la contraproducente excusa para sobreexplotarlo. No es necesaria, porque existen otras medidas alternativas a la atribución de derechos al medio ambiente (muy singularmente, considerar derecho fundamental de los individuos el derecho a un medio ambiente limpio que a su vez preserve sus derechos individuales). No es, en fin, una medida ponderada o equitativa porque, llevada a sus últimas consecuencias, puede conducir a ecopopulismo y ecofascismo.

Pero en definitiva, y con ser graves todas estas objeciones, mi principal reparo a la constitucionalización de los derechos de la Pacha Mama y de otras ini-

105 Velásquez, T.A., *Pachamama Politics. Campesino Water Defenders and the Anti-Mining Movement in Andean Ecuador*, The University of Arizona Press, Tucson, 2022.

106 Que es de lo que se trataba ya en tiempos de Christopher Stone (op. cit., pp. 488 ss.).

ciativas similares consiste en que, con la excusa de salvar nuestro medio natural, se imponen desde el poder, de manera más o menos sutil, particulares cosmovisiones a todos los ciudadanos. Por desgracia, la experiencia histórica nos enseña que el fin último de tales imposiciones no suele ser consolidar piadosamente una fe, sino más bien servir al gobernante de turno para ejercitarse en la sumisión del pensamiento libre y la estigmatización de toda crítica a su acción política.

EL CARÁCTER EXIGIBLE DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES,
CULTURALES Y AMBIENTALES: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL CARÁCTER
MULTINIVEL O MULTIDIMENSIONAL DE ESTOS DERECHOS

THE NECESSARY NATURE OF ECONOMIC, SOCIAL, CULTURAL AND
ENVIRONMENTAL RIGHTS: AN APPROACH FROM THE MULTILEVEL
OR MULTIDIMENSIONAL NATURE OF THESE RIGHTS

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano¹

Poder Judicial, Costa Rica

victoreduardo.orozco@ucr.ac.cr

ORCID: 0009-0005-4216-9589

Como citar. Citation:

OROZCO SOLANO, V., “El carácter exigible de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: una aproximación desde el carácter multinivel o multidimensional de estos derechos”, *Anuario Parlamento y Constitución*, N° 24, 2023.

Recibido: 25-06-2023

Aceptado: 01-09-2023

Resumen: En el presente trabajo se pretende analizar la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales, y su protección multinivel, teniendo en cuenta los aportes del derecho internacional de los derechos humanos, así como, los de la Sala Constitucional de Costa Rica.

Palabras clave: carácter justiciable, derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, protección multinivel.

Abstract: This paper aims to analyze the structure of economic, social and cultural rights, and their multilevel protection, taking into account the contributions of international human rights law, as well as those of the Constitutional Chamber of Costa Rica.

¹ Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha. Antiguo Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Juez Contencioso Administrativo, destacado en el área de amparos de legalidad. Coordinador de la Maestría Profesional en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Constitucional del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Profesor de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Correo electrónico: victorozcocr@gmail.com.

Keywords: justiciable character, economic, social, cultural and environmental rights, multilevel protection.

SUMARIO

I. Introducción.

II. Sobre la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales.

III. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal de tutela de los derechos humanos.

IV. La salvaguardia de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema regional europeo y en el interamericano de protección de los derechos humanos.

V. Los criterios desarrollados por la Sala Constitucional de Costa Rica acerca de los derechos económicos, sociales y culturales.

VI. Conclusiones.

VII. Bibliografía.

I. Introducción.

En el presente trabajo² se pretende analizar la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales, en relación con los derechos civiles y políticos, o individuales, así como, los criterios que se han desarrollado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (y, en particular, el sistema universal de protección de los derechos, así como, el sistema regional europeo y el sistema regional interamericano de derechos humanos), en cuanto a su carácter justiciable. Además, se pretende examinar, en el mismo orden de consideraciones, lo que al respecto ha desarrollado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en sus 33 años de funcionamiento.

Tradicionalmente se ha sostenido que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una estructura distinta de los derechos civiles y políticos, o de primera generación, o individuales, razón por la cual, deben ser implementados por los Estados con un carácter progresivo, en la medida en que las circunstancias socioeconómicas y culturales lo permitan. Es distinto, en este orden, el caso de los derechos individuales, que se caracterizan, en principio, por defender un ámbito o espacio de libertad, a favor del individuo, frente al Estado, que resulta intangible por parte de éste. Así, encontramos casos, donde se ha sostenido la tutela o protección directa de estos derechos fundamentales, los de primera generación, como por ejemplo, el derecho a la intimidad, la libertad de expresión, los derechos de reunión o asociación, la libertad de pensamiento, de conciencia, o libertad religiosa, cuya tutela o protección, tanto por la Justicia ordinaria, o por la Justicia Constitucional (mediante el recurso de amparo, en aquellos países donde se ha implementado, o mediante los diversos mecanismos de control de constitucionalidad, previo y a posteriori, concreto y abstracto) no admite la menor discusión.

Ya veremos, sin embargo, y de la mano del material bibliográfico que se analiza en esta oportunidad, que ambos tipos de derechos tiene una estructura similar o mixta (habida cuenta que algunos derechos individuales también exigen ciertas conductas positivas o prestaciones al Estado, como, por ejemplo, el derecho de acceso a la información, la libertad de petición, el derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido o la tutela judicial efectiva y el debido

² Un sincero agradecimiento a don Fernando Cruz Castro, Magistrado de la Sala Constitucional, a don Rafael González Ballar, Director de los Programas de Posgrado en Derecho y a don Gustavo Chan, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, por permitirme abrir un espacio para la discusión de los temas relativos al carácter justiciable de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Mil gracias.

proceso), en cuyo caso, la tutela jurisdiccional de los mismos resulta incontrovertible. De ahí que, en el caso de los derechos individuales, como en los derechos prestacionales o de segunda generación, al menos en el supuesto costarricense, resulta incuestionable su carácter justiciable, dada la protección que reciben, en nuestro ordenamiento, estos derechos, como por ejemplo, el derecho a la salud, el derecho a la educación, la libertad sindical, el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, el derecho al salario, por mencionar algunos, sobre los cuales existe jurisprudencia reiterada de la Sala Constitucional de Costa Rica que respalda, ampliamente, esa situación.

Así, en este ensayo se pretende analizar el carácter justiciable (que aspira a ser pleno) de los derechos económicos, sociales y culturales, desde una perspectiva multidimensional o multinivel. De este modo, se iniciará el análisis como el sistema universal de protección de los derechos humanos, sea, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, emitida en 1948 en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas y su Pacto Internacional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (emitido en 1966), cuya salvaguardia ha sido encomendada al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y sus técnicas de control (los informes periódicos, las reclamaciones individuales, las denuncias interestatales y la investigación confidencial), que se desprenden de la aplicación del mismo pacto y de su protocolo.

Luego, en el ámbito del sistema regional europeo, son emblemáticas las sentencias autocalificadas “piloto”, que se producen cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a quien se encomienda la salvaguardia o tutela del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma del 4 de noviembre de 1950), detecta un fallo estructural o sistémico en la protección de un derecho, razón por la cual, mediante el dictado de esta sentencia se pretende dar solución a ese conflicto. Otros ejemplos de sentencias estructurales las encontramos en el sistema colombiano y el llamado “estado de cosas inconstitucional” que ha sido implementado por la Corte Constitucional Colombiana³.

3 Al respecto Guillaume Tusseau sostiene: “*De manière plus appuyée, en Colombie, la doctrine de l’“état de choses inconstitutionnel” élaborée par la Cour constitutionnelle (T-025/2004) lui permet de condamner des situations dans lesquelles son présentes, de manière alternative ou cumulative (a) la violation massive et généralisée de droits constitutionnels; (b) le manquement des autorités à leur obligation de garantir les droits; (c) l’adoption de pratiques inconstitutionnelles; (d) l’inexécution ou l’absence de mesures législatives, administratives ou financières destinées à préserver les droits; (e) un problème social complexe demandant un effort financier important; (f) la crainte d’un engorgement de la justice si chaque personne concernée intente une action*”. Véase TUSSEAU, G. *Contentieux Constitutionnel Comparé, Une Introduction Critique au Droit Processuel Constitutionnel*, Lextenso, París, 2021, p. 838.

Ahora bien, en el ámbito del sistema interamericano, y tras una discusión a lo interno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso Lagos del Campo contra Perú finalmente se puso de manifiesto la aplicación directa del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), para dotar a los derechos económicos, sociales y culturales (y también ambientales), de carácter justiciable o exigible, o de contenido normativo, más allá de lo que establece el Protocolo de San Salvador que, en principio, solo otorga ese carácter a la libertad de educación y a la libertad sindical. Ya veremos, sin embargo, que el estándar tradicionalmente sostenido en el sistema de justicia constitucional costarricense, en relación con la aplicación directa de los DESCAs, es muy superior al interamericano, como lo ponen de manifiesto las sentencias estructurales que ha emitido la Sala Constitucional y de las cuales se mencionarán las del año 2021⁴.

II. Sobre la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales.

Sobre el particular y como se expuso con anterioridad, históricamente se ha defendido que ambos tipos de derechos poseen una estructura distinta. En este sentido, mientras los derechos individuales únicamente establecen obligaciones negativas o de abstención, los derechos económicos, sociales y culturales implican el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deben solventarse mediante la utilización de recursos públicos.⁵

Al respecto, la doctrina ha señalado sobre los derechos individuales que “*suponen en general una actitud pasiva o negativa del Estado, dirigida a respetar, a no impedir y garantizar el libre y no discriminado goce de estos derechos*”⁶, de forma que es obligación del Estado evitar la violación “*mediante la acción u omisión, en*

4 Sobre el particular, Malcolm Lanford advierte que: “*a menudo se le adjudica a la India el mérito de haber sido la primera jurisdicción en desarrollar lo que podría llamarse una jurisprudencia en DESC relativamente madura. Luego del surgimiento en la década de 1970 de los litigios de interés público en casos sobre derechos civiles y políticos, se le dio al derecho a la vida una interpretación amplia que incluía una serie de derechos económicos y sociales (...). En su primer caso de derechos sociales en 1980, la Corte Suprema de la India ordenó a un municipio cumplir con la obligación que le imponía la ley de proveer agua, saneamiento y sistemas cloacales*”. Ver LANFORD, M. “Justiciabilidad en el Ámbito Nacional y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: un análisis socio-jurídico”. *Revista Internacional de los Derechos Humanos*, SUR, Volumen 6, número 11, 2009, p. 100.

5 ABRAMOVICH V., COURTIS. C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trota, Segunda Edición, Madrid 2004, p. 21.

6 GROS ESPIELL, H., *Estudios sobre Derechos Humanos*. T.I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, 10.

*su caso, de un órgano o agente gubernamental o administrativo o de cualquier persona cuyo hacer sea imputable al hacer del aparato gubernamental o administrativo. Todo sin perjuicio, del deber genérico de establecer y garantizar la posibilidad de existencia y ejercicio de estos derechos*⁷. No obstante, esta noción soslaya que en realidad ambos tipos de derechos tienen una estructura similar, la cual supone la existencia de un complejo de obligaciones negativas y positivas por parte del Estado, que en el caso de los derechos individuales, constituye la obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares, en tanto que en los derechos sociales, las obligaciones positivas revisten una importancia mayor⁸. De lo anterior se deduce, con toda claridad, que no existe una diferencia sustancial, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, sino de grado en cuanto a la existencia de obligaciones positivas. Lo anterior por cuanto, ningún derecho individual consagrado en la Constitución se limita a establecer, únicamente, obligaciones de abstención, sino (como ya se dijo) relaciones positivas y negativas.

Cabe mencionar que esa distinción en cuanto a la estructura de los derechos individuales y los derechos prestaciones, ha servido a un sector doctrinal para negar su carácter justiciable o exigible ante los tribunales de justicia⁹. De esta forma, entre los argumentos que se suelen esbozar para negar ese carácter a los derechos de segunda generación, Espino Tapia menciona los siguientes:

- La imposibilidad del carácter subjetivo de los derechos sociales. Lo anterior,

7 GROS ESPIELL. H., “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los Instrumentos Internacionales: posibilidades y limitaciones para lograr su vigencia”. *En estudios sobre Derechos Humanos*. Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 331.

8 ABRAMOVICH y COURTIS, 2004, pp. 24-25.

9 En este orden, Herreros López sostiene que: “*el carácter prestacional de la mayoría de los derechos sociales está en el origen de que, con algunas excepciones (básicamente aquellos derechos sociales no prestacionales), hayan carecido históricamente de la misma eficacia directa e inmediata de los derechos civiles y políticos. Es clásica la distinción entre derechos frente al Estado, caso de los derechos civiles y políticos y derechos de prestación del Estado, caso de la mayor parte de los derechos sociales. Bajo esta premisa se ha venido afirmando (con bastante simplicación y no mucho rigor) que mientras los derechos frente al Estado requieren fundamentalmente de una conducta abstencionista del mismo, los derechos prestacionales requieren de un servicio público, de manera que sin la creación de ese servicio no podría exigirse al Estado por vía judicial el cumplimiento del derecho en cuestión. Los derechos sociales se han concebido así como derechos indefinidos hasta que el legislador proceda a las decisiones necesarias, mientras que los derechos civiles y políticos determinarían obligaciones del Estado simples y definidas, ya que se pide sólo su abstención*”. Véase HERREROS LÓPEZ, M., “La Justiciabilidad de los Derechos Sociales”, *LEX SOCIAL, Revista de los Derechos Sociales*, Número 1, 2011, p. 78.

teniendo en cuenta que “no configuran los elementos para merecer la forma de protección judicialmente exigible que es propia de los derechos civiles y políticos”¹⁰. En este orden, “si los derechos sociales son derechos que persiguen fines de una colectividad, entonces son de ejercicio colectivo. Por lo tanto, no pueden ser derechos subjetivos, precisamente porque en la naturaleza de éstos últimos está la individualidad del sujeto”¹¹.

- La negativa a considerar los derechos sociales como derechos positivos: lo anterior parte de la idea de que: “los enunciados jurídicos de derecho relativos a una persona o grupo de personas son siempre reducibles a enunciados de deberes de otro u otros sujetos. Es decir, derechos y deberes son correlativos. Desde esta perspectiva, los derechos sociales han sido considerados como normas jurídicas indeterminadas y, por lo tanto, sin deberes definidos. La consecuencia obligada de este razonamiento sería que, sin deber correlativo, no existe derecho”¹².
- Los derechos sociales requieren de un fuerte presupuesto estatal para su ejecución: este argumento defiende que los derechos prestacionales, a diferencia de los individuales, “requieren para su realización de una fuerte inversión económica y que no se puede exigir al Estado la satisfacción de estos derechos si no dispone de los recursos para ello”¹³.
- El legislador goza de libre discrecionalidad en el desarrollo de los derechos sociales: lo anterior supone que el Juez al exigir el cumplimiento de estos derechos asume competencias que no le corresponden e invade funciones legislativas, como poder legitimado a través de las urnas para desplegar esas funciones¹⁴ y; finalmente,
- La inexistencia de garantías jurisdiccionales para la efectividad de los derechos sociales, es decir, no son justiciables los derechos sociales pues no existen garantías jurisdiccionales determinadas específicamente con ese fin¹⁵.

10 ESPINO TAPIA. D., “Derechos Sociales y Justiciabilidad en la Teoría Constitucional de Inicios del Siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 30, 2017, p. 84.

11 ESPINO TAPIA 2017, p. 84.

12 ESPINO TAPIA 2017, p. 88.

13 ESPINO TAPIA 2017, p. 92.

14 ESPINO TAPIA 2017, p. 96.

15 ESPINO TAPIA 2017, p. 102. Al respecto Enzo Solari y Christian Viera comentan la crítica desarrollada por el profesor Atria en cuanto a la asimilación de ambos tipos de derechos fundamentales, su estructura y su carácter exigible, del siguiente modo: “Dice Atria que el progresismo malentende a los derechos sociales cuando los pretende defender por la vía de volverlos justiciables, de asociarlos a los derechos subjetivos judicialmente exigibles. Derechos sociales y derechos subjetivos (como los civiles y políticos) son diferentes no solo por su contenido, sino también por su estructura o forma. Los derechos subjetivos son típicamente derechos subjetivos del “derecho liberal”, cuyo propósito es permitir la interacción de individuos autointeresados excluyendo solo ciertas conductas fraudulentas o amenazadoras”. Ver SO-

Al respecto, en este trabajo se ha asumido el carácter plenamente exigible y justiciable de los derechos económicos, sociales y culturales, dada su estructura y forma similar a la de los derechos civiles y políticos, en lo que atañe a su contenido mixto de acciones negativas o de abstención y de conductas positivas y prestacionales, al tal grado que ambos tipos de derechos gozan, al menos en el sistema de justicia constitucional costarricense, de eficacia plena. En este orden, como se verá más adelante, destaca, sin duda, el criterio sostenido, en la década de 1990, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que la existencia de recursos económicos o, su ausencia, no debe ser un obstáculo que impida el suministro oportuno de los medicamentos antirretrovirales o de última generación, a la población VIH positiva (véase, a modo de ejemplo, la sentencia de la Sala Constitucional No. 5934-97, de 23 de septiembre). Es innegable, entonces, el carácter exigible de estos derechos, frente a los argumentos que se han implementado en aras de negar o reducir su connotación coercitiva. En la misma línea se enfila la Jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tras el caso Campos del Lago versus Perú, lo que se expondrá *infra*.

Lo anterior es muy relevante si se tiene en cuenta el contexto donde se verifica el funcionamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, donde, como lo sostiene Joaquín Mejía: “*a pesar del avance en la reducción de la pobreza, en la disminución del desempleo y en la distribución del ingreso, América Latina y el Caribe continúa siendo la región de mayor desigualdad en el mundo, lo cual constituye una situación sin precedentes en tanto el triángulo de la democracia, la pobreza y la desigualdad sigue presentando un escenario en el que cohabitan las libertades públicas junto con las severas privaciones materiales de más de 200 personas de millones en Latinoamérica*”¹⁶, con lo cual resulta evidente y palmaria la necesidad sociológica de dotar de pleno contenido normativo y eficaz a los derechos económicos, sociales y culturales, y situarlos al mismo nivel de protección de los derechos individuales, civiles y políticos.

LARI E., y VIERA, C., “Justiciabilidad de los derechos sociales (a propósito de una argumentación de Fernando Atria”, *Estudios Constitucionales*, Año 13, Número 2, 2015, p. 15.

16 Sobre el particular, el mismo autor sostiene que: “*en otras palabras, la democracia en nuestro continente convive con niveles extensamente difundidos de pobreza y de desigualdad económica, generando el binomio democracia/pobreza con graves consecuencias para la gobernabilidad democrática, dado que la pobreza extrema, al constituir una violación generalizada de todos los derechos humanos (DDHH), desnaturaliza la democracia y hace ilusoria la participación ciudadana, el acceso a la justicia y el disfrute efectivo de tales derechos*”. Ver MEJÍA J., “Aspectos teóricos y normativos de la Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, Volumen 51, 2010, pp. 50-51.

Otra conclusión que se extrae de la anterior configuración, desde el punto de vista estrictamente normativo, es la imposibilidad de catalogar los derechos sociales, económicos y culturales como normas programáticas. En este sentido, la definición de ciertas normas constitucionales como programáticas ha traído una fuerte discusión en el ámbito doctrinal y en consecuencia se ha generado una serie de posiciones en cuanto a su obligatoriedad¹⁷. Los seguidores de la teoría de las cláusulas constitucionales como normas programáticas las han definido como aquellas disposiciones constitucionales que establecen principios generales, por medio de los cuales se indica a los órganos públicos y en especial a los encargados de la actividad legislativa futura, los lineamientos directrices o comportamientos que deberán seguir en relación con determinadas materias o áreas que se consideran de vital importancia para el desarrollo económico, social o político del Estado¹⁸. Quienes defienden la noción de las normas programáticas las definen como aquellas que requieren una actuación ulterior por parte del legislador, con lo cual, se equiparan a la definición de las normas incompletas. Sin embargo, tal como se verá, tales acepciones no se pueden asimilar, por la contradicción terminológica existente en el término “normas programáticas”.

La visión de las normas como programáticas proviene de la República de Weimar, sin embargo, ha sido superada en el mismo ámbito jurídico alemán. La mera idea de norma programática no sólo es contradictoria con la idea de Constitución normativa. En realidad, lo que existe es un problema terminológico por cuanto no puede decirse que una norma es “*programática*”, ya que la misma idea de la normatividad descarta la posibilidad de que las cláusulas constitucionales sean meros “programas” a desarrollar discrecionalmente por los poderes públicos¹⁹. De lo anterior se deduce que las cláusulas constitucionales o son normas o son programas, pero la utilización del término “*norma programática*” es a todas luces contradictorio e inoperante y, en el fondo, niega la noción de la Cons-

17 En esta línea Pérez Luño afirma: “*Constituye un mérito de la Integrationslehre, formulada por Rudolf Smend hace cincuenta años, el haber asignado a los derechos fundamentales un doble cometido: el concretar y garantizar las libertades existentes y el establecer el horizonte emancipatorio a alcanzar. Dentro de esta segunda función de los derechos fundamentales se encuadra el reconocimiento en nuestro texto constitucional del derecho a la calidad de vida a través de una adecuada protección del medio ambiente. Es obvio que tal derecho no puede concebirse más que como una aspiración o meta, cuyo logro exige importantes transformaciones culturales y socioeconómicas*”. PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Duodécima Edición, Madrid, 2018, p. 490.

18 BONILLA GOLDONI G., “*Las normas programáticas de la Constitución Política*” Seminario de Graduación para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José, 1987, p. 66.

19 Véase, sobre el tema, PATIÑO CRUZ S., y OROZCO SOLANO. V., *La inconstitucionalidad por omisión*. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2004, p. 65.

titución Política como norma dotada de coercitividad, situada en la cumbre del ordenamiento jurídico, dada las implicaciones del principio de supremacía de la Constitución²⁰.

Pues bien, una vez analizada la estructura de los derechos individuales, frente a los derechos prestacionales y su carácter exigible y normativo (habiéndose, por lo tanto, descartado una diferencia significativa, teniendo en cuenta que ambos tipos de derechos, al menos en el sistema de justicia constitucional costarricense, gozan de plena fuerza normativa y de carácter justiciable, a partir de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política), a continuación será desarrollada la manera en que se verifica la protección de los derechos que nos ocupan en esta oportunidad, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en el universal, como en los sistemas regionales europeo e interamericano.

III. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal de tutela de los derechos humanos.

En lo que atañe a la protección internacional y universal de los derechos humanos se debe tener en consideración, sin duda alguna, el desarrollo normativo que se produjo tras la segunda guerra mundial y la implementación, en 1945 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. De este modo, si bien la Carta de la ONU no es un catálogo o tratado específico sobre derechos humanos, sí contiene varias normas que precisan la necesidad o la obligación estatal de proteger estos derechos, además de que contempla los principales órgano de la ONU, a saber, la Asamblea General de las Naciones Unidas (compuesta por representantes de todos los estados miembros), el Consejo de Seguridad (que tiene por fin el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, con sus cinco miembros permanentes, sea, los Estados Unidos de América, Rusia, el Reino Unido, Francia y China), el Secretario General, el Tribunal Internacional de Justicia (con sus competencias contenciosas y consultivas, y tiene su sede en La Haya, Países Bajos), y el Comité Económico y Social, en cuyo seno se encomendó la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, emitida en 1948²¹.

20 PATIÑO CRUZ y OROZCO SOLANO 2004, p. 65-66.

21 Véase sobre el particular RUILOBA ALVARIÑO, J., El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, editado por Carlos Fernández de Casadevante Romani, Dilex, Madrid, 2013, pp. 115-168.

De esta forma, en 1966 se emiten el Pacto Internacional en materia de Derechos Civiles y Políticos, con su Comité de Derechos Humanos y sus técnicas de control, que se desprende del propio contenido del pacto y sus protocolos, a saber, los informes periódicos, las denuncias interestatales y las reclamaciones individuales²², así como, el Pacto Internacional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales fueron proclamados mediante la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas No. 2200 A (XXI) de 16 de diciembre 1966.

Diversas razones justificaron la emisión de dos pactos y no solamente uno en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, en primer lugar, los argumentos relativos a la diversa estructura de los derechos de primera y segunda generación, en aras de disminuir el carácter justiciable de los segundos, según se expuso supra, la polarización, la guerra fría y el conflicto entre países socialistas y capitalistas y, finalmente, el fenómeno de la colonización, que aún estaba presente o imperante en muchos países de Asia y África²³.

Ahora bien, en lo que atañe al Pacto Internacional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, éste entró en vigor el 3 de enero de 1976. Con el fin de mejorar el carácter justiciable y la eficacia normativa de estos derechos, en 1985 se crea el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el año 2008, con el mismo fin se emite el protocolo facultativo del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en concreto, el 10 de diciembre de 2008²⁴.

Este protocolo amplía las técnicas de control del Pacto Internacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales, para incluir las denuncias individuales, las reclamaciones interestatales y la investigación confidencial, con el fin de reforzar su carácter justiciable, además de la obligación estatal de rendir informes periódicos sobre las disposiciones del Pacto, lo que ya se incluía dentro de su contenido²⁵. De este modo, las denuncias interestatales se producen cuando

22 Al respecto se puede consultar: OROZCO SOLANO, V., *La interpretación conforme a la Constitución y el principio democrático. Análisis de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Español y la Sala Constitucional de Costa Rica, durante los años 2016-2018* CIIJUS-Derecho Global Editores, Ciudad de México y Lima 2021, pp. 95-100.

23 RUILOBA ALVARIÑO 2013, pp. 115-168.

24 RUILOBA ALVARIÑO, J. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, editado por Carlos Fernández de Casadevante Romani Madrid, Dilex, 2013, pp. 170-184.

25 RUILOBA ALVARIÑO 2013, pp. 170-184.

un Estado alega que otro Estado no cumple las disposiciones del Pacto, razón por la cual se inicia en el seno del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales un procedimiento de carácter conciliador entre ambos; las reclamaciones individuales se verifican cuando un particular, tras agotar todos los recursos internos, administrativos y jurisdiccionales, alega la violación de sus derechos por parte de un Estado, de tal forma que se desarrolla un procedimiento de carácter contradictorio en el que se emite un dictamen, que no tiene valor vinculante pero que aspira a ser exigible por parte del Estado; y la investigación confidencial, que se produce, en los términos del protocolo, cuando se desarrolla una investigación de esta índole a lo interno del Estado para acreditar, o no, la afectación o la violación de derechos económicos, sociales y culturales²⁶.

De esta forma, se puede corroborar como en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas y en lo que se puede denominar la tutela convencional y universal de los derechos, se ha reforzado el carácter justiciable y exigible de los derechos económicos, sociales y culturales, no solo con la implementación del Comité que tiene a su cometido la protección y observancia del Pacto específico en esta materia, sino también con su protocolo facultativo, el cual, refuerza y amplía, como vimos, las técnicas de control. En el caso costarricense, son emblemáticas las observaciones generales que emite el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, con ocasión de los informes periódicos que rinden los estados, los cuales, contienen una serie de estándares sobre los derechos que deberían ser observados y aplicados en el país, tanto por la justicia ordinaria, como por la Justicia Constitucional, en el marco de un diálogo entre cortes²⁷.

Este desarrollo tendente a reforzar el carácter normativo y eficaz de los DES-CA, también se ha producido, en forma paralela, en el ámbito de los sistemas re-

26 RUILOBA ALVARIÑO 2013, pp. 170-184.

27 A modo de ejemplo, se puede observar el Informe sobre el quinto período de sesiones del 26 de noviembre al 14 de diciembre de 1990, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que contiene las observaciones de ese Comité en relación con la República de Costa Rica y que emite estándares en materia de derecho al trabajo, derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, derechos sindicales, derecho a la seguridad social, protección de la familia, las madres y los niños, derecho a un nivel de vida adecuado, derecho a la salud física y mental, derecho a la educación, y el derecho a participar en la vida cultural, gozar de los beneficios del progreso científico y beneficiarse de la protección de los intereses de los autores. Al respecto, se puede apreciar la manera en que la mayoría de estos derechos no sólo han sido proclamados por el texto de la Constitución Política vigente de 1949 y sus reformas, sino también, desarrollados por la abundante y prolija Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sus 33 años de funcionamiento. A propósito del diálogo jurisprudencial el lector puede consultar: MIRANDA BONILLA, H., *Diálogo Judicial Interamericano, entre la constitucionalidad y convencionalidad*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2016.

gionales europeo e interamericano, como lo veremos a continuación. En este orden, la tendencia de ambos sistemas regionales de protección de derechos se circunscribe, sobre todo en el supuesto del interamericano, a potenciar su noción exigible, a partir de lo contemplado por el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso europeo se debe resaltar el supuesto de las autocalificadas “sentencias piloto”, lo que se hará de seguido.

IV. La salvaguardia de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema regional europeo y en el interamericano de protección de los derechos humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene su sede en Estrasburgo, Francia, es el órgano al cual se ha confiado la protección del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma, de 4 de noviembre de 1950, e integra el Consejo de Europa²⁸. En la actualidad, cada país miembro del Consejo de Europa tiene un juez representante en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dicho órgano, en principio, tiene 47 jueces, es uno permanente, y se caracteriza por el hecho que, desde el Protocolo No. 11, cada individuo puede plantear su queja directamente ante el Tribunal, sin necesidad de acudir previamente a una comisión, siempre que reúna los requisitos del artículo 35 del Convenio, entre ellos, que haya agotado los recursos internos.

Dicho tribunal aplica e interpreta el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, el cual tiene una primera parte (los primeros 20 artículos), en que se reconocen una serie de derechos²⁹ y, otra parte orgánica, que regula el funcionamiento del Tribunal. Además, dicho convenio ha sido ampliado y reformado por una serie de protocolos, dentro de los cuales, los más recientes son el protocolo No. 15, tendente a reconocer como un criterio interpretativo el conoci-

28 Sobre el tema se puede consultar: PERONA, R., *Los sistemas europeos de tutela de los derechos humanos*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2017, pp. 27-46.

29 Sobre las dimensiones del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, como instrumento de protección y tutela de los derechos en el ámbito europeo, así como, la jurisprudencia que ha dictado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación de ese convenio, es posible consultar: LASAGABASTER HERRARTE, I., *Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comentario sistemático*, Cívitas, Thomson Reuters, Segunda Edición, Navarra, 2009; así como, SARMIENTO, D., y otros, *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Estudio y Jurisprudencia*, Thomson, Cívitas, Navarra, 2007. También se puede revisar QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

do margen de apreciación³⁰ de los Estados y el protocolo No. 16, que consagra la posibilidad de las altas cortes que los Estados designen de plantear consultas al Tribunal, cuyas opiniones, sin embargo, no tiene valor vinculante³¹.

Ahora bien, en lo que respecta a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema regional europeo de derechos humanos son emblemáticas, sin duda alguna, las sentencias autocalificadas “piloto”. En este orden, en el mes de mayo de 2004, el Comité de Ministros adoptó una resolución por medio de la cual, invita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a identificar casos donde el origen de la violación de los derechos humanos responde a un problema estructural de los Estados³². La idea era, en ese momento, resolver una diversidad de casos contra un Estado mediante una única sentencia, en aquellos donde se detectara un fallo estructural o sistémico, en relación con la tutela de los derechos humanos.

La primera sentencia es la “Broniowski vs. Polonia, 2004”, en que se analiza la situación endémica del poder judicial de Polonia³³. En este orden, se examina la falta de indemnización a las personas que perdieron su derecho de propiedad sobre ciertos terrenos en 1944 tras la segunda guerra mundial. Al respecto, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, compuesta por 17 miembros, decide suspender el trámite de gran cantidad de casos por el mismo motivo, mientras el Estado Polaco dicta las medidas generales necesarias para resolver esa situación³⁴.

30 Sobre los alcances del margen de apreciación, como criterio de interpretación de los derechos del Convenio Europeo, bien se puede revisar: GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Soberanía e Integración*, Thomson Reuters, Cívitas, Navarra, 2010), así como, IGLESIAS VILA, M. “Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del Trabajo?” *Revista de la Facultad de Derecho, PUCP*, No. 79, 2017.

31 Sobre lo anterior se puede consultar: OROZCO SOLANO 2021, pp. 101-102.

32 CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, p. 116. Sobre el funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se puede consultar, además, LÓPEZ GUERRA, L. otros, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos una visión desde dentro, en homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

33 CASADEVALL 2012, pp. 115-117. Sobre el particular, también se puede consultar: LÓPEZ GUERRA, L., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, según la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

34 CASADEVALL 2012, pp. 115-117. Así, en la parte dispositiva de esta sentencia se establece lo siguiente: “*Que la violación constatada resulta de un problema estructural inherente a la disfunción de la legislación y de las prácticas internas causado por la falta de un mecanismo efectivo que permita la puesta en marcha del modelo (droit à être crédité) de los demandantes afectados por bienes abandonados*”

Otra sentencia piloto o estructural emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se produjo en el caso Hutten-Czapska también contra Polonia, sobre la insuficiencia del monto del alquiler de viviendas para pagar su mantenimiento, así como los tributos que se desprenden de la propiedad de esos terrenos³⁵. Además, es relevante, sin duda alguna, la sentencia emitida en el caso Xenides Arestis, contra Turquía, sobre las quejas de los ciudadanos greco chipriotas quienes fueron privados de la propiedad de sus inmuebles situadas al norte de la Isla de Chipre. Al respecto, el Tribunal (también bajo la composición de una Sala, de 7 miembros): “constata que tiene pendientes de examen unas 1400 demandas que plantean el mismo o similar problema, considera que el Estado demandado debe poner a disposición de los afectados un remedio efectivo que permita hacer cesar y reparar las violaciones identificadas; y por tanto reserva y aplica la cuestión de la aplicación del artículo 41 (compensación por daños materiales y morales), declara una violación en carácter continuado de los artículos 8 del Convenio y 1 del Protocolo núm. 1”³⁶.

Finalmente, en el caso Eweida y otros contra el Reino Unido, sobre el uso de simbología religiosa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelve de manera conjunta cuatro casos sobre objeción de conciencia y libertad religiosa. El primero estaba relacionado con el uso del crucifijo en el pecho por parte de una azafata de la aerolínea “British”, en cuyo caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara la violación del artículo 9 del Convenio. Es distinta la consideración del Tribunal en el caso de una enfermera, en cuyo supuesto se estimó que las autoridades estatales estaban mejor situadas para apreciar o no la vulneración de la libertad religiosa de esta persona. Los dos últimos casos están relacionados con la objeción de conciencia, el primero, un registrador de matrimonios y, el segundo, un terapeuta de parejas, quienes se niegan a prestar sus servicios en relación con parejas con orientación sexual diversa, en cuyos supuestos, el Tribunal

más allá del Boug. 4. Que el Estado demandado debe garantizar, mediante las medidas legales y administrativas apropiadas, la puesta en práctica del derecho patrimonial en cuestión para los demás demandantes afectados por bienes abandonados más allá del Boug o, en su caso, otorgarles el resarcimiento equivalente, de conformidad con los principios de protección de los derechos patrimoniales, enunciados en el artículo 1 del Protocolo núm. 1”.

35 CASADEVALL 2012, pp. 115-117.

36 CASADEVALL 2012, pp. 115-117. En esta sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dispuso lo siguiente: “El Estado demandado ha de aplicar un remedio que asegure la protección efectiva de los derechos que garantiza el Convenio en sus artículos 8 y 1 del Protocolo núm. 1 en relación con la presente demanda y también respecto a todas las demandas similares que se encuentran pendientes ante el Tribunal. El remedio ha de estar disponible dentro de los tres meses subsiguientes a la fecha de notificación de esta sentencia y la reparación debe tener lugar durante los tres meses que seguirán”.

Europeo no apreció la violación de derechos humanos e indicó que los reclamantes no podían negar sus servicios en lo que atañe a estas uniones.

Ahora bien, en el ámbito del sistema interamericano, es relevante, sin duda alguna, la discusión acerca del carácter justiciable de los derechos económicos sociales y culturales, a partir de lo contemplado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce, en principio, los DESCAs desde una perspectiva progresiva. En este orden, en forma reciente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha señalado que debe otorgarse eficacia directa a los derechos prestacionales, más allá de lo previsto en el Protocolo de San Salvador, que solo otorga esa connotación a la libertad sindical y al derecho a la educación.

De este modo, en la segunda década del siglo XXI sobresalen algunos votos particulares tendentes a negar el carácter justiciable de artículo del 26 Convenio. En este orden, por ejemplo, son relevantes los aportes del juez colombiano, Humberto Sierra Porto y del juez chileno Vio Grossi (q. p. d.), mientras que otros defienden su pleno valor normativo, como son, por ejemplo, el juez mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y el juez costarricense Manuel Enrique Ventura Robles³⁷. De esta forma, la sentencia emblemática en esta materia se dictó en el caso Lagos del Campo vs. Perú, en 2017, que trata sobre el despido arbitrario e injustificado de Lagos del Campo de una empresa por expresar una serie de declaraciones para una revista. La entrevista era realizada cuando era Presidente Electo de la Asamblea General del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la Empresa, donde había laborado como obrero por más de 13 años. En dicha entrevista denunció que el Directorio de la Empresa presuntamente había empleado el “chantaje y la coerción” para llevar a cabo fraudulentas elecciones al margen del Comité Electoral. Las anteriores elecciones fueron posteriormente anuladas³⁸. Al respecto, Óscar Parra advierte que: “*la empresa formuló cargos en contra de la víctima por falta grave de palabra en agravio del empleador. Posteriormente, comunicó la decisión de despido, alegando que no se había logrado desvirtuar los cargos. La víctima demandó ante la jurisdicción laboral, pero le fueron denegados sus reclamos y se vio im-*

37 PARRA VERA, O., “La Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo”, editado por FERRER MAC-GREGOR y E., otros, *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la Jurisprudencia Interamericana, el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pp. 181-234.

38 PARRA VERA 2018, pp. 222-223.

posibilitada para acceder a los beneficios de seguridad social que dependen de su empleo”³⁹.

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve, por cinco votos a favor y dos en contra, que: “5. *El Estado es responsable por la violación al derecho a la estabilidad laboral, reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo, en los términos de los párrafos 133 a 154 y 166 de la presente Sentencia*” y, también, que: “*El Estado es responsable por la violación al derecho a la libertad de asociación, reconocido en los artículos 16 y 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13 y 8 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo, en los términos de los párrafos 155 a 163 de la presente Sentencia*”. Lo anterior, con el voto disidente de los jueces Humberto Antonio Sierra Porto y Eduardo Vio Grossi.

De este modo, en sentencias posteriores la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reforzado el carácter justiciable de los DESCAs, a partir de lo contemplado por el artículo 26 del Pacto de San José. En este orden, son relevantes los casos: *Trabajadores Cesados de Petro Perú y otros vs. Perú*, de 2017; *San Miguel y otras vs. Venezuela*, de 2018; *Cuscul, Piraval vs. Guatemala*, de 2018; *Muelle Flores vs. Perú*, de 2019; *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), vs. Argentina*, de 2020; *Spoltore vs. Argentina*, de 2020; *Nina vs. Perú*, de 2020; *Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*, de 2021; *Buzos Misquitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras* de 2021⁴⁰.

En estos casos, se ha potenciado y reforzado, como se dijo, el carácter justiciable y la plena normatividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, aunque sigue siendo superior, sin duda alguna, el alcance y la protección de estos derechos en el ámbito del derecho interno costarricense, como se verá a continuación.

39 PARRA VERA 2018, p. 223

40 MEJÍA J., “*La evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de DESCAs*”, trabajo presentado en el marco del curso Justicia Constitucional Comparada de la Maestría Profesional en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San José, Costa Rica, 13 de octubre de 2022.

V. Los criterios desarrollados por la Sala Constitucional de Costa Rica acerca de los derechos económicos, sociales y culturales.

En el ámbito del sistema de justicia constitucional costarricense, como se ha adelantado, tradicionalmente se ha sostenido, desde la década de los noventas, el más alto estándar en materia de protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. De esta forma, a parte de la reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional que garantiza, proclama y defiende el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado⁴¹, según el derecho proclamado en el artículo 50 del Texto Fundamental, son emblemáticas las sentencias emitidas por la Sala Constitucional sobre la protección del derecho a la salud y el suministro de medicamentos antirretrovirales para la población VIH positiva (véase, en este orden de consideraciones, la sentencia No. 1997-5934 de 23 de septiembre, entre muchas otras), donde se ha sostenido que la inexistencia o la carencia de recursos económicos no se puede utilizar como pretexto o instrumento para negarle al particular el pleno goce de sus derechos fundamentales, en particular, el derecho a la seguridad social y a la salud, derivados del derecho proclamado en el artículo 21 de la Constitución Política, que consagra el derecho a la vida.

De manera reciente, sin embargo, en la sentencia No. 2022-13101 de 8 de junio, sobre la aplicación de la regla fiscal a las municipalidades, se puede encontrar el voto particular de los Magistrados propietarios de la Sala Constitucional: Castillo Víquez, Salazar Alvarado y Araya García, el cual pretende sujetar al cumplimiento del principio del equilibrio presupuestario, los alcances del Estado Social y Democrático de Derecho, lo que podría implicar a futuro una regresión en el alcance jurisprudencial de estos derechos, lo que puede generar cierta preocupación.

En todo caso, según la información suministrada por el Centro de Jurisprudencia de la Sala Constitucional, en sus 33 años de funcionamiento, es posible identificar el dictado de algunas sentencias estructurales, cuando se detecta un fallo sistémico en la protección y tutela de estos derechos. De esta forma, en el año 2021, según la documentación remitida, es posible mencionar los siguientes pronunciamientos:

1. La sentencia No. 2021-24197, de 29 de octubre de 2021, en la cual la recurrente reclama la violación a sus derechos fundamentales, pues acusa que

41 Véase, al respecto, PEÑA CHACÓN, M., *Derecho Ambiental del Siglo XXI*, Isolma, Universidad de Costa Rica, San José, 2019.

los vecinos de Pavas, específicamente del Asentamiento Finca San Juan, bloque G2, casa 8, alameda 21, no cuentan con agua potable. En este caso se ordenó a las autoridades recurridas tomar las medidas necesarias para facilitar a esta población el pleno goce del preciado líquido. Lo anterior, al acreditarse una falta de coordinación de diversas entidades;

2. La sentencia No. 2021-22207, de 4 de octubre de 2021, en la cual, el recurrente considera lesionados los derechos fundamentales de los amparados, puesto que se encuentran privados de libertad en las celdas del Organismo de Investigación Judicial y, a la fecha de interposición de este recurso, no han sido trasladados a algún centro penitenciario, pese a lo ordenado por el Órgano Jurisdiccional competente. De esta forma, al acreditarse que estas personas se encontraban bajo condiciones de hacinamiento y, por ende, atribuyéndoles un trato contrario a su dignidad personal, se ordenó el traslado inmediato de estas personas bajo la custodia del Ministerio de Justicia.
3. La sentencia No. 2021-020047, de 3 de septiembre, en la que el recurrente reclamó la violación de su derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado contemplado en el art. 50 de la Constitución Política. Acusó que existe una grave problemática por contaminación con mercurio en la zona norte del país, específicamente, donde anteriormente se quiso abrir el proyecto minero de explotación industrial de la empresa Industrias Infinito, conocido como el “*Proyecto Crucitas*”. No obstante, a pesar de haber presentado la denuncia respectiva, las autoridades no habían realizado ninguna actuación, por lo que se mantenían los problemas ambientales en esa zona. Específicamente, cuestionó que la falta de intervención oportuna había provocado problemas de deforestación de bosques debido a la tala ilegal, contaminación de suelos, contaminación con mercurio de fuentes de agua superficiales, mantos acuíferos y hasta una eventual contaminación transfronteriza. Señaló que pese a la denuncia interpuesta el 19 de diciembre de 2018, las autoridades recurridas no habían adoptado las medidas de mitigación correspondientes. El recurrente reclamó que en el trámite de su denuncia debió integrarse al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto por la eventual contaminación del río San Juan, que ha sido declarado: como un sitio Ramsar. Lo anterior implica también que el Gobierno de Costa Rica debió realizar un comunicado por la eventual contaminación transfronteriza. Finalmente, el accionante cuestionó que las autoridades recurridas debían adoptar un plan de ordenamiento territorial. En este caso, también se declaró con lugar el recurso y se ordenó el dictado y la ejecución de las medidas pertinentes para atender esa problemática de contaminación ambiental.

VI. Conclusiones.

En estas líneas se ha pretendido acreditar y poner de manifiesto el carácter normativo, exigible, eficaz y justiciable de los derechos económicos sociales y culturales, desde una aproximación multinivel o multidimensional, lo que supone, sin duda alguna, el análisis de los criterios sostenidos, sobre estos derechos prestacionales, en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, en los sistemas regionales europeo e interamericanos de protección de los derechos humanos, así como, en el contexto del derecho interno o en el sistema de justicia constitucional costarricense.

En todos los casos se ha puesto de manifiesto el carácter o la tutela expansiva de estos derechos, llamados de segunda generación, cuya estructura es, en realidad, similar a la de los derechos individuales, motivo por el cual, comparte, desde esta perspectiva, la misma vinculación o fuerza normativa. Lo anterior sin duda es relevante en el ámbito latinoamericano, que presenta una desigualdad estructural y material, en cuanto al goce de estos derechos, que pone en entredicho el régimen democrático y las libertades de los países que lo integran. En este orden, bien puede sostenerse que con hambre no hay libertad. De esta manera, sobresalen los aportes del filósofo argentino Ernesto Garzón Valdés, quien, al exponer su famoso concepto del coto vedado, incluye no solo como puente conceptual o, de vinculación entre las nociones de la dignidad (inherente a todo ser humano viviente) y la democracia, a los derechos individuales, sino también a los DESCAs, en el marco de un Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho. Es una responsabilidad de todo operador del derecho velar por el carácter expansivo de estas libertades y prerrogativas, alejándose de su configuración como meros programas sujetos al desarrollo socioeconómico de cada país.

Es claro que, en la ejecución de los estándares universales y regionales sobre el carácter exigible de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, se produce una especie de diálogo con los respectivos sistemas de justicia constitucionales y a lo interno de cada Estado, teniendo en cuenta la jurisprudencia de las Cortes Supremas, Salas y Tribunales Constitucionales europeos y latinoamericanos. En este orden, como se ha comentado, el estándar en cuanto al carácter justiciable de los DESCAs en el sistema de justicia constitucional costarricense es muy superior al universal e interamericano, como lo ponen de manifiesto las sentencias estructurales que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, ha emitido en los últimos años. También son emblemáticas, en este orden de consideraciones, los estados de cosas inconstitucionales que ha implementado la Corte Constitucional Colombiana en su ámbito de compe-

tencias. Mucho queda pendiente en este contexto. Esperamos que esta contribución ayude en la consolidación y ejecución de estos derechos.

Por lo pronto, se considera positivo las sentencias piloto que emite el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como los criterios que ha implementado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esperamos que la nueva integración de la Corte IDH consolide esta tesis jurisprudencial, iniciada, como se sabe, en forma pionera, por los jueces Eduardo Ferrer y Manuel Ventura, por mencionar algunos ejemplos.

VII. Bibliografía.

Abramovich, Víctor y Courtis. Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Editorial Trotta, Segunda Edición, 2004.

Bonilla Goldoni, Giovanni “*Las normas programáticas de la Constitución Política*”, Seminario de Graduación para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1987.

Casadevall, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2012.

Espino Tapia, Dania Rocío, “*Derechos Sociales y Justiciabilidad en la Teoría Constitucional de Inicios del Siglo XXI*”, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 30, 2017.

García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Soberanía e Integración*, Navarra: Thomson Reuters, Cívitas, Navarra, 2010.

Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Caracas: T.I, Editorial Jurídica Venezolana, 1985.

Gros Espiell, Héctor, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los Instrumentos Internacionales: posibilidades y limitaciones para lograr su vigencia*. En estudios sobre Derechos Humanos, Madrid: Editorial Civitas, 1998.

Herreros López, Juan Manuel, “*La Justiciabilidad de los Derechos Sociales*”, LEX SOCIAL, Revista de los Derechos Sociales, Número 1, 2011.

Iglesias Vila, María, “*Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del Trabajo?*” Revista de la Facultad de Derecho, PUCP, No. 79, 2017.

Lanford, Malcom, “*Justiciabilidad en el Ámbito Nacional y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: un análisis socio-jurídico*”. Revista Internacional de los Derechos Humanos, SUR, Volumen 6, número 11, 2009.

Lasagabaster Herrarte, Ignacio, *Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comentario sistemático*, Navarra: Cívitas, Thomson Reuters, Segunda Edición, 2009.

López Guerra, Luis y otros, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos una visión desde dentro, en homenaje al Juez Josep Casadevall*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

López Guerra, Luis, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, según la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

Mejía R., Joaquín, “*Aspectos teóricos y normativos de la Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*”, Revista IIDH, Volumen 51, 2010.

Mejía R., Joaquín, “*La evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de DESCAs*”, trabajo presentado en el marco del curso Justicia Constitucional Comparada de la Maestría Profesional en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San José, Costa Rica, 13 de octubre de 2022.

Miranda Bonilla, Haideer, *Dialogo Judicial Interamericano, entre la constitucionalidad y convencionalidad*, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2016.

Orozco Solano, Víctor Eduardo, *La interpretación conforme a la Constitución y el principio democrático. Análisis de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Español y la Sala Constitucional de Costa Rica, durante los años 2016-2018*, Ciudad de México, Lima: CIIJUS-Derecho Global Editores, 2021.

Parra Vera, Óscar, “*La Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención*”

Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo”, en *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la Jurisprudencia Interamericana, el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, editado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y otros, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Patiño Cruz; Silvia, y Orozco Solano, Víctor. *La inconstitucionalidad por omisión*, San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

Peña Chacón, Mario, *Derecho Ambiental del Siglo XXI*, San José: Isolma, Universidad de Costa Rica, 2019.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, Duodécima Edición, 2018.

Perona, Riccardo, *Los sistemas europeos de tutela de los derechos humanos* Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017.

Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Ruiloba Alvariño, Julia, “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, editado por Carlos Fernández de Casadevante Romani, Madrid: Dilex, 2013.

Ruiloba Alvariño, Julia, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, editado por Carlos Fernández de Casadevante Romani, Madrid: Dilex, 2013.

Sarmiento, Daniel y otros, *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Estudio y Jurisprudencia*, Navarra: Thomson, Cívitas, 2007.

Solari, Enzo y Viera, Christian, “Justiciabilidad de los derechos sociales (a propósito de una argumentación de Fernando Atria)”, *Estudios Constitucionales*, Año 13, Número 2, 2015.

Tusseau, Guillaume, *Contentieux Constitutionnel Comparé, Une Introduction Critique au Droit Processuel Constitutionnel*, París: Lextenso, 2021.

LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEY EN ESPAÑA. UNA APROXIMACIÓN PANORÁMICA Y JURISPRUDENCIAL.

THE PRESUMPTION OF CONSTITUTIONALITY IN THE JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION IN SPAIN. A PANORAMIC AND JURISPRUDENTIAL APPROACH.

Dr. José Miguel Cabrales Lucio¹

Universidad Autónoma de Tamaulipas

jmcabrales@docentes.uat.edu.mx

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9516-6633?lang=es>

Cómo citar / Citation.

CABRALES LUCIO, J. La presunción de constitucionalidad en el control jurisdiccional de la ley en España. Una aproximación panorámica y jurisprudencial. *El Anuario Parlamento y Constitución*, N° 24. 2023

Recibido: 01-06-2023

Aceptado: 31-07-2023

Resumen: El debate entre Democracia representativa y control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley es mundial. Sin embargo, el nivel de intensidad y atención al mismo es variable según muchos elementos. Entre estos, estaría la concepción y naturaleza del control constitucional de las leyes, e incluso la tradición académica e histórica del Derecho Constitucional en su conjunto. Por ejemplo en países como España con una fuerte y arraigada doctrina sobre el control constitucional de la ley en el marco de una Democracia representativa fuerte, es racional pensar en un nivel de control moderado y condicionado por principios esenciales como la presunción de constitucionalidad. Cabe destacar que este principio, es tan esencial, que ni siquiera supone un interés tan amplio por su estudio ni difusión, considerando algo tan elemental como obvio en el mecanismo de control jurisdiccional de la ley. Por esta razón, es precisamente necesario abordar y revisar su utilización, su consideración y por supuesto, sus alcances. A la primera parte de esta necesidad, respondería esta investigación.

¹ Doctor Internacional Cum Laude en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas por la Universidad Castilla La Mancha, Toledo, España. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Profesor Investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Tampico) de la Universidad Autónoma de Tamaulipas, México. jmcabrales@docentes.uat.edu.mx.

Palabras clave: 1. Presunción de constitucionalidad, 2. Tribunal Constitucional, 3. Control de la ley, 4. España.

Abstract: The debate between representative democracy and constitutional judicial control over the constitutionality of laws is worldwide. However, the level of intensity and attention to it varies according to many elements. Among these would be the conception and nature of the judicial review of legislation, and even the academic and historical tradition of Constitutional Law as a whole. For example, in countries such as Spain, with a strong and deep-rooted doctrine on the constitutional judicial control over the constitutionality of laws within the framework of a strong representative democracy, it is rational to think of a moderate level of control, conditioned by essential principles such as the presumption of constitutionality. It should be noted that this principle is so essential that it does not even imply such a wide interest in its study and dissemination, considering something as elementary as obvious in the mechanism of constitutional judicial control over the constitutionality of laws. For this reason, it is precisely necessary to address and review its use, its consideration and, of course, its scope. This research would respond to the first part of this need.

Keyword: 1. Presumption of constitutionality, 2. Constitutional Court, 3. control of the Law, 4. Spain.

SUMARIO

I. Introducción.

II. La incorporación de la presunción de constitucionalidad de la ley en el elenco de métodos de interpretación constitucional en España.

III. El desarrollo teórico y jurisprudencial de la presunción de constitucionalidad de la ley en el Tribunal Constitucional.

IV. Presunción de constitucionalidad y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. ¿Una presunción diferenciada?

V. Presunción de constitucionalidad y la regla de no suspensión de leyes en el control constitucional.

VI. Consideraciones finales.

I. Introducción.

La presunción de constitucionalidad de la Ley en el seno del control constitucional de la ley no ha recibido una atención monográfica en el ordenamiento jurídico español, salvo algunos esfuerzos concretos que a nuestro modo de ver pueden ser completados y profundizados. Algunos de ellos centrados en otras áreas y tocando coyunturalmente la presunción de constitucionalidad de la Ley. Algunos otros estudios bastante analíticos y críticos, que, sin embargo, entrelazan la interpretación conforme con las sentencias interpretativas enmarcándolo en un campo más amplio que evita por ello, el análisis minucioso de, por ejemplo, sus fundamentos y efectos, así como sus proyecciones en la jurisdicción ordinaria y su implicación en las relaciones entre juez constitucional, juez ordinario y sobre todo con el Parlamento. Esta falta de estudios monográficos sobre la interpretación conforme en España probablemente haya motivado incluso a la doctrina extranjera a realizar algunos estudios en esta dirección².

El objetivo es exponer el desarrollo que ha tenido la presunción de constitucionalidad de la ley en la experiencia jurisprudencial en el marco del ordenamiento jurídico español, así como su alcance, límites y consecuencias. No obstante, para delimitar aún más el núcleo de nuestro objetivo se hará especial alusión al desarrollo de este principio en y por el Tribunal Constitucional (TC), en el diseño del control constitucional a partir de la Constitución de 1978. Este principio tiene dentro de sus causas un principio de mayor alcance, como lo es el principio democrático en el que predomina la voluntad del legislador que es elegido popularmente y conforme a los procesos más ampliamente difundidos para los Gobiernos y países en Democracias consolidadas. Así, la presunción de constitucionalidad opera en el control jurisdiccional de la legislación en la mayoría de las democracias constitucionales del mundo y cuyas bases teóricas y justificaciones son trasladables en buena medida al sistema español de justicia constitucional.

II. La incorporación de la presunción de constitucionalidad de la ley en el elenco de métodos de interpretación constitucional en España.

La Constitución española de 1978 (CE) no ofrece una única respuesta correcta, sino que como se afirmaba en una de las primeras sentencias del TC, aquella

² RODIO, Raffaele. *L'interpretazione costituzionalmente adeguata nel sistema spagnolo*. Bari: Cacucci, 2004, 175 p. Destaca también ROLLA, Giancarlo. «L'interpretazione adeguatrice tra tribunale costituzionale e giudici comuni in Spagna». En *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 2, año LV, 2010, pp. 1865-1894.

«es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas»³. Por lo tanto, los estudios que hacen referencia a los fundamentos de la presunción de constitucionalidad en general y en concreto en el ordenamiento español adoptan diversas formas de abordar la temática⁴. No obstante, con el objetivo de ser más claros, y contextualizar algunas pautas que merecen ser destacadas podríamos dividir los fundamentos en aquellos de naturaleza teórica constitucional y los de naturaleza práctica-funcional, todos ellos a partir de la Constitución de 1978.

La presunción de constitucionalidad de la ley ha sido reconocida expresamente por el TC en innumerables asuntos⁵. Por ejemplo en la STC 55/1996 de 28 de marzo se establece «[...] el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática»⁶. A esta idea responde el principio de configuración del legislador. Esto es un margen amplio concedido al legislador para que tenga la libertad de configurar el desarrollo de la Constitución y elaborar las leyes dentro de este marco en expresión del principio democrático que hace presumir la validez y constitucionalidad⁷. Margen que ineludiblemente se refleja en una deferencia debida al legislador y a su obra a la hora de controlarla constitucionalmente.

3 STC 11/1981 de 8 de abril, FJ 7.

4 Por ejemplo, DÍAZ ROCA, Rafael. «El principio de interpretación conforme a la Constitución y sus repercusiones en la orgánica constitucional». En *Revista de derecho procesal*, núm. 2, 1996, pp. 293-316.

5 Entre los que se encuentran: SSTC 43/1996, de 14 de marzo; 238/2007, de 21 de noviembre; 248/2007, de 13 de diciembre o la 31/2010, de 28 de junio, entre otras.

6 Doctrina que ya se había establecido también en otras sentencias como la 5/1981 de 13 de febrero sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica reguladora del Estatuto de Centros Escolares, posteriormente en la 115/1997 de 7 de julio, sobre la constitucionalidad de ciertos preceptos de la Ley de Extranjería y 161/1997 de 2 de octubre, sobre la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia. Otros ejemplos donde se ha analizado y reiterado la presunción de constitucionalidad de la ley, serían SSTC 43/1996, de 14 de marzo, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 2; 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 1; 87/2017, de 4 de julio, FJ 2, y 98/2018, de 19 de septiembre, FJ 2. Dentro de las últimas encontramos las SSTC 142/2018, de 20 de diciembre, FJ 2, y STC 83/2020, FJ 9 y 108/2021, de 13 de mayo.

7 La doctrina es abundante en estas afirmaciones, también en el contexto español. Entre ellas: MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Constitución*. Madrid: Iustel publicaciones, 2004, pp. 197 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma...ob. cit.*

Desde una perspectiva más filosófica hay quienes defienden la necesidad de una deferencia judicial al legislador partiendo de la base de una presunción de constitucionalidad de la ley fuerte⁸. Esta deferencia hacia el legislador ha sido una tendencia en el control constitucional llevado a cabo por el TC. Un margen que parece ampliarse considerablemente en el caso de leyes penales, al menos así lo manifiesta la tendencia jurisprudencial del TC que según algún autor, podría situarse en un grado de considerable deferencia hacia el legislador⁹. En esta tendencia de especial deferencia a las leyes penales podrían situarse también las relativas a la violencia de género¹⁰. Algunos de estos casos serán de extrema relevancia sobre la racionalidad del legislador penal en donde se podría abordar propositivamente la idea de modificar el nivel de control de las leyes penales por afectar derechos fundamentales de manera intensa.

La presunción de constitucionalidad de la ley en el sistema español de justicia constitucional ha sido concebida como una teoría de la interpretación generalmente admitida sin recelos¹¹. Con este pensamiento y siguiendo a ROBERT ALEXY, el profesor REVENGA afirma que tanto la deferencia hacia el legislador como la presunción de constitucionalidad de la ley considerados como «criterios guía de la actuación judicial», cumplen una función pacificadora entre el Estado Legislativo y el Estado constitucional¹². También aceptando esta tendencia general, aunque con respecto a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA) ya se han pronunciado grandes maestros, la cual podría ser considerada como la mejor teoría de interpretación para conciliar muchos conflictos entre valores fundamentales involucrados en el control de constitucionalidad de ley¹³. Al igual que en países donde la presunción de constitucionalidad de la

8 En concreto DE LORA, Pablo «Justicia constitucional y deferencia al legislador». En LAPORTA, Francisco (ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 263.

9 PRIETO SANCHÍS, Luis. «Prólogo» En LAMARCA PÉREZ, Carmen. *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*. Madrid: Colex, 2011, p. 14., quien cita las SSTC 55/1996, de 28 de marzo y la 60/2010, de 7 de octubre.

10 SSTC 59/2008, de 14 de mayo; 76/2008, de 3 de julio, que resuelve una gran cantidad de cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas; así como la 45/2009, de 29 de febrero que da un salto en la tipificación de delitos en función del género; seguidas por otras como la 127/2009, de 26 de mayo).

11 Por ejemplo, véase FERRERES COMELLA, Víctor. *Constitutional courts and democratic values... ob. cit.*, p. 84.

12 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. «La ideología constitucional de los votos particulares al Auto del Tribunal Constitucional sobre la solicitud de suspensión de la LO 2/2010». En *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 8, 2010, p. 148.

13 Sobre el concepto, significado, naturaleza y su estrecha relación con la creación de los derechos fundamentales puede verse DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitu-*

ley era una alternativa inmejorable a las críticas al control de la ley, en España puede decirse que cumplió un cometido similar y disminuye tales críticas sobre todo por la muy debatida legitimidad del órgano de control constitucional¹⁴. Debe decirse no obstante que esta presunción no era la única vía por la cual se buscaba la legitimidad de la justicia constitucional, otras formas, por ejemplo, eran la ingeniería de conformación de los tribunales constitucionales.

La constante búsqueda de lazos entre los jueces constitucionales y la voluntad del pueblo era algo que caracterizaba a todos los tribunales en Europa. Como afirma el profesor López Guerra no era posible hacer descansar la legitimidad para anular leyes en un órgano simplemente atribuyéndole mayor «capacidad técnica», «imparcialidad» o rigor técnico-jurídico¹⁵. Consultado 10 de enero de 2011. Sin embargo, esta opción que no destacaremos aquí, sí que puede al menos indicar una menor carga de virtualidad o utilidad a la presunción de constitucionalidad de la ley como contra-argumento a las críticas al control constitucional de la ley.

El debate entre el positivismo y el *neoconstitucionalismo* propiciaba que, ante esta confrontación¹⁶, se ofreciera la preferencia por la voluntad del legislador expresada en la ley. En este caso la presunción de constitucionalidad desencadenaría una teoría que como se ha afirmado:

«[...] enlaza una concepción lingüística de la Constitución con la defensa de los derechos fundamentales como principios aplicables mediante una visión de la ponderación que privilegie el principio *in dubio pro legislatore*, y por consiguiente la deferencia y el respeto a los márgenes de acción del legislador»¹⁷.

cional. Chihuahua, México: Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, 2009, 430 p.

14 Afirmaba el profesor REVENGA por ejemplo y con ello estamos de acuerdo plenamente, que es preferible ponderar las ventajas de la jurisdicción constitucional, (lo que implica necesaria y fundamentalmente el control constitucional de la ley), respecto al desarrollo de la democracia deliberativa (REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. «La ideología constitucional de los votos particulares al Auto del Tribunal Constitucional sobre la solicitud de suspensión de la LO 2/2010». En *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 8, 2010, p. 147.

15 LÓPEZ GUERRA, Luis María. «Democracia y Tribunales Constitucionales». En Foro Constitucional Iberoamericano. Revista electrónica del Instituto del Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, núm. 1/2003. Disponible en línea: <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/a1LLG.pdf>

16 La contraposición entre estas dos grandes doctrinas puede verse de manera muy extensa en GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, 444 p. En este trabajo que se basa en las teorías y argumentos de Alexy y Dworkin, se muestra la superposición del neoconstitucionalismo de principios sobre el legalismo característico del positivismo jurídico.

17 BERNAL PULIDO, Carlos. «Refutación y defensa del neoconstitucionalismo». En CARBONELL,

Ahora bien, previo a considerar la presunción de constitucionalidad de las leyes posteriores a la CE de 1978, debemos hacer alusión a las leyes preconstitucionales ya que estas al formar parte del ordenamiento jurídico y ser, por tanto, objeto de control sobre esta presunción preceden en el tiempo, provocando algunas interrogantes¹⁸. Por ejemplo, ¿valdría presumir de la misma manera la constitucionalidad de leyes anteriores a la CE de 1978, cuando no existía una democracia? ¿Habría que considerar acaso una apariencia de constitucionalidad o mejor dicho de inconstitucionalidad de esas leyes preconstitucionales?¹⁹ Ante estas cuestiones, no parece lógico asignar una presunción de constitucionalidad de las leyes cuando no se disponía de un sistema democrático en España en la etapa previa a la Constitución. Ideas semejantes se pueden extraer de las consideraciones que hace LÓPEZ BOFILL reconociendo que no es posible asignar las mismas garantías a la legislación preconstitucional con respecto a la postconstitucional.²⁰ Las ideas del autor se circunscriben a la reparación de la igualdad en donde afirma que el TC parece realizar un juicio más estricto cuando se encuentra con leyes pre constitucionales relativas a posibles discriminaciones²¹. Así, aunque estemos hablando aquí de un específico sector como es la igualdad, los razonamientos podrían tener un alcance más general sobre la concepción de la presunción de constitucionalidad de las leyes preconstitucionales. Algún ejemplo de ello puede ser la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la Navegación Aérea, que siendo preconstitucional considera delito de sedición el abandono de funciones en los aeropuertos españoles²². Esta ley por el hecho de ser preconstitucional y por su propio contenido, en el que se encuentra, por ejem-

Miguel (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta: UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2007, p. 306. En cuanto a la configuración de ciertas cláusulas de la Constitución como principios y su necesaria y específica interpretación véase BAYÓN, Juan Carlos. «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional». En *Jueces para la Democracia*, 27, 1996, pp. 41 -49.

18 Algunos ejemplos son las SSTC 34/1981, de 10 noviembre; 54/1983, de 21 de junio; 103/1983, de 22 de noviembre; 113/1989, de 22 de junio; 3/1993, de 14 de enero; 222/1992, de 11 de diciembre; 72/1994, de 3 de marzo; 39/2002, de 14 de febrero; entre otras.

19 Algunas ideas parecidas también se desprenden de las inquietudes de HÄBERLE quien defendía que las leyes preconstitucionales no podían ser revisadas con el mismo canon de deferencia que las postconstitucionales (HÄBERLE, Peter. *Retos actuales del Estado Constitucional*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, p. 38, nota 80.

20 LÓPEZ BOFILL, Héctor. Decisiones interpretativas. p. 307

21 *Ibidem*, p. 305.

22 Capítulo II. Delitos contra el tráfico aéreo. Sección I. Sedición. Artículos 20-27. Este ejemplo tiene una relevancia actual desde la comprobación de los extraordinarios hechos sucedidos en España los días previos y posteriores al 6 de diciembre de 2010. En esta fecha la mayor parte de controladores aéreos de varios aeropuertos españoles abandonaron sus puestos de trabajo, provocando una militarización de las torres de control, auspiciados por un *estado de alarma* decretado por el gobierno español.

plo, la existencia de una jurisdicción especial (en concreto, los *tribunales aeronáuticos* que existían en épocas franquistas) aumenta la apariencia de inconstitucionalidad²³. Esto no ha sido más que un ejemplo para expresar serias dudas sobre el mantenimiento de una presunción de constitucionalidad sobre leyes como las preconstitucionales en el sistema jurídico español. De otro lado, alguna modalidad de la presunción de constitucionalidad se puede desprender de la jurisprudencia del TC en los siguientes términos: debido a que la propia CE establece en su disposición derogatoria tercera, que todas las leyes anteriores a la Constitución que sean incompatibles con esta serán derogadas,

“Para que opere la derogación de la disposición 3 de la Constitución sobre una ley, la disconformidad de ésta ha de darse en términos de oposición con la Constitución y sólo podrá declararse cuando su incompatibilidad con la norma suprema resulte indudable por ser imposible interpretarla conforme con la Constitución, interpretación que no debe ocasionar graves dificultades cuando se trate, como sucede con la Ley de 14 de abril de 1962, de una de aquellas leyes «que disciplinan la acción sectorial del poder público y no se encuentran inmediatamente condicionadas por el fundamento de legitimidad de ese poder y la estructura política que de él deriva»²⁴. Aquí se encuentran entrelazados el principio de presunción de constitucionalidad de la ley como fundamento de una interpretación conforme.

Al margen del problema concreto del control de constitucionalidad de las leyes preconstitucionales, centrémonos ahora en las leyes postconstitucionales. Para algunos autores la presunción de constitucionalidad de la ley se refleja en la misma denominación de «control de constitucionalidad». Es decir, se controla la constitucionalidad no la inconstitucionalidad, pues la constitucionalidad se presume y lo que se buscaría en la sentencia es lo contrario²⁵. Es evidente que este enfoque se limita a un carácter eminentemente positivista de la presunción de constitucionalidad de la ley, y a un carácter institucional del problema.

El control de constitucionalidad en España no se limita a las leyes parlamentarias, sino que también se extiende a las Leyes Orgánicas y a los Estatutos de

23 Ello ha sido destacado por varios juristas que inmediatamente después de los acontecimientos provocados por los controladores aéreos se han hecho eco y analizado el actuar del gobierno y de los tribunales ordinarios al querer aplicar la ley preconstitucional sobre navegación aérea. Por ejemplo, Alfonso Villagómez Cebrián en un artículo titulado «¿Es inconstitucional la ley de Navegación Aérea?» publicado en el *País.com* de 9 de diciembre de 2010. [Fecha de consulta 9 de diciembre de 2010].

24 STC 1/1982, de 28 de enero.

25 SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. Justicia constitucional y procesos constitucionales. Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2011, p. 125.

Autonomía que por su naturaleza pueden gozar de un *status* especial en la consideración que se les tenga, en el control de constitucionalidad²⁶. Baste por ahora mencionar en primer lugar, que las leyes Orgánicas son aprobadas por una mayoría cualificada de parlamentarios, en concreto una mayoría absoluta del Congreso y en ese sentido se puede decir que gozan de una mayor legitimidad que las leyes ordinarias²⁷. Estas leyes regulan esferas de relevancia constitucional que no pueden dejarse en manos del legislador originario. Además, presentan un nivel de rigidez mayor que las leyes ordinarias y menor que la Constitución (mayoría cualificada para su modificación), en tal sentido se ubicaría en el sistema de fuentes en «una posición intermedia»²⁸

En lo que respecta a los Estatutos de Autonomía, que también se aprueban mediante Ley Orgánica, algunos de ellos además se ratifican mediante *referéndum*²⁹. De esta súper legitimidad algunos autores se han hecho eco llegando a denominar a este argumento *hiperdemocrático*, que se traduciría en una virtual imposibilidad de controlar y mucho menos reconducir la voluntad del pueblo³⁰.

26 Artículos 27 y 28 de la LOTC.

27 Artículo 81 CE.

28 LÓPEZ GUERRA, Luis María. Introducción al Derecho Constitucional. Valencia: Tirant lo blanch, 1994, p. 61.

29 Como ha sido el caso de la Ley de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña donde se podría hablar de una legitimidad aún mayor en el control. Aprobada por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de Julio cuya constitucionalidad fue resuelta mediante la muy esperada e importante STC 31/2010, de 28 de junio. Sobre esta sentencia tendremos oportunidad de estudiar más detenidamente debido entre otras cosas a la utilización de la *interpretación conforme a la Constitución*. En esta sentencia también se recuerdan las recurrentes afirmaciones que soportan un juicio favorable a *priori* de las disposiciones controladas. Es decir, se asume como principio de partida de todo el análisis, que la presunción de constitucionalidad de la ley no puede desvirtuarse sin la necesaria argumentación, excluyendo cualquier afirmación global sin un suficiente desarrollo para pretender desvirtuar esta presunción STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 2. Algún autor ha recordado parte del debate sobre si los EEAA por su especial naturaleza deban ser objeto o no de control constitucional, o si ya admitido este, deban controlarse con una especial deferencia (ALBERTÍ, Enoch. «El Estatuto de las autonomías después de la STC sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña». En *El Cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, núm. 15, 2010, p. 92). Para este autor, el hecho de que se trataba de un EA y de que había sido aprobado también por *referéndum* popular ponía el acento en la necesidad de la especial deferencia con que debía haber sido controlado el EAC. Este aspecto no fue considerado en su justa medida por el TC, alejándose incluso de la normal presunción de constitucionalidad de las leyes que debía haberse reconocido al Estatuto (Ídem).

30 Por ejemplo, BLANCO VALDÉS, que además lo relaciona con el otro principio liberal de *laissez faire, laissez passer* que reduciría la función de un Tribunal Constitucional como el español a una simple constatación o visto bueno de la voluntad ya expresada por el legislador (BLANCO VALDÉS, Roberto. «El Estatuto Catalán y la sentencia de nunca acabar». En *Claves de la razón práctica*, núm. 205, septiembre, 2010, p. 7).

En definitiva, este aspecto, para nuestro objetivo ejemplificativo, no viene más que a fortalecer la idea de que bajo el principio democrático con matices -aún reforzados si se quiere- subyace la idea de controlar con bastante deferencia al legislador, sea este ordinario u orgánico. Un ejemplo muy concreto que nos permitiremos desarrollar puede explicar, en alguna medida, la concepción de la presunción de constitucionalidad que el TC atribuye a las leyes y la deferencia que por ese motivo guía el tipo de control. El TC desestima una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto a la Ley Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, industria y Navegación, al considerarse que las adscripciones obligatorias a las mismas no entraña vulneración alguna del derecho a la libertad de asociación en su vertiente negativa³¹. El TC parte, en esta sentencia de la base doctrinal que había sentado ya anteriormente³². Aquella que establece que la corporación de Derecho Público independientemente de su naturaleza, es decir, de no haber sido creadas por los particulares y tener encomendadas funciones administrativas, no quedan excluidas del ámbito de la protección que para el derecho de asociación establece el artículo 22 de la CE. La jurisprudencia sobre el entendimiento de las corporaciones de Derecho Público como supuestos a los que se da cobertura con el art. 22 CE no era pacífica ni categórica, la propia sentencia 107/1996, hace hincapié en esto, afirmando que « [...] sólo en términos muy altos puede hablarse de que exista una asociación, en cuanto que esta supone una agrupación libre para la obtención de fines, determinados, también libremente, por los miembros que la integran»³³. La dificultad de incardinación de estas corporaciones hacía que la jurisprudencia se basará también en el principio general de libertad. Las argumentaciones antes esgrimidas y el sentido interpretativo venían a indicar que las corporaciones de Derecho Público quedarían excluidas del ámbito material del art. 22 CE, sin embargo, el TC relaciona de nuevo el principio general de libertad y asumió que dichas corporaciones sí entran en el ámbito material del art. 22 CE. Ahora bien, quedaba por determinar si la injerencia que el legislador había estipulado a la obligación de adscripción a estas corporaciones estaba justificada constitucionalmente. Previo a pronunciarse sobre este último aspecto, -el de la justificación- afirma sin titubeos que «...la adscripción obligatoria a estas Corporaciones Públicas, en cuanto tratamiento excepcional respecto del principio de libertad, debe encontrar suficiente justificación, ya sea en disposiciones constitucionales, ya sea en las características de interés público que

31 STC 107/1996, de 12 de junio, en la que se impugnan los artículos 6, 12 y 13 de la Ley 3/1993, de 22 de marzo.

32 STC 132/1989, de 18 de Julio relativa a la adscripción de las Cámaras Agrarias y 113/1994, de 14 de abril sobre las Cámaras de Propiedad Urbana.

33 STC 107/1996, de 12 de junio, FJ 10 B

persigan, de las que resulte cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo»³⁴.

III. El desarrollo jurisprudencial de la presunción de constitucionalidad de la ley en el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, desde el punto de vista de la interpretación constitucional en el seno del TC la posición diferencial hacia el legislador se puede justificar en el caso de los *conceptos jurídicos indeterminados*. En estos casos, el TC por ejemplo, atribuye la categoría de concepto jurídico indeterminado a la dificultad que entraña la obtención de ciertos fines por parte de corporaciones públicas y posteriormente matiza y establece un tipo de control diferencial hacia el Legislador, que por su alcance vale la pena transcribir por extensa que sea la cita:

«... la intensidad del control ha de quedar matizada separando aquellos casos en los que de forma patente y manifiesta no se aprecie dificultad para conseguir unos fines sin necesidad de la afiliación obligatoria –zona de certeza negativa del concepto jurídico indeterminado- y aquellos otros en los que tal dificultad pueda ofrecer duda- zona de incertidumbre o penumbra del concepto-: mientras que en aquellos este Tribunal está plenamente habilitado para la destrucción de la presunción de constitucionalidad propia de la ley, en estos, en cambio ha de recordarse que el Tribunal Constitucional no puede erigirse en juez de dicha dificultad, en cuya apreciación, por la propia naturaleza de la cosa, ha de corresponder al legislador un amplio margen de apreciación...»³⁵.

El TC entendió que, por ejemplo, que cuando la materia regulada por el Legislador no se encuentre en la zona de certeza negativa del concepto jurídico indeterminado, no le sería lícita la destrucción de la presunción de constitucionalidad de la ley³⁶, y ante ello directamente decretó la desestimación de la CI. Las principales críticas a esta sentencia se vierten en función de la excesiva deferencia al legislador, pues no se entró al análisis de si este se había excedido o no en el margen del que disfruta en cuanto a su posición de representante legítimo del pueblo, pues el propio concepto jurídico indeterminado por mucho que otorgue un «amplio» margen de actuación al legislador, este no es ilimitado y mucho me-

34 STC 107/1996, de 12 de junio, FJ 4

35 STC 107/1996, de 12 de junio, FJ 9.

36 STC 107/1996, de 12 de junio, FJ 10 C. En concreto no se podía determinar que los fines de las Cámaras de Comercio se pudieran lograr sin dificultad sin la adscripción obligatoria.

nos lo es en materia de derechos fundamentales. Mientras que estos ejemplos ofrecen una versión disminuida de la jurisdicción constitucional y de su potencialidad para la preservación de los derechos fundamentales, algunos autores incluso afirman que en estos casos la función del Tribunal no disminuye, sino que desaparece.³⁷ Como se recuerda por el máximo intérprete de la CE: sólo dentro de la «zona de certeza negativa del concepto jurídico indeterminado, [...] resulta lícita a este Tribunal la destrucción de la presunción de constitucionalidad de la ley»³⁸. Voces dentro del TC hacen énfasis, sin embargo, en los riesgos que puede traer consigo esta doctrina, sobre todo porque en materia de derechos fundamentales no se puede dejar total libertad al legislador para que actúe sin limitaciones³⁹.

Además del ejemplo descrito en los párrafos anteriores, el control de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) también puede dar cuenta de la concepción de la presunción de constitucionalidad de la ley. Así como un aspecto concreto de la jurisdicción constitucional española como es la prohibición por regla general de la suspensión de las leyes sometidas a control. Ambos casos se analizarán de forma separada en los siguientes sub-epígrafes.

IV. Presunción de constitucionalidad y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. ¿Una presunción diferenciada?

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) fue cuestionada en cuanto a su constitucionalidad y declarada constitucional en la sentencia 49/2008, de 9 de abril⁴⁰. Esta sentencia es importante no solo por el contenido de lo que se resolvió sino por la forma en que se hizo. Los argumentos del TC colocan a la presunción de constitucionalidad de la ley, en especial de su ley reguladora,

37 MEDINA GUERRERO, Manuel y HUELIN MARTINEZ DE VELASCO, Joaquín, «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en procesos de control de constitucionalidad de normas con valor de ley (septiembre 1995-julio 1996)». En La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley, Madrid: Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 317

38 STC 107/1996, de 12 de junio, FJ 10 C.

39 Voto particular de RODRÍGUEZ BEREIJO al que se adhieren otras personas como GONZALEZ CAMPOS, VIVER PI-SUNYER y ANTON MARTÍN a la STC 107/1996, de 12 de junio.

40 Un buen estudio detallado de esta sentencia puede encontrarse en CARRILLO, Marc; *et al.* «Comentario a la STC 49/2008, de 9 de abril, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729/2007 interpuesto por más de 50 diputados del grupo Popular del Congreso de los Diputados contra el artículo único, apartado seis y siete, de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal». En CARRILLO, Marc. *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la ley 6/2007, de 24 de Mayo de reforma de la LOTIC*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 261-292.

en «un lugar destacado en el desarrollo de dicho control, correspondiendo al recurrente no solo ponerlo en marcha mediante el ejercicio de su legitimación, sino concretar los motivos de la pretendida inconstitucionalidad y colaborar con la justicia constitucional»⁴¹.

Según esta jurisprudencia, el TC confirma la teoría sobre la concepción de la presunción de constitucionalidad que hemos venido analizando durante este capítulo. Así, cuando se controla la ley y en especial su propia ley reguladora, debe limitarse a los supuestos en los que existe conflicto evidente e insalvable entre la LOTC y la CE. En realidad, se podría considerar, incluso una presunción más fuerte con respecto a esta ley. Al menos ello se podría derivar de la consideración que al respecto hace el TC, al eludir un control más intenso, pues ello supondría debilitar la presunción de constitucionalidad y situar al TC en una posición que no le corresponde con el papel que cumple la reserva contenida en el artículo 165 CE⁴². Cabe destacar que, en este caso, resulta al menos discutible que del artículo 165 CE se desprenda la posición del Tribunal Constitucional y menos aún, que ésta se vea alterada por la realización de un control más intenso de una ley (en especial su propia ley orgánica). En la sentencia se recuerda que cuando se reclama la arbitrariedad del legislador, violando el art. 9.3 CE, este no está obligado a justificar sus opciones legislativas en la Exposición de motivos o preámbulos de las leyes. Las leyes, según el TC, no son ejecución de la Constitución sino expresión de la voluntad general. Por ello quien invoque este principio como motivo de inconstitucionalidad está obligado a extremar el cuidado y a probarlo fehacientemente. Se puede ver por ejemplo la confirmación de esta doctrina por el TC cuando afirma que: «el control de constitucionalidad de las leyes debe ejercerse por este Tribunal de forma que no se impongan constricciones indebidas al poder legislativo y se respeten sus opciones políticas. En este sentido, el cuidado que este Tribunal ha de tener para mantenerse dentro de los límites de su control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos tan generales e indeterminados como es el de la interdicción de la arbitrariedad, puesto que el pluralismo político y la libertad de configuración del legislador también son bienes constitucionales que debemos proteger. Así, al examinar la Ley impugnada desde este punto de vista, el análisis se ha de centrar en determinar, por un lado, si quien invoca la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad lo razona en detalle, ofreciendo una justificación en principio convincente para destruir la *presunción de constitucionalidad de la Ley* recurrida; y, por otro, y ya desde el punto de vis-

41 STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 4.

42 STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 4.

ta material, en que la arbitrariedad denunciada sea el resultado bien de una discriminación normativa, bien de la carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada». ⁴³En otras palabras, la diferencia jurídica con la que es preciso controlar al legislador democrático debe presidir en todo momento la actividad del TC, puesto que el principio del pluralismo político y la libertad de configuración del legislador también son bienes constitucionales que requieren protección. Además, el TC expresamente ha sostenido en otra sede que: «la presunción de constitucionalidad de normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin un mínimo de argumentación y no caben impugnaciones globales y carentes de una razón suficientemente desarrollada»⁴⁴.

Para que se considere suficientemente fundada la impugnación de una ley por inconstitucional deben cubrirse ciertos requisitos que ya se habían manejado en la jurisprudencia⁴⁵. Estos requisitos son, según el TC, en primer lugar, un razonamiento detallado y justificado de la posible arbitrariedad del legislador que sea a su vez suficientemente fuerte para eliminar la presunción de constitucionalidad. En segundo lugar, que la arbitrariedad constatada sea producida por una discriminación normativa o que implique una falta «absoluta» de racionalidad de la norma sometida a control⁴⁶. Para completar esta visión de la presunción de constitucionalidad de la ley, el TC afirma que no se podría declarar la inconstitucionalidad si se constata una simple discrepancia política con el Legislador⁴⁷, con lo que se entiende perfectamente que el análisis se debe circunscribir a los aspectos estrictamente jurídicos y a las incompatibilidades normativas desde el punto de vista del Derecho y no de la Política.

V. Presunción de constitucionalidad y la regla de no suspensión de leyes en el control constitucional

Un aspecto muy concreto del control constitucional de la ley en España como es el relativo a la prohibición general de suspensión de las leyes muestra otra faceta de la presunción de constitucionalidad de la ley en acción⁴⁸. En efecto, el TC

43 STC 19/2011, de 3 de marzo, F.J. 12.

44 STC 43/1996, de 14 de marzo, FJ 5

45 SSTC 239/1992, de 17 de febrero; 47/2005, de 3 de marzo y 13/2007, de 18 de enero.

46 STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 5.

47 STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 5.

48 Un tema que ha sido tratado en mucha mayor medida por la doctrina italiana, al respecto véase VIPIANA, Patrizia. *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*. Padova: Cedam, 2008, 165 p.

no puede por regla general (con una excepción) suspender la vigencia de las leyes sometidas a su control⁴⁹. En el tema de la suspensión de las leyes nos permitiremos cambiar un orden lógico en el uso de los instrumentos legales básicos (La Constitución y la Ley) y lo haremos porque la regla general de no suspensión de las leyes no se desprende de la CE sino de la LOTC. Así, analizaremos primero la regla y con ello la relación con la presunción de constitucionalidad de la ley y posteriormente la excepción a la regla. Es evidente que para el establecimiento de la no suspensión de las leyes parece más coherente haberlo establecido constitucionalmente y después desarrollarlo a través de la ley reglamentaria, sin embargo, se optó, por lo contrario, seguramente dando por sentada la imposibilidad de suspensión de la ley que no era necesaria ni establecerla en la Constitución.

En efecto, es la LOTC en su artículo 30 la que establece, como regla general la no suspensión ni de la vigencia ni de la aplicación de la ley como consecuencia de la interposición de los procesos de control constitucional (CI y RI). Por tal motivo, el TC no puede decretar la suspensión de la vigencia ni la aplicación de una ley por conveniencia económica (por ejemplo, una ley presupuestaria) para evitar una posible declaración de inconstitucionalidad que pueda traer aparejada problemas y perjuicios para el Estado de imposible reparación⁵⁰. El TC debe mantener la vigencia de la ley sin hacer ningún tipo de juicio preventivo. A este respecto puede decirse que el propio TC ha establecido que en el caso de detectar riesgos de constitucionalidad no puede hacer ninguna consideración sobre

49 No vamos aquí a entrar al debate sobre la viabilidad o necesidad de considerar la reforma del precepto de la LOTC que prohíbe por regla general la suspensión de las leyes sometidas a control (art. 30). Esta consideración se debe a que como es claro la propia LOTC establece por ejemplo para la resolución de los RRII un plazo que no podrá exceder de 30 días (art. 34.2). Este periodo es naturalmente sobrepasado en la mayoría de las veces, lo que hace suponer que la suspensión de las leyes podría tener algo de sentido toda vez que mientras más tarde el TC en resolver más posibles efectos ha desplegado la ley en el sistema jurídico de relaciones, y proporcionalmente tales efectos se podía ver afectados por una declaración de inconstitucionalidad. Este problema quizá se reduzca en alguna medida si la ley ha sido impugnada en CI ya que en ese caso el proceso si se suspende, aunque claro la ley sigue vigente y puede ser perfectamente aplicada en otros procesos que se verían notablemente afectados si la ley es declarada inconstitucional. Con esto se motiva la necesidad de modular tales efectos o en otros casos la realización de una interpretación conforme salvadora de la ley. La propuesta de reforma de la posibilidad de suspensión de las leyes sometidas a control se ha recobrado a propósito de los 4 años tardados en resolver el EAC (GARCÍA-MONCÓ, Alfonso. «Paisaje después de una sentencia: La penúltima reforma de la financiación autonómica». En *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, 2010, p. 81) que sin el periodo más largo en que el TC se ha pronunciado, sí puede ser el que más efectos pueda traer consigo por la naturaleza de la norma controlada.

50 Sobre los efectos de la inconstitucionalidad de las leyes de carácter tributario véase RUIZ ZAPATEIRO, Guillermo. «Los efectos de las leyes tributarias inconstitucionales». En *Revista de Administración Pública*, núm. 169, 2006, pp. 99-153.

el caso, es decir, no puede prevenir desviaciones en el entendimiento que de ésta tengan los poderes públicos, asimismo la constitucionalidad de la ley no permite juicios preventivos⁵¹. Incluso y con mayor importancia no puede el TC determinar la suspensión de las leyes, aún cuando estén en juego valores tan importantes como la vida, aspecto que ya de por sí es sumamente cuestionable y novedoso desde la perspectiva de la suspensión de las leyes. Este es precisamente el asunto que se le presentó al TC cuando se cuestionó la constitucionalidad de diversos artículos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. El TC resolvió en el ATC 90/2010, de 14 de julio la imposibilidad material de suspender la aplicación de los artículos cuestionados pues ni la ley ni la Constitución prevén tal posibilidad para el caso de leyes estatales, así como la doctrina anterior ha confirmado en varias ocasiones⁵². En lo que nos interesa ahora, parte de la argumentación para solicitar la suspensión se basaba en la concurrencia *del periculum in mora*, al existir un evidente perjuicio irreparable, consistente en la eliminación de vidas humanas. Además, se argumentaba la existencia del *fumus boni iuris*, entendiéndose que la ley regula en sentido contrario a la doctrina constitucional en la materia, por lo que carece de «presunción de legitimidad material»⁵³. Esta imposibilidad del TC para declarar la suspensión de las leyes, como regla general, es atribuida a la presunción de legitimidad constitucional⁵⁴. Una presunción que es reconocida por el TC incluso cuando se trata de desistimientos de aquellos procesos donde se cuestiona la constitucionalidad de una ley, pues como afirma expresamente: «el desistimiento funciona en favor de la presunción de legitimidad de toda Ley, sea autonómica o estatal, como obra de una cámara democráticamente elegida»⁵⁵.

51 STC 46/1991, de 28 de febrero

52 Para un análisis más riguroso de este ATC, así como de los votos particulares véase REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. «La ideología constitucional de los votos particulares al Auto del Tribunal Constitucional sobre la solicitud de suspensión de la LO 2/2010». En *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 8, 2010, pp. 141-150.

53 Antecedente 2, del ATC 90/2010, de 14 de junio. El TC ha desarrollado su jurisprudencia sobre una línea coherente con las previsiones legales y constitucionales al respecto ATC 141/1989, de 14 de marzo y reiterada en los AATC 462/1985, de 4 de julio; 128/1996, de 21 de mayo; 266/2000, de 14 de noviembre y 58/2006, 15 de febrero, relativo a la restitución a la Generalitat de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la Guerra Civil custodiados en el Archivo General de la Guerra Civil Española y de creación del Centro documental de la memoria histórica.

54 AHUMADA RUIZ, María Ángeles. «Efectos procesales de la modificación legislativa de las leyes sometidas a control de constitucionalidad: la suspensión de leyes “presuntamente” inconstitucionales». En *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 32, 1991, pp. 159-186.

55 ATC 34/1993, de 26 de enero FJ 1

El TC ha sostenido y reconocido una presunción de legitimidad a todos los actos o normas emanados de los poderes legítimos que se traduce en considerar como excepcional la posibilidad de suspender la vigencia o su aplicación⁵⁶. Una descripción de la presunción de constitucionalidad que vale perfectamente su cita textual por la delimitación sumamente clarificadora. En la parte que nos interesa afirma el TC:

« [...] los actos o las normas que emanan de poderes legítimos disfrutan de una presunción de legitimidad, que si bien puede ser cuestionada por quien entienda sus derechos vulnerados por aquéllos o éstas (y en el caso de las leyes, también por aquellos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad), obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia o ejecutoriedad. Esta presunción es, además, tanto más enérgica cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular y llega por eso a su grado máximo en el caso del legislador, que lo es, precisamente, por ser el representante de tal voluntad. Como el legislador está vinculado por la Constitución la constatación de que la Ley la ha infringido destruye la presunción y priva de todo valor a la Ley, pero mientras tal constatación no se haya producido, toda suspensión de la eficacia de la Ley, como contraria a dicha presunción, ha de ser considerada excepcional [...]»⁵⁷.

El TC, en este contexto ha dejado claro en qué medida y en qué circunstancias, se puede quebrar la presunción de constitucionalidad de la ley. En términos generales y en consonancia con la teoría general de la presunción de constitucionalidad, el TC afirma que la presunción se quiebra solo por una contradicción clara y evidente que traería como resultado ineludiblemente la declaración de inconstitucionalidad⁵⁸.

Ahora es momento de analizar con mayor detenimiento la excepción a la regla general de no suspensión de la ley en el control constitucional. Como afirmamos antes, paradójicamente es la CE la que establece la excepción o al menos

56 Por ejemplo, AATC 472/1988, de 19 de abril FJ ÚNICO; 589/1988, FJ 3; 285/1990, de 11 de julio, FFJJ 1 y 3 y 156/1996, de 11 de junio, FJ 1; 156/1996, de 11 de junio, FJ 1; 100/2002, de 5 de junio, FJ 2; 105/2010, 29 de julio, FJ 2, entre otros.

57 STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 3.

58 STC 174/1995, de 23 de noviembre. Así lo expresa, por ejemplo, también MEDINA GUERRERO, Manuel y HUELIN MARTINEZ DE VELASCO, Joaquín. «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en procesos de control de constitucionalidad de normas con valor de ley en septiembre 1995-julio 1996». En *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, Madrid: Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 309.

de donde la doctrina y la jurisprudencia desprenden la excepción a la regla antes mencionada⁵⁹. Una previsión constitucional que más que excepción cumple la función de soporte de una facultad muy particular atribuida al Gobierno, como es la de controlar con mayor campo de acción y poder, las disposiciones legislativas territoriales. En efecto, existe una expresa previsión constitucional en el artículo 161.2 CE⁶⁰, que posteriormente es confirmada y desarrollada en otros preceptos legales. Suspensión que se predica también en los conflictos de competencia en donde el Gobierno impugna una disposición, resolución o acto y que el TC de acuerdo con el artículo 161.2 CE suspende de manera inmediata solo con la admisión (artículo 74.2 LOTC). Suspensión que para el caso de las disposiciones sin fuerza de ley están reguladas en título V de la LOTC (artículos 76 y 77) donde destaca el artículo 77 que afirma que «La impugnación regulada en este título, sea cual fuere el motivo en que se base, se formulará y sustanciará por el procedimiento previsto en los artículos 62 a 67 de esta Ley. La formulación de la impugnación comunicada por el Tribunal producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida hasta que el Tribunal resuelva ratificarla o levantarla en plazo no superior a cinco meses, salvo que, con anterioridad, hubiera dictado sentencia». Sobre esta regulación ver con detalle. ⁶¹Este precepto constitucional da base, no sin críticas y reservas, a la posibilidad de que sean suspendidas las leyes autonómicas cuando es el Gobierno quien impugna una ley por inconstitucional. Una primera aproximación resalta que tal facultad del gobierno no se desprende de una competencia del TC como lo serían las demás (artículo 161.1 CE): control abstracto (RI), recurso de amparo, o conflicto de competencias. Esto es importante, porque además de no estar redactada en forma de competencia sino de manera que utiliza al TC como un órgano que tendrá que realizar tal suspensión en forma automática. Por lo que respecta al precepto en sí, nótese que, en primer lugar, no hace referencia expresa a las *leyes* como objeto de posible suspensión, y por tal motivo, ha sido objeto de innumerables críticas. Además, hace una expre-

59 Sobre la naturaleza de esta suspensión y las razones que la fundamentan véase el completo estudio de ROSADO IGLESIAS, Gema. «La suspensión de la ley autonómica». En *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, pp. 133-177, en especial pp. 144 y 145.

60 «El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificar o levantarla en un plazo no superior a cinco meses». Un análisis inmediato solo poco tiempo después de aprobarse la CE sobre este artículo puede verse en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. «Reflexiones en torno al art. 161.2 de la Constitución». En *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político* (Universidad Nacional de Educación a Distancia [UNED]), núm. 3, 1979, pp. 7-15.

61 SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. Justicia constitucional y procesos constitucionales. Ob. cit., pp. 373-380.

sa elección sobre las disposiciones autonómicas y no del Estado para autorizar la suspensión. Sobre algunas de las críticas que tienen que ver con la exclusiva aplicación de esta suspensión a las normas autonómicas.⁶² La posibilidad de suspender leyes en el control constitucional encuentra un soporte además en la segunda parte del artículo 30 de la LOTC. Un soporte que no está exento de críticas e incertidumbres, que se desprenden de la lectura de los artículos 161.2 CE y 30 de la LOTC. Por ejemplo, del primer artículo no se desprende una referencia expresa a la «Ley» dentro del objeto de esta suspensión que sí ha incluido el segundo artículo. No es ilógico pensar que esta literal ampliación del objeto de la suspensión de la ley se haya hecho con el objeto de aclarar lo ambiguo que resultaba el precepto constitucional, sin embargo, las dudas sobre si el legislador se excedió en tal desarrollo tampoco son ilógicas. En efecto, de acuerdo al artículo antes citado, como ya hemos analizado la regla general es de no suspensión de leyes en el control de constitucionalidad, «[...] *excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actosxx con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas*». En un primer plano, la presunción de constitucionalidad de la ley se refleja en por lo menos dos aspectos; el primero, en la configuración legal concreta que imposibilita como regla general la suspensión de leyes que hayan sido sometidas a control constitucional. En segundo lugar, en el carácter excepcional de la posibilidad de suspender la vigencia o aplicación de una ley. En un segundo plano y ya situados en el caso excepcional de que se trate de una ley autonómica contemplada por la previsión legal, en la exigencia de una argumentación razonada y suficientemente detallada para mantener la suspensión de la ley autonómica⁶³. Sobre este último punto hay dos aspectos que se pueden destacar de la jurisprudencia del TC. En lo que ahora nos interesa; el primero de ellos es la exigencia de que el perjuicio que se alega cuando se solicita que se mantenga la suspensión deba ser fuerte y deba estar acreditado de manera fehaciente, y en segundo lugar, la afirmación de que debido a la presunción de constitucionalidad de la ley, los argumentos de quienes piden que se mantenga una suspensión deben contrarrestar el hecho de que la norma ha sido aprobada por un Parlamento⁶⁴.

62 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. «Reflexiones en torno al art. 161.2 de la Constitución». En Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político (UNED), núm. 3, 1979, pp. 7-15

63 ATC 277/2009, de 10 de diciembre, FJ 2 y la jurisprudencia allí citada. Posteriormente ratificado en el ATC 75/2010, de 30 de junio, relativo al RI del gobierno hacia la ley de Cajas de ahorro de Galicia. Donde, además, el posible levantamiento de la suspensión de la ley no solo era atribuido a la presunción de legitimidad sino también a los intereses que se vinculan a su aplicación efectiva (FJ 2).

64 ATC 103/1994, de 22 marzo.

En suma, debemos tener presente que cuando el Gobierno impugna la constitucionalidad de una disposición con fuerza de ley de las Comunidades autónomas estamos ante una excepcionalidad y obliga lógicamente a que sea quien impugna, quien argumente motivos (incluso diferentes al fondo del asunto) para pretender que se suspenda la Ley que goza de una presunción de constitucionalidad como ya hemos analizado antes. Esto es, que la Ley debe desplegar sus efectos, y no hacerlo, por una orden directa del Tribunal Constitucional es, en definitiva, una incidencia en esa normal presunción de validez. En otras palabras, es necesario que en el recurso jurisdiccional que pone en duda la constitucionalidad y que cautelarmente solicita la suspensión exista una fortaleza argumentativa que derrote el privilegio que tiene la vigencia de una ley en el sistema jurídico. Este razonamiento no cambia con el hecho de que tal suspensión de la Ley autonómica, pueda levantarse o prolongarse en el tiempo (5 meses). Para esta hipótesis, es necesario también argumentar; en el caso del Gobierno, por el mantenimiento de la suspensión (si es que se concedió) para los Parlamentos autonómicos; por el levantamiento de la suspensión. En el caso de que se solicite el levantamiento antes de los 5 meses entonces habrá que revisar y seguir la doctrina del Tribunal Constitucional, que desde hace mucho tiempo ha establecido el Auto 221/1995 del Tribunal Constitucional que: “el mantenimiento o levantamiento de la suspensión de una norma autonómica debe decidirse teniendo en cuenta el alcance de la misma y las consecuencias que podrían derivarse...”. Conforme a este planteamiento es evidente que el Tribunal pretende mantener la presunción de constitucionalidad, y no obstante, revisar otros elementos como las probabilidades del daño o perjuicio que pueda causar la vigencia de la norma, el carácter temporal y cautelar de la medida procesal.

Además, desde un punto de vista lógico secuencial y procesal existe la posibilidad de que se emitan documentos de carácter jurídico derivados o interpretando una Ley autonómica suspendida cautelarmente. Ante ese panorama, a pesar de que pudieran existir Decretos, si estos no se aplicaron, ⁶⁵produciendo algún efecto automático, como “prohibición, habilitación o limitación” ⁶⁶.

En suma, podríamos decir que la presunción de constitucionalidad de la ley es el fundamento central que subyace en los razonamientos del TC para mantener una ley en el ordenamiento jurídico, así como para levantar una suspensión previamente decretada. Esta excepción a la regla general de no suspensión de la ley

65 Auto 61/2002.

66 Se rechazó un recurso del Abogado del Estado contra un Decreto del Gobierno de Castilla-La Mancha.

autonómica es una excepción misma al principio de validez y constitucionalidad de la ley en general⁶⁷. Una ley de una Comunidad Autónoma recuérdese, es aprobada por el legislador democrático autonómico y por lo tanto no hay razones ni constitucionales ni legales para asumir que la ley autonómica sea de inferior rango que la ley estatal o que tenga menor valor⁶⁸ para poder relajar o disminuir una presunción de constitucionalidad, sí asignada a la ley estatal, al menos en lo que a posibilidad de suspensión se refiere. Ahí mismo se establece con mayor rigor las razones para sostener que no existe una diferencia que justifique un diferente trato procesal a la Ley estatal y a la ley autonómica que repercuta en la presunción de constitucionalidad que debe presumirles a ambas. Es, entonces, cuando de esta excepción desprendemos por lo menos dos lecturas: la primera de ellas es que la presunción general de constitucionalidad de la ley se ve notoriamente modificada o al menos que tal excepción no puede pasar desapercibida a los estudios teóricos que se realicen al respecto. No puede pasar desapercibida porque como ya dijimos no hay razones para considerar diferentes, desde el punto de vista democrático, una ley estatal y una ley autonómica. Por tal motivo, debemos concluir que la afectación a la presunción de constitucionalidad general que tiene la ley se ve complementada por excepciones como la que estudiamos aquí.

VI. Consideraciones finales

En algunas ocasiones se utilizan expresiones como sinónimos del principio de presunción de constitucionalidad que pueden inducir a confusión como *in dubio pro legislatore*, u otras como presunción de legitimidad, presunción de validez o incluso la *interpretación conforme*. La razón de que se estos términos se utilicen con relativa frecuencia de manera intercambiable tiene que ver con su estrecha vinculación con la interpretación constitucional. No obstante, las similitudes entre los conceptos o expresiones antes mencionadas hemos concluido que la *presunción de constitucionalidad* de la ley expresa de mejor manera lo que se puede considerar como fundamento de la interpretación conforme. Por tanto, se puede definir esta presunción como aquel principio que guía la interpretación del juez que controla constitucionalmente la ley y que lo inclina a no aceptar la inconsti-

67 En esta línea SALVADOR SANCHO, Armando. «La suspensión de disposiciones y resoluciones de las Comunidades Autónomas como consecuencia de su impugnación ante el Tribunal Constitucional (art. 161.2 CE)». En *La suspensión de las leyes autonómicas en los procesos constitucionales*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2005, p. 35 y ROSADO IGLESIAS, Gema. «La suspensión de la ley autonómica». En *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, pp. 138-139.

68 *Ibidem*, pp. 139 -143.

tucionalidad a menos de que se constituya en él una seguridad y firmeza de que la ley es contraria a la Constitución. Por tal motivo hemos optado por aceptar y manejar el calificativo de *principio* para designar esta presunción en la interpretación constitucional de la ley.

El principio de presunción de constitucionalidad de la ley funcionó en Europa tanto como contrapeso a las críticas vertidas al control constitucional, como guía para la actuación de los jueces constitucionales y evitar lo que LAMBERT llamará en su día un *gobierno de los jueces*⁶⁹. Además, desde la perspectiva teórica el principio de presunción de constitucionalidad en el contexto europeo recibió su justificación principalmente en las ideas sobre la democracia, el principio de mayoría y la representación. Ahora bien, hemos podido concluir, por ejemplo, que la tradición europea que caracterizaba el sistema político y la concepción de la ley, eran pilares fundamentales de una presunción de constitucionalidad sin encontrarse todavía en el contexto de un control jurisdiccional. Esta situación evitaba la instauración del control constitucional de la ley. Sin embargo, ya instaurado, la tradición seguía permeando con bastante intensidad las instituciones y con ella la propia del control constitucional de la ley. Del análisis hecho en esta investigación, pudimos constatar un mayor repudio al control de la ley, lo que se traducía para nuestros efectos en una fortaleza de la presunción de constitucionalidad de la ley. La presunción de constitucionalidad siguió una pauta general de aceptación después de la CE de 1978, algo que se acentuó en algunos casos concretos como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que fue cuestionada constitucionalmente y los Estatutos de Autonomía, algunos de los cuales se aprobarán además por *referéndum* como el caso de Cataluña, lo que asignaba un *plus* de legitimidad y por tanto, de una teórica fortaleza de la presunción a su favor en un juicio de control.

En cualquier caso la extensa atención al principio de presunción de constitucionalidad de la ley se justifica por dos razones principales: la primera, la convicción de su carácter fundamental en el desarrollo del principio de interpretación conforme, la segunda, la consideración de que el principio de presunción de constitucionalidad de la ley se encuentra en las entrañas de la justicia constitucional y estrechamente vinculada a la objeción democrática al control judicial y constitucional de la ley.

69 LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges... ob. cit.* Título sugerente que posteriormente fue retomado también en STONE SWEET, Alec. *Governing with Judges... ob. cit.*

Bibliografía.

AHUMADA RUIZ, María Ángeles. “Efectos procesales de la modificación legislativa de las leyes sometidas a control de constitucionalidad: la suspensión de leyes “presuntamente” inconstitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 32, 1991.

ALBERTÍ, Enoch. “El Estatuto de las autonomías después de la STC sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”. En *El Cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, núm. 15, 2010.

BERNAL PULIDO, C. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo», CARBONEL, M. (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta: UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2007.

BLANCO VALDÉS, R. “El Estatuto Catalán y la sentencia de nunca acabar”, *Claves de la razón práctica*, núm. 205, septiembre, 2010.

CARRILLO, M. “Hacia una nueva jurisdicción constitucional”, *Estudios sobre la ley 6/2007, de 24 de Mayo de reforma de la LOTC*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2008.

DE LORA, P. “Justicia constitucional y deferencia al legislador”, LAPORTA, F. (ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

DÍAZ REVORIO, F. J. *Valores superiores e interpretación constitucional*, Chihuahua, México: Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, 2009.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. “Reflexiones en torno al art. 161.2 de la Constitución”, *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político* (Universidad Nacional de Educación a Distancia [UNED]), núm. 3, 1979.

FERRERES COMELLA, V. *Constitutional courts and democratic values*.

FIGUEROA, A. *Principios y positivismo jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma*.

GARCÍA-MONCÓ, A. “Paisaje después de una sentencia: La penúltima reforma de la financiación autonómica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15, 2010.

HÄBERLE, P. *Retos actuales del Estado Constitucional*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.

LAMBERT, E. “Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois”. 2007.

MEDINA GUERRERO, M. y HUELIN MARTINEZ DE VELASCO, J. “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en procesos de control de constitucionalidad de normas con valor de ley (septiembre 1995-julio 1996)”. En *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, Madrid: Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MUÑOZ MACHADO, S. *Constitución*, Madrid: Iustel publicaciones, 2004.

PRESNO LINERA, M. Presunción de constitucionalidad y suspensión de leyes. En *ElDiario*, 5 de octubre de 2014. Disponible en: https://www.eldiario.es/agendapublica/reforma_constitucional/presuncion-constitucionalidad-suspension-leyes_1_4603215.html BAYÓN, Juan Carlos. «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional». En *Jueces para la Democracia*, 27, 1996, pp. 41 -49.

PRIETO SANCHÍS, L. y LAMARCA PÉREZ, C. *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, Madrid: Colex, 2011.

REVENGA SÁNCHEZ, M. “La ideología constitucional de los votos particulares al Auto del Tribunal Constitucional sobre la solicitud de suspensión de la LO 2/2010”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 8, 2010. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=10790>

ROSADO IGLESIAS, G. “La suspensión de la ley autonómica”. *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007.

RUIZ ZAPATERO, G. “Los efectos de las leyes tributarias inconstitucionales”, *Revista de Administración Pública*, núm 169, 2006. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica>

SALVADOR SANCHO, A. “La suspensión de disposiciones y resoluciones de las Comunidades Autónomas como consecuencia de su impugnación ante el Tribunal Constitucional (art. 161.2 CE)”, *La suspensión de las leyes autonómicas en los procesos constitucionales*. Barcelona: Institut d’Estudis Autònoms, 2005.

STONE SWEET, A. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press. 2000

VIPIANA, P. *Il potere di sospensiva delle leggi nell’ordinamento costituzionale italiano*. Padova: Cedam, 2008.

Resoluciones.

ATC 462/1985, de 4 de julio.

ATC 472/1988, de 19 de abril.

ATC 589/1988.

ATC 141/1989, de 14 de marzo.

ATC 285/1990, de 11 de julio.

ATC 34/1993, de 26 de enero FJ 1).

ATC 103/1994, de 22 marzo.

ATC 128/1996, de 21 de mayo.

ATC 156/1996, de 11 de junio.

ATC 266/2000, de 14 de noviembre.

ATC 100/2002, de 5 de junio.

ATC 58/2006, 15 de febrero.

ATC 277/2009, de 10 de diciembre.

ATC 90/2010, de 14 de junio.

ATC 75/2010, de 30 de junio.

ATC 105/2010, 29 de julio.

STC 11/1981 de 8 de abril, FJ 7.

SSTC 34/1981, de 10 noviembre.

STC 1/1982, de 28 de enero.

STC 103/1983, de 22 de noviembre.

STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 3.

STC 99/1987.

STC 113/1989, de 22 de junio.

STC 239/1992, de 17 de febrero.

STC 222/1992, de 11 de diciembre.

STC 3/1993, de 14 de enero.

- STC 54/1983, de 21 de junio.
- STC 72/1994, de 3 de marzo.
- STC 174/1995, de 23 de Noviembre.
- STC 55/1996, de 28 de marzo.
- STC 43/1996, de 14 de marzo.
- STC 115/1997 de 7 de julio.
- STC 233/1999, de 16 de diciembre.
- STC 39/2002, de 14 de febrero.
- STC 47/2005, de 3 de marzo.
- STC 13/2007, de 18 de enero.
- STC 238/2007, de 21 de noviembre.
- STC 248/2007, de 13 de diciembre.
- STC 103/2008, F. 5).
- STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 4.
- STC 59/2008, de 14 de mayo.
- STC 76/2008, de 3 de julio.
- STC 127/2009, de 26 de mayo).
- STC 45/2009, de 29 de febrero.
- STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 2).
- STC 60/2010, de 7 de octubre.
- STC 87/2017, de 4 de julio.
- STC 142/2018.
- STC 98/2018, de 19 de septiembre, FJ 2
- STC 83/2020, FJ 9
- STC 108/2021, de 13 de mayo.

LOS ACUERDOS DE LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL SOBRE
PARTIDOS POLÍTICOS (1985-2022): PANORÁMICA Y RELEVANCIA

THE AGREEMENTS OF THE JUNTA ELECTORAL CENTRAL
ON POLITICAL PARTIES (1985-2022): OVERVIEW AND RELEVANCE

Enrique Ortea García

Universidad Complutense de Madrid¹

enriga04@ucm.es

<https://orcid.org/0000-0003-0291-7835>

Cómo citar/Citation:

ORTEA GARCÍA, E., “Los acuerdos de la Junta Electoral Central sobre partidos políticos (1985-2022): panorámica y relevancia”, *Parlamento y Constitución. Anuario*. N°24. 2023.

Recibido: 15-04-2023

Aceptado: 31-07-2023

Resumen: El artículo desarrolla un análisis cualitativo y cuantitativo de los acuerdos de la Junta Electoral Central sobre los partidos políticos como sujeto de los comicios desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y hasta mediados de 2022. A partir de los recursos facilitados por la propia Administración electoral, se estudia la incidencia que estas resoluciones han tenido en la propia legislación y en las Instrucciones dictadas por el órgano con el objetivo de determinar su relevancia académica. Esta resultará ser muy limitada en comparación con otras fuentes del ordenamiento, si bien puede servir de guía a próximas reformas en el ordenamiento.

Palabras Clave: Administración electoral, Elecciones, LOREG, Partidos políticos, Reforma electoral.

Abstract: This paper develops a qualitative and quantitative analysis of the decisions of the Junta Electoral Central on political parties as subjects of the elections since the entry into force of the Ley Orgánica del Régimen Electoral-

¹ Investigación desarrollada en el marco del Programa de Postgrado en *Régimen jurídico de los partidos políticos* organizado por el Centro de Estudios de Partidos Políticos de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

al General until mid-2022. From the resources provided by the electoral Administration itself, we study the impact of these resolutions on the legislation itself and on the instructions issued by the body in order to determine its academic relevance. This will prove to be very limited compared to other sources of the system, although it may serve as a guide for future reforms.

Key Words: Electoral Administration, Elections, Electoral reform, LOREG, Political Parties.

SUMARIO

Introducción.

1. La actividad electoral de los partidos políticos.

1.1. Idea general de los partidos políticos.

1.2. La singular posición de los partidos políticos en las elecciones y la problemática de su regulación.

1.3. Las fuentes del Derecho electoral.

2. Análisis cuantitativo de la doctrina de la JEC sobre partidos políticos (junio de 1985-julio de 2022).

2.1. Número de Acuerdos.

2.2. Objeto de los Acuerdos.

3. Análisis cualitativo de la doctrina de la JEC sobre partidos políticos (junio de 1985- julio de 2022).

3.1. Administración electoral.

3.2. Campaña y su desarrollo.

3.3. Desarrollo de la votación y del escrutinio; derecho de sufragio activo.

3.4. Financiación electoral.

3.5. Identidad, composición e identificación de los sujetos electorales y sus instrumentos.

3.6. Municipios y otros entes desconcentrados.

3.7. Prensa y medios de comunicación.

3.8. Provincias y agrupaciones de municipios.

Conclusiones.

Bibliografía.

Introducción

Decía García Pelayo que “la existencia de los partidos políticos deriva del hecho de que en la democracia la sociedad está destinada a integrarse de modo permanente en el Estado”²; una incorporación institucional que no sería posible, como tampoco la calificación del sistema como democrático, sin el instrumento fundamental de las elecciones. Estos procesos presentarán un carácter eminentemente político, si bien su desarrollo está garantizado por la existencia de una serie de fuentes del Derecho que son sus condiciones de posibilidad. Dado que “el jurista, respecto de muchas realidades, no estudia su contenido material; su significado propio (o sus múltiples significados) sino solo su regulación jurídica”³ cabe advertir preliminarmente que en este artículo nos centraremos en esta, tratando de desentrañar uno de los mantiales del ordenamiento electoral español al que menos atención se le ha prestado, a pesar de su relevancia en los comentarios académicos: las decisiones (que no las Instrucciones) de la Junta Electoral Central (en adelante, JEC).

Nuestro objetivo será extraer conclusiones acerca de la naturaleza de su contenido, su importancia relativa en el cuadro de fuentes (si es que pudieran enmarcarse aquí, asunto que también se abordará) y el modo en el que hayan podido incidir en las reformas acometidas por el legislador. Prestaremos particular atención al hecho de que exista alguna cuestión especialmente controvertida cuya resolución se haya quedado siempre limitada a las decisiones de la Administración electoral sin trascender a instrumentos normativos de aplicación general.

Para ello, la base material del trabajo estará constituida por la totalidad de las decisiones que este órgano ha adoptado en relación con los partidos políticos desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG); es decir, desde el 21 de julio de 1985; hasta el 31 de julio de 2022, fecha final de nuestro estudio. En total se cuentan 304 documentos. Atendiendo a las propias notas características de estas herramientas jurídicas y a la función que desempeñan (de índole interpretativa y aclaratoria de la legislación sobre la materia) se ha considerado más adecuado para el propósito que nos ocupa centrar el foco en este período de vigencia de la norma principal de esta rama del ordenamiento. Solo de este modo podremos saber cuáles son los preceptos que más problemas prácticos presentan o las materias cuya litigiosidad aconsejaría una revisión de aquella.

2 GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Revista de Occidente, Madrid, 1950, p. 191.

3 ARAGÓN REYES, M., “El control parlamentario como control político”, *Revista española de Derecho político*, n° 23, 1986, p. 36.

El trabajo se plantea desde un enfoque que no suele ser habitual en el análisis de las decisiones de la Junta Electoral Central. Estas suelen ser mencionadas y estudiadas en relación con los diferentes problemas que se plantean respecto de los comicios, pudiendo ilustrarse esta consideración como *de variable dependiente*. Aquí nos proponemos tratarlas como *variable independiente*, considerando las cuestiones que resuelven, pero no centrandó únicamente la atención en ellas. Asimismo, al contrario de lo que ocurre en otras disciplinas jurídicas como la laboral, en las que los académicos se ocupan de las fuentes específicas del ordenamiento como un problema singular, los estudios jurídico-electorales parecen pasar por alto o de puntillas por la singularidad que representan tales emanaciones de la Administración electoral. Si bien esta última sí merece largas consideraciones (muchas de ellas a propósito de sus atribuciones y funciones), los productos de su actividad quizás hayan quedado más oscurecidos.

Obviamente, lo dicho caracteriza un modo de acercarse a la cuestión, pero ni la presenta ni mucho menos la agota. Como se ha indicado, el propósito de nuestra investigación será también estudiar la incidencia que las referidas decisiones tienen en la actividad que los partidos políticos tienen constitucionalmente reconocida; sistematizar las aportaciones que aquellas han llevado a cabo, de modo que pueda extraerse un catálogo general de parámetros interpretativos de los preceptos y las Instrucciones que, al ser menos numerosos, también son más conocidos. Nos adentraremos así en un terreno que no es desconocido, pero que en cierto modo aún está pendiente de ser cartografiado.

Para la realización de esta tarea, se trabajará con la documentación doctrinal que la JEC proporciona en abierto a través del buscador de su página web⁴. En él se introducirán únicamente los filtros relativos al ámbito temporal de la investigación (“desde 21/06/1985”, “hasta 31/07/2022”) y a la materia (“partidos políticos”). Posteriormente, por un lado, se clasificarán atendiendo a distintos criterios con el objetivo de ofrecer una panorámica cuantitativa de los materiales; y, por otro, se llevará a cabo su análisis cualitativo a través de la lectura y sistematización de las decisiones para ofrecer una primera selección de aquellas que no se limiten a determinar la incompetencia de la propia Administración electoral y centrar el estudio en aquellas que contengan pronunciamientos interpretativos de fondo.

4 Véase: <http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/doctrina/buscador>.

En fin, este proyecto se abordará en cuatro partes diferenciadas:

- la primera trata de contextualizar la actividad electoral de los partidos políticos: la relevancia constitucional de estos en el Estado social y democrático de Derecho de nuestro tiempo, en todo caso desde la perspectiva española; así como la labor normativa desarrollada respecto de la competición en las urnas, con la caracterización de sus principales fuentes. Evidentemente, ello exigirá ocuparse de la posición de la JEC en el sistema, de forma que su naturaleza permita entender sus decisiones y el papel que estas desempeñan en la ordenación de los comicios. En fin, se busca establecer un marco teórico básico.
- la segunda tiene una orientación meramente cuantitativa, con el objetivo de ordenar las decisiones atendiendo a criterios cronológicos y la materia sobre la que versan. Se tratará de disponer de una visión inicial pero global de ellas, que permita establecer determinadas conclusiones provisionales acerca de la mayor o menor intensidad de la intervención de este órgano en cada momento.
- la tercera presenta un análisis cualitativo de las decisiones, persiguiendo distinguir en ellas una orientación interpretativa de la ley o de las Instrucciones, aplicativa de lo dispuesto en ellas o en la doctrina anterior o, en fin, otra que no se corresponda con ninguna de estas.
- finalmente, en la cuarta parte, de conclusiones, identificamos los aspectos de interés que resultan del entrecruzamiento de las observaciones que se han presentado en el análisis cuantitativo y cualitativo. Así pues, en él se incluyen las ideas fundamentales relativas al propósito del estudio; acerca de cuáles son las materias más problemáticas en relación con los partidos políticos y cuál es en esta esfera la incidencia de las decisiones de la JEC en otras fuentes del Derecho electoral (singularmente, la LOREG y las Instrucciones).

1. La actividad electoral de los partidos políticos

1.1 Idea general de los partidos políticos

La especial importancia de los partidos políticos queda consolidada en el texto constitucional cuando se hace referencia a ellos en una parte tan medular como el Título Preliminar. Así pues, el art. 6 CE dicta que aquellos “expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley.

Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”. Este precepto es una muestra de la importancia de esta “forma particular de asociación” (FJ 1, STC 3/1981) ha logrado en los Estados democráticos contemporáneos. Hace ya décadas que Azcárate⁵ los había considerado como “órganos de las distintas aspiraciones sociales, las cuales, condensadas y depuradas, señalan el camino que en cada momento deben seguir los pueblos”; sin embargo, hoy, tras un desarrollo que partía desde la oscuridad de la prohibición, han adquirido un papel protagonista en la vida política avalado por el hecho de que el ordenamiento jurídico-público les confiere relevancia singular tanto dentro como fuera de las instituciones. Así “se trata de otorgar reconocimiento jurídico constitucional a algo ya preexistente en la praxis política, tan preexistente que las propias constituciones deben su existencia a los partidos con representación en las cámaras constituyentes o con funciones constituyentes”⁶.

No es para menos. La creciente complejidad de la actividad del Estado y de los retos a los que ha de enfrentarse, así como la influencia de los medios de comunicación social y los mayores índices de formación de la población respecto a los de décadas atrás han llevado a que la propia naturaleza de las cosas (y los numerosos factores que en ella inciden) configuren la necesidad de vehicular y estructurar los posicionamientos políticos desde la sociedad a los órganos estatales para que aquellos se materialicen más allá de la esfera ideal. En este sentido, Pérez-Moneo⁷ señala que “lo que singulariza a un partido respecto de las asociaciones de régimen común son las funciones de comunicación entre el Estado y la sociedad que están llamados a realizar”; así como que “el mecanismo más importante para la comunicación entre la sociedad y el Estado son las elecciones, en las que los partidos actúan reduciendo la diversidad social”. A partir de esto, el silogismo parece claro y así su conclusión: la singularidad de las formaciones políticas guarda relación con el papel fundamental que éstas están llamadas a desempeñar cuando los ciudadanos son llamados a las urnas.

No obstante, no puede ello conducirnos a pensar que el protagonismo de los partidos es un rasgo únicamente característico de los períodos en los que está en marcha un proceso electoral. Ha de verse que la extensión de estos en todas las estructuras y niveles de organización territorial del Estado (y más allá, por ejemplo en la Unión Europea), su trasunto en las Cámaras (los siempre difíciles de ca-

5 *Apud* PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976, p. 322.

6 GARCÍA PELAYO, M., *El Estado de partidos*. Alianza, Madrid, 1986, p. 49.

7 PÉREZ-MONEO, M., GARROTE DE MARCOS, M. Y PANO PUEY, E., *Derecho electoral español*, Juruá, Porto, 2019, p. 92.

racterizar grupos parlamentarios) y la sucesión de convocatorias llevan a la indiferenciación de esas etapas que configuran una suerte de carrera continua en la que siempre están en el foco. Además, siendo una función esencial de los partidos hoy día, no puede decirse que agote todas las que tienen. Sí que podrá considerarse, empero, la más determinante no solo por lo tocante al modo en el que los modelos de democracia conducen a su predominio, sino también por la propia influencia que despliega en la configuración de estos propios entes. Así pues, “la necesidad de someterse al proceso electoral para la conquista legal del aparato del Estado obliga a un cambio en la estrategia e incluso en la concepción misma de tales organizaciones”⁸, de modo que “el partido-programa se desdibuja al generalizarse el contenido de este último elemento en provecho del partido-máquina (electoral)”.

La relevancia de estas asociaciones políticas se traduce también en cambios en la teoría del Estado, en el marco de la cual se ha venido acuñando la idea de Estado de partidos para hacer referencia al contexto actual de las democracias occidentales, cuyo funcionamiento pasa necesariamente por el papel desempeñado por estos. De este modo, García Pelayo⁹ viene a referir que:

“[...] la democracia de partidos es una adaptación del principio democrático -cuya enunciación cuenta con más de veinticinco siglos de existencia- a las nuevas coyunturas históricas y muy concretamente a dos factores conexiónados entre sí. El uno es la masificación del ejercicio de los derechos democráticos debido no solo al crecimiento demográfico de la sociedad, sino también a la extensión del sufragio (...) El otro consiste en el hecho de que la sociedad en la que tiene que transcurrir el proceso democrático en nuestro tiempo es una sociedad organizacional (...) en la que apenas es posible conseguir un bien o un servicio y, en general, realizar un objetivo vital sin la mediación de una o varias organizaciones”.

A pesar de que esa relevancia se da en una pluralidad de esferas, por razones obvias nuestra atención ha de centrarse en la misión electoral. Siguiendo a Morodo¹⁰ cabe señalar que el art. 6 CE establece el esqueleto del Derecho de parti-

8 BASTIDA FREJEDO, F.J., “La relevancia constitucional de los partidos políticos y sus diferentes significados. La falsa cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos”, GONZÁLEZ ENCINAR, J.J., *Derecho de partidos*, Espasa Calpe, Madrid, 1992, p. 72.

9 GARCÍA PELAYO, M., *El Estado de partidos*. Alianza, Madrid, 1986, p. 73.

10 MORODO, R. Y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “Artículo 6º”, ALZAGA, O. (dir): *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Edersa, Madrid, 2006, p. 327.

dos, el cual “contempla cuanto se refiere a su nacimiento, a su vida y a su desaparición” de un modo que puede hablarse de “un sector del ordenamiento jurídico que posee la unidad y relevancia suficientes para justificar su estudio específico”. En este esquema, la actividad vinculada a las elecciones se referiría a ese momento de desarrollo vital, de actividad continuada de las formaciones. De hecho, se dirá que estas contribuirán de manera relevante al derecho de participación consagrado en el art. 23 CE hasta el punto de que “la representación política contemporánea se caracteriza por un hecho significativo: la inserción de los partidos políticos en los procesos electoral y parlamentario, que están estrechamente vinculados a ella”¹¹. Es algo que ha reiterado también la jurisprudencia constitucional en su consideración de que este tipo singular de asociación pone “a disposición de los ciudadanos en general y de los electores en particular una pluralidad de opciones políticas para que puedan formar sus propias opiniones políticas y, en el momento electoral, para que puedan elegir libremente los programas que estimen más adecuado” (FJ 14, STC 136/1999).

1.2. La singular posición de los partidos políticos en las elecciones y la problemática de su regulación.

La presentación a los electores de un conjunto de candidaturas y la escenificación de la diversidad que estas suponen en el plano ideológico sirve como motor a la democracia, como escaparate de las distintas orientaciones que puede tomar el rumbo de la colectividad. Los enfoques en materia de partidos políticos llevan ya tiempo poniendo de manifiesto los parecidos entre esta actividad y el mercado, uno de los foros fundamentales de las sociedades contemporáneas. Así pues, autores como Morlok¹² plantean que “la esencia del fenómeno político estaría en la idea de intercambio, un intercambio en el que los votantes cederían su voto a cambio de decisiones políticas que benefician o sirven a sus intereses”, de forma que “el proceso político que se regula jurídicamente tiene un gran elemento de actuación competitiva y (...) por ello se puede describir y analizar como una forma de competencia”¹³. A estas ideas tampoco ha estado ajena la doctrina española, en la que se ha llegado a decir que “los partidos operan como *political enterprises* que, al igual que cualquier empresa, tratan de maximizar sus beneficios satisfaciendo, de un lado, las demandas ya existentes en ciertos sectores de la sociedad y, de otro, creando artificialmente demandas seguidas de la oferta de sa-

11 LUCAS VERDÚ, P. Y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Manual de Derecho Político*. Volumen 1, Tecnos, Madrid, 1987, p. 235.

12 MORLOK, M., *Escritos de derecho de partidos*. Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 175.

13 *Ibid* 12, p. 134.

tisfacérlas a fin de acrecer sus beneficios en el mercado electoral en una coyuntura dada”¹⁴.

En consecuencia, al igual que el *laissez faire, laissez passer* ha quedado obsoleto en la esfera económica y que los poderes públicos regulan en la actualidad dicho sector de forma intensa con el objetivo de evitar prácticas anticompetitivas que redunden en el perjuicio de los intereses colectivos, en la esfera electoral también se dará una profunda actividad legislativa que trata de acotar la capacidad de los diferentes actores de condicionar los resultados, de adulterar espuriamente la voluntad cuya expresión se le supone a la ciudadanía llamada a las urnas. Sin embargo, al contrario de lo que ocurre en relación con otros sectores del ordenamiento jurídico, aquí se dará una paradoja fundamental, a saber, que “en el caso de la competencia política, en la que los partidos son los principales actores, la peculiaridad reside en el hecho de que son los propios competidores, a través de sus representantes en el Parlamento, quienes tienen en sus manos la regulación de esa competencia”¹⁵.

Por consiguiente, no será extraño que la plasmación en la legislación electoral del papel de las formaciones políticas sea un reflejo de su importancia en la realidad práctica y, más aún, sirva de elemento que potencie esta última. Así pues, el concepto de retroalimentación permitirá explicar las conexiones entre la normación de los partidos, del sistema electoral y del procedimiento electoral. Siguiendo a Delgado-Iribarren¹⁶ la preponderancia de los partidos en la legislación electoral frente a otros sujetos como los candidatos individualmente considerados o las agrupaciones de electores viene a configurarse en la organización y los procedimientos electorales a partir de cuatro pilares fundamentales, a saber:

- la capacidad decisoria respecto de la composición no judicial de las Juntas electorales, de acuerdo con los arts. 9 a 11 LOREG.
- la legitimación privilegiada en la presentación de candidaturas a las elecciones (art. 44 LOREG), sin que tengan necesidad de recabar firmas (avales) en apoyo de su concurrencia o siendo los requisitos cuantitativos llamativamente inferiores.
- el protagonismo en la asignación de recursos para desarrollar actividades de campaña electoral, tanto por lo que se refiere a la distribución gratuita de lu-

14 GARCÍA PELAYO, M., *El Estado de partidos*. Alianza, Madrid, 1986, p. 78.

15 MORLOK, M., *Escritos de derecho de partidos*. Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 175.

16 DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., “Partidos y candidatos en el proceso electoral”, PAU I VALL, F. (coord.), *Parlamento y diputado*, Tecnos, Madrid, 2011.

gares y locales públicos para actos presenciales (arts. 56 y 57 LOREG) como en cuanto a la emisión de espacios de propaganda en la televisión y radio de titularidad pública (arts. 61 a 67 LOREG).

- la financiación electoral, cuyo monto dependerá de los asientos obtenidos en el correspondiente órgano de representación (arts. 127, 175, 193 y 227 LOREG) y con una regulación de los anticipos vedada a ellos según el último escrutinio (art. 127bis LOREG).

Evidentemente, la referida preponderancia se potenciará no respecto de cualquier tipo de partido político, sino fundamentalmente de aquellos que ya tienen una presencia relevante en la esfera pública e institucional. En todo caso, este marco lleva a que pueda sostenerse que “nuestra legislación electoral ha reconocido que existe un sujeto pasivo en las elecciones, el elector, y un sujeto activo y protagonista en todo el proceso electoral: los partidos políticos”¹⁷, siendo que además estos desarrollarán una labor de garantía de la limpieza del desarrollo de las elecciones a través del conjunto de atribuciones que normativamente se les conceden. A mayor abundamiento, no solo tendrán relevancia las potestades atribuidas a éstos como sujetos jurídicos, sino también todas aquellas conferidas a los integrantes de las listas, por cuanto “de facto los partidos políticos extienden su intervención en el control electoral a través de los candidatos individualmente considerados y de los representantes de las candidaturas”¹⁸.

1.3. Las fuentes del Derecho electoral

Habiéndose dibujado ya la singularidad del ordenamiento electoral, queda establecer un catálogo de las principales fuentes que éste presenta, las cuales pueden estructurarse en cuatro grandes categorías. A ellas evidentemente habría que sumar la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos que, sin ser con carácter general encuadrable en este sector del Derecho, tiene un valor fundamental para nuestro propósito.

En primer lugar, la que otrora era el vértice de la pirámide kelseniana de la jerarquía normativa y hoy es más bien el polo desde el que irradian todos los demás instrumentos jurídicos: la Constitución Española de 1978. Frente a lo que ocurre en algunos países en los que el núcleo de la materia se encuentra en la legislación ordinaria, la ley fundamental en nuestro caso contiene diversos preceptos re-

17 RALLO LOMBARTE, A., *Garantías electorales y Constitución*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 317.

18 *Ibid* 17, p. 318.

lativos a los comicios cuya trascendencia radica en los efectos de su incorporación, o sea, en el hecho de que tales elementos cuenten con la protección frente a posibles reformas que se deriva de la parte concreta en la que se enmarquen, así como de la correspondiente tutela jurisdiccional. La supremacía formal y material de la norma constituyente ancla su contenido como cimiento básico del sistema político. Así pues, aparte del art. 6 CE ya referido, debemos señalar que:

- en el Título I *De los derechos y deberes fundamentales*, el art. 23 CE refiere que “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” (apartado 1) y que “asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes” (apartado 2).
- en el Título II *De las Cortes Generales* se cifran cuestiones clave en relación a la elección de las Cortes Generales: Congreso de los Diputados (art. 68 CE) y Senado (art. 69 CE). También en el art. 70 CE se determinan causas de inelegibilidad e incompatibilidad y el control jurisdiccional de las actas y credenciales de los miembros de ambas cámaras, así como la reserva de su regulación por la ley electoral. Por su parte, el art. 81 CE determina la reserva formal a la ley orgánica de la regulación del régimen electoral general (cuyos contornos fueron fijados especialmente por las SSTC 49/1981, 38/1983 y 72/1984).
- en el Título VIII *De la organización territorial del Estado* se plasma el carácter democrático y representativo de las entidades locales (municipio y provincia, respectivamente en los arts. 140 y 141 CE; en este sentido, especialmente relevante es la STC 103/2013), el que sea competencia exclusiva del Estado “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” (art. 149.1.1 CE), así como las bases de la elección de las Asambleas legislativas autonómicas (art. 152 CE). Aunque en este último caso solamente se hace referencia a las que se constituyeron por la vía del art. 151 CE, se ha dado la extensión de tales rasgos a la totalidad de ellas por la STC 225/1998 (con jurisprudencia reiterada en las SSTC 197/2014 y 15/2015).

La idea fundamental será “asegurar con rango constitucional el elemento que actúa como pilar fundamental de un régimen de competencia justo y leal”¹⁹. Así

19 MORLOK, M., *Escritos de derecho de partidos*. Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 176.

pues, aunque Fernández Sarasola²⁰ refiere que “prohibidos durante ocho lustros, los partidos políticos regresaron con una fuerza no exenta de revancha y en el diseño constituyente se garantizaron un protagonismo pleno, reduciendo a breves pinceladas los mecanismos de democracia directa”, ciertamente el protagonismo de estos, al menos en el terreno electoral, no aparecía tan predeterminado en la Constitución como pudiera parecer. Si bien esta dejó el terreno abonado y dispuesto para una regulación partidocéntrica, la semilla germinaría sobre todo por el impulso que supuso la legislación orgánica, influida eso sí por los factores reales del poder (por decirlo según la afortunada expresión de Lasalle) que la animaron e inspiraron.

En estricta conexión con lo anterior, debe tenerse presente el papel del Tribunal Constitucional que, a través de sus resoluciones, ha ido resolviendo los problemas interpretativos y sentando doctrina acerca del modo en el que procede leer el texto constitucional. Una de sus aportaciones más cruciales es el establecimiento de un cuerpo de principios que iluminan la zona gris en la que muchas veces se topa quien pretende adentrarse en las entrañas del ordenamiento y en los problemas derivados de su aplicación. Así pues, entre dicho catálogo podría referirse siguiendo a González Rivas²¹ el principio de pluralismo político, el de proporcionalidad, el de conservación de los actos electorales, el de libertad de configuración normativa o el de interpretación más favorable a los derechos fundamentales.

En segundo lugar, la LOREG será el texto crucial en cuanto a la regulación de los comicios: supone el cuerpo principal de Derecho electoral español. Su rango de ley orgánica trata de garantizar que el contenido no es producto de la voluntad de unos pocos, sino reflejo de la sensibilidad mayoritaria de las Cámaras al tiempo de configurar una materia tan sensible. Asimismo, se ocupa de cuestiones materialmente heterogéneas, pero cuyo núcleo común es su vinculación con las elecciones, llegando incluso incorporarse la tipificación de delitos y el establecimiento de penas en su articulado. En su estructura recuerda al Code Électoral francés²², toda vez que, salvo las previsiones relativas a las elecciones a los Parlamentos autonómicos (que no obstante engazarán llamativamente con ella), proporciona un marco común para las demás.

20 FERNÁNDEZ SARASOLA, I., “Evolución (e involución) en la idea de partido político en la historia española” en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (coord.): *Mecanismos de exclusión en la democracia de partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 115.

21 GONZÁLEZ RIVAS, J.J., “La evolución e importancia de la doctrina constitucional en materia electoral: síntesis expositiva de criterios de aplicación”, DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M.: *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum*, La ley, Madrid, 2014.

22 FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1986, p. 817.

En tercer lugar, si bien con una importancia más ceñida al procedimiento y, por lo tanto, de detalle, cabe referir la existencia de normas reglamentarias que inciden sobre la materia. Entre ellas destaca el Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales. Ni que decir tiene que la relevancia de los reglamentos debe ceñirse a aspectos organizativos y de intendencia, ya que la injerencia del Gobierno en estos asuntos debe ser contemplada con cautela o, directamente, con suspicacia y alerta.

Finalmente, en cuarto lugar, conviene apuntar la existencia de productos de la Administración electoral que en la práctica desempeñarán un papel análogo al de una fuente secundaria del ordenamiento.

De forma preliminar, debe entenderse que con bajo el concepto de Administración electoral se incluye a aquellos órganos establecidos por la ley para desarrollar una serie de funciones específicas para el funcionamiento del proceso democrático cuya sensibilidad aconseja que sean encomendadas a estructuras ideológicamente neutrales e independientes (requisitos que no cumpliría una de carácter puramente parlamentario ni, por supuesto, gubernativo). Podría argumentarse que nos hallamos ante una autoridad administrativa independiente, aunque ello no estaría exento de polémica²³. En este sentido, el Capítulo III del Título I LOREG se dedica íntegramente regular las Juntas Electorales, las Mesas y Secciones y la Oficina del Censo Electoral. Ha de tenerse en cuenta que esta norma “en un lógico gesto de desconfianza hacia el Ejecutivo, ha depositado en la Administración electoral la mayoría de las funciones de control electoral pero no se ha atrevido -o no ha creído conveniente- dar el último paso, desapoderado a la Administración de todas sus potestades y encomendando las a estos órganos ad hoc”²⁴.

El art. 8 LOREG dicta que “la Administración electoral tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad” (apartado 1) y que la integran “las Juntas Electorales, Central, Provincial, de Zona y, en su caso, de Comunidad Autónoma, así como las Mesas Electorales”. Nos centraremos en la primera de ellas, debiendo decirse que su composición (recogida en el art. 9 LOREG) pretende garantizar la independencia (real y aparente) a través de los requisitos de elegibilidad (Magistrados del Tribunal Supremo, con lo que comporta la presencia judicial en términos de garantías, y catedráticos de universidad; subgru-

23 SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid, 2018, p. 525.

24 RALLO LOMBARTE, A., *Garantías electorales y Constitución*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 200.

pos de ambos cuerpos técnicos que no encuentran escalón superior) y del modo de selección (el azar y el consenso parlamentario, respectivamente). En concreto, atendiendo a la enumeración de funciones que se opera en el art. 19 LOREG, pueden destacarse aquellas conectadas a las dos fuentes que destacaremos: las Instrucciones y los Acuerdos. En este sentido,

- “c) Cursar instrucciones de obligado cumplimiento a las Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma, en cualquier materia electoral”.
- “d) Resolver con carácter vinculante las consultas que le eleven las Juntas Provinciales y, en su caso, las de Comunidad Autónoma”.
- “e) Revocar de oficio en cualquier tiempo o, a instancia de parte interesada dentro de los plazos previstos en el artículo 21 de esta Ley, las decisiones de las Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma, cuando se opongan a la interpretación de la normativa electoral realizada por la Junta Electoral Central”.
- “f) Unificar los criterios Interpretativos de las Juntas Electorales, Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma en la aplicación de la normativa electoral”.
- “h) Resolver las quejas, reclamaciones y recursos que se le dirijan de acuerdo con la presente Ley o con cualquier otra disposición que le atribuya esa competencia”.

A pesar de lo que refiere el apartado c, no se puede establecer una vinculación directa entre cada una de estas funciones y un determinado tipo de instrumento. De hecho, ambos son lato sensu Acuerdos. La cuestión estribará en que estos, interpretado el término en un sentido estricto, resuelven asuntos problemáticos, de menor entidad y de forma más concisa, lo que da lugar a una mayor abundancia. Sin embargo, las Instrucciones se elaboran expresamente con el propósito de clarificar determinados extremos (incluso en el caso de que no hayan causado aún problemas prácticos, pero la Junta considere que eventualmente podrían generarlos: véanse en este sentido la Instrucciones JEC 1/2011, 2/2011, 3/2011 y 4/2011).

Conforme al art. 18.6 LOREG “las Juntas Electorales deberán proceder a publicar sus resoluciones o el contenido de las consultas evacuadas, por orden de su Presidente, cuando el carácter general de las mismas lo haga conveniente. La publicidad se hará en el Boletín Oficial del Estado, en el caso de la Junta Electoral Central, y en el Boletín Oficial, en los demás”. Así pues, como señala Delga-

do-Iribarren²⁵ “todos aquellos acuerdos de las juntas electorales que puedan tener un alcance general, además de su notificación a los interesados, deberán publicarse”. De este modo, se garantiza que potencialmente todos los sujetos que pudieran verse en un futuro afectados por supuestos de hecho similares y sus correspondientes interpretaciones conozcan el criterio de la JEC. No obstante, el gran número de resoluciones que se han adoptado en las décadas de funcionamiento de este órgano y el carácter singularísimo que éstas presentan hacen de los Acuerdos que no se consagran en Instrucciones un elemento del marco electoral absolutamente olvidado.

En definitiva, los Acuerdos de la JEC se colocarán a la sombra de otras fuentes del derecho cuya utilidad inmediata es infinitamente mayor. Sin embargo, la ausencia de estudio detenido hace que al mismo tiempo sean un interesante objeto de análisis, siquiera para corroborar esta sospecha de forma empírica y al menos en lo relativo a uno de los campos temáticos en los que se han desarrollado; el de los partidos políticos.

25 DELGADO-IRIBARREN GARCÍA CAMPERO, “Artículo 18”, DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum*, La ley, Madrid, 2014, p. 210.

2. Análisis cuantitativo de la doctrina de la JEC sobre partidos políticos (junio de 1985-julio de 2022)

2.1. Número de Acuerdos

Centrándonos en los Acuerdos de la JEC en el período de vigencia de la LO-REG (desde el 24/06/1985) hasta el final de julio de 2022, puede señalarse que, de un total de 12.351 publicados, solo 307 son categorizados en su descriptor de materia por el buscador del órgano como relativos a “partidos políticos” (a fecha de 24 de septiembre de 2022). Esto es solamente un 2,49% del total.

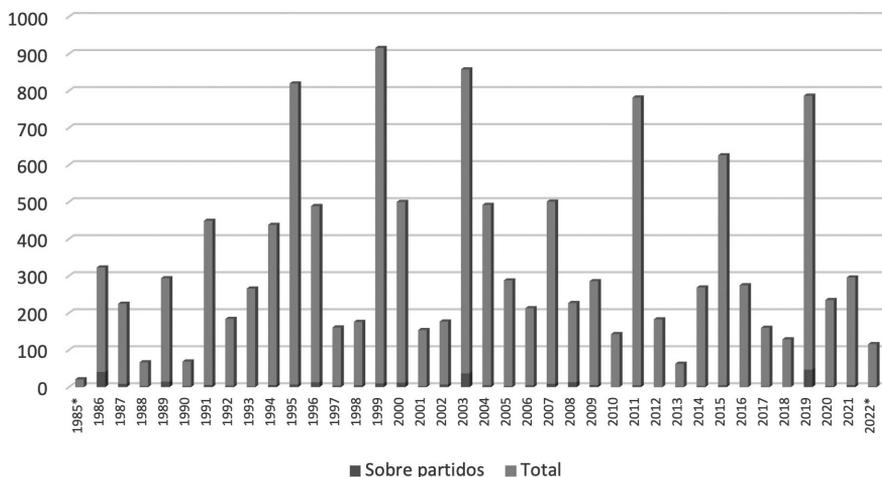
En la **Tabla 1** y la **Figura 1** se muestran los datos del total de los Acuerdos JEC, antecedido este dato de la concreción de aquellos que se corresponden con “partidos políticos”.

Tabla 1. Número total de Acuerdos JEC por año

Año	Partidos pol.	Total	Año	Partidos pol.	Total
1985*	1	20	2004	5	487
1986	41	282	2005	3	285
1987	9	216	2006	5	208
1988	3	64	2007	9	492
1989	15	279	2008	13	214
1990	3	66	2009	6	280
1991	6	443	2010	1	142
1992	4	180	2011	5	777
1993	2	264	2012	1	182
1994	6	432	2013	2	61
1995	7	813	2014	3	266
1996	13	476	2015	5	621
1997	4	157	2016	1	274
1998	5	171	2017	2	158
1999	10	906	2018	0	129
2000	12	488	2019	47	740
2001	3	151	2020	3	232
2002	7	170	2021	6	290
2003	37	821	2022*	2	114

Fuente: Elaboración propia.

Figura 1. Número total de Acuerdos JEC por año



Fuente: Elaboración propia.

De forma más visual podemos analizar el porcentaje de Acuerdos sobre partidos políticos respecto del total, datos que se muestran en la **Tabla 2** y la **Figura 2**.

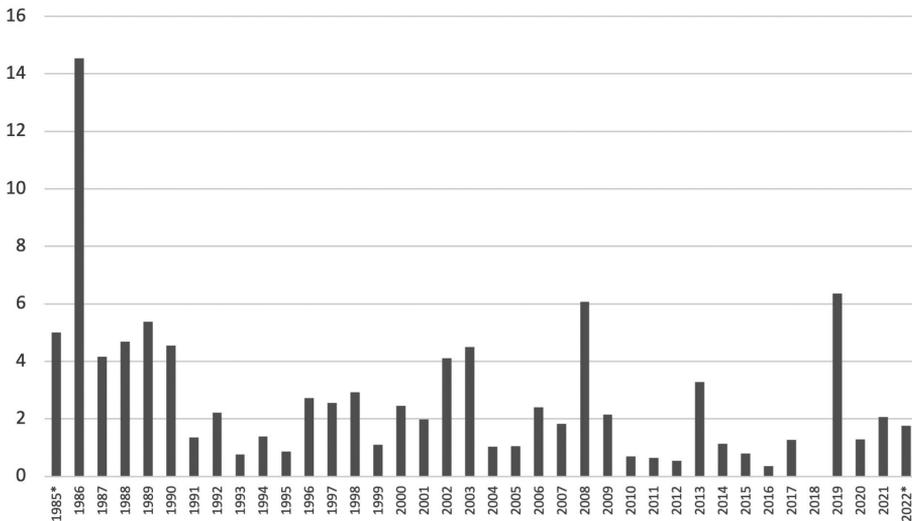
Tabla 2. Acuerdos JEC sobre partidos políticos (%)

Año	% partidos políticos	Año	% partidos políticos
1985*	5	2004	1,03
1986	14,54	2005	1,05
1987	4,17	2006	2,40
1988	4,69	2007	1,83
1989	5,38	2008	6,07
1990	4,55	2009	2,14
1991	1,35	2010	0,70
1992	2,22	2011	0,64
1993	0,76	2012	0,55
1994	1,39	2013	3,28
1995	0,86	2014	1,13
1996	2,73	2015	0,81
1997	2,55	2016	0,36
1998	2,92	2017	1,27

1999	1,10	2018	0,00
2000	2,46	2019	6,35
2001	1,99	2020	1,29
2002	4,12	2021	2,07
2003	4,51	2022*	1,75

Fuente: Elaboración propia.

Figura 2. Acuerdos JEC sobre partidos políticos (%)



Fuente: Elaboración propia.

Dos son las correlaciones que podrían llamar la atención especialmente y que nos llevan a establecer conclusiones provisionales con las que continuar nuestro camino.

La primera es el mayor número de Acuerdos de la JEC en general en aquellos años en los que se han celebrado elecciones municipales y autonómicas en las comunidades “de régimen general” (aquellas que hacen coincidir sus comicios con los locales). Así pues, todos estos valores se encuentran por encima de la media, que es de 339 Acuerdos, con la única excepción de 1987, cuando todavía no se habían operado las reformas de los Estatutos a los efectos de que la fecha fuera la misma en el caso de ambas convocatorias (1991). De hecho, los 7 años en los que se ha dado tal coincidencia son aquellos en los que más resoluciones hubo. A mayor abundamiento, solo el dato de 1987 está por debajo del promedio.

La segunda es que, a pesar de que pudiera advertirse una conexión entre los años con más Acuerdos de la JEC sobre partidos políticos y las elecciones generales, existen contraejemplos demasiado fuertes como para afirmar que es significativa. De este modo, aunque de los 7 años con más pronunciamientos 6 coincidieron con las legislativas estatales, otros 4 se encuentran muy por debajo de la media, que se sitúa en 8 por período (de manera extraordinaria algunos, como 1993 con 2 o 2016 con tan solo 1).

En fin, a la vista de los datos cabe entender que las sospechas que pudieran desprenderse de la lectura de la LOREG se corroboran con los datos: los años en los que no haya elecciones municipales y autonómicas en la mayoría de las comunidades ni tampoco comicios generales los registros de Acuerdos de la JEC serán previsiblemente más bajos.

2.1. Objeto de los Acuerdos

En cuanto a su contenido, los descriptores de materia que aparecen en los Acuerdos etiquetados como referidos a “partidos políticos” son hasta 141. Estos se caracterizan por ser heterogéneos y en muchas ocasiones repetitivos (haciendo referencia a una misma cuestión con denominaciones dispares) o, las más de las veces, designando únicamente una resolución, por lo que su potencialidad informativa para nuestro propósito es muy limitada. Sin embargo, puede tratar de llevarse a cabo una síntesis que nos proporcione una visión de conjunto más operativa. Así pues, en la **Tabla 3** se muestran los nuevos grupos (y sus integrantes) a partir de los cuales estaremos en disposición de estudiar las decisiones de la JEC.

Sus frecuencias aparecen en la **Tabla 4** y la **Figura 3**. Téngase en cuenta que un mismo Acuerdo puede vincularse a distintos descriptores de materia.

Tabla 3. Categorías propias de análisis según objeto y elementos (descriptores de materia de la JEC)

Administración electoral	Administración electoral (1); Junta Electoral Central (3); Juntas Electorales - acuerdos (21); Juntas Electorales - competencias (7); Juntas Electorales de comunidades autónomas (8); Juntas Electorales de zona (6); Juntas Electorales Provinciales (22); Mesas electorales - miembros (2); Mesas electorales (1); Oficina del censo electoral (2); Vocales de origen judicial de juntas electorales (1); Vocales no judiciales de juntas electorales - designación (1); Vocales no judiciales de juntas electorales - incompatibilidad (1); Vocales no judiciales de juntas electorales (1).
Campaña y su desarrollo	Actos de campaña electoral - irregularidades (2); Actos de campaña electoral (2); Actos institucionales - irregularidades (1); Campaña institucional - irregularidades (4); Campaña institucional (3); Encuestas y sondeos (3); Jornada de reflexión - irregularidades (1); Jornada de reflexión (1); Locales para actos de campaña (1); Mailing (2); Propaganda electoral - irregularidades (7); Propaganda electoral (19); Publicidad institucional (2); Publicidad institucional - irregularidades (6); Reuniones y manifestaciones (1)
Comunidades autónomas	Administración autonómica (1); Diputados autonómicos - credenciales (1); Elecciones autonómicas (8)
Desarrollo de la votación y del escrutinio; derecho de sufragio activo	Censo electoral - datos (6); Censo electoral - irregularidades (1); Colegios electorales - accesibilidad (1); Colegios electorales - ubicación (1); Derecho de sufragio activo (1); Documentos de identificación personal (1); Electores (1); Escrutinio - irregularidades (2); Escrutinio (2); Papeletas y sobres electorales (10); Protección de datos (1); Resultados electorales - cómputo (2); Resultados electorales - provisionales (1); Resultados electorales - publicidad (1); Resultados electorales (3); Secciones electorales (1); Votación (1); Voto del Censo Especial de Residentes Ausentes (1); Votos en blanco (1); Votos válidos y nulos (2).
Financiación electoral	Cuentas electorales (1); Espacio gratuito (21); Financiación de formaciones políticas (4); Gastos y subvenciones electorales - anticipos (5); Gastos y subvenciones electorales - cantidades (1); Gastos y subvenciones electorales - límites (2); Gastos y subvenciones electorales - requisitos (4); Tribunal de Cuentas (1)
Identidad, composición e identificación de los sujetos electorales y sus instrumentos	Administradores electorales (2); Agrupaciones de electores (14); Apoderados e interventores (5); Candidatos - elegibilidad (2); Candidaturas - avales y firmas (3); Candidaturas - irregularidades (3); Candidaturas - presentación (25); Candidaturas - proclamación (9); Coaliciones electorales (32); Credenciales de representantes, apoderados e interventores (2); Denominaciones, siglas y símbolos - irregularidades (2); Denominaciones, siglas y símbolos (51); Emblemas (1); Federaciones (6); Firmas y avales (1); Registro de partidos políticos (2); Representante electoral (13); Representantes electorales - designación (13)
Municipios y otros entes desconcentrados	Administración local (1); Alcaldes - moción de censura (1); Comisión gestora - constitución (1); Comisión gestora - designación (1); Comisión gestora - miembros (1); Concejales - expulsión o separación (1); Concejales - incompatibilidad (1); Concejales - renuncia (2); Concejales - sustitución (2); Concejales - vacantes (3); Concejales (9); Entidades locales menores (1); Grupos municipales (9); Vocales de juntas vecinales (1)

Prensa y medios de comunicación	Comisión de radio y televisión (7); Comisión de radio y televisión de comunidad autónoma o provincial (1); Derecho de rectificación (1); Ente público (1); Entrevistas y debates (6); Internet y otros medios electrónicos (5); Medios de comunicación privados (4); Medios de comunicación públicos (29); Neutralidad informativa y pluralismo político (12); Plan de cobertura informativa (11); Prensa (1); Radio (1); Televisión (2).
Provincias y otras agrupaciones de municipios	Diputados provinciales - renuncia (1); Diputados provinciales - vacantes (1); Elecciones de diputados provinciales (2); Diputaciones provinciales - competencias (1); Diputados provinciales - elegibilidad (1); Partido judicial (2); Consejeros comarcales - credenciales (1); Consejeros comarcales - sustitución (2); Diputados provinciales - número (3); Diputados provinciales (2); Diputaciones provinciales (3); Diputados provinciales - designación (1); Diputaciones provinciales - constitución (1); Consejos comarcales (1).
Recursos administrativos	Recursos administrativos (47)
Otras	Actividades de formaciones políticas (1); Certificaciones (1); Circunscripción electoral (2); Denuncias y reclamaciones (19); Disolución (2); Elecciones al parlamento europeo (2); Elecciones generales (5); Elecciones locales (3); Elecciones parciales (1); Elecciones simultáneas (2); Inhabilitación o suspensión (1); Irregularidades, infracciones y delitos electorales (3); Lenguas españolas (3); Mandato electoral (1); Multas y sanciones (3); Plazos (2); Recursos contenciosos-administrativos (4); Recursos contenciosos-electorales (1); Referéndum (2); Renuncia, incapacidad o fallecimiento (2); Tribunal Supremo (1).

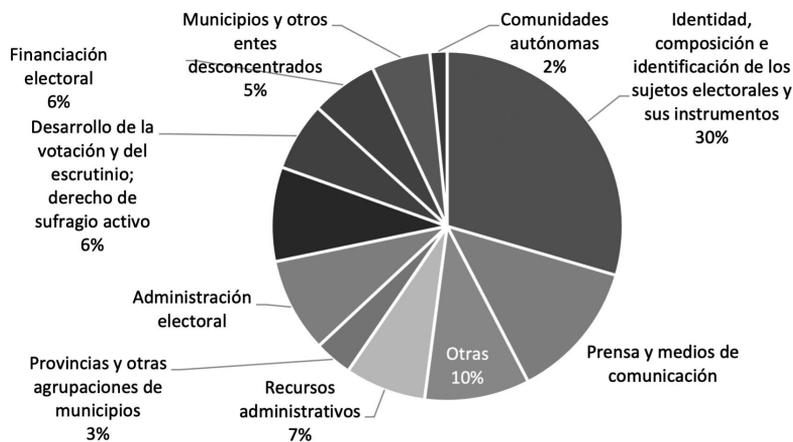
Fuente: Elaboración propia.

Tabla 4. Frecuencias de Acuerdos JEC sobre partidos políticos por categoría

Categoría	Frecuencia
Identidad, composición e identificación de los sujetos electorales y sus instrumentos	186
Prensa y medios de comunicación	81
Otras	61
Recursos administrativos	47
Provincias y otras agrupaciones de municipios	22
Administración electoral	55
Campaña y su desarrollo	55
Desarrollo de la votación y del escrutinio; derecho de sufragio activo	40
Financiación electoral	39
Municipios y otros entes desconcentrados	34
Comunidades autónomas	10

Fuente: Elaboración propia.

Figura 3. Frecuencias de Acuerdos JEC sobre partidos políticos por categoría (%)



Fuente: Elaboración propia.

En suma, a primera vista destaca que la mayor parte de las cuestiones se centran en las materias relativas a la propia identidad, composición e identificación de los sujetos electorales y de las candidaturas, una categoría transversal para los diferentes comicios y dentro de la cual destacan sobre todo los problemas relativos a denominaciones, siglas y símbolos, así como a las coaliciones electorales. Sin embargo, cuestiones que han centrado la atención del legislador de forma especial como la financiación electoral no parecen tan problemáticas (téngase en cuenta la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos y la reforma operada en ella por la Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre).

3. Análisis cualitativo de la doctrina de la JEC sobre partidos políticos (junio de 1985-julio de 2022)

En cuanto al análisis cualitativo de la doctrina de la JEC, conviene llevar a cabo una primera selección de todos aquellos acuerdos cuyo contenido no se refiere fundamentalmente a la acreditación de la incompetencia del propio órgano y que entran a conocer acerca de la cuestión correspondiente en cada caso.

Sobre esta base, distinguiremos para cada una de las categorías señaladas en el análisis cuantitativo los pronunciamientos que contienen una interpretación doctrinal relevante, de modo que podamos apreciar las aportaciones principales

de esta fuente del Derecho electoral a la regulación del desempeño de la función homónima por los partidos políticos. Ello nos permitirá advertir si su relevancia como tal es notable o simplemente lleva a cabo la formulación de criterios residuales para solucionar problemas prácticos concretos.

Aunque en el capítulo anterior habíamos clasificado la doctrina atendiendo a los descriptores incluidos en cada una de las resoluciones, en este caso su contenido esencial se incorporará a las secciones dependiendo de a qué ámbito afecte de forma más sustancial. Así pues, las categorías se verán reducidas respecto de las que señalábamos previamente: en concreto, se prescindirá de las categorías “comunidades autónomas”, “recursos administrativos” y “otros”.

3.1. Administración electoral

En primer lugar, debe señalarse que todos aquellos pronunciamientos relativos a la incompetencia de la JEC podrían entenderse como vinculados a la Administración electoral. Sin embargo, la mayor parte de los Acuerdos se pronuncian en un sentido aplicativo de la legislación: identifican su objeto y, en consecuencia, remiten al órgano correspondiente para su resolución. Así pues, es notable que destaquen escasas resoluciones sobre esta cuestión.

Un interés especial puede referirse al asentamiento del criterio de asunción de la interpretación de la ley que resulte más favorable a la efectividad de un derecho fundamental. Este, que no es ajeno a la jurisprudencia constitucional (respecto del de sufragio, por ejemplo, SSTC 74/1995, FJ único; 26/2004, FJ 6; 76/2021, FJ 4) se reconocerá por la Junta para el de participación política en el caso de un retraso en un plazo que podía “justificarse en acuerdos de la Junta Electoral Central que le fueron notificados con posterioridad a esa fecha” (AJEC 43/2008). De este modo, se entiende que procede una “interpretación flexible de la legislación electoral”, que en todo caso se oriente hacia el fin que informa la configuración del conjunto del procedimiento.

Respecto de la composición de estos órganos, el AJEC 226/2004 señalaba que “quienes hayan sido designados miembros de Mesa y sean designados por una entidad política concurrente a las elecciones interventores para una Mesa ejercen su función en la Mesa para la que hayan sido designados interventores”. También con menor relevancia, destaca el AJEC 57/1990, de acuerdo con el cual la Administración electoral, al desarrollar actuaciones que tengan un “carácter esencialmente sancionador” deberá seguir el procedimiento correspondiente (máxime en tanto que se dé una remisión a la ley reguladora de este en la esfera administrativa).

En fin, la Administración electoral no será una materia de profusa doctrina en relación con los partidos políticos, fundamentalmente por el hecho de que de sus competencias y funciones se ocupa la LOREG de forma amplia (arts. 8 a 30 LOREG, en especial), así como por la escasa vinculación entre ambas cuestiones, que depende más de la coyuntura concreta en la que los asuntos se plantean a la JEC que de un nexo temático. Este órgano, no obstante, tendrá un protagonismo singular por cuanto que es aquel que dota de una mínima continuidad a tal Administración electoral. Así pues, recientemente el AJEC 363/2021 determinó que en aquellos supuestos en los que proceda realizar una elección complementaria en el ámbito de las Diputaciones Provinciales, esta sería “convocada por la Junta Electoral Central, único órgano permanente”, si bien la ausencia de medios lleva a que en la práctica sea necesario emplear fórmulas instrumentales diversas como, en tal caso, la realización de “una encomienda de gestión a la Secretaria General de la Diputación Provincial de Barcelona para que presida y realice dicha elección”. Ya Rallo Lombarte²⁶ señalaba que “la ausencia de un régimen profesionalizado y de dedicación exclusiva (salvo del Presidente durante el proceso electoral) desvirtúa y coloca la permanencia de la JEC en los mínimos imprescindibles”. Podríamos también añadir ahora un nuevo ejemplo de ello por lo tocante a los medios de los que dispone.

A la vista de lo anterior, puede apreciarse que los problemas que en esta materia se han presentado son de índole coyuntural y encajan como un guante en las expectativas que cabría tener sobre este instrumento normativo. Se dibuja una actuación de la Administración electoral coherente con su previsión legal y que entroncaría con la advertencia ya realizada por Morlok²⁷ respecto del Derecho de partidos en su vertiente electoral como una manifestación análoga a la de la regulación de la competencia: dado que “no es una materia jurídica que, por su mera existencia, ofrezca fuertes incentivos para que sus normas sean cumplidas, sino más bien para lo contrario”, “la opción más lógica es la de un control ejercido por organismos públicos independientes”. Las decisiones adoptadas por estos para los casos concretos que se someten a su criterio en modo alguno pueden venir a alterar el régimen establecido en la ordenación aplicable, sino únicamente a interpretarlo más allá de las notas generales y abstractas. En este sentido, sustantivamente se advierte que en tal labor hermenéutica no se transgreden los límites extendiendo de forma injustificada el papel reservado a los órganos que conforman la Administración electoral.

26 RALLO LOMBARTE, A., *Garantías electorales y Constitución*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 265.

27 MORLOK, M., *Escritos de derecho de partidos*. Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 177.

3.2. Campaña y su desarrollo

La campaña electoral presenta una regulación muy limitada en la LOREG (que le dedica fundamentalmente los arts. 53 a 58bis), lo que obliga a que sea completada con Instrucciones de la JEC (destacando la 4/2011) y a que la casuística presentada también sea considerable. En este sentido, recientemente se ha señalado cómo, entre otras materias, quedaría pendiente la revisión de la regulación de los debates electorales a nivel estatal²⁸.

En relación con los partidos políticos, una primera batería de Acuerdos puede identificarse como vinculada a la necesidad de interpretar la prohibición de campaña electoral establecida en el art. 53 LOREG. De acuerdo con este precepto, pueden distinguirse dos supuestos problemáticos:

- antes del comienzo de tal período: “desde la convocatoria de las elecciones hasta el inicio legal de la campaña, queda prohibida la realización de publicidad o propaganda electoral mediante carteles, soportes comerciales o inserciones en prensa, radio u otros medios digitales”.
- con posterioridad a su fin: “no puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado”.

La rigurosidad de esta limitación legal, empero, debe matizarse por cuanto es establecida “sin perjuicio de las actividades realizadas por los partidos, coaliciones y federaciones en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente reconocidas y, en particular, en el artículo 20 de la Constitución”. De este modo, es evidente que en un contexto de “campaña permanente” será difícil distinguir qué conductas de las formaciones políticas están orientadas de forma más clara hacia la consecución del rédito electoral y cuáles son simplemente parte de sus actividades ordinarias. En todo caso, debe tenerse en cuenta que el criterio será mucho más restrictivo cuando se trata de la jornada de reflexión y no de los momentos previos al comienzo de la campaña.

¿Dónde trazar el límite, entonces, entre la propaganda propia de la campaña y las manifestaciones de la libre expresión que lindan con ella? Básicamente, la JEC insiste en el criterio de “petición del voto” y en la “permisión legal de las ac-

28 NAVARRO MARCHANTE, V.J., “Los debates electorales en televisión: una necesaria revisión de su regulación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 116, 2019.

tividades habituales de las entidades políticas” (AJEC 10/1985). Sobre esta idea, sienta una serie de criterios:

- que “los actos de propaganda celebrados con anterioridad a la aprobación del Real Decreto de convocatoria de un referéndum no están sujetos a los límites que en materia de campaña establece la legislación electoral vigente” (AJEC 12/2005). Ello parece evidente, toda vez que en la mayor parte de los casos puede conocerse la fecha previsible de convocatoria a las urnas sin que tal circunstancia tenga relevancia en el extremo que nos ocupa, so pena de consagrar una gran inseguridad jurídica. Téngase en cuenta en todo caso que dicho pronunciamiento se dará respecto de la Ley de referéndum y no de la LOREG, aunque la consideración será plenamente predicable también de los procesos regulados por esta última.
- la necesidad que sean los órganos de la Administración electoral correspondiente los que lleven a cabo la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada uno de los casos de cara a analizar la admisibilidad de las conductas objeto de estudio en cada caso. Así pues, el AJEC 38/2011 venía a pronunciarse acerca de la posible celebración de un tradicional “día del partido” una vez convocadas las elecciones, señalándose que “no corresponde a la Junta Electoral Central la autorización previa de actos institucionales o de formaciones políticas, sino que su intervención es como consecuencia de la formulación de quejas, reclamaciones o interposición de recursos”. Por lo tocante a la “posibilidad de que un partido político pueda insertar en la prensa el día de reflexión el número de teléfono de su sede a efectos de que los electores puedan formular consultas relativas al censo para las elecciones”, el AJEC 346/2003 no entra en la cuestión y remite a lo que acuerde el órgano competente atendiendo a las circunstancias concretas.

Llamativamente, además, refiere que “las entidades políticas que no presenten candidatura propia a las elecciones locales no concurren a las elecciones, por lo que no pueden realizar actos de campaña electoral” (AJEC 147/1991). De esta afirmación se derivaría que solamente estos agentes están en disposición de realizar las actividades de campaña, lo que a priori podría considerarse equivocado e incoherente con la idea de que la jornada de reflexión protege el bien jurídico de una adecuada formación de la voluntad del elector sin la contaminación o insistencia en los mensajes propia del período que la precede (un propósito de evitar condicionamientos que, a la postre, sería también el que justifica las restricciones impuestas a las encuestas electorales en el art. 69 LOREG).

En este mismo sentido, la posibilidad de que los actores del proceso electoral establezcan directamente la comunicación con los ciudadanos sin pasar por los medios convencionales de información (prensa, televisión o radios) plantea los problemas acerca del modo de enfocar los mensajes por parte de aquellos. En el AJEC 111/2022 se reseña que estará amparada “la difusión de referencias a los actos de cierre de campaña electoral que únicamente contengan información objetiva, carente de connotación electoralista”, para lo que es menester desarrollar “el examen conjunto” del caso (sobre este asunto concreto, existe un voto particular discrepante).

Más allá de los pronunciamientos vinculados a la prohibición de campaña, amerita mención la interpretación del recientemente incorporado art. 39.3 LO-REG (por la DF 3.1 de la LO 3/2018), que permite a los electores oponerse a su inclusión en las copias del censo a efectos de envíos por correo ordinario de propaganda. En este sentido, el AJEC 249/2021 refería que “no resulta aplicable a la difusión de propaganda electoral por las formaciones políticas mediante el sistema de buzoneo, puesto que en este caso se deposita propaganda electoral sin ningún tipo de identificación del destinatario”.

Con todo lo anterior, se advierte que, a pesar de que la campaña electoral tenga una regulación insuficiente en la ley (amén de desactualizada respecto de las transformaciones experimentadas en el marco de la llamada sociedad de la información), la necesaria revisión no pasa por incorporar contenidos que hayan sido objeto de pronunciamiento en Acuerdos relativos a “partidos políticos”. En este sentido, el legislador tendría la tarea de emprender una sistematización de aquellas cuestiones que se encuentran pendientes de regulación (y que fundamentalmente se recogen en las Instrucciones). De este modo, al igual que en materias de competencia económica se da una adaptación a las nuevas conductas desarrolladas por los operadores y agentes, en el ámbito electoral debería hacerse lo propio ante un contexto en el que la mayor parte de las actividades se han visto completamente transformadas por la incidencia de las nuevas tecnologías y las fórmulas contemporáneas de participación digital.

Esta labor se torna más perentoria si cabe en un contexto en el que la transformación del sistema de partidos ha obligado a garantizar la presencia en el foro público de aquellas formaciones que, con unos notables resultados en determinados comicios previos, no se encontraban en disposición de abrirse un hueco para ciertas elecciones por no haberse consolidado en las inmediatamente an-

teriores. Así, como ya señalaba Alguacil²⁹ “el Derecho de partidos solo ha variado algo en este sentido precisamente a raíz del surgimiento de los dos denominados partidos emergentes; pero tal movimiento se ha limitado [...] a resoluciones de Juntas electorales, por lo tanto, a nivel infra legal, y segundo, restringido a publicidad electoral”. Se trata del problema relativo al acceso a la competencia, cuya eficacia exige que “los denominados límites de acceso al mercado se mantengan en un nivel bajo de forma que otros competidores e, incluso, nuevos competidores, puedan acceder a él”³⁰.

3.3. Desarrollo de la votación y del escrutinio; derecho de sufragio activo

Respecto del corazón del proceso electoral, se pueden agrupar los Acuerdos de la JEC sobre “partidos políticos” con contenido sustantivo en dos grandes grupos.

Por un lado, los que atienden a los sobres y papeletas. Esta cuestión se regula sumariamente en los arts. 70 y 71 LOREG (con carácter general, estableciéndose las especialidades en el Título correspondiente a cada elección), siendo que su desarrollo normativo se dará en el RD 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales. Es respecto del art. 4 de este reglamento del que ha de considerarse también que realiza una interpretación la JEC. Sin embargo, esta no parece tener un alcance general, sino únicamente limitado a ciertas contingencias muy concretas, a saber:

- la validez de “las papeletas al Senado que lleven impresas las cruces junto a los nombres de los candidatos en las papeletas al Senado, siempre que estas papeletas no se ofrezcan en los colegios electorales el día de la votación, aunque serán válidos para emitir el sufragio” (AJEC 218/1989).
- “las papeletas bilingües sólo son ajustadas al modelo oficial en las Comunidades Autónomas que tengan reconocida lengua propia, sin perjuicio de lo acordado por esta Junta en cuanto a la validez del sufragio” (AJEC 334/2004).

La actuación que lleva a cabo la JEC sigue estando animada también en este caso por el propósito de preservar y garantizar la emisión del sufragio. De este modo, por ejemplo, en el AJEC 314/2004 se reseña que, a pesar de que concu-

29 ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., “Acerca de la igualdad de oportunidades en la libre competencia entre partidos. El caso de la democracia española”, ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n° 104, 2018.

30 MORLOK, M., *Escritos de derecho de partidos*. Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 161.

rran disfunciones en cuestiones adjetivas (como una disparidad en el tamaño de las papeletas entre la elaborada por el Ministerio del Interior y las de las diferentes entidades), debe atenderse al “momento que alcanza el proceso electoral” para evitar que una orientación excesivamente legalista tenga como consecuencia una quiebra en la efectividad del derecho.

Más allá del régimen señalado, el AJEC 33/1987 se pronuncia sobre la posibilidad señalada en el art. 222 LOREG (disposición especial a propósito de los comicios al Parlamento Europeo), aclarando una cuestión relativa al precepto que entonces había sido recientemente añadido (por la LO 1/1987). En este se apuntaba que para el caso de ciertas formaciones (entiéndase, aquellas que agrupan a partidos de implantación regional o subautonómica, incluso) se podría para el territorio de la correspondiente comunidad incluir “únicamente los nombres de los candidatos y suplentes miembros de partidos o de sus organizaciones territoriales, con ámbito de actuación estatutariamente delimitado a dicho territorio, así como, en su caso, su propia denominación, sigla y símbolo”. En este caso, se entendió que “manteniendo los mismos candidatos en todas las papeletas de las elecciones electorales, se pueden expresar la denominación, sigla y símbolo correspondiente a la organización o ámbito territorial de un partido en su comunidad autónoma”.

Por otro lado, con un interés mucho más destacado por lo que toca a los problemas nucleares del voto, puede señalarse la posibilidad de contabilizar los sufragios obtenidos por formaciones disparejas en circunscripciones diferentes. Esta es rechazada de plano por la JEC: por todos, AJEC 34/2008. La única opción de lograr el mismo resultado será la constitución de una coalición electoral, siendo que -por completar lo referido en el apartado anterior-, solo estas pueden hacer constar junto al nombre del candidato el partido al que pertenece (distinto en su identidad, como más adelante se reiterará, de la propia unión en la que se integra).

En fin, podrá considerarse que algunas matizaciones relativas a los sobres y papeletas (fundamentalmente, la interpretación del art. 222 LOREG) fueron introducidas bien en la ley bien en el texto reglamentario de desarrollo de esta con el propósito de clarificar un entendimiento del precepto que, siendo coherente con la letra de la norma, no parece fácilmente derivable de ella.

3.4. Financiación electoral

En relación con la financiación, puede señalarse que esta es una de las materias que más ha centrado la preocupación del legislador de partidos en los últi-

mos lustros (baste señalar, con carácter homogéneo, la LO 8/2007, de 4 de julio, sobre esta cuestión). En el ámbito electoral, cabe hablar de forma más amplia de “gastos y subvenciones electorales”, a propósito de los que la JEC se ha tenido que pronunciar en una pluralidad de ocasiones. Los Acuerdos sobre este particular pueden agruparse según se ocupen de:

- las cuentas electorales: aclarándose que “no hay inconveniente en que se abra una sola cuenta para las elecciones generales si bien habrá de abrirse otra u otras para las autonómicas” (AJEC 85/1986).
- los espacios gratuitos para la propaganda electoral, entendiéndose que son una suerte de financiación en especie de las actividades desarrolladas con orientación hacia los comicios. En este sentido, el AJEC 41/1986 refiere que para el referéndum “la distribución de los espacios gratuitos ha de hacerse en proporción al número de Diputados en el Congreso de cada uno de los Partidos beneficiarios”, no siendo admisible en este caso innovar en dicho reparto atendiendo a la aplicación análoga de criterios como los de distribución de espacios en los medios de comunicación de titularidad pública señalados en el art. 64.1 LOREG. En el caso de los partidos que hubieran concurrido en coalición al proceso electoral de referencia, habrá de estarse a la representación parlamentaria propia que corresponda a aquellos y no a la de la entidad constituida específicamente para los comicios (AJEC 232/1986).
- el límite de gastos: según el AJEC 636/1999 “en el caso de que una entidad política concorra en unas elecciones como partido político y en otras en coalición, han de considerarse a los efectos del límite máximo de gastos electorales como formaciones políticas diferentes” (en el mismo sentido, sobre idéntico supuesto de hecho, el AJEC 223/2007).
- las subvenciones: a las determinadas en la ley (por ejemplo, art. 175.3 LOREG) se tiene derecho conforme al AJEC 474/2015 “en todas las circunscripciones por las que se presente, ya lo haga como tal partido, ya formando parte de una federación de partidos o de una coalición electoral”. Sin embargo, en el caso de los adelantos de las subvenciones habrá de estarse, si la coalición se disgrega, al partido al que pertenecen los representantes que justificarían esa financiación (AJEC 247/1986).

Respecto a este apartado, puede señalarse que convendría que la LOREG no hiciese referencias genéricas a los “resultados de las precedentes elecciones” y sí atendiese en concreto a los sujetos electorales que pueden tomar parte de ellas. La norma parece haber surgido orientada hacia el predominio de los partidos políticos en el conjunto de la actividad electoral, sin tener en cuenta los diferentes agentes que pueden concurrir al proceso y los cambios que pueden darse en ellos. Es-

ta es una deficiencia que se plantea en diferentes ámbitos vinculados con la financiación y que ha dado lugar a una problemática notable, independientemente de la materia concreta a la que se refieran las específicas cuestiones. A mayor abundamiento, puede considerarse perentoria esta reforma a la vista de la proliferación de diversas coaliciones con relevancia política y presencia parlamentaria que, con diferente composición, han tomado parte en procesos recientes (especialmente compleja esta “sopa de siglas” en algunos espectros ideológicos como la izquierda más allá del PSOE o el independentismo catalán). Otra de las cuestiones que aparecen como coyunturalmente conexas a las resoluciones enmarcadas en esta categoría y que engarza con este problema es la relativa a los llamados grupos políticos significativos. De ellos se ocupa la Instrucción 4/2011, en la que se refiere que serán “aquellas formaciones políticas concurrentes a las elecciones de que se trate que, pese a no haberse presentado a las anteriores equivalentes o no haber obtenido representación en ellas, con posterioridad, en recientes procesos electorales y en el ámbito territorial del medio de difusión, hayan obtenido un número de votos igual o superior al 5 % de los votos válidos emitidos” (punto 4º; 2.3). Se trata de un intento de la JEC por adaptarse a la nueva realidad política, para la que se advierte cómo la LOREG se queda corta. En este sentido, el AJEC 254/2019 determina que no puede considerarse como tal grupo a aquellos que hubieran obtenido el resultado exigido en procesos anteriores al que se señala como de referencia. Al mismo tiempo que hace esto, la Administración Electoral está confirmando que Instrucciones y Acuerdos no se encuentran en la misma posición como fuentes del Derecho electoral, por cuanto estos últimos vienen precisamente a basarse en las consideraciones expresadas en las primeras.

En fin, la JEC es consciente de la problemática de la financiación electoral y por ello recientemente ha sintetizado sus criterios a propósito de las cuestiones fundamentales vinculadas con ella en el AJEC 342/2021, en el que además se entran a analizar los modos de cálculo de:

- los espacios gratuitos: “ha de dividirse el número total de votos obtenidos en las referidas elecciones por la coalición por el número total de escaños conseguidos por la misma y multiplicar esa cifra por el número de candidatos de la entidad política, que ahora concurre en solitario, que obtuvieron escaño. Si alguno de los partidos que entonces formaron la coalición no concurre ni en coalición ni en solitario, sus votos y escaños se distribuirán entre las restantes entidades políticas en la proporción señalada. El mismo criterio ha de aplicarse si la entidad política concurre coaligada con partidos políticos distintos”.
- los adelantos de subvenciones: “se tienen en cuenta los escaños obtenidos

por miembros del citado partido político y los votos conseguidos, dividiendo el número total de votos obtenidos por la coalición por el de candidatos electos y multiplicando la cantidad resultante por el número de escaños obtenidos por los miembros del partido político que concurriendo en las anteriores elecciones en coalición lo hace en las siguientes en solitario o formando parte de una coalición distinta. Si alguno de los partidos que en su momento integraron la coalición no concurre ahora ni en coalición ni por separado, sus votos y escaños se distribuirán entre las restantes entidades políticas en la proporción señalada”.

Sin duda, esta labor refundidora tiene un especial interés, pudiendo considerarse incluso su articulación en una Instrucción junto a otras cuestiones vinculadas a esta materia para facilitar su localización. Debe tenerse en cuenta que el margen de actuación de la JEC a través de sus instrumentos infralegales es limitado para afrontar aquellas cuestiones fundamentales que se plantean en relación con la financiación pública y el modo en el que esta tiende a retroalimentar a aquellas formaciones que ya se encuentran en una situación de relativa fortaleza electoral. Evidentemente, “si la financiación con dinero público depende de que un partido haya conseguido representación parlamentaria [...] se está distorsionando la competencia en detrimento de los partidos que hasta entonces han tenido peores resultados o incluso de los partidos recién creados”³¹. No obstante, la clarificación de los criterios exactos mediante los cuales se lleva a cabo el reparto de los recursos que de un modo directo o indirecto financian la actividad de los partidos políticos permite a la Administración electoral un cierto margen de maniobra al tiempo de dirigir en un sentido más aperturista o más restrictivo de la competencia al sistema.

3.5. Identidad, composición e identificación de los sujetos electorales y sus instrumentos

Con gran diferencia, el mayor número de decisiones de la JEC analizadas se refieren a los propios sujetos electorales. El análisis de estos se referirá no solo a su existencia sino también a los diferentes modos en los cuales esta se proyecta: entre ellos, con especial relevancia, su identificación frente al electorado y la de quienes pueden actuar en su nombre. Evidentemente, tal cosa no parece extraña toda vez que nuestra investigación se centra en las resoluciones referidas a “partidos políticos” y sería precisamente en este apartado donde encontraríamos el corazón de dicha doctrina.

31 MORLOK, M., *Escritos de derecho de partidos*. Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 144.

De acuerdo con el art. 44.1 LOREG, “pueden presentar candidatos o listas de candidatos” tres tipos de entidades, a saber: los partidos y federaciones inscritos en el registro del Ministerio del Interior, así como las coaliciones y las agrupaciones de electores establecidas conforme a lo mandatado en la propia norma legal. A pesar de que una lectura mínimamente atenta de la ley permite concluir que todas ellas son realidades subjetivamente distintas, la Administración electoral no ha sido ajena a determinadas consultas en este sentido (así pues, ha afirmado lo obvio en el AJEC 40/1987). La doctrina de la JEC se ha ocupado de clarificar que son los partidos políticos quienes se sitúan en el centro de la actividad electoral, pudiendo entenderse que las restantes personificaciones poseen un carácter más adjetivo o coyuntural, el cual se manifiesta precisamente en que aparezcan limitadas en cuanto a su existencia, que en ningún caso será general y expansiva sino referida únicamente a aquel proceso para el cual se establezcan. Partiendo de esta idea, el AJEC 356/1991 señalará que “una entidad política que forma parte de una coalición puede concurrir independientemente de ésta en las circunscripciones en que la coalición no presente candidatura” y el AJEC 174/1993 que “las agrupaciones electorales se constituyen exclusivamente a los efectos del proceso electoral para el que concurren”. Este último podría completarse a partir de la idea de que “la personalidad jurídica de la agrupación de electores se entiende a los solos efectos de promover una candidatura y para un proceso electoral concreto, por lo que no cabe hablar de conversión de agrupación en partido” (AJEC 692/1999).

En lo relativo a estas cuestiones, la JEC se ha tenido que ocupar fundamentalmente de los dos sujetos que no son partidos políticos, precisamente porque sus contornos no están definidos en normas que vayan más allá de lo electoral. El papel fundamental de aquellos, constitucionalmente consagrado en el art. 6 CE, se proyecta en la legislación orgánica (principalmente la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la LO 8/2007, de 4 de julio, sobre su financiación), lo que no ocurre con las coaliciones ni las agrupaciones. En este sentido, para aquellos se han analizado una numerosísima cantidad de acuerdos que simplemente remitían a la situación registralmente consagrada para resolver cuestiones puntuales vinculadas a los comicios. Sin embargo, respecto de estas últimas formaciones, la JEC ha tenido que desarrollar su propia caracterización. Preliminarmente puede reseñarse como principio fundamental el de la diferenciación entre estas entidades, lo cual se traduce en que “proclamadas como tales [las candidaturas de cada sujeto electoral] no pueden ser atribuidas después de proclamadas a una distinta entidad política” (AJEC 136/1986).

Por lo tocante a las coaliciones, se ha dado una especial problematicidad, que ha llevado a la necesidad de señalar que cabe su constitución “únicamente en-

tre partidos políticos o federaciones de partidos, pero no entre entidades políticas de tal naturaleza permanente y agrupaciones electorales” (AJEC 387/1994). Asimismo, por la propia realidad de las cosas “no se puede establecer una coalición entre un partido político y la unión de partidos políticos de la que forma parte el primero” (AJEC 16/2008). No obstante, las dinámicas políticas eventualmente conducen a que una unión con objetivos fundamentalmente temporales (orientados hacia una elección) se mantenga en el tiempo y dé lugar a una asociación más duradera. Es de esta manera que, conforme al AJEC 116/1997, en los supuestos de “conversión de una coalición electoral en federación de partidos políticos”, “la citada nueva entidad política se subrogaría en los derechos y obligaciones de la coalición y de las entidades políticas que la integraron”. En fin, serán una realidad completamente dispar de los partidos y ello determina que, conforme al AJEC 35/2008, no pueda coincidir su denominación con la de uno de sus integrantes.

Por otra parte, en la casuística ha tenido una llamativa relevancia el nombramiento de los representantes de los partidos. Desde el primer momento se ha señalado que, no obstante lo dispuesto en los reglamentos de desarrollo, debe admitirse la designación de aquellos por todos los partidos que “pueden realizar campaña con sus propios medios, entre otras actividades, y, como consecuencia de ello, estar legitimados para formular reclamaciones ante la Administración electoral” (AJEC 8/1986; reiterado también en el AJEC 46/1986), aunque en todo caso “no es posible ser administrador electoral de entidades políticas distintas” (AJEC 788/2003).

Precisamente en cuanto a los partidos, los pronunciamientos sobre esta materia han tenido carácter menor, relativos a cuestiones más bien de intendencia en las que las dudas surgían no por el texto de la ley sino por la aplicación del principio de precaución por parte de los agentes. Así pues, se ha caracterizado que “no es necesario poder notarial para que los representantes ante las Juntas Provinciales y de Zona designados por el representante general ejerciten las facultades de representación que les corresponde” (AJEC 31/1989) y que “no existe prohibición legal para el nombramiento de manera indistinta y solidaria de dos personas como administradores electorales” (AJEC 440/1995).

De las resoluciones a propósito esta cuestión destaca fundamentalmente la conclusión de que “el plazo para la designación de representantes de las entidades políticas ante la Administración Electoral no tiene carácter preclusivo, si bien no se retrotraerán las actuaciones del proceso electoral” (AJEC 54/1991). Esta es una aplicación práctica de la idea fuerza que hemos advertido presente en el con-

junto de los pronunciamientos de la JEC: optar por la hermenéutica que garantice la efectividad del derecho de participación política de los ciudadanos y de los sujetos electorales siempre y cuando no suponga una interpretación contra legem.

Más allá de todo lo anterior, la mayor parte de las decisiones estarán relacionadas con el modo de identificación de los sujetos electorales. No mencionaremos las numerosas resoluciones en las que la JEC se remite a la constancia en el Registro de Partidos Políticos para la solución de tales cuestiones cuando tienen que ver con esos sujetos, a los que parece conceder un destacado papel respecto del resto: “en el caso de coincidencia de la denominación de un partido político y una Agrupación de Electores, se otorgará preferencia a la denominación inscrita” (AJEC 119/2002). En el AJEC 96/2003 se reseña que “la situación registral a tener en cuenta será la que conste en el momento de proclamación de candidaturas”. Esta previsión se completa con que, en vistas a garantizar la individualización, “con carácter general, no podrán utilizarse símbolos que induzcan a confusión [con los] que pertenezcan a otras entidades políticas” (AJEC 99/1987). Así pues, se traslada a la esfera electoral la idea de que “es un acto de competencia desleal que los competidores se apoyen en un nombre ya establecido en el mercado y traten de beneficiarse de la buena reputación que tenga”³². De los elementos de identificación, puede señalarse que las siglas no son imprescindibles para la proclamación de la candidatura (AJEC 245/1995).

En definitiva, aunque los problemas fundamentales respecto a los sujetos electorales son de fácil solución en el caso de los partidos políticos por remisión a lo que conste en el registro, la relativa excepcionalidad de las coaliciones y en mayor medida de las agrupaciones ameritaría una sistematización de los pronunciamientos de la Junta sobre este particular. Tal esfuerzo se ha llevado a cabo en el AJEC 4/2009, si bien podría considerarse también la posibilidad de una Instrucción por los motivos que ya señalamos al ocuparnos de la financiación electoral.

3.6. Municipios y otros entes desconcentrados

Por lo tocante a los municipios y los entes desconcentrados de estos, cabe advertir que, aunque el número de resoluciones sea reducido en comparación con otras materias, su contenido sí es muy interesante cualitativamente toda vez que la existencia de diversos actores locales en el territorio español da lugar a una llamativa casuística. Sobre ella se pronunciará la JEC, pero siempre que la entidad

32 MORLOK, M., *Escritos de derecho de partidos*. Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 170.

tenga existencia actual y no futura (en este sentido, AJEC 135/1992; que bien podría considerarse de incompetencia, pero que por su singularidad merece esta referencia especial). Así pues, se han dado aportaciones tales como la consideración de que:

- una vez disuelta una formación política e integrada en otro partido, “ha de entenderse que corresponde a este último Partido la designación de todos los miembros de la referida Comisión Gestora” (AJEC 16/1990).
- “la expulsión de un concejal del partido político al que pertenece no le priva de la condición de cabeza de lista de ese partido político a efectos de ser candidato a la elección de nuevo Alcalde como consecuencia de moción de censura” (AJEC 40/1992).
- “sólo cabe la sustitución de los Vocales de Juntas Vecinales y de miembros de Comisiones Gestoras por renuncia, fallecimiento, incapacidad o inhabilitación, y no por voluntad de la candidatura que los propuso” (AJEC 7/2006).

A pesar de que en todos estos casos las conclusiones son aquellas que naturalmente podría entenderse que se siguen del espíritu y la letra de la norma, no está de más que la JEC las haya puesto negro sobre blanco. En este sentido, no parece que en esta materia se haya dado una incorporación en el texto de la ley de los pronunciamientos del órgano ni tampoco que pueda echarse en falta. La labor desarrollada en relación con las entidades locales viene marcada en gran medida por la necesidad de reiterar criterios ya asentados o de resolver consultas que a otros niveles parecerían obvias (como las relativas a supuestos análogos a los de la clásica STC 19/1983 sobre concejales y expulsión del partido).

3.7. Prensa y medios de comunicación

En el caso de los Acuerdos vinculados a la prensa y los medios de comunicación, puede considerarse también que la JEC desarrolla la interpretación de los preceptos fundamentales de la LOREG que plasman esta cuestión.

Así pues, en primer lugar, cabe advertir que el art. 64 LOREG presenta una notable indefinición por cuanto refiere que “el derecho a los tiempos de emisión gratuita enumerados en el apartado anterior sólo corresponde a aquellos partidos, federaciones o coaliciones que presenten candidaturas en más del 75 por 100 de las circunscripciones comprendidas en el ámbito de difusión o, en su caso, de programación del medio correspondiente”. Y es que bien podría darse el caso de que en unas elecciones que se consideren a efectos de aplicación de la norma como globales (es el caso de aquellas al Congreso de los Diputados y el Se-

nado que no se celebren por separado, supuesto hipotético discutido en la doctrina y que no se ha dado ni parece por el momento que vaya a materializarse) uno de los sujetos solo concurra a uno de los órganos representativos cuya composición se dirime. Sería precisamente este el supuesto del AJEC 426/1996, de acuerdo con el cual “a los efectos previstos en el art. 64.2 LOREG no es necesario presentar candidatura simultánea a ambas Cámaras”. Sin embargo, esta parece una solución para salir al paso de un caso exótico cuya concurrencia no ha sido analizada por el legislador con suficiente detenimiento.

En segundo lugar, otro grupo se refiere a la Comisión de Radio y Televisión prevista en el art. 65 LOREG como aquella que “bajo la dirección de la Junta Electoral Central, es competente para efectuar la propuesta de distribución de los espacios gratuitos de propaganda electoral”. No podrá establecerse otra Comisión distinta, aunque esa posibilidad ha sido planteada en algún caso (AJEC 149/1986), por cuanto la ley establece la regulación de tal órgano de modo taxativo. En relación con el artículo que de ella se ocupa, el AJEC 112/2019 clarifica respecto de la composición que “en el caso de coaliciones electorales, deberán formar parte aquellos partidos políticos que obtuvieron representación en las provincias correspondientes al ámbito de difusión del medio, aunque lo hicieran en una coalición diferente”. Esta última consideración parecería recomendable que fuese plasmada por el legislador en la norma legal, que sigue manteniendo una regulación de mínimos que difícilmente sirve más que como criterio hermenéutico en la abultada casuística.

Seguidamente, por lo tocante a la garantía de pluralismo político y social consagrada en el art. 66 LOREG, debe reseñarse que será considerado como coherente con su mandato “el criterio basado en la representación a los Ayuntamientos y atendiendo al número de votos obtenido por las distintas entidades políticas en las anteriores elecciones municipales” (AJEC 764/2003). Debe tenerse en cuenta que la mayor parte de los aspectos relativos a este artículo aparecerán consagrados en la Instrucción 4/2011. En el apartado 4 2.3 se observa la influencia de los problemas planteados ante la JEC. En este sentido, se afirma que:

“en el caso de que un medio decida emitir un debate entre representantes de las dos candidaturas que obtuvieron mayor número de votos en las últimas elecciones equivalentes, deberá emitir otros debates bilaterales o plurilaterales, o proporcionar información compensatoria suficiente sobre las demás candidaturas que también hayan conseguido representación en las últimas elecciones equivalentes.”

Ello se vincularía precisamente con el caso que sostiene el AJEC 252/1989, de acuerdo con el cual:

“si TV3 transmite el debate entre los candidatos del PSC-PSOE y CIU o da información especial del mismo, deberá realizar la misma transmisión o información especial del debate entre los candidatos del PSC-PSOE y del PP; y deberá, además, dar suficiente y adecuada información de campaña electoral relativa a las restantes entidades políticas concurrentes en Cataluña, para mantener entre todas ellas la proporcionalidad acordada para la cobertura de la información durante la campaña electoral”.

Así pues, ya el Preámbulo de la Instrucción reconocía que en ella se incorpora la doctrina de la JEC, emanada de pronunciamientos como el aquí referido. El papel de los medios de comunicación será crucial en tanto que sirven de escape para la presentación de aquellas opciones electorales fundamentales que se plantean ante la ciudadanía, siendo que en muchas ocasiones la percepción de esta sobre aquellas dependerá del modo en el que se presenten o enfoquen por dichos agentes. La intervención de la JEC se proyecta en una actitud vigilante y arbitral que actúa ante las quejas formuladas por aquellos competidores que se consideran desfavorecidos por una conducta concreta.

3.8. Provincias y otras agrupaciones de municipios

La última categoría de análisis a la que dedicaremos una especial atención serán las provincias y otras agrupaciones de municipios. La inmensa mayoría de los problemas que han surgido respecto de esta tienen que ver con la eventual candidatura conjunta de varias formaciones que no hayan concurrido a las elecciones municipales para la selección de los miembros de la Diputación Provincial. Se trata de una cuestión que engarza con la “relación de todos los partidos políticos, coaliciones, federaciones y de cada una de las agrupaciones de electores que hayan obtenido algún Concejal” de la que habla el art. 205.1 LO-REG y, por tanto, de un asunto vinculado a la identidad de estos actores electorales. A la vista de la doctrina, puede señalarse que:

- en el caso de las agrupaciones de electores, conforme al AJEC 122/1987, “no es posible agrupar los votos obtenidos” toda vez que estas “no pueden constituir pactos federativos, ya que cada una es independiente y distinta de las demás que presenten candidatos en otros municipios”. Ello significaría la admisión de “una vía anómala de creación de partidos o asociaciones políticas al margen de la legislación vigente en la materia”.

- para las coaliciones, según el AJEC 526/2003 (extendiendo una posición ya recogida en los AAJEC 117/1997 y 30/2003):
 - si está integrada “por unos mismos partidos que asume distintas denominaciones en algunos municipios, siempre conservando la referencia a la denominación común, pueden sumarse los votos”.
 - si, por el contrario, han “concurrido en algunos municipios mediante coalición integrada por partidos distintos de los integrantes de la coalición en otros municipios, no será posible la suma”.

En suma, la JEC básicamente lleva a cabo una aplicación de la LOREG coherente con la configuración que desarrolla por lo tocante a los sujetos electorales, tratando de garantizar la homogeneidad en sus contornos a lo largo de las diferentes etapas del procedimiento electoral. Sin embargo, debe advertirse una tendencia especialmente conservadora o cauta en la actuación de la JEC, precisamente en el entendimiento de que una mayor flexibilidad podría convertirse en un instrumento susceptible de ser empleado por los partidos de modo torticero o abusivo, dando lugar por ejemplo a uniones interesadas sobre criterios pragmáticos y no ideológicos para un reparto de cargos en estas instituciones (una suerte de trasunto a la esfera de las provincias y otras agrupaciones de municipios de la práctica conocida en los parlamentos como de “préstamo de diputados” para la configuración de grupos parlamentarios).

Conclusiones

A la vista de los análisis desarrollados, puede señalarse que los acuerdos doctrinales de la JEC en materia de partidos políticos presentan un interés académico simplemente relativo en comparación con otros elementos normativos que de forma más clara se postulan como fuentes del Derecho electoral, fundamentalmente las Instrucciones.

Preliminarmente, conviene apuntar que el descriptor que ha servido para la selección de aquellos acuerdos analizados en este trabajo ha sido empleado por la Administración electoral para calificar resoluciones de muy distinto tipo. Ello puede deberse a la disparidad de criterios seguidos para etiquetar los documentos correspondientes a lo largo de los últimos lustros (lo que explicaría la inclusión en determinadas etapas de un número muchísimo más alto que en otras), así como también a que el papel central de las formaciones políticas como sujetos electorales permita afirmar su transversalidad respecto de los diferentes ámbitos vin-

culados a la legislación sobre los comicios. En todo caso, la consecuencia principal será una primera suspicacia acerca del alcance que puedan tener las conclusiones aquí esbozadas, toda vez que nuestro objeto de estudio podría encontrarse ya limitado por esta circunstancia y condicionados de tal modo los resultados.

En este sentido, al comienzo de la exposición cuantitativa se ha referido que se tendría en cuenta la doctrina vinculada a “partidos políticos” en la web de la JEC a 24 de septiembre de 2022. Ello se muestra relevante por cuanto parece que existieron cambios en esta clasificación en un momento posterior, los cuales afectaron a los documentos de ese mismo año (a fecha 30 de octubre de 2022 constaban 3 resoluciones distintas para el lapso temporal analizado con la correspondiente etiqueta).

En sustancia, la labor desarrollada por la JEC parece encomiable desde el punto de vista formal en tanto que los contenidos relevantes o que incorporan criterios susceptibles de ser aplicados a una pluralidad de supuestos problemáticos son consagrados en una serie de Instrucciones. Mientras que algunas han sido adoptadas con carácter previo a la emanación de consultas o controversias, se ha señalado como el contenido de algunas (por ejemplo, la Instrucción 4/2011) recoge las orientaciones previamente plasmadas en decisiones concretas. Ello supone una labor inductiva en la que, a través de aquellos problemas derivados de la competencia en los comicios, la propia Junta opta por sistematizar y unificar sus posiciones de forma que otros elementos de la Administración electoral estén en disposición de consultar y resolver según una misma dirección trazada por su superior.

De este modo, las recomendaciones expuestas a propósito de la integración en una resolución de tal tipo de contenidos relativos a la financiación electoral o a la identidad (y cuestiones conexas) de coaliciones y agrupaciones de electores pueden considerarse simplemente como apuntes y no como propuestas surgidas de una necesidad perentoria. La valoración de la actuación desarrollada por la Administración electoral no puede sino ser positiva, especialmente en aquellos supuestos en los que de modo proactivo ha tratado de atajar los desafíos interpretativos sin esperar a que la realidad los hiciera florecer. Este modo de proceder supone la afirmación del principio de seguridad jurídica, cuyo carácter fundamental se consagra en el art. 9.3 CE. Se trata además de una forma de acotar las posibles interpretaciones excéntricas que eventualmente pudieran producirse. Y es que, sobre la base de que “en la tensión entre legislador parlamentario y Tribunal Constitucional cabe abogar en la mayoría de los casos por una contención de éste

a los efectos de defender la primacía democrática del parlamento³³, el papel de la JEC deviene más importante si cabe como guardián a priori de los intereses y derechos de los diferentes sujetos que intervienen en las elecciones. Se convierte así en la principal autoridad independiente de amparo práctico, cuyo desempeño protector de tal valor superior del ordenamiento jurídico es comparativamente más destacado y eficaz que el concurrente en otras ramas de aquel, lo que a la postre redundaría en una mayor legitimidad del propio órgano.

Mayores críticas pueden formularse respecto de la forma en la que el legislador ha abordado las coaliciones electorales en los últimos tiempos. Pareciera como si, una vez dispuesto el marco fundamental que es la LOREG, la actualización de esta no hubiera tenido suficientemente en cuenta el trabajo desarrollado por la JEC, al menos respecto a las materias aquí estudiadas. Ya se ha expuesto que la situación más sangrante se daría respecto a la configuración del conjunto del texto normativo en torno a la idea de que el sujeto electoral esencial son los partidos. El análisis político comparado de países de nuestro entorno (singularmente podría señalarse el caso francés), así como de la situación concurrente en las autonomías, muestra una creciente tendencia hacia la articulación de propuestas al margen de estas formaciones o entidades, cuya preeminencia se ha afirmado a lo largo de todo este tiempo. Podríamos señalar que, aunque el mercado electoral está dispuesto para garantizar un predominio de los partidos políticos como principales operadores, las coaliciones han hecho su aparición como un elemento creciente que ha generado a ciertas disfuncionalidades.

Así pues, se ha dado cuenta de cómo en la práctica muchas de las decisiones de la JEC han ido orientadas precisamente hacia la interpretación de preceptos pensados para los partidos tradicionales de ámbito nacional y con concurrencia en todos los comicios. Frente a esta asunción, los que otrora podrían considerarse casos exóticos parecen tener una mayor relevancia. Quizás podría desarrollarse una revisión de todos aquellos artículos que incurren en tal presupuesto y, sobre la base de los problemas que ya se han materializado, estudiar cuáles podrían ser las dificultades de su aplicación a las coaliciones electorales y a las agrupaciones de electores. Al mismo tiempo, el cada vez más cambiante panorama político parecería recomendar también la incorporación en la ley de la consideración de “grupos políticos significativos” y la articulación de su situación jurídica (específicamente, de sus derechos). Téngase en cuenta, en este sentido, que al-

33 ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., “Acerca de la igualdad de oportunidades en la libre competencia entre partidos. El caso de la democracia española”, *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 104, 2018.

gunos de los principales actores de nuestra vida política nacional en tiempos recientes (Vox, Unidas Podemos, Ciudadanos) han experimentado un surgimiento o crecimiento tan explosivo a nivel estatal que su posición en el momento inicial de tal proceso no se correspondía en absoluto con la fuerza demoscópica que entonces ya se les pronosticaba. En este sentido, una vez que dichas formaciones lograron hacerse hueco entre las tradicionales, su inicial interés por la apertura de la competencia electoral no se ha traducido en su efectiva garantía a través de instrumentos normativos vinculantes y en cuya elaboración ya pueden participar, poniéndose de nuevo de manifiesto la singularidad de esta esfera de la competencia que es la relativa al Derecho de partidos, toda vez que los representantes de estos, además de los principales destinatarios, son también los autores de las reglas del juego.

Todo ello lleva a concluir que la incidencia de las decisiones de la JEC respecto de la acción legislativa ha sido muchísimo más modesta que aquella que estas han tenido en las Instrucciones del propio órgano. También a la idea de que la relevancia de aquellas no debe ser sobreestimada al menos en lo tocante a los “partidos políticos”. El contenido de estas se orienta fundamentalmente -y salvo excepciones- a resolver problemas tan concretos y puntuales que para estos sujetos tradicionales no parece que sirvan más que de guía de relativa utilidad. Al contrario, en el caso de coaliciones y agrupaciones sí que podrían ser una brújula clave.

En general, el rasgo más destacable que justifica la importancia de estos documentos normativos es el inmenso número de resoluciones adoptadas en las últimas décadas y la notable facilidad con la que se puede acceder a ellas. Dicho esto, las aportaciones verdaderamente notables se encontrarán en las Instrucciones, debiendo dejarse simplemente esbozada aquí la propuesta de desarrollar el análisis sustantivo de estas por lo que toca a nuestro objeto de interés, la actividad electoral de los partidos políticos. Sin duda sería teóricamente mucho más fructífero.

En cualquier caso, las Decisiones se manifiestan como el principal producto jurídico de la actuación reguladora correspondiente a la JEC. De este modo, puede considerarse que sirven como acta de aquellas intervenciones que se han producido por problemas en la aplicación de las normas o por disfunciones prácticas generadas en el contexto de la competencia electoral; de modo que el legislador se encontraría a través de su estudio en disposición de identificar aquellas áreas que mayores dificultades y problemas plantean. La organización de la concurrencia de los partidos políticos a esta contienda, cuya similitud con el mercado ha sido puesta de manifiesto de forma reiterada, únicamente puede ser útil en la práctica si toma nota de los desafíos producidos hasta el momento, así como del mo-

do en el que se han abordado por una entidad independiente, cuya composición y actuación será en todo caso más desinteresada que la de los propios contendientes llamados a aprender de ella.

Las principales transformaciones que han llevado a la JEC a profundizar en su tarea e innovar en sus posicionamientos a lo largo de los últimos lustros han tenido que ver con dos asuntos principales que, sin embargo, no han concitado de igual modo la atención de quienes están llamados a modificar y actualizar una norma electoral que data de hace casi tres décadas: la transformación del sistema de partidos español del bipartidismo al pluripartidismo y la incidencia de las nuevas tecnologías, así como de las redes sociales, como herramientas susceptibles de ser empleadas por los propios competidores como por los agentes mediáticos. Frente a tales cuestiones, la respuesta normativa ha sido proporcionada fundamentalmente por la Administración electoral ante la pasividad o la dejadez de unas mayorías parlamentarias a las que no convenía o no corría prisa “abrir el melón” de reformas en este sentido. Así pues, igual que en el mercado los propios grandes operadores establecen alianzas en busca de su mayor interés y sin considerar a los pequeños intervinientes, los partidos institucionalizados (por mucho que hasta tiempos recientes no gozaran de dicha posición) optan por desarrollar ententes (como por ejemplo aquellas para la celebración de debates electorales en televisión) que no se trasladan al Boletín Oficial del Estado en forma de legislación, sino que simplemente se materializan en la práctica ante una Junta cuya actuación debe ceñirse a consideraciones derivadas de un texto desactualizado y cuyas decisiones en ese caso serán frecuentemente contramayoritarias.

En fin, puede señalarse como especialmente positiva la deferencia con la que los partidos políticos (y, en general, los responsables públicos) han actuado respecto a los pronunciamientos de la Administración electoral, lo cual no solamente es muestra de una aceptable cultura democrática siquiera en lo tocante a este extremo, sino también del modo en el que esos entes reguladores entre los que sobresale la JEC han logrado labrarse el respeto por su buen hacer, del cual serán una muestra patente las Decisiones analizadas en este trabajo.

Bibliografía

ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., “Acerca de la igualdad de oportunidades en la libre competencia entre partidos. El caso de la democracia española”, *ICA-DE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n° 104, 2018.

ARAGÓN REYES, M., “El control parlamentario como control político”, *Revista española de Derecho político*, nº 23, 1986.

BASTIDA FREIJEDO, F.J., “La relevancia constitucional de los partidos políticos y sus diferentes significados. La falsa cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos”, GONZÁLEZ ENCINAR, J.J., *Derecho de partidos*, Espasa Calpe, Madrid, 1992.

DELGADO-IRIBARREN GARCÍA CAMPERO, “Artículo 18”, DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum*, La ley, Madrid, 2014.

DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., “Partidos y candidatos en el proceso electoral”, PAU I VALL, F. (coord.), *Parlamento y diputado*, Tecnos, Madrid, 2011.

FERNÁNDEZ SARASOLA, I., “Evolución (e involución) en la idea de partido político en la historia española” en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (coord.): *Mecanismos de exclusión en la democracia de partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1986.

GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Revista de Occidente, Madrid, 1950.

GARCÍA PELAYO, M., *El Estado de partidos*. Alianza, Madrid, 1986.

GONZÁLEZ RIVAS, J.J., “La evolución e importancia de la doctrina constitucional en materia electoral: síntesis expositiva de criterios de aplicación”, DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M.: *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum*, La ley, Madrid, 2014.

LUCAS VERDÚ, P. Y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Manual de Derecho Político*. Volumen 1, Tecnos, Madrid, 1987.

MORLOK, M., *Escritos de derecho de partidos*. Marcial Pons, Madrid, 2018.

MORODO, R. Y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “Artículo 6º”, ALZAGA, O. (dir): *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Edersa, Madrid, 2006.

NAVARRO MARCHANTE, V.J., “Los debates electorales en televisión: una necesaria revisión de su regulación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 116, 2019.

PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976.

PÉREZ-MONEO, M., GARROTE DE MARCOS, M. Y PANO PUEY, E., *Derecho electoral español*, Juruá, Porto, 2019.

RALLO LOMBARTE, A., *Garantías electorales y Constitución*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid, 2018.

II. RECENSIONES

SUMARIO

- **Manuel Álvarez Torres:** *La estabilidad presupuestaria en España: reflexiones sobre una década desde la reforma constitucional*: *recensión del libro La reforma del artículo 135 de la Constitución diez años después*. Delgado Ramos, D. y Gordillo Pérez, L.I. (dir.), Rosado Villaverde, R. (coord.), Rodríguez Zapatero, J.L. (pr.) y Montoro Romero, C. (col.), Aranzadi, Navarra, 2022, 392 p.

LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN ESPAÑA:
REFLEXIONES SOBRE UNA DÉCADA DESDE LA REFORMA CONSTITUCIONAL:
RECENSIÓN DEL LIBRO
LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN DIEZ AÑOS
DESPUÉS. DELGADO RAMOS, D. Y GORDILLO PÉREZ, L.I. (DIR.),
ROSADO VILLAVERDE, R. (COORD.), RODRÍGUEZ ZAPATERO,
J.L. (PR.) Y MONTORO ROMERO, C. (COL.), ARANZADI, NAVARRA, 2022, 392 P.

BUDGETARY STABILITY IN SPAIN:
REFLECTIONS ON A DECADE SINCE THE CONSTITUTIONAL REFORM:
BOOK REVIEW
THE REFORM OF ARTICLE 135 OF THE CONSTITUTION TEN YEARS LATER.
DELGADO RAMOS, D. Y GORDILLO PÉREZ, L.I. (DIR.),
ROSADO VILLAVERDE, R. (COORD.), RODRÍGUEZ ZAPATERO,
J.L. (PR.) Y MONTORO ROMERO, C. (COL.), ARANZADI, NAVARRA, 2022, 392 P.

Manuel Álvarez Torres¹
Universidad Rey Juan Carlos
manuel.alvarez@urjc.es
ORCID: 0000-0002-3171-1695

Cómo citar/Citation

ÁLVAREZ TORRES, M., “La estabilidad presupuestaria en España: reflexiones sobre una década desde la reforma constitucional: reseña del libro *La reforma del artículo 135 de la Constitución diez años después*”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*. Cortes de Castilla-La Mancha - UCLM, nº 24, 2023.

Recibido: 20-5-2023

Aceptado: 15-06-2023

Resumen: La presente monografía efectúa un excelente y completo análisis sobre el desarrollo y evolución de la reforma del artículo 135 de la Constitución española como fundamento e hilo conductor de la misma, pero examinando diversos temas de máxima actualidad, así como otros de compleja relevancia como son los principios de estabilidad presupuestaria y de equilibrio económico, las políticas económicas exigidas por la Unión Europea, los mecanismos de defensa

¹ Prof. Dr. de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

constitucional más flexibles frente a dichas políticas o los controles sobre las finanzas públicas que garanticen la viabilidad de la eurozona.

Palabras Clave: Reforma, Constitución y artículo 135.

Abstract: This monograph carries out an excellent and comprehensive analysis on the development and evolution of the reform of Article 135 of the Spanish Constitution, which serves as its foundation and main thread. However, it examines various highly relevant current issues, as well as other topics of complex importance, such as the principles of budgetary stability and economic balance, the economic policies required by the European Union, the more flexible constitutional defense mechanisms against these policies, and the controls over public finances that ensure the viability of the eurozone

Key Words: Reform, Constitution, and Article 135.

La obra sobre la que realizo esta recensión es fruto de unas jornadas realizadas en la Universidad Rey Juan Carlos en el mes de noviembre de 2021. En estas jornadas, varios ex responsables políticos y académicos debatieron sobre las consecuencias económicas, políticas y jurídicas, que supuso esta reforma y que garantizó la estabilidad presupuestaria, estableciendo límites para el déficit y el gasto público en un periodo de gran importancia debido a la crisis económica global en la que nos encontramos sumidos.

Este libro se encuentra bajo la dirección de D. Luis Ignacio Gordillo Pérez, Profesor Titular de Derecho constitucional de la Universidad de Deusto y titular de la Cátedra Jean Monnet en Constitucionalismo económico, entre otras, y con D. David Delgado Ramos, Profesor Contratado Doctor de Derecho constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos. Así como con la coordinación de Dña. Cecilia Rosado Villaverde, Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos. Todos ellos, juristas con una importante trayectoria investigadora y docente, con numerosas publicaciones científicas.

Asimismo, cuenta con la participación de representantes políticos que tuvieron un papel trascendental en la reforma constitucional, así como con numerosos académicos, grupos de investigación y diferentes líneas de investigación, lo cual proporciona a esta monografía una realización desde una óptica transversal y multidisciplinar.

La obra que comentamos esta acertadamente planteada y organizada, estructurándose en un prólogo, cuatro partes en las cuales se agrupan los estudios, y el epílogo. El objeto de estudio de la presente obra trata sobre la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y de equilibrio económico, analizando más de diez años después, lo que supuso la segunda reforma constitucional desde un punto de vista constitucional, en qué medida se han cumplido las políticas, programas y metas propuestas, así como las diversas actuaciones de las instituciones y Estados miembro de la Unión Europea. Desde el Prólogo, realizado por D. José Luis Rodríguez Zapatero, Expresidente del Gobierno de España entre los años 2004 y 2011, se advierte la relevancia del tema tratado, así como conocer sobre el asunto desde la perspectiva de uno de los protagonistas e impulsores de la reforma constitucional.

La primera parte del libro está compuesta por dos capítulos. Esta parte, titulada "*La configuración europea de la estabilidad presupuestaria*", cuenta con dos estudios, analizando el primero de ellos la evolución y los elementos de los que dispone la Unión Económica y Monetaria para combatir la crisis financiera derivada de

la disparidad en la gobernanza económica en los diferentes Estados, así como por los altos niveles de deuda de estos y también por carecer de competencias plenas en materia económica la UEM. Este estudio es realizado por D. Luis Ignacio Gordillo Pérez y en él nos expone como la estabilidad presupuestaria se ha convertido en un principio fundamental en el contexto europeo, debido a la necesidad de mantener el déficit y la deuda públicos por debajo de ciertos límites, de tal manera que se asegure la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas de todos los Estados miembro. Así pues, nos presentan los diferentes instrumentos implementados para poder cumplir con este principio como, por ejemplo, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que dispone un marco para la coordinación de las diversas políticas fiscales de los Estados miembros, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (TECG O TSCG en inglés), que establece un marco legal para la consolidación fiscal y la reducción de la deuda pública, entre otros.

El segundo estudio, que se corresponde con el capítulo segundo y es realizado por D. Elviro Aranda Álvarez, sitúa la estabilidad presupuestaria en el marco de la “constitución” económica europea, tal y como describe el autor, así como exponer que las decisiones en materia económica de las instituciones europeas, producto de la pandemia ocasionada por la Covid-19, puede ser la oportunidad para redirigir las políticas económicas europeas, ya que ha tenido un impacto significativo en la estabilidad presupuestaria de la UE, conllevando un aumento del gasto público, que a su vez ha producido un aumento del déficit y de la deuda pública en varios Estados miembros, lo que afecta a la sostenibilidad de las finanzas públicas a largo plazo. Es por eso por lo que el autor considera que es la coyuntura idónea para dotar a la gobernanza económica europea de un carácter más social, intentando compatibilizar la eficiencia económica y la equidad social.

La segunda parte de la obra es la más extensa y está formada cinco capítulos en los cuales se indaga sobre la implementación de la estabilidad presupuestaria, al igual que del impacto constitucional interno en los diversos Estados. El capítulo tercero, realizado por D. David Delgado Ramos, analiza los principales motivos o razones por las que se llevó a cabo la reforma del artículo 135 de la Constitución española, su despliegue entre los años 2012 y 2020 y como se ha afianzado tras la reforma el nuevo constitucionalismo económico.

El autor del cuarto capítulo es D. Miguel Cuerdo Mir. En él, realiza un estudio sobre el artículo 135 reformado, comenzando por situar el contexto de la reforma en el contenido del anterior artículo 135 de la Constitución, profundizando en el análisis de la legislación pensada para la estabilidad económica que obliga a la mencionada estabilidad presupuestaria.

El capítulo quinto lleva por título “*La financiación autonómica a examen cuatro décadas después del inicio de la cesión de transferencias*”, en el cual la autora Dña. María Crespo Garrido expone en primer lugar el concepto de autonomía financiera y los límites de la misma en relación con la implantación del principio de estabilidad presupuestaria, ya que supone una controversia provocada porque las Comunidades Autónomas tienen competencias exclusivas en materia de gasto público y es precisa cierta flexibilidad para poder hacer frente a las necesidades y demandas de sus ciudadanos, cumpliendo así con las obligaciones exigidas y garantizando la justicia distributiva exigida en el artículo 31.1 de la Constitución española, como bien manifiesta la autora.

Asimismo, el capítulo sexto, realizado por D. Óscar Romera Jiménez, analiza el principio de estabilidad presupuestaria en la Administración local y su relación con el artículo 135 de la Constitución. De esta manera, el autor expone la dificultad del cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria por parte de los entes locales debido a su menor capacidad de generación de ingresos y la dependencia que tienen de las subvenciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, generando tensiones entre las necesidades y demandas de los ciudadanos a nivel local y las restricciones presupuestarias impuestas por el principio de estabilidad. El autor analiza la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local y su relación con diferente normas y reglamentos como, por ejemplo, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público, o cuatro Reales Decretos-Ley, 4/2012, 4/2013, 8/2013 de pago a proveedores y 8/2013 de medidas extraordinarias a favor de los municipios con problemas financieros.

El séptimo y último capítulo de esta segunda parte es obra de Dña. Esther González-Hernández, en el que se expone el cómo y porqué de la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, su relación e importancia con la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en la que se establecen una serie de principios a lo largo de su articulado como el principio de sostenibilidad financiera, el principio de plurianualidad, el principio de transparencia, el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, el principio de responsabilidad y el principio de lealtad institucional. Además, establece sanciones y medidas correctoras en caso de incumplimiento de los límites de déficit y deuda pública. Entre estas medidas, se incluyen desde la intervención económica del Estado hasta la suspensión de competencias autonómicas en materia presupuestaria.

En definitiva, de esta segunda parte podemos concluir que la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria supone un importante avance en la gestión de las finanzas públicas y la sostenibilidad de las cuentas del Estado, de tal manera que se garantice y asegure dicha sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas.

La tercera parte de la monografía es también extensa y está formada por cuatro capítulos que tratan la estabilidad presupuestaria y la gestión de las políticas públicas.

El primer estudio de esta parte corresponde al capítulo octavo y es obra de D. Manuel Fondevila Marón. En él el autor expone de manera deductiva las consecuencias que comportan el cómo y el porqué de la reforma del artículo 135 de la Constitución en los conceptos, principios y categorías que fundamentan el derecho constitucional y que en base a ellos se estructura. De este capítulo deducimos que la interpretación del artículo 135 debe ser coherente con el principio de igualdad y la protección de los derechos sociales y si bien es verdad que dispone la obligación de cumplir con la deuda pública y de mantener un equilibrio presupuestario a medio plazo, es cierto también, que este deber prioritario no puede ser contrario a la protección de los derechos de las minorías políticas y sociales.

El capítulo noveno trata sobre los mecanismos de defensa de la Constitución y de su uso no tan rígido. En él, D. Luis Jimena Quesada reflexiona sobre la interpretación del principio de estabilidad económica y su relación con la defensa de la Constitución, estando dicha estabilidad al servicio de la estabilidad del orden constitucional, por eso debe ser cuidadosa y coherente con los principios democráticos. En palabras del autor, debe estar a disposición de los derechos fundamentales en general y de los derechos sociales en particular como expresión del Estado y Modelo Social Europeo.

D. Carlos Vidal Prado es el autor el décimo capítulo del libro, en el que analiza la estabilidad presupuestaria en relación con la crisis económica de 2008 y la restricción del gasto público y presupuestario, lo que provocó recortes en algunos derechos y prestaciones sociales como el derecho a la educación, concretamente, a la educación universitaria y a su autonomía en el ámbito económico y financiero. En este sentido, podemos deducir la necesidad de garantizar la estabilidad presupuestaria sin comprometer la calidad y la igualdad en la educación. Por ello, el autor manifiesta la necesidad de aumentar la autonomía, teniendo bastantes limitaciones y controles por parte del Estado y las Comunidades Autónomas, y una financiación estable, flexible con compromisos a medio plazo. Ejemplo de ello son los programas de excelencia que se llevan a cabo en Alema-

nia y que vinculan la financiación a los resultados, con lo que se puede garantizar una mejoría en la calidad universitaria al fomentar la mejoría de resultados.

El capítulo once cierra la tercera parte y es realizado por D. Jorge Sainz González y Jesús Vázquez Abad. En él, los autores plantean el control constitucional del gasto público y cuál es el impacto económico que puede generar. Para ello analizan la huella que ha dejado la reforma constitucional del artículo 135 en el gasto social, concretamente en el ámbito educativo, centrándose en el efecto que han provocado las medidas adoptadas en la Comunidad Autónoma de Galicia. Los autores, después de un profuso análisis de los indicadores existentes en la materia, establecen como conclusión que la Comunidad Autónoma de Galicia uno de los sistemas educativos más equitativos y de calidad del conjunto del Estado.

Como conclusión a esta tercera parte, se desprende que la estabilidad presupuestaria es un principio fundamental para la gestión de las políticas públicas y como tal debe ser compatible con la protección de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución. Por todo ello, los mecanismos de defensa y los controles constitucionales al gasto público son aspectos clave para garantizar el equilibrio entre ingresos y gastos del Estado, asegurando que la estabilidad económica esté al servicio de la estabilidad constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

La cuarta y última parte de la obra está dedicada a la exposición de tres prácticas diferentes a la hora de implementar el principio de estabilidad presupuestaria en tres sistemas constitucionales de referencia como son el de Alemania, Francia e Italia. En este sentido, diversos países europeos incorporan el principio de estabilidad presupuestaria en sus respectivos ordenamientos jurídicos y es por ello por lo que la estabilidad presupuestaria haya adquirido una especial relevancia como principio básico que garantice la estabilidad monetaria en la eurozona, así como la cohesión económica y social de la Unión Europea.

El capítulo doce abre esta cuarta parte efectuando una aproximación al concepto constitucional de estabilidad presupuestaria en Alemania. Este estudio es realizado por D. Alberto Oehling de los Reyes y en él se analiza cómo ha sido el origen y la consolidación del concepto constitucional de estabilidad presupuestaria y económica, así como las reformas llevadas a cabo en Alemania en los años 2006 y 2009. Las cuales consistieron en constitucionalizar determinados progresos en materia de integración europea, implementando medidas para la mejora de la sostenibilidad fiscal alemana. El estudio también analiza los conceptos de equilibrio económico y la propia estabilidad presupuestaria en relación con la crisis del Covid-19 y con el conflicto entre Ucrania y Rusia.

El capítulo trece es autoría de Dña. Cecilia Rosado-Villaverde, en el que realiza una comparación de la implementación de la estabilidad presupuestaria en España y Francia, explicando cómo ha sido dicha implementación en ambos países, siendo la exposición de España más superficial y centrándose en el caso francés, donde sitúa la constitucionalización de este principio en 2008, mediante la reforma constitucional conocida como “regla de oro”, la cual en rasgos generales, pretendía establecer objetivos plurianuales para reducir el déficit y la deuda pública, adoptando medidas que garanticen su cumplimiento. Esta reforma fue objeto de discusión por parte de diferentes sectores y la autora expone la evolución y desarrollo de cómo se fue implementado dicho principio.

El último capítulo del libro y que cierra esta cuarta parte es el capítulo catorce. D. Daniel Capodiferro Cubero efectúa un análisis sobre la constitucionalización del principio de la estabilidad presupuestaria, llevada a cabo mediante la reforma constitucional del año 2012, la cual fue objeto de un intenso debate político y jurídico. El autor realiza también un análisis de la ley 243/2012, que desarrolla la regla de equilibrio presupuestario, así como examina la relación entre dicho equilibrio y la realización de los derechos sociales.

Para finalizar la obra, el epílogo es realizado por otro de los protagonistas y defensor destacado de la reforma, el que fuera Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas del gobierno de Mariano Rajoy en el año 2011, cuenta desde su punto de vista lo que supone el principio de estabilidad presupuestaria.

En resumen, se trata de una obra muy completa, que expone la complejidad e importancia de la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en España y en otros Estados miembro de nuestro entorno, estableciendo diferentes medidas, políticas y reformas, con la finalidad de garantizar la sostenibilidad fiscal, la estabilidad y el crecimiento económico, en un momento concreto de incertidumbre financiera, política y social, como fue la crisis del 2008, pero también para evitar la repetición de esa incertidumbre en desafíos futuros, contribuyendo a la estabilidad financiera y la cohesión económica en Europa.

En mi opinión, esta monografía es muy recomendable debido al indudable interés que genera el tema de estudio, así como por los participantes de la obra, empleando una comunicación clara y eficaz, que permite al lector conocer con certeza las situaciones, hechos, sujetos y características que afectan al tema propuesto. Desde el prólogo hasta el epílogo se observa la calidad científica y de investigación, lo que puede resultar muy útil tanto para el ámbito docente, como para el investigador o simplemente para el enriquecimiento personal.

III. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

SUMARIO

- **María Martín Sánchez**, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2022)*.
- **M^a. del Pilar Molero Martín-Salas**, *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2022)*.
- **M^a. Joaquina Guerrero Sanz**, *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2022)*.
- **M^a. Elena Rebato Peño**, *Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2022)*.
- **María Ruiz Dorado**, *“La intervención del Tribunal Constitucional en el procedimiento parlamentario: un comentario al ATC 177/2022 de 19 de diciembre”*.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONALIDAD
SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS
(DE 1 DE ENERO DE 2022 A 31 DE DICIEMBRE DE 2022)

JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON
AUTONOMOUS COMMUNITIES
(JANUARY 1, 2022 TO DECEMBER 31, 2022)

María Martín Sánchez¹

Universidad de Castilla-La Mancha

maria.martin@uclm.es

ORCID <http://orcid.org/0000-0001-6883-4093>

Cómo citar/Citation

MARTÍN SÁNCHEZ, M., “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (de 1 de enero de 2022 a 31 de diciembre de 2022)”, en *Parlamento y Constitución. Anuario. Cortes de Castilla-La Mancha-UCLM*. Nº 24. 2023.

Recibido: 26-02-2023

Aceptado: 30-03-2023

Resumen: Se presenta un repaso de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional referidas a Comunidades Autónomas, en procesos de control de la constitucionalidad, conflictos de competencias y otros procesos constitucionales en 2022.

Abstract: In this paper a review of the judgments of the Constitutional Court concerning autonomous regions in constitutional control processes, jurisdictional conflicts and other constitutional processes in 2022.

Palabras Clave: región, sentencia, Tribunal Constitucional.

Key Words: region, judgment, Constitutional Court.

¹ Profesora Titular de Universidad, Área Derecho Constitucional, UCLM.

SUMARIO

1. Introducción.

2. Relación de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional referidas a Comunidades Autónomas y proceso en el que se dictan.

3. Breve comentario de los pronunciamientos dictados en procesos en los que se ve afectada la autonomía de Castilla-La Mancha

1. Introducción

Se presenta una breve recopilación de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el año 2022, en relación con las Comunidades Autónomas. Lo que se muestra en estas páginas es una relación de los pronunciamientos dictados tras una revisión de todos los llevados ante el alto Tribunal: 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. En esta ocasión, de la revisión del ejercicio de 2022, concluimos que solo se han abordado cuestiones relacionadas con Comunidades Autónomas en procesos de control de constitucionalidad, encontrando un total de doce recursos y diecinueve cuestiones de inconstitucionalidad.

Junto a las anteriores, también una cuestión interna de constitucionalidad, a la que considero oportuno hacer mención expresa. Se trata de la sentencia 20/2022, de 9 de febrero, planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con un precepto de la Ley del Parlamento de Canarias 4/2012, de 25 de junio, de medidas administrativas y fiscales², cuya cuestión se planteó en relación con los límites a la potestad tributaria de las comunidades autónomas.

Más allá de la anterior, no encontramos ninguna otra cuestión a reseñar.

Por lo que afecta a nuestra región, Castilla-La Mancha, cabe citar la Sentencia 16/2022, de 8 de febrero, dictada en un proceso de Recurso de inconstitucionalidad, del que daremos cuenta más adelante.

A continuación, se enumeran las sentencias dictadas en los procedimientos anteriormente señalados.

2. Relación de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional referidas a Comunidades Autónomas y proceso en el que se dictan

- Sentencia 118/2022, de 29 de septiembre (BOE núm. 262 de 01 de noviembre de 2022). Recurso de inconstitucionalidad.

² Artículo 41.9.2 a) de la Ley del Parlamento de Canarias 4/2012, de 25 de junio, de medidas administrativas y fiscales.

- Sentencia 117/2022, de 29 de septiembre (BOE núm. 262 de 01 de noviembre de 2022). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 99/2022, de 13 de julio (BOE núm. 195 de 15 de agosto de 2022). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 90/2022, de 30 de junio (BOE núm. 181 de 29 de julio de 2022). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 57/2022, de 7 de abril (BOE núm. 113 de 12 de mayo de 2022). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 37/2022, de 10 de marzo (BOE núm. 84 de 08 de abril de 2022). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 36/2022, de 10 de marzo (BOE núm. 84 de 08 de abril de 2022). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 29/2022, de 24 de febrero (BOE núm. 72 de 25 de marzo de 2022). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 28/2022, de 24 de febrero (BOE núm. 72 de 25 de marzo de 2022). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 21/2022, de 9 de febrero (BOE núm. 59 de 10 de marzo de 2022). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 18/2022, de 8 de febrero (BOE núm. 59 de 10 de marzo de 2022). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 16/2022, de 8 de febrero (BOE núm. 59 de 10 de marzo de 2022). Recurso de inconstitucionalidad.
- Sentencia 150/2022, de 29 de noviembre (BOE núm. 5 de 06 de enero de 2023). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 145/2022, de 15 de noviembre (BOE núm. 308 de 24 de diciembre de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 138/2022, de 26 de octubre (BOE núm. 288 de 01 de diciembre de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 137/2022, de 26 de octubre (BOE núm. 288 de 01 de diciembre de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 136/2022, de 26 de octubre (BOE núm. 288 de 01 de diciembre de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 135/2022, de 26 de octubre (BOE núm. 288 de 01 de diciembre de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 134/2022, de 26 de octubre (BOE núm. 288 de 01 de diciembre de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 133/2022, de 25 de octubre (BOE núm. 288 de 01 de diciembre de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 129/2022, de 11 de octubre (BOE núm. 277 de 18 de noviembre de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.

- Sentencia 128/2022, de 11 de octubre (BOE núm. 277 de 18 de noviembre de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 127/2022, de 11 de octubre (BOE núm. 277 de 18 de noviembre de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 126/2022, de 11 de octubre (BOE núm. 277 de 18 de noviembre de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 116/2022, de 27 de septiembre (BOE núm. 262 de 01 de noviembre de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 114/2022, de 26 de septiembre (BOE núm. 262 de 01 de noviembre de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 77/2022, de 15 de junio (BOE núm. 171 de 18 de julio de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 76/2022, de 15 de junio (BOE núm. 171 de 18 de julio de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 70/2022, de 2 de junio (BOE núm. 159 de 04 de julio de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 19/2022, de 9 de febrero (BOE núm. 59 de 10 de marzo de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 17/2022, de 8 de febrero (BOE núm. 59 de 10 de marzo de 2022). Cuestión de inconstitucionalidad.
- Sentencia 20/2022, de 9 de febrero (BOE núm. 59 de 10 de marzo de 2022). Cuestión interna de inconstitucionalidad.

3. Breve comentario de los pronunciamientos dictados en procesos en los que se ve afectada la autonomía de Castilla-La Mancha

En esta ocasión, y después de una larga temporada sin pronunciarse acerca de cuestiones atinentes a la autonomía de Castilla-La Mancha, el Tribunal Constitucional así lo ha hecho en su Sentencia 16/2022, de 8 de febrero (BOE núm. 59 de 10 de marzo de 2022).

Se trata de un Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular en el Senado en relación con la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 10/2019, de 20 de diciembre, de presupuestos generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2020. En concreto se planteaba una posible inconstitucionalidad de la disposición final cuarta, apartado 5º, en relación con los límites materiales de las leyes de presupuestos, en cuanto da nueva redacción al art. 75.2 c) del texto refundido de la Ley de hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de

19 de noviembre, omitiendo en su nueva redacción en el caso de las subvenciones concedidas de forma directa, en caso de acreditarse debidamente, disponía:

“en este caso, el Gobierno regional remitirá trimestralmente a las Cortes de Castilla-La Mancha relación individualizada de los beneficiarios, con indicación de la cuantía concedida, así como su finalidad y motivación”.

Considerando que el cambio introducido en la normativa suponía introducir “un cambio sustancial en el sistema de control en la concesión de subvenciones nominativas” (tal y como se recoge en la sentencia), el Tribunal Constitucional estimó el recurso presentado declarando:

“que el apartado quinto de la disposición final cuarta de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 10/2019, de 20 de diciembre, de presupuestos generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2020, en cuanto da nueva redacción al art. 75.2 c) del texto refundido de la Ley de hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, es inconstitucional y nulo”

ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA
(DE 1 DE ENERO A 31 DE DICIEMBRE DE 2022)

LEGISLATIVE ACTIVITY THAT REGIONAL PARLAMENT OF CASTILLA-LA MANCHA
(FROM JANUARY 1 TO DECEMBER 31 OF 2022)

M^a. del Pilar Molero Martín-Salas

Universidad de Castilla-La Mancha

mariapilar.molero@uclm.es

<http://orcid.org/0000-0003-0053-1592>

Cómo citar/Citation

MOLERO MARTÍN-SALAS, M.P., “Actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha (De 1 de enero a 31 de diciembre de 2022), en *Parlamento y Constitución. Anuario*. Cortes de Castilla-La Mancha - UCLM, nº 24, 2023.

Recibido: 26-02-2023

Aceptado: 30-03-2023

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 2022.

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 2022.

Key Words: Parliament, Autonomus Region and legislative activity.

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 2022.

II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas.

I. Enumeración, por orden cronológico, de las diversas leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2022.

Durante dicho periodo se han aprobado en Castilla-La Mancha un total de 9 leyes. Concretamente las leyes aprobadas han sido las siguientes:

- Ley 1/2022, de 14 de enero, de Medidas Tributarias y Administrativas de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 12 (19-01-2022)
BOE núm. 75 (29-03-2022)

- Ley 2/2022, de 18 de febrero, de Aguas de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 40 (28-02-2022)
BOE núm. 75 (29-03-2021)

- Ley 3/2022, de 18 de marzo, por la que se modifica parcialmente el texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre

DOCM núm. 58 (24-03-2022)
BOE núm. 177 (25-07-2022)

- Ley 4/2022, de 22 de abril, por la que se suspende la aplicación del Canon Medioambiental del Agua previsto en la Ley 2/2022, de 18 de febrero, de Aguas de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 81 (28-04-2022)
BOE núm. 177 (25-07-2022)

- Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha

DOCM núm. 91 (12-05-2022)
BOE núm. 177 (25-07-2022)

- Ley 6/2022, de 29 de julio, de la Viña y del Vino de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 154 (11-08-2022)

BOE núm. 266 (05-11-2022)

- Ley 7/2022, de 29 de julio, Medidas para la Agilización Administrativa de los Proyectos de Energías Renovables en Castilla-La Mancha

DOCM núm. 154 (11-08-2022)

BOE núm. 266 (05-11-2022)

-Ley 8/2022, de 4 de noviembre, por la que se modifica la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 217 (11-11-2022)

BOE núm. 303 (19-12-2022)

-Ley 9/2022, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2023

DOCM núm. 249 (30-12-2022)

BOE núm. 38 (14-02-2022)

II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas

- Ley 1/2022, de 14 de enero, de Medidas Tributarias y Administrativas de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 12 (19-01-2022)

BOE núm. 75 (29-03-2022)

La primera ley del año regula una serie de medidas, tributarias y administrativas, que servirán de acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales de la región para 2022, y cuya finalidad es dinamizar la economía, mejorar la prestación de ciertos servicios públicos, y favorecer la distribución equitativa de las obligaciones tributarias.

Para la consecución de estos objetivos se modifican dos leyes: la Ley 9/2012, de 29 de noviembre, de Tasas y Precios Públicos de Castilla-La Mancha y otras

medidas tributarias y de la Ley 8/2013, de 21 de noviembre, de Medidas Tributarias de Castilla-La Mancha. Además de estas medidas puramente tributarias también se adoptan medidas de carácter administrativo, para garantizar un funcionamiento más eficiente de la Administración Regional.

Son diversos los aspectos que se ven modificados por la presente ley, algunos de los más importantes se mencionan a continuación.

Se suprimen varias tasas y tarifas, como las licencias de caza y pesca, las tasas de servicios administrativos generales, o la relativa a los servicios en materia de ordenación de los transportes terrestres por carretera y sus actividades auxiliares y complementarias. También se incorporan ciertos incentivos fiscales en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que favorecen a la familia, a las personas con discapacidad y al sector empresarial de la región.

Otra de las modificaciones incorporadas trata de suplir transitoriamente la falta de regulación de la formación reglada sobre la capacitación profesional adecuada para el adiestramiento de perros de asistencia. De igual forma, tratan de ordenar adecuadamente el sector de granjas porcinas intensivas y realizar aquellos estudios que sean necesarios para ello, estableciéndose una moratoria sobre las explotaciones ganaderas de porcino hasta el 31 de diciembre de 2024. Así, no se admitirán solicitudes ni se concederán nuevas Autorizaciones Ambientales Integradas para la instalación de explotaciones ganaderas de porcino. Tampoco se admitirán nuevas solicitudes de modificaciones de las Autorizaciones Ambientales Integradas concedidas a instalaciones de explotaciones ganaderas de porcino, que supongan ampliación de capacidad.

Otra de las novedades que incluye es la regulación de las condiciones que permitan la integración del personal funcionario de carrera, adscrito al Instituto Regional de Investigación y Desarrollo Agroalimentario y Forestal de Castilla-La Mancha, al Cuerpo Superior de Investigación.

También se incorpora la posibilidad de que la Comunidad Autónoma contribuya 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.

Otra de las cuestiones interesantes que aborda la ley es la definición de inmueble desocupado con carácter permanente de uso residencial, y que permiti-

rá que los ayuntamientos incrementen el IBI de las viviendas vacías dentro de los requisitos y límites establecidos por la normativa básica del Estado, dinamizando así el uso de viviendas residenciales que se encuentren desocupadas permanentemente.

También se establece la posibilidad de reservar un máximo del 20 por 100 de las plazas que se convoquen de Policía Local para el acceso libre a militares profesionales de tropa y marinería que cumplan determinados requisitos.

- Ley 2/2022, de 18 de febrero, de Aguas de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 40 (28-02-2022)

BOE núm. 75 (29-03-2021)

Se trata de una ley bastante extensa, cuyo objetivo principal es la regulación del abastecimiento de agua, de saneamiento y de depuración de las aguas residuales en Castilla-La Mancha, así como la ordenación de las infraestructuras correspondientes en cuanto a su planificación, ejecución, gestión y financiación.

Como el resto de políticas llevadas a cabo por la Comunidad Autónoma en la materia, se pretende garantizar un acceso sostenible al agua potable, con una suficiente cantidad y calidad.

Debido a la extensión e importancia de esta ley, se regulan en ella numerosos aspectos, siendo algunos de los más importantes los siguientes.

Se definen las infraestructuras hidráulicas de interés regional, así como las competencias regionales, y las de los entes locales, respetando la legislación básica en materia de régimen local.

También se regula la planificación del abastecimiento y la depuración del agua, y que se lleva a cabo mediante la Agencia del Agua, y las entidades locales, y se establece la normativa para la prestación de estos servicios; el abastecimiento y la depuración. Una parte de la ley también se dedica a las obras y la contratación de las infraestructuras necesarias para estos servicios.

Se incluye una reforma del régimen económico-financiero que permite trasladar a los usuarios últimos los costes de los servicios relacionados con el agua, con la obligación de hacerlo de manera diferenciada entre los distintos tipos de usuarios, y aplicando el principio de quien más contamina más paga.

Se crea el canon medioambiental de la Directiva Marco del Agua, o canon DMA, como un nuevo tributo propio de la comunidad autónoma con naturaleza de impuesto, con la finalidad de minimizar o corregir la afección al medio que la utilización del agua produce, y que se basa en el volumen de agua consumida y en la contaminación generada. Si bien, como veremos un poco más adelante, la aplicación de dicho canon ha quedado suspendida por la Ley 4/2022, de 22 de abril.

- Ley 3/2022, de 18 de marzo, por la que se modifica parcialmente el texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre

DOCM núm. 58 (24-03-2022)

BOE núm. 177 (25-07-2022)

El 8 de febrero de 2022 el Tribunal Constitucional declara inconstitucional, nulo y sin efecto el apartado Cinco de la disposición final cuarta de la Ley 10/2019, de 20 de diciembre, en lo que se refiere a la nueva redacción dada al artículo 75.2.c) del texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha. Dicha inconstitucionalidad es declarada por extralimitación material de la ley de presupuestos al considerar que dicho instrumento normativo no era el adecuado para reformar el artículo 75.2.c) del mencionado texto refundido.

La presente ley modifica los apartados 2 y 3 del referido artículo 75, para adaptarlo a la exigencias establecidas por el Tribunal Constitucional en su sentencia.

En definitiva, en aras de respetar la doctrina constitucional se aprueba la presente ley que tiene por objeto una modificación legislativa que afecta al artículo 75 del texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha.

- Ley 4/2022, de 22 de abril, por la que se suspende la aplicación del Canon Medioambiental del Agua previsto en la Ley 2/2022, de 18 de febrero, de Aguas de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 81 (28-04-2022)

BOE núm. 177 (25-07-2022)

Como se indicaba unos párrafos más arriba, la Ley 2/2022, de 18 de febrero, de Aguas de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, cumpliendo la obligación establecida en el artículo 9 de la Directiva Europea del Agua, establece un Canon Europeo Medioambiental al uso del agua.

Sin embargo, la invasión de Ucrania por parte de la Federación Rusa que tuvo lugar el 24 de febrero de 2022, está provocando consecuencias económicas en toda la Unión Europea, también en la región de Castilla-La Mancha. Es por ello que se considera que en tal contexto económico y social lo más adecuado es que se paralice la aplicación del canon DMA, sin tiempo establecido y con el compromiso de no imponerlo mientras no exista una clara y consolidada recuperación económica.

- Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha

DOCM núm. 91 (12-05-2022)

BOE núm. 177 (25-07-2022)

Como indica expresamente la ley, el objetivo principal de la misma es garantizar la igualdad de las personas lesbianas, gais, transexuales o trans, bisexuales e intersexuales, así como la de otras personas que por su orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, diferencias en el desarrollo sexual o pertenencia a familias LGTBI puedan sufrir discriminación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, a través de la adopción de medidas, en cualquier etapa de la vida y en los ámbitos social, familiar, sanitario, educativo, cultural, deportivo, laboral, comunicativo, de la protección ciudadana y de la cooperación internacional en Castilla-La Mancha.

Siendo este el objetivo de la ley, se une a otras similares a nivel estatal y de otras comunidades autónomas, todas ellas con la intención de establecer políticas encaminadas a que los derechos de las personas LGTBI sean reales y efectivos, facilitar su participación y representación en todos los ámbitos de la vida social e institucional, así como contribuir a la eliminación de estereotipos que han fomentado históricamente su discriminación y exclusión social.

Es una ley amplia, en la que se hace referencia, al inicio de la misma, al derecho a la igualdad de trato, de oportunidades y no discriminación de las personas LGTBI, especificando el derecho al libre desarrollo y reconocimiento de su personalidad, y la despatologización de la transexualidad y la intersexualidad, así como la prohibición expresa de terapias de conversión, aversión o contracondicionamiento que busquen modificar y patologizar la orientación sexual, la identidad sexual, el desarrollo sexual o la expresión de género de las personas LGTBI.

Se prevén numerosas políticas públicas. Algunas consisten en actuaciones de diversa índole como formativas, de sensibilización y planificación. También se

encaminan a conseguir la igualdad real y efectiva, centrándose en la contratación administrativa y concesión de subvenciones, en la adecuación documental en los trámites administrativos, así como la prestación de formación al personal empleado público en materia de diversidad sexual.

Otras están dirigidas al apoyo y protección de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad, con especial protección para personas jóvenes, menores de edad, y las personas mayores.

También se recogen medidas centradas en el ámbito familiar, mediante la protección de la diversidad familiar y el reconocimiento de la heterogeneidad del hecho familiar desde un enfoque de género e interseccional. Igualmente, prevé la garantía de que la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, el desarrollo sexual o la pertenencia a familias LGTBI no constituya un criterio de exclusión en los procesos de acogimiento y adopción. Además, desarrolla aspectos sobre la violencia en el ámbito familiar cuando alguno de sus componentes sea una persona LGTBI y prevé la adopción de medidas de atención y ayuda en los casos en los que llegue a producirse.

Asimismo se prevén medidas relativas al ámbito sanitario. En él se reconocen la importancia de la formación del personal sanitario, la elaboración de guías informativas y la puesta en marcha de campañas de prevención. Se regulan, además, la atención sanitaria a personas transexuales o trans y a las personas con variaciones intersexuales o diferencias en el desarrollo sexual, incluyendo la atención integral sanitaria a personas menores de edad transexuales o trans e intersexuales. Para hacerlo efectivo, se formalizan los protocolos de actuación y se establecen una serie de medidas para la formación de profesionales y la recogida de datos para los usos estadísticos.

También en el ámbito educativo se adoptarán medidas, afirmando el derecho de todas las personas a la educación, sin que quepa ninguna discriminación por LGTBIofobia. Se establecen mecanismos de prevención y atención ante comportamientos y actitudes discriminatorias y se aborda la importante cuestión de los programas y contenidos educativos y las actuaciones de los centros educativos, con el fin de que estos promuevan la igualdad y no discriminación a las personas LGTBI.

La cultura, el ocio, el deporte y el empleo también son objeto de esta ley, apostando por un ejercicio inclusivo de todos estos aspectos, fomentando la igualdad y no discriminación.

También se fomentará la igualdad en los medios de comunicación, y el tratamiento igualitario de la información. De igual forma en la protección ciudadana, ofreciendo formación sobre diversidad sexual a los cuerpos de la Policía Local y otros cuerpos de seguridad.

- Ley 6/2022, de 29 de julio, de la Viña y del Vino de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 154 (11-08-2022)

BOE núm. 266 (05-11-2022)

La importancia del sector vitivinícola en Castilla-La Mancha es incuestionable, siendo, en algunos municipios, la actividad predominante. Sin embargo, el sector está en constante cambio, tratando de adaptarse a las exigencias del mercado, así como a sus inestabilidades económicas y de otra índole.

Con la intención de ser un ámbito siempre competitivo, el sector está tratando de realizar una transformación a todos los niveles, es por ello que se elabora esta ley, cuyo principal objetivo es ordenar todo lo concerniente al sector, siempre en el marco de la normativa que se marca desde la Unión Europea y aquella estatal que es de carácter básico.

Se trata de una ley extensa, que aborda los aspectos importantes para el sector vitivinícola de Castilla-La Mancha, entre los que pueden destacarse los siguientes.

Una parte de la ley se dedica al viñedo, la autorización para su plantación, modificación o arranque. También se regula el registro vitícola, la diferentes variedades o las declaraciones de cosecha.

También se establecen medidas de control en materia de viticultura, estableciendo la autoridad competente para llevar a cabo las tareas de inspección y las obligaciones de los titulares de las explotaciones.

Asimismo, se dedica un título de la ley al vino, estableciéndose las diversas prácticas enológicas y el proceso para autorizarlas y supervisarlas.

En cuanto a la calidad de los vinos, se regula la protección de las indicaciones geográficas, y las indicaciones que puedan aparecer en las etiquetas de los vinos, como unidades geográficas menores o unidades geográficas más amplias.

También se recogen los controles que deben realizarse a cualquier producto vitivinícola, así como todas aquellas actuaciones que garanticen la trazabilidad.

Puesto que uno de los objetivos es conseguir que el sector sea competitivo, se dedica una parte de la ley al fomento vitivinícola y la vertebración del sector, fomentando la investigación, el desarrollo y la innovación. Se crea el Comité Regional Vitivinícola.

- Ley 7/2022, de 29 de julio, Medidas para la Agilización Administrativa de los Proyectos de Energías Renovables en Castilla-La Mancha

DOCM núm. 154 (11-08-2022)
BOE núm. 266 (05-11-2022)

Como en otras leyes, la guerra de Ucrania está provocando que se realicen regulaciones en diversas materias. Precisamente, para paliar las consecuencias económicas y sociales que está provocando, se han establecido a nivel estatal determinadas medidas para la agilización de los proyectos de energías renovables con la finalidad de acelerar la descarbonización y reducir la dependencia energética.

Con la presente ley se pretenda aplicar, de manera inmediata, el procedimiento de determinación de la afección ambiental para proyectos de energías renovables establecido en Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, añadiendo sendas disposiciones adicionales a la Ley 2/2020, de 7 de febrero, de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha, y al Decreto 80/2007, de 19 de junio, por el que se regulan los procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica a tramitar por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y su régimen de revisión e inspección. Asimismo, incorpora tres disposiciones finales para la modificación de algunos preceptos de leyes aprobadas o modificadas recientemente por la Comunidad Autónoma que han suscitado discrepancias de carácter competencial por parte de la Administración General del Estado y que han sido resueltas de manera amistosa a través del mecanismo de la Comisión Bilateral de Cooperación, previsto en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

- Ley 8/2022, de 4 de noviembre, por la que se modifica la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 217 (11-11-2022)
BOE núm. 303 (19-12-2022)

Se trata de una ley muy breve que consiste en una única reforma, en cuanto al plazo del escrutinio en las elecciones. La modificación consiste en establecer que respecto a este asunto, el escrutinio, se estará a lo dispuesto en el Régimen Electoral General. Se amplía el plazo para la apertura de los votos emitidos desde el extranjero de tres a cinco días, tal y como se prevé en la normativa estatal.

- Ley 9/2022, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2023

DOCM núm. 249 (30-12-2022)

BOE núm. 38 (14-02-2022)

La presente ley tiene por objeto establecer los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2023.

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 la seguridad jurídica.

Si bien los ejercicios anteriores estaban influidos de manera muy directa por las consecuencias negativas que la COVID-19 ha provocado a nivel económico, y aunque siguen existiendo algunas consecuencias de dicha situación, sin duda, los presupuestos para 2023 vienen marcados por el difícil contexto de incertidumbre en la economía internacional, que viene marcado actualmente por el conflicto bélico entre Rusia y Ucrania, la evolución de la situación geopolítica y sus efectos sobre los precios de la energía, de las materias primas, de los alimentos y, por extensión, sobre la inflación.

ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA
EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA.

ACTIVITY OF THE CONSULTATIVE COUNCIL OF CASTILLA-LA MANCHA
IN CONSTITUTIONAL AND BY-LAW MATTERS.

M^a. Joaquina Guerrero Sanz¹

Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

mjguerrero@jccm.es

Cómo citar/Citation

GUERRERO SANZ, M.J., “Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria), en *Parlamento y Constitución. Anuario*. Cortes de Castilla-La Mancha - UCLM, nº 24, 2023.

Recibido: 25-02-2023

Aceptado: 30-03-2023

Resumen: Como cada año, 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 2022, en la emisión de diez dictámenes sobre anteproyectos de ley. En cinco 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: As every year, the present work is directed to describe the work of the Consultative Council of Castilla-La Mancha referred to the exercise of constitutional and statutory powers attributed by article Law 11/2003, of September

1 Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

25, which regulates said body and the Government of our autonomous community. This work has materialized in the year 2022, in the issuance of ten opinions on preliminary bills. In five 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 ones, referring to the purpose of the draft, fundamental considerations issued by the Council and, where appropriate, level of care that said observations have had in the normative text approved by the Cortes of Castilla-La Mancha.

Palabras Clave: Derechos fundamentales, reproducción de preceptos constitucionales, reproducción de preceptos estatales, orden constitucional de competencias, marco competencial, legislación básica, reparto competencial, normativa comunitaria, remisión normativa, habilitación reglamentaria, técnica normativa, , competencia exclusiva, legislación civil, legislación penal, potestad reglamentaria, procedimiento administrativo, trámite de audiencia, régimen sancionador, principio de tipicidad, graduación de sanciones, prescripción de sanciones, seguridad jurídica, autorización administrativa, habilitación profesional, denominación de origen, indicación geográfica, consentimiento familiar, tutela, protección a la infancia, adopción, vía pecuaria, montes de utilidad pública, gestión forestal, prevención de incendios.

Keywords: Fundamental rights, reproduction of constitutional precepts, reproduction of state precepts, constitutional order of competences, competence framework, basic legislation, competence distribution, community regulations, normative remission, regulatory authorization, normative technique, exclusive competence, civil legislation, criminal legislation, power regulatory, administrative procedure, hearing process, sanctioning system, principle of criminality, graduation of sanctions, prescription of sanctions, legal certainty, administrative authorization, professional qualification, denomination of origin, geographical indication, family consent, guardianship, child protection, adoption, livestock trail, public utility forests, forest management, fire prevention.

En el año 2022, 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 diez 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 cinco 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 19/2022, de 27 de enero, solicitado por la Consejería de Igualdad, sobre el Anteproyecto de Ley de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha.

La memoria elaborada por la Directora del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha expresaba que la finalidad de esta iniciativa era: “[...] establecer las condiciones por las que los derechos de las personas LGTBI y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos; facilitarles la participación y la representación en todos los ámbitos de la vida social e institucional de nuestra región; contribuir a la superación de los estereotipos que afectan negativamente a la percepción social e institucional de estas personas y establecer medidas concretas para conseguir una sociedad más justa, libre, inclusiva demográfica basada en la igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI y en la aceptación de la diversidad como un valor añadido”.

Tras el estudio pormenorizado del texto legal proyectado, el Consejo realizó al mismo las siguientes observaciones de carácter esencial:

- El artículo 6 del Anteproyecto recogía “*los derechos reconocidos a las personas LGTBI*”. En el dictamen se recuerda que varios de ellos se encontraban ya reconocidos en nuestra Constitución como derechos fundamentales. En concreto, el “*derecho a la igualdad sin que pueda prevalecer discriminación por razón de sexo -artículo 14- el derecho a la vida y a la integridad física y moral -artículo 15-, o el derecho a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen -artículo 18-, que se corresponden a su vez con los enumerados en el anteproyecto con las letras a), c) y d), si bien en estos se ofrece una explicitación del contenido de tales derechos orientado al colectivo objeto de regulación.*”

Por otra parte, el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad -letra b)- se encuentra también recogido en el artículo 10 de la Constitución como uno de los fundamentos del “orden político y de la paz social”.

Y el derecho de toda persona LGTBI al disfrute de salud física, mental y emocional sin discriminación -letra e)-, no es sino una proyección de uno de los principios rectores de la política social y económica que identifica el artículo 43 de la Constitución como “el derecho a la protección de la salud”.

El Consejo señala que “*ya ha tenido ocasión de analizar con motivo del sometimiento a su consideración de otras iniciativas legislativas que abordaban también la regulación de derechos de otros colectivos, la problemática que se origina cuando se reitera en la norma autonómica derechos reconocidos a nivel constitucional. Cabe remitirnos en este sentido a lo señalado en el dictamen número 168/2014, de 21 de mayo, en el que con cita de doctrina del Tribunal Constitucional señalaba:*

“[...] es muy importante destacar que el Tribunal Constitucional en algunos de sus pronunciamientos ha validado, aun con límites y con reproches de incorrecta técnica jurídica, la reproducción de preceptos constitucionales en Estatutos de Autonomía. Así lo ha expresado en la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre (RTC 2007\247), dictada en relación con la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en la que afirmaba que “teniendo los derechos constitucionales la condición de tales como consecuencia de su consagración en la Constitución, es claro que los mismos no pueden ser objeto de regulación por los Estatutos de Autonomía. [] Sin embargo, si el legislador estatutario, simplemente, reprodujera los derechos constitucionales (aunque como ha señalado este Tribunal en reiteradas ocasiones, no es técnicamente correc-

to transcribir en las Leyes los preceptos constitucionales: STC 76/1983, de 5 de agosto [RTC 1983,76], F.23; en igual sentido, STC 118/1996, de 27 de junio [RTC 1996,118], F.12, entre otras) lo relevante desde la perspectiva de su constitucionalidad será el alcance de dicha reproducción. En tal sentido, si el legislador estatutario va más allá de la mera reproducción e incide en los derechos fundamentales, tales previsiones, que tendrán la eficacia señalada en el párrafo c) anterior, sólo serán legítimas si, además, guardan relación con alguna de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, incurriendo en inconstitucionalidad en caso contrario”.

La citada sentencia hace también referencia a la posibilidad de que normas autonómicas con rango de ley intervengan en el desarrollo de los derechos constitucionales, si bien poniendo límites y requisitos a esta posibilidad: “La interpretación del art. 53 de la Constitución en el marco general de ésta obliga a entender, en consecuencia, que, si bien la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución requiere siempre una norma de rango legal, esta norma sólo ha de emanar precisamente de las Cortes Generales cuando afecte a 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. Cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos les atribuyan competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente, en uno u otro grado, una regulación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados” (STC 37/1981, FJ 2). En fin, dicha decisión, cuya jurisprudencia se ha mantenido en otras posteriores, se refiere también a la posibilidad de que la legislación autonómica pueda proceder a la interpretación de preceptos constitucionales: “dos criterios pueden extraerse de la doctrina contenida en la STC 76/1983 y complementarias aludidas. El primero consiste en señalar que lo que le está vedado al legislador, estatal o autonómico, es la interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional de reparto competencial con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos, imponiéndoles su propia interpretación de la Constitución. Y el segundo, consecuencia del anterior, se traduce en que los poderes legislativos constituidos, estatal o autonómico, ejercerán su función legislativa de modo legítimo cuando, partiendo de una interpretación de la Constitución, sus normas se dirijan a su ámbito competencial, ejerciendo las competencias propias, siempre que, al hacerlo, no pretendan imponer a todos los poderes públicos, como única, una determinada opción interpretativa del precepto constitucional [...]” (STC 247/2007, de 12 de diciembre, f. j. 8).

En suma, la mera repetición de preceptos constitucionales (y en particular, de derechos fundamentales) es una técnica admisible, pero desaconsejable desde la perspectiva técnica. Pero además, la misma se vuelve inconstitucional siempre que no sea una estricta reiteración, implicando cualquier añadido, o cuando tenga cualquier tipo de incidencia en una regulación que corresponde exclusivamente a la norma fundamental. Por su parte, en lo relativo al desarrollo de los derechos constitucionales (o de los principios rectores del capítulo III del título I de la Constitución), la legislación autonómica puede intervenir siempre que no afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes, ya que esta es una competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.1^ª.

En atención a esta doctrina constitucional el Consejo ha de mostrar su reparo a la regulación contenida en los apartados a) al d) del artículo en cuestión, en tanto que no constituye una estricta reiteración de los derechos proclamados constitucionalmente, sino que entrar a regular lo que cabría considerar como parte del contenido esencial de tales derechos proyectado en este caso sobre el colectivo LGTBI, que solo al Estado corresponde regular por ser de su competencia exclusiva.

Además, y en la línea de lo ya manifestado por el Gabinete Jurídico, debe advertirse que una regulación cerrada como la que se propone, podría entrar en colisión con una futura legislación estatal que bien con carácter de orgánica o de básica entrase a regular o desarrollar tales derechos.

Debe también señalarse que la problemática de colisión competencial que pudiera surgir no se salva con la introducción de la disposición final segunda que prevé la adaptación de la Ley a “[...] la legislación que dicte el Estado al amparo del artículo 149.1.1^ª de la Constitución española y que afecten a los derechos de las personas LGTBI”, pues con independencia de tal previsión de futuro, la adaptación vendría obligada por existir contravención, bien por colisión, bien por exceso competencial con la legislación que pudiese dictar el Estado al amparo de sus títulos competenciales exclusivos ya sea el contenido en el citado artículo 149.1.1^ª o en otros.

Quiere el Consejo advertir, en última instancia, que una regulación respetuosa con el citado orden constitucional de competencias y acorde con el ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma, pasaría en todo caso por una reformulación del precepto en cuestión, obviando la mera reproducción de derechos reconocidos constitucionalmente, y expresando que aquella se inspira en los ya reconocidos por la Constitución, orientando su actuación al cumplimien-

to y garantía de los mismos por todos los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto. Sirva como ejemplo la regulación contenida en el artículo 4 de la Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de Cantabria, o también en el 4 de la Ley 2/2021, de 7 de junio, de Canarias”.

- El artículo 18 creaba el Consejo LGTBI de Castilla-La Mancha, incluyendo su definición, adscripción, composición y remitiendo a un futuro desarrollo reglamentario la regulación de su estructura y funcionamiento.

Se recogía en el dictamen que *“Establece el artículo 5.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con carácter básico, que “La creación de cualquier órgano administrativo exigirá, al menos, el cumplimiento de los siguientes requisitos: [] a) Determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica. [] b) Delimitación de sus funciones y competencias. [] Dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento”.*

Por lo tanto y conforme a la citada norma básica estatal, es requisito principal que la creación del citado Consejo vaya acompañada de la delimitación de sus funciones y competencias, sin que a estos efectos sirva, por su generalidad e indeterminación, la simple mención que incluye el apartado 2 del artículo cuando señala que “tomará en consideración todas aquellas acciones vinculadas al ámbito de aplicación de esta Ley”.

- El Artículo 29 del texto proyectado se refería, en su apartado 7, al derecho que tienen las personas menores de edad, bajo atención y criterio médico endocrinológico pediátrico, para recibir determinados tratamientos (bloqueo hormonal y tratamiento hormonal cruzado), exigiéndose el *“previo consentimiento familiar”.*

Considera el Consejo que *“La exigencia de tal requisito colisiona con las previsiones exigidas por la normativa básica estatal constituida por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y en concreto con lo dispuesto en su artículo 9 que regula cómo ha de prestarse el consentimiento por parte de los menores de edad, según se trate de menores emancipados o mayores de 16 años en cuyo caso se les reconoce capacidad legal para decidir de forma autónoma sobre su propia salud -salvo en los supuestos en que tengan la capacidad modificada judicialmente y así conste en sentencia o cuando el menor no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, supuestos en los que el consentimiento se otorga por*

representación (apartado 3, letras b y c)-, o menores de dicha edad en cuyo caso el consentimiento se otorgará por el representante legal del menor.

De otro lado los mecanismos de representación legal pueden ser diversos en función de la situación jurídica en la que se halle el menor; así, de ordinario recaerá en los padres conforme al artículo 162 del Código Civil, en cuyo caso podría tener sentido hablar de “previo consentimiento familiar”, pero también puede recaer sobre quienes ejerzan su tutela, conforme a los artículos 199 a 234 del Código Civil o incluso por sus defensores judiciales, según los artículos 235 a 236 del Código Civil conforme a la reforma operada 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.

La alusión, por tanto, al requisito previo del “consentimiento familiar” cercena las posibilidades que la normativa básica estatal contempla para la presentación del consentimiento por los menores de edad, sin que ello pueda entenderse salvado por la posterior remisión que el artículo en cuestión efectúa al 35 del anteproyecto, puesto que este último solo contempla una regulación genérica del consentimiento informado por remisión a la normativa autonómica y básica estatal de aplicación.

Se sugiere en consecuencia, la eliminación del mencionado requisito y su sustitución por una remisión a la normativa estatal de aplicación en materia de prestación del consentimiento para los menores de edad.”

- El apartado 5 del artículo 37 disponía que se establecerán protocolos que garanticen el correcto desarrollo de la personalidad del alumnado y el respeto absoluto a su identidad o desarrollo sexual en los que se recogerán, entre otras indicaciones, “b) *En la documentación administrativa de exposición pública y la que pueda dirigirse al alumnado, profesorado y resto de personal del centro educativo figurará el nombre elegido. Asimismo, el cambio de nombre y sexo del alumnado, profesorado o personal del centro educativo, constará en las bases de datos y en el sistema informático de la consejería competente en materia de educación siempre que se haya producido en el registro conforme a la legislación estatal relativa en la materia, pudiéndose realizar cambios de forma temporal en el nombre hasta la resolución definitiva, con el fin de evitar situaciones de sufrimiento o discriminación y sin perjuicio de que en las bases de datos de la administración educativa se mantengan los datos de identidad registrales. Posteriormente, se tramitará la expedición de la titulación de forma concordante a ese nombre, independientemente del nombre que conste en el historial académico”.*

A juicio del Consejo, *“la regulación proyectada excede del ámbito competencial asumido por la Comunidad Autónoma.*

El cambio de identidad se encuentra previsto en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Esta Ley regula los requisitos y el procedimiento a seguir para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, contemplando también el cambio del nombre propio acorde con el sexo reclamado.

Como se recoge en la disposición final primera dicha norma ha sido dictada por el Estado en el ejercicio de la competencia exclusiva que el artículo 149.1. 8ª de la CE le atribuye en “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”.

El apartado cuestionado incide en la regulación del Estado en la medida en que prevé la posibilidad de que pueda constar provisionalmente en las bases de datos y en el sistema informático de la consejería, un nombre distinto, en tanto se resuelve el procedimiento de rectificación registral, previsión que no contempla la norma estatal.

Tal regulación no tiene cobertura competencial en los títulos asumidos por la Comunidad Autónoma, de modo que, invade la competencia exclusiva del Estado en la materia prevista en el artículo 149.1.8ª sin que concurra especialidad alguna en el derecho sustantivo autonómico que lo justifique en términos constitucionalmente admisibles conforme al indicado precepto constitucional.

Esta objeción no sería aplicable a la documentación administrativa de exposición pública y a la que pueda dirigirse al alumnado, profesorado y resto de personal del centro educativo donde figurará el nombre elegido.

La observación efectuada al mencionado apartado 5.b del artículo 37, con la salvedad que se acaba de apuntar, es trasladable en sus mismos términos al artículo 38, apartado 7, por la remisión interna que contiene al anterior artículo 37”.

- El apartado 2 del artículo 54 disponía que la inversión de la carga de la prueba que se regulaba en su apartado 1 *“no será de aplicación a los procesos penales”* ni a los procedimientos administrativos sancionadores.

Exponía el órgano consultivo que “*Conforme a la doctrina constitucional (por todas, la STC 120/1998, SSTC 142/1988, de 12 de julio, (RTC 1998, 142); 162/1996, de 17 de octubre, (RTC 1996,162); 243/2004, de 16 de diciembre (RTC 2004,243) y 144/2017, de 14 de diciembre (RTC 2017,144)), la legislación penal es un sector del ordenamiento jurídico que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1. 6^a CE, “se sitúa por completo extramuros de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas. Así, en este ámbito, las competencias estatales actúan como límite de la acción normativa autonómica” (STC 50/2018, de 10 de mayo, FJ 3).*

La previsión que se contiene en este apartado invade la competencia estatal sobre legislación penal del artículo 149.1. 6^a de la CE por lo que debe suprimirse.

Artículo 59. Clasificación de las infracciones.- El apartado 2.b) de este precepto tipifica como infracción leve “No facilitar la labor o negarse parcialmente a colaborar en la acción investigadora en el cumplimiento de los mandatos establecidos en la presente Ley”.

Asimismo en el apartado 3 se tipifican como infracciones graves “a) Utilizar, de forma reiterada, expresiones vejatorias por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, desarrollo sexual o que inciten a la violencia contra las personas LGTBI o sus familias, en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas” y “b) La obstrucción o negativa absoluta a la actuación investigadora de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en el cumplimiento de los mandatos establecidos en la presente Ley”.

A juicio de este Consejo la redacción de dichos tipos infractores plantea problemas desde la perspectiva del principio de tipicidad. Este principio consiste en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción, porque la norma establezca, con el suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen la infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa. Así pues, las leyes sancionadoras han de configurarse llevando a cabo el “máximo esfuerzo posible” (STC 62/1982, de 15 de octubre) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever así las consecuencias de sus acciones (SSTC 151/1997, de 29 de septiembre; 208/2005, de 12 de septiembre, o 145/2013, de 11 de julio).

En el caso de las infracciones indicadas, su configuración se ha hecho exclusivamente a partir de conceptos jurídicos indeterminados, tales como “negarse parcialmente”, “de forma reiterada”, “obstrucción o negativa absoluta”, lo que comporta un margen de discrecionalidad por parte de la Administración en la valoración de las conductas objeto de infracción que compromete seriamente el principio de tipicidad. Si bien como ha declarado el Tribunal Constitucional el principio de tipicidad no veda el empleo de este tipo de conceptos, su “[...] compatibilidad con el artículo 25 de la Constitución, según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permita prever, con suficiente seguridad jurídica la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada” (STC 208/2005 de 12 de septiembre).

En consecuencia, estima el Consejo siguiendo el criterio sentado en sus dictámenes 17/2007, de 31 de enero y el 23/2015 de 28 de enero, que deberían precisarse con mayor rigor las conductas que son objeto de infracción a fin de garantizar el debido respeto a las exigencias constitucionales de tipicidad y seguridad jurídica, pues su redacción actual “permitiría al Órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una debida especificación normativa” (Sentencia 61/1990, de 29 de marzo).

Esta observación es trasladable a la disposición final primera del anteproyecto, apartados dos v) y tres z) bis en cuanto que hacen referencia a las expresiones “la obstrucción o negativa absoluta” y “negarse parcialmente”.

Las observaciones esenciales efectuadas en el dictamen fueron recogidas en el texto definitivo finalmente aprobado mediante Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha, publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha (D.O.C.M.) Núm. 91, de 12 de mayo de 2022.

- Dictamen número 136/2022, de 5 de mayo, solicitado por la Consejería de Agricultura, Agua y Desarrollo Rural, sobre el Anteproyecto de Ley de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha.

La memoria suscrita por las Directoras Generales de Agricultura y Ganadería y de Alimentación, analizaba la oportunidad de la propuesta, señalando que constituía su objeto el establecimiento de un régimen jurídico a nivel regional aplicable al sector vitivinícola, completando a la regulación comunitaria o nacional, en aquellas cuestiones cuya competencia recaiga sobre Castilla-La Mancha. Se in-

cluía asimismo un análisis de las posibles alternativas, señalando como más adecuada la que se proponía, en tanto que no se perdía la imagen de conjunto del sector, se ofrecía seguridad jurídica a los ciudadanos y se dotaba al sector de un régimen sancionador actualizado.

El Consejo efectuó al Anteproyecto sometido a su consideración las siguientes observaciones de carácter esencial:

- Disponía el apartado 1 del artículo 17 que *“Únicamente serán válidas”* la plantación, sustitución de cepas muertas, marras o cepas improductivas, el injerto sobre el terreno y el sobreinjerto de las variedades de vid que consten en el listado de variedades autorizadas, salvo que se trate de aquellas destinadas a investigaciones científicas y experimentación.

Estima el Consejo que *“Tal regulación ya se contiene con carácter básico en el Real Decreto 1338/2018, de 29 de octubre, por el que se regula el potencial de producción vitícola, y concretamente en su artículo 36, si bien en términos taxativos no coincidentes con los empleados en el anteproyecto de Ley, pues se indica en su apartado 1 que “Quedan prohibidos la plantación, el injerto sobre el terreno, y el sobreinjerto, de variedades de uva de vinificación no inscritas en la clasificación”*.

Constituye este uno de los supuestos en los que la técnica de la lex repetita no resulta admisible al haberse alterado los términos de la norma básica reproducida, utilizando conceptos que difieren del alcance otorgado por el legislador básico estatal a la regulación, dado que no es lo mismo proclamar la prohibición del ejercicio de una determinada actividad, que dar “validez” a la misma en determinados casos, acepción esta última cuya desatención no tendría por qué implicar necesariamente su prohibición.”

- El apartado 5 del artículo 25 disponía que *“Por orden de la Consejería se establecerán los requisitos para la autorización del personal técnico competente en prácticas enológicas”*.

Fundamenta el Consejo que *“Debe ponerse este apartado en relación con la definición que de “Técnico competente en prácticas enológicas” se incluye en el artículo 4.h) del anteproyecto, al definir como tal a la “Persona con titulación de grado en Enología o que cuente con una titulación o grado que acredite análogos conocimientos técnicos en la materia y sea autorizada por la Consejería”*.

Es objeto en definitiva del apartado en cuestión habilitar a la consejería para que mediante orden regule los requisitos que habrían de cumplirse para autorizar a aquel personal que, sin tener una titulación específica, acredite conocimientos suficientes en prácticas enológicas.

Ha de señalarse que no está al alcance de la comunidad autónoma, y menos por disposición con rango de orden, entrar a regular tales requisitos que ya están previstos en reglamento estatal, dictado por el Estado al amparo de la competencia exclusiva prevista en el artículo 149.1. 30ª de la Constitución, en relación con la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales. Nos referimos al Real Decreto 595/2002, de 28 de junio, por el que se regula la habilitación para ejercer las profesiones de enólogo, técnico especialista en vitivinicultura y técnico en elaboración de vinos, a quienes carezcan de los requisitos de titulación académica legalmente exigida.

Conforme al artículo 10 del citado Real Decreto el ámbito de actuación de las comunidades autónomas en la materia se circunscribe al establecimiento de los modelos de solicitud de habilitación, plazo de presentación de solicitudes, instrucción y resolución de tales solicitudes, aspectos todos ellos que en cuanto pudieran exceder de las materias propias del departamento de la persona titular de la consejería, habrían de regularse mediante decreto aprobado por el Consejo de Gobierno.

Ha de añadirse al respecto que la habilitación directa que pudiera hacer la ley para que el titular de la consejería pudiese dictar tal norma reglamentaria reviste un carácter excepcional, y exige, en todo caso, que aparezca debidamente justificada en la ley y acotado y ordenado su contenido conforme al ámbito de actuación que la regulación autonómica puede abordar. Así lo establece el artículo 129.4, tercer párrafo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre”.

- El artículo 28 incluía el régimen de titularidad y protección de las denominaciones de origen protegidas e indicaciones geográficas protegidas, disponiéndose en su apartado 1.e) que “No podrán registrarse como marca, nombres comerciales o razones sociales los signos que reproduzcan, imiten o evoquen una indicación geográfica, siempre que se apliquen a los mismos productos o a productos similares, comparables o que puedan considerarse ingredientes o que puedan aprovecharse de la reputación de aquellas”.

En el dictamen se considera que este apartado suponía “una reproducción íntegra de lo dispuesto en el artículo 13. 5 de la Ley 6/2015, de 12 de mayo, de De-

nominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas Protegidas de ámbito territorial supra autonómico, precepto que, según previene su disposición final segunda, constituye legislación en materia de propiedad intelectual e industrial dictada al amparo de la competencia exclusiva estatal regulada en el artículo 149.1. 9^ª de la Constitución.

Ha de tenerse en cuenta que la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha únicamente ostenta la función ejecutiva “en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado”, en materia de propiedad industrial e intelectual ex artículo 33, apartados 9 y 10, respectivamente, del Estatuto de Autonomía, por lo que excede de su ámbito competencial entrar a regular las limitaciones en cuanto al registro de posibles marcas, nombres comerciales o razones sociales.

*Por las idénticas razones debe objetarse la regulación incluida en el apartado 1.g) “No podrá exigirse a los operadores de una determinada indicación geográfica el uso de marcas en exclusiva para los productos de dicha indicación geográfica. En cualquier caso, la designación y presentación de los productos de dicho operador contendrá elementos identificativos suficientes para evitar que se induzca a error o confusión al consumidor”, en cuanto que es trasunto de lo dispuesto en el artículo 13.7 de la citada Ley 6/2015, de 12 de mayo, precepto que igualmente es dictado por el Estado en ejercicio de su competencia exclusiva prevista en el artículo 149.1.19^ª de la Constitución. Nuevamente con la técnica de la *lex repetita* se incurre en este caso en un exceso competencial.*

*Al respecto es preciso traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto de esta técnica normativa, que la censura cuando existe incompetencia material de la comunidad autónoma en la materia. Puede hacerse cita a estos efectos de la Sentencia 65/2020, de 18 de junio, que, con referencia a otras anteriores señala: “[...] La doctrina constitucional de la *lex repetita* distingue dos supuestos de reiteración autonómica de normas estatales en función de la exclusividad o no de la competencia estatal sobre la materia de la norma transcrita, con diferentes consecuencias jurídicas. [] En el primer supuesto, en el que la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la comunidad autónoma carece de competencias, “la falta de habilitación autonómica debe conducirnos”, como regla general, “a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal, salvo supuestos excepcionales, como el aludido en la STC 47/2004, de 25 de marzo (RTC 2004,47)”, sobre repetición de normas estatales procesales (art. 149.1.6 CE) [por todas, SSTC 341/2005 (RTC 2005,341), FJ 9; y 51/2019, de 11 de abril (RTC 2019,51), FJ 6.a)]. [] Un*

precepto autonómico será inconstitucional por invasión competencial siempre que regule cuestiones que le están vedadas, con independencia de la compatibilidad o incompatibilidad entre la regulación autonómica controvertida y la dictada por el Estado, dado que en virtud de la doctrina sobre la lex repetita al legislador autonómico le está prohibido reproducir la legislación estatal que responde a sus competencias exclusivas. “Y, con mayor razón, le está vedado parafrasear, completar, alterar, desarrollar, o de cualquiera otra manera directa o indirecta incidir en la regulación de materias que no forman parte de su acervo competencial” [por todas, SSTC 54/2018, de 24 de mayo (RTC 2018,54), FJ 6.c); y 13/2019, de 31 de enero (RTC 2019,13), FJ 2]. Así lo ha declarado este Tribunal en materias de inequívoca competencia exclusiva estatal: (i) sobre legislación civil (art. 149.1.6 CE), tanto en supuestos en que las comunidades autónomas carecen de derecho civil foral [SSTC 150/1998, de 2 de julio (RTC 1998,150), FJ 4; o 341/2005, de 21 de diciembre (RTC 2005,341), FJ 10.d)] como en supuestos relativos a las materias que “en todo caso” competen en exclusiva al Estado (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre (RTC 1982,71), FJ 19; 14/1986, de 31 de enero (RTC 1986,14), FFJJ 5 y 6; y 61/1992, de 23 de abril (RTC 1992,61), FJ 4.b)]; (ii) sobre legislación penal del art. 149.1.6 CE (STC 162/1996, de 17 de octubre (RTC 1996,162), FJ 3); (iii) sobre legislación laboral del art. 149.1.7 CE (STC 159/2016, de 22 de septiembre (RTC 2016,159), FFJJ 3 y 4); y (iv) sobre seguridad pública del art. 149.1.29 CE (STC 172/2013, de 10 de octubre (RTC 2013,172), FJ 5). [...]”’.

El apartado 5 del artículo 29 contemplaba la posibilidad de que cualquier persona física o jurídica que resida o esté establecida legalmente en España, que considere afectados sus legítimos derechos o intereses, pueda presentar declaración de oposición en el procedimiento de protección a que se refiere, indicando que la misma “[...] deberá fundarse exclusivamente en alguna de las causas previstas en la normativa de la Unión Europea”.

Consideró Consejo que “La posibilidad de presentar declaración de oposición en este procedimiento nacional preliminar está prevista en el artículo 96.3, segundo párrafo del Reglamento (UE) 1308/2013, de 17 de diciembre, si bien en el mismo no se vincula a limitación alguna en cuanto a las causas que la pudieran fundar, señalando únicamente que en el procedimiento nacional preliminar que incoe un Estado miembro “[...] cualquier persona física o jurídica que ostente un interés legítimo y resida o esté establecida en su territorio podrá impugnar la protección propuesta presentando una declaración debidamente motivada en ese Estado miembro”.

Entiende el Consejo que la limitación impuesta por el precepto autonómico en relación con el planteamiento de una eventual oposición al procedimiento de protección de una determinada denominación de origen o indicación geográfica de vinos, cercena indebidamente las posibilidades de impugnación de los eventuales opositores, a los que el reglamento comunitario únicamente les exige para posicionarse como tal que ostenten un interés legítimo y residan o estén establecidos en el Estado miembro en cuestión, sin establecer imposición alguna en cuanto a las causas en las que podría fundamentarse tal oposición”.

- El artículo 30 regulaba la posibilidad de que se pudieran plantear solicitudes de modificación del pliego de condiciones de una indicación geográfica, incluyéndose en su apartado 2 una clasificación tripartita de tales modificaciones que distingue entre “*modificaciones de la Unión*”, “*modificaciones normales*” y “*modificaciones temporales*”, respecto de las cuales se prevé que “*Tendrán la consideración de modificaciones normales a efectos de tramitación*”.

Se considera en el dictamen que “*La citada clasificación no se ajusta a lo prevenido al respecto en el artículo 105 del Reglamento (UE) 1308/2013, de 17 de diciembre, que únicamente diferencia entre “modificaciones de la Unión”, que son las que exigen un procedimiento de oposición en el nivel de la Unión, y “modificaciones normales”, que deben tratarse en el nivel de Estado miembro o de un tercer país -apartado 2-; indicándose en el último inciso de este apartado que “Se entenderá por modificación temporal una modificación normal que comporte un cambio temporal del pliego de condiciones [...]”.*

Así pues, las modificaciones temporales que el anteproyecto de Ley cataloga como un tertium genus respecto de dos categorías que prevé el citado Reglamento comunitario -de la Unión y normales-, constituyen en realidad, de acuerdo con este último, una modalidad de las denominadas modificaciones normales.

Procede en consecuencia que la clasificación proyectada sobre las modificaciones del pliego de condiciones de una indicación geográfica o denominación de origen se ajuste a la regulada en el citado artículo 105.2 del Reglamento (UE) 1308/2013, de 17 de diciembre”.

En el apartado 5 de este mismo artículo se ordenaba que las modificaciones “[...] serán aplicables en España desde la fecha de publicación de la decisión favorable en el Diario Oficial de Castilla-la Mancha y en el territorio de la Unión Europea una vez hayan sido publicadas conforme a la normativa comunitaria”.

También entiende el Consejo que *“La dicción del apartado incurre en un exceso competencial al hacer objeto de regulación cuándo serán aplicables las modificaciones normales en el territorio de la Unión Europea.*

Téngase en cuenta, además, que el artículo 105.4 del mencionado Reglamento (UE) 1308/2013, de 17 de diciembre, prevé que “Las modificaciones normales serán aprobadas y hechas públicas por los Estados miembros en cuyo territorio se encuentre la zona geográfica del producto de que se trate, y comunicadas a la Comisión”. Por lo tanto, el apartado en cuestión del anteproyecto de Ley ha de completarse aludiendo a la debida comunicación a la Comisión de las citadas modificaciones.

Puede finalmente proponerse a título de ejemplo, como redacción más acorde al ámbito competencial de la comunidad autónoma, y al delimitado por la normativa comunitaria, el previsto en el artículo 26.7 de la Ley de Cataluña 2/2020, de 5 de marzo, de la vitivinicultura, a cuyo tenor “Una vez publicada la resolución favorable a la modificación del pliego de condiciones en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya y en el Boletín Oficial del Estado, el Instituto Catalán de la Viña y el Vino debe remitir el expediente a la Comisión Europea””.

- El apartado 2 del artículo 49 determinaba que *“La Consejería, en los casos necesarios y de conformidad con lo dispuesto en la normativa de aplicación, podrá reglamentariamente establecer limitaciones inherentes a la producción de uva, tanto en cantidad como en otros parámetros cualitativos. A tal efecto, se podrán establecer limitaciones en los parámetros de la materia prima, como la discriminación del destino en función del contenido en azúcar de la uva, o requisitos adicionales en los procesos productivos. [...]”.*

Para el órgano consultivo, *“el contenido de este artículo plantea varias cuestiones, siendo la principal la relativa al establecimiento de una habilitación al Consejero de Agricultura, para que, mediante norma de rango reglamentario pueda imponer restricciones a los productores de uva, pudiendo estas afectar tanto a la cantidad, como a la calidad, a la propia materia prima y al proceso productivo.*

Se trata, por tanto, de una remisión en blanco a la decisión del titular del departamento competente, sin fijar ningún elemento definidor o configurador de esta medida excepcional y restrictiva dada la extrema vaguedad que implica la expresión “en los casos necesarios” y la amplitud de los aspectos que pueden verse afectados por estas limitaciones, carentes de parámetro o marco alguno que las delimite.

En relación con este tipo de habilitaciones, procede traer a colación lo afirmado por el Consejo de Estado en su dictamen 56/2019, de 28 de marzo, recordando lo indicado anteriormente en su Memoria de 1990. Afirma este órgano consultivo que: “[...] en relación con la potestad reglamentaria, “la eventual habilitación reglamentaria que la ley contenga nunca podrá legitimar, por razones de constitucionalidad, ni remisiones en blanco ni omisiones de aspectos esenciales que deban quedar definidos y precisados por la propia ley”. Según ello, y como allí se dijo, “corresponde a la potestad reglamentaria establecer tan solo el complemento indispensable en el plano subordinado que es propio del reglamento, para facilitar o asegurar la ejecución, la efectividad y el mejor cumplimiento de la ley, sin interferir ni mucho menos alterar o adicionar lo que constituye el contenido sustantivo reservado materialmente a ella”.

Se añade en el dictamen que “existen otras cuestiones que plantea la redacción del precepto, y que se encuentran relacionadas con el reproche anterior. Por una parte, la previsión restrictiva se encuentra en una ubicación inidónea, puesto que figura en el título destinado al fomento vitivinícola y la vertebración del sector. Por otra, se advierte el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, como es la expresión “en los casos necesarios” y la alusión innecesaria a la “conformidad con la normativa de aplicación”, pues el actuar administrativo no puede ser de otro modo. Ello contribuye a reducir la seguridad jurídica propia de toda norma y especialmente necesaria en preceptos, como el presente, de carácter limitativo de derechos”.

- El apartado d) del artículo 54 tipificaba como infracción leve la siguiente conducta: *“El incumplimiento de la entrega de productos para las destilaciones obligatorias, salvo que constituya infracción grave”.*

Fundamenta el Consejo que “este incumplimiento figura tipificado igualmente como infracción leve en el artículo 38.1, letra j) la Ley 24/2003, de 10 de julio, con la siguiente redacción: “El incumplimiento de la entrega de productos para las destilaciones obligatorias”. De la comparación entra ambas se aprecia que el texto proyectado ha añadido al precepto estatal la expresión “salvo que constituya infracción grave” lo que vendría a suponer que determinadas conductas previamente tipificadas como infracción leve por la norma básica estatal podrían llegar a ser consideradas como infracción grave y sancionadas conforme a tal calificación.

El Consejo, con base a la jurisprudencia constitucional, ha avalado en dictámenes anteriores (por ejemplo, el 16/2007, de 25 de enero) la capacidad del le-

gislador autonómico para que en materias sobre las que dispone de competencia legislativa, pueda configurar un régimen sancionador con incidencia sobre ámbitos sustantivos concretos donde también opere y tenga incidencia un régimen sancionador estatal dotado de la condición de normativa de carácter básico, si bien sujeto a determinados límites.

Entre tales límites se encuentra que los criterios de tipificación utilizados por la legislación autonómica no pueden suponer que determinadas conductas constitutivas de infracción según la regulación estatal reciban una calificación de distinta gravedad infundada o generadora de divergencias irracionales y desproporcionadas. Por tanto, si una determinada conducta ilícita ha sido previamente tipificada y clasificada en una determinada categoría de gravedad por la norma básica estatal, el legislador autonómico no puede prescindir de dicha regulación para recalificar esa conducta en otra categoría de infracción distinta.

En consecuencia, debe eliminarse la expresión relativa a la posibilidad de que la conducta tipificada como leve en la norma básica estatal pueda ser constitutiva de una infracción grave”.

La misma observación se efectúa a la infracción tipificada en la letra e) del mismo precepto, en lo relativo a la expresión “*salvo las tipificadas como graves*”.

- El apartado f) del artículo 55 entiende en Consejo que también incurría en el mismo defecto que el señalado en el artículo anterior pues añadía al tipo estatal la posibilidad de que la conducta tuviera, en determinadas ocasiones, la consideración de infracción muy grave.

- Artículo 56. Infracciones muy graves.- El apartado d) del artículo 56 disponía que es infracción muy grave “*La elaboración, transformación, comercialización o tenencia de productos vitícolas por cuantía superior a 300.000 litros que hayan sido objeto de prácticas, procesos o tratamientos en los que se hayan adicionado azúcares u otros productos exógenos no autorizados, así como la tenencia o comercialización de azúcares exógenos a la uva sin estar autorizados para ello por la legislación específica de aplicación*”.

Se expresa en el dictamen que “*las conductas descritas en este apartado se encuentran ya tipificadas por la norma básica estatal. El criterio adoptado por el legislador ha sido el de que la elaboración, transformación o comercialización del producto mediante tratamientos, prácticas o procesos no autorizados, pueda ser calificada como conducta leve, grave o muy grave en función*

de si entraña o no riesgos para la salud. Así, el artículo 38.1.k), tipifica como leve la “La aplicación, en forma distinta a la legalmente establecida, de tratamientos, prácticas o procesos autorizados en la elaboración o transformación de los productos regulados en esta Ley, siempre que no exista un riesgo para la salud”. Por su parte, el artículo 39.1.i) tipifica como infracción grave: “La elaboración o transformación de los productos regulados en esta Ley mediante tratamientos, prácticas o procesos no autorizados, siempre que no existan riesgos para la salud, así como la adición o sustracción de sustancias que modifiquen la composición de los productos regulados con resultados fraudulentos”. Finalmente, el artículo 40.1.a), califica como muy grave “La elaboración, transformación o comercialización de los productos regulados en esta Ley mediante tratamientos, prácticas o procesos no autorizados, siempre que existan riesgos para la salud”.

Estima el Consejo que esta tipificación estatal debe ser respetada por la norma autonómica, sin que sea posible tipificar como muy grave la misma conducta por razón del volumen afectado, ni tampoco tenencia o comercialización de azúcares exógenos, pues estas actividades se encontrarían ya previstas en la norma estatal, en los artículos 39.1.k) (“la tenencia de [...] productos no autorizados para la elaboración o almacenamiento de vinos o mostos [...] siempre que no entrañen riesgos para la salud”) y en el artículo 40.1.c) que tipifica como muy grave la misma conducta cuando entrañe riesgo para la salud.

Cuestión distinta es que la norma proyecta puede prever un criterio para la graduación de las sanciones que, dentro del marco fijado por la ley estatal, penalice en razón del volumen de los productos afectados por la infracción, si bien se advierte, que dicho criterio se encuentra ya recogido con carácter general en el artículo 44.1. letra g) de la norma básica”.

La observación esencial formulada al apartado d) del artículo 56 del Anteproyecto, sobre “Infracciones muy graves” no fue atendida en el texto aprobado mediante la Ley 6/2022, de 29 de julio, de la Viña y del Vino de Castilla-La Mancha, publicada en el D.O.C.M. Núm. 154, de 11 de agosto de 2022.

- Dictamen 307/2022, de 10 de noviembre, solicitado por la Consejería de Desarrollo Sostenible, sobre Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 9/2003, de 20 de marzo, de Vías Pecuarias de Castilla-La Mancha.

El Director General de Medio Natural y Biodiversidad de la Consejería de Desarrollo Sostenible suscribió memoria para la elaboración del anteproyecto de

Ley, en la que se hacía una exposición de la oportunidad de la propuesta, sus fines y objetivos, análisis de alternativas, su contenido y análisis de impactos, señalando como finalidad la adaptación de la normativa vigente a la realidad pecuaria reinante; y como objetivos del proyecto el mejorar la eficiencia en el manejo de los recursos públicos y profundizar en la protección del dominio público pecuario de forma compatible con las expectativas de la sociedad actual, con respeto a su función original de tránsito ganadero, sin descuidar las nuevas utilidades de las vías pecuarias, especialmente su potencial como infraestructura verde, para promover un desarrollo sostenible. Para la consecución de todos esos objetivos, se afirmaba, no resultaba necesaria la elaboración de una nueva Ley, puesto que la mayor parte del articulado de la Ley 9/2003, de 20 de marzo, no se encuentra afectado por la reforma.

El Consejo Consultivo, en su dictamen, realizó reparo esencial a dos preceptos del articulado por las razones que seguidamente se exponen:

- En el artículo 11 se establecía el régimen jurídico de la clasificación de las vías pecuarias, disponiendo su apartado 2 (objeto de modificación) los trámites esenciales del procedimiento y, entre ellos, “[...] un período de exposición pública y audiencia de al menos 20 días hábiles a los Ayuntamientos implicados, de las Comisiones Locales de Pastos establecidas en la Ley 7/2000, de 23 de noviembre, de Ordenación de Aprovechamiento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, organizaciones profesionales agrarias y organizaciones o colectivos más representativos en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha que tengan entre sus fines la defensa de la cabaña ganadera, del medio ambiente y de las vías pecuarias y caminos públicos”.

Entiende el Consejo que “la literalidad del precepto, en los términos transcritos, merece un reparo esencial, al conculcar normativa básica prevista en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), cuyo artículo 82 impone el otorgamiento del trámite de audiencia a todos los interesados, sin distinción alguna entre interesados públicos o privados. Señala el artículo 82 de la LPAC que “1. Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, para lo que se tendrán en cuenta las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. [...] 2. Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. [...]”.

La lectura del artículo cuya modificación se propone permite observar que se ha excluido del trámite de audiencia a los posibles interesados y afectados particulares (que sí aparecen en la todavía vigente redacción), como podrían ser los propietarios colindantes a los terrenos que pretenden clasificarse como vías pecuarias y cuyos derechos -de propiedad o posesión, por ejemplo-, en su caso, podrían resultar afectados por la resolución que se dicte.

Sin embargo, tal exclusión no obtiene respaldo en la norma básica sobre procedimiento. La única excepción al otorgamiento del trámite de audiencia viene prevista en el artículo 82.4 de la LPAC, en los siguientes términos: “4. Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”. Como puede observarse, tal excepción no responde -como en el texto propuesto para el artículo 11.2 del anteproyecto de Ley- a la exclusión de los interesados, sino a la ausencia de alegaciones y pruebas distintas de las formuladas y presentadas por los interesados.

Tampoco ha recibido explicación alguna durante el procedimiento de elaboración de la norma modificativa. Ninguna de las memorias justificativas incorporadas al expediente ni de los numerosos informes emitidos hacen alusión ni dan explicación de tal omisión, pero lo cierto y verdad es que la redacción del precepto en los términos expuestos priva a los interesados y afectados privados de un trámite de audiencia que la norma básica les confiere con carácter preceptivo.

Por ello, atendiendo al concepto de interesado dispuesto por el artículo 4.1.b) de la LPAC y a la preceptividad del trámite de audiencia impuesta por el artículo 82 de la LPAC, debe revisarse la redacción del apartado que se comenta, para incluir en ella la concesión del trámite de audiencia a “los posibles interesados y afectados”, a fin de no incurrir en contravención de la norma básica estatal en materia de procedimiento administrativo”.

-El artículo 17 recogía las disposiciones generales sobre la modificación del trazado de las vías pecuarias, disponiendo sus apartados 5 y 6 lo siguiente:

“5. El acuerdo de inicio de las operaciones para la modificación de trazado será publicado en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha y notificado a las personas colindantes afectadas y a las personas y entidades citadas en el apartado 3.b) de este artículo.

6. La propuesta de resolución, junto con la totalidad del expediente, se someterá a información pública, por espacio de un mes, notificándose a las personas y entidades citadas en el apartado 3.b) de este artículo y será objeto de publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha”.

Se fundamenta en el dictamen que “*la remisión al apartado 3.b) del artículo 17 que se hace en los anteriormente transcritos resulta incorrecta, pues en él no se cita persona ni entidad alguna. Dice el artículo 17.3.b): “3. La modificación del trazado se realizará mediante procedimiento administrativo que será objeto de desarrollo reglamentario, mientras tanto, deberán observarse los trámites establecidos para el deslinde de los Montes de Utilidad Pública, de acuerdo con las siguientes prescripciones: [...] b) En el expediente de modificación de trazado se someterá a consulta previa, tal y como se establece en el artículo 11.2 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo”.*

Hay que acudir al artículo 11.2 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, para encontrar y tomar conocimiento de quiénes deben/pueden participar en el trámite de consulta previa del procedimiento de modificación del trazado, en los siguientes términos: “2. La modificación del trazado se someterá a consulta previa de las Corporaciones locales, de las Cámaras Agrarias, de las organizaciones profesionales agrarias afectadas y de aquellas organizaciones o colectivos cuyo fin sea la defensa del medio ambiente”.

La regulación contenida en la norma modificativa propuesta obliga a un peregrinaje normativo que, a juicio de este Consejo, atenta contra el principio de seguridad jurídica en extremos tan esenciales como la toma de conocimiento por todos los interesados de la propuesta de modificación del trazado de una vía pecuaria (consulta previa del artículo 17.3.b), el acuerdo de inicio del procedimiento (artículo 17.5) y el expediente completo hasta su propuesta de resolución (artículo 17.6), toda vez que en la redacción propuesta no se insertan de manera expresa todos los posibles afectados, públicos y privados.

Debe recordarse que, por virtud del principio de seguridad jurídica consagrado por el artículo 9.3 de la Constitución Española, es obligado para los poderes públicos que tanto la producción del Derecho como su aplicación estén presididas y caracterizadas por los criterios de certeza y previsibilidad. Certeza sobre su identificación y contenido, y previsibilidad de las consecuencias jurídicas anudadas a su aplicación.

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990, de 15 de marzo: “La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas [...]. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas”.

Otras resoluciones que vienen a conformar la doctrina del Tribunal Constitucional (sintetizada en las SSTC 136/2011, de 13 de septiembre [RTC 2011,136], y 2006/2013, de 5 de diciembre, entre otras, y recientemente reiterada en la STC 81/2020, de 15 de julio [RTC 2020,81]), tienen declarado que la seguridad jurídica ha de entenderse como la “certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación de derecho” (STC 270/2015), y como la “certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados” (STC 156/1986, de 31 de enero), procurando “la claridad y no la confusión normativa” (STC 46/1990, de 15 de marzo [RTC 1990, 46]), así como “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho” (STC 36/1991, de 14 de febrero [RTC 1991,36]). En definitiva, “solo 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” (SSTC 96/2002, de 25 de abril [RTC 2002,96]; 93/2013, de 23 de abril [RTC 2013,93]; y 161/2019, de 12 de diciembre [RTC 2019,161], por todas).

Pues bien, la norma examinada no permite tener un conocimiento cierto sobre lo en ella previsto respecto de todos los posibles interesados que puedan formar parte del procedimiento de modificación del trazado de una vía pecuaria que, en su condición de tales, debieran tener acceso al expediente en trámites tan esenciales como la consulta previa de la propuesta de modificación y la información pública de la propuesta de resolución, pues en ella se contienen múltiples remisiones a otros preceptos de la propia norma, que a su vez remiten a preceptos con carácter de básicos de la norma estatal. Todo ello, frente al mínimo esfuerzo realizado por el poder público para elaborar y aprobar una norma cla-

ra, nítida y ordenada, con quiebra del principio de seguridad jurídica de las normas que garantiza la Constitución Española en su artículo 9.3.

Con base en los anteriores argumentos, razones de seguridad jurídica y buena técnica legislativa obligan a formular esta observación con el carácter de esencial, por los motivos ya expuestos, que demanda una modificación de la literalidad del precepto examinado, a fin incorporar en su apartado 3.b) la identificación completa de las personas y entidades que deben formar parte del trámite de consulta previa, esto es, “las Corporaciones locales, de las Cámaras Agrarias, de las organizaciones profesionales agrarias afectadas y de aquellas organizaciones o colectivos cuyo fin sea la defensa del medio ambiente””.

Ley 4/2023, de 24 de febrero, por la que se modifica la Ley 9/2003, de 20 de marzo, de Vías Pecuarias de Castilla-La Mancha, publicada en el D.O.C.M. Núm. 44 de 3 de marzo de 2023, tuvo en cuenta las observaciones esenciales realizadas por el Consejo Consultivo.

- Dictamen 328/2022, de 30 de noviembre, solicitado por la Consejería de Bienestar Social, sobre Anteproyecto de Ley de Atención a la Infancia de Castilla-La Mancha.

El Director General de Infancia y Familia suscribió memoria inicial justificativa de la norma en la que, tras plasmar el ámbito competencial en el que habría de desenvolverse la misma, y exponer los principales referentes normativos en la materia, destacaba la necesidad de adaptar la regulación autonómica a lo previsto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, y en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Asimismo, preveía recuperar la relevancia de los aspectos preventivos en la atención a la infancia y de las actuaciones preparatorias para la vida independiente en los jóvenes que han pasado por situaciones de desamparo o conflicto social, y consolidar un marco legislativo en el que se insertaran todos los programas y servicios de apoyo a la infancia establecidos en la región en los últimos años a través de los planes de infancia.

El dictamen emitido por el Consejo Consultivo respecto al indicado Anteproyecto contiene numerosas objeciones revestidas de carácter esencial, que se dividen en dos grupos, en aras a una mayor claridad expositiva, y que se reproducen a continuación en su literalidad:

“A) Observaciones esenciales de carácter general.- Dentro de este grupo se incluyen las siguientes:

1. Reproducción de preceptos estatales.- Un primer bloque de observaciones se refiere a aquéllas cuya esencialidad deriva de lo que se percibe como una constante en su redacción consistente en la incorrecta técnica normativa empleada, al reproducir preceptos de las leyes estatales que configuran el marco normativo en el que se ha de desenvolver el anteproyecto, ya citadas en la consideración precedente. Esta técnica de la reiteración de normas estatales ha venido siendo cuestionada por el Consejo -por todos, dictamen número 168/2014, de 21 de mayo- por el margen de inseguridad jurídica y error que introduce, incrementado cuando se transcribe parcialmente la norma.

En aras a analizar la problemática que conlleva la utilización de dicha técnica normativa, y conforme ya se expusiera en el precitado dictamen, debe traerse a colación la doctrina del Tribunal Constitucional contenida, entre otras, en la Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, con cita de la más relevante jurisprudencia anterior mantenida en Sentencias tales como la 62/1996, de 17 de octubre o 150/1998, de 2 de julio, y de la cual se hacen eco pronunciamientos más recientes como los de las Sentencias 18/2011, de 3 de marzo, 137/2012, de 19 de junio, 201/2013, de 5 de diciembre, o la 54/2018, de 24 de mayo.

En concreto, señala el Alto Tribunal en la referida sentencia 341/2005 lo siguiente: “[...] La doctrina constitucional relevante para la resolución de este segundo motivo de impugnación [...] se halla sintetizada en la STC 162/1996, de 17 de octubre (RTC 1996,162) (F.3); síntesis que posteriormente se reproduce en la STC 150/1998, de 2 de julio (RTC 1998,150) (F.4). De acuerdo con dicha doctrina, “cierto es que este Tribunal no es Juez de la calidad técnica de las Leyes (SSTC 341/1993 [RTC 1993,341] y 164/1995 [RTC 1995,164]), pero no ha dejado de advertir sobre los riesgos de ciertas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por inadecuadas al sistema de fuentes configurado en la Constitución. Así lo hizo respecto de la reproducción por Ley de preceptos constitucionales (STC 76/1983 [RTC 1983,76], F.23), en otros casos en los que Leyes autonómicas reproducían normas incluidas en la legislación básica del Estado (SSTC 40/1981 [RTC 1981,40] y 26/1982 [RTC 1982,2], entre otras muchas) o, incluso, cuando por Ley ordinaria se reiteraban preceptos contenidos en una Ley Orgánica. Prácticas todas ellas que pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía”.

Este riesgo adquiere una especial intensidad cuando concurre el vicio de incompetencia material de la Comunidad Autónoma, “porque si la reproducción de normas estatales por Leyes autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades, esta operación se convierte en ilegítima cuando las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre una materia (STC 35/1983 [RTC 1983,35]). En este sentido, cumple recordar lo declarado por este Tribunal en su STC 10/1982 (RTC 1982,10) (F.8) y más recientemente recogido en las SSTC 62/1991 (RTC 1991,62) [F.4, apartado b)] y 147/1993 (RTC 1993,147) (F.4) como antes citamos, la simple reproducción por la legislación autonómica además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a las Comunidades Autónomas” (ibidem). Aunque también hemos precisado que “esta proscripción de la reiteración o reproducción de normas... por el legislador autonómico (leges repetitae) no debemos extenderla a aquellos supuestos en que la reiteración simplemente consiste en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico” (STC 47/2004, de 29 de marzo [RTC 2004,47], F.8).

Partiendo de esta doctrina jurisprudencial, el Tribunal a continuación matiza su pronunciamiento al caso distinguiendo dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas de las cuales se derivan distintas consecuencias: “[...] El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. El segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal (salvo supuestos excepcionales como el aludido en la STC 47/2004, de 25 de marzo), en el primero, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto”.

En suma, la inconstitucionalidad se producirá siempre en el caso de repetición de leyes estatales aprobadas en ámbitos de competencia exclusiva del Estado; en cambio, en el caso de las competencias compartidas según el esquema bases-desarrollo, solo podrá hablarse de dicha inconstitucionalidad en los casos en que esta técnica conlleve infracción de la seguridad jurídica.

A la anterior doctrina se refiere también la Sentencia 54/2018, de 24 de mayo, y en la que fue objeto de examen la citada técnica legislativa. En ella se expresa lo siguiente: “[...] Como señalara la STC 88/1986, de 1 de julio (RTC 1986,88), FJ 5, la estructura autonómica del Estado ha reservado, con alguna salvedad cualificada, el Derecho privado a la potestad central del Estado. De lo que esencialmente se trata, continúa señalando la citada Sentencia, es de verificar que a través de las normas autonómicas (en este caso, de protección de consumidores y usuarios) «no se produzca un novum en el contenido contractual, o en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas». Así lo reiteró la STC 264/1993, de 22 de julio (RTC 1993,264), que añade que, «aun cuando las normas autonómicas persigan, mediante el reforzamiento de las obligaciones del vendedor; la protección del consumidor y usuario, la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se inserta dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida por los artículos 149.1.6 y 8 CE (RCL 1978,2836)» (FJ 5; citada en la STC 157/2004, de 21 de septiembre (RTC 2004,157), FJ 11). [] Si fuera este el caso, bastará con apreciar que la normativa impugnada se ha adentrado a regular ámbitos reservados a la competencia exclusiva del Estado por el artículo 149.1.6 y 8 CE (RCL 1978,2836) para concluir en su inconstitucionalidad. «En el ámbito de una competencia exclusiva del Estado, resulta asimismo relevante la doctrina constitucional sobre la llamada lex repetita. Según la STC 5/2015 (RTC 2015,5), FJ 5, ‘las Comunidades Autónomas no pueden establecer disposición alguna al respecto, ni siquiera para reproducir con exactitud las previsiones estatales, operación que quedaría vedada por la doctrina sobre la lex repetita sistematizada por la STC 341/2005, de 21 de diciembre (RTC 2005,341), FJ 9, y cuyo origen último está en la STC 10/1982, de 23 de marzo (RTC 1982,10), FJ 8, según la cual la reproducción de normas estatales en normas autonómicas es inconstitucional cuando la Comunidad Autónoma carece de la correspondiente competencia, salvo que -lo que no es el caso- la reiteración de la norma estatal sea imprescindible para el entendimiento del precepto (STC 47/2004, de 25 de marzo (RTC 2004,47), FJ 8)» (STC 8/2016, de 21 de enero (RTC 2016,8), FJ 3). [] Salvo esta última excepción, al legislador autonómico le está vedado reproducir la legislación estatal que responde a sus competencias exclusivas. Y, con mayor razón, le está vedado parafrasear, completar, alterar, desarrollar, o de cualquiera otra manera directa o indirecta incidir en la regulación de materias que no forman parte de su acervo competencial”.

De acuerdo con la citada doctrina del Tribunal Constitucional y atendiendo a los límites de la potestad legislativa autonómica en la materia conformados por el marco competencial descrito en la consideración precedente, es preciso formular a continuación con carácter esencial las siguientes observaciones al anteproyecto:

Título I. De los derechos y deberes de la infancia.- Este título se compone de un artículo introductorio, el 10, que afirma que los menores gozan de los derechos reconocidos en la Constitución, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, así como los Tratados e instrumentos internacionales expresados en la exposición de motivos. Este enunciado reproduce modificando sustancialmente la redacción el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que determina los derechos reconocidos a los menores en la Constitución y los Tratados internacionales, y la interpretación de los mismos conforme a dichos tratados internacionales. De conformidad con lo establecido en las disposiciones finales vigesimoprimera y vigesimotercera de dicha norma, se trata este de un precepto de carácter de Ley orgánica por desarrollar derechos fundamentales, cuya concreción y desarrollo está vedada a la Comunidad Autónoma, por tanto, no debe incorporarse al texto, siendo más correcto incorporar la referencia a la parte expositiva.

Seguidamente se incluyen una serie de artículos, del artículo 11 al 26 que recogen una serie de derechos de los menores, de los cuales los previstos en los artículos 12, 15 a 18 y 21 del anteproyecto contienen una regulación de derechos fundamentales reconocidos en la sección 1ª del capítulo II del Título I de la Constitución, cuya regulación sólo puede establecerse mediante ley orgánica aprobada por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, según dispone el artículo 81 de la Constitución, por lo que la Comunidad Autónoma carece de competencia para su desarrollo. Dicho desarrollo ya ha sido efectuado por la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que contiene prescripciones relativas a los derechos de los menores al honor, la intimidad y a la propia imagen, a la información, a la libertad ideológica, a la participación, asociación y reunión, etc.

Sobre estas materias la Comunidad Autónoma carece de competencia legislativa, por lo que cabe reiterar aquí lo expresado por este Consejo en su dictamen 168/2014, de 21 de mayo, emitido con ocasión del anteproyecto de Ley de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha. En dicho dictamen se afirmaba que “es inadecuada la reproducción, en los preceptos que a continuación se detallan, del reconocimiento de derechos fundamentales de rango constitucional, cuya proclamación corresponde al poder constituyente, y su desarrollo y regulación, al menos en sus aspectos esenciales en los términos ya explicados, únicamente compete al legislador estatal orgánico en virtud de lo previsto en el artículo 81.1 de la Constitución, por lo cual merecen un reparo esencial”.

Otros de los derechos reconocidos son desarrollo de principios rectores del capítulo III del título I de la Constitución, como el derecho a la protección a la salud, el acceso a la cultura, al medio ambiente saludable o a una vivienda digna. En estos casos, como ya se dijo en nuestro dictamen 168/2014, de 21 de mayo, antes citado, la legislación autonómica puede intervenir siempre que no afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes, ya que esta es una competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.1^a. Sin embargo, esta intervención sólo tiene sentido si es para regular medidas que concreten esos principios rectores y no simplemente para enunciar el objetivo de modo programático, defecto normativo que se analizará más adelante.

Esta consideración esencial comporta que el articulado deberá limitarse a enunciar que los derechos de los menores son los establecidos en la Constitución y los tratados internacionales de los que España sea parte, así como los que le son reconocidos en el ordenamiento jurídico, singularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

Artículo 27. Deberes y responsabilidades de las personas menores de edad.-
El contenido de este artículo es un trasunto del capítulo III de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, preceptos de carácter de ley ordinaria aprobados por el Estado en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de legislación civil, según se desprende de las disposiciones finales vigesimoprimera y vigesimotercera de la citada norma.

El apartado 1 de la norma proyectada transcribe con ligeras variantes el apartado 2 del artículo 9. bis de la citada Ley Orgánica, mientras que el apartado 2 del artículo selecciona algunos de los deberes previstos en los artículos 9. ter, quater y quinquies de la misma, modificando en ocasiones la redacción.

*Dado que se trata de una materia cuya legislación es exclusiva del Estado, la Comunidad Autónoma carece de competencia para establecer esta regulación, sin que sea posible alterar su redacción como ya se indicó anteriormente. Por otra parte, la transcripción de los preceptos estatales no resulta necesaria para hacer más comprensible el desarrollo normativo que realiza la comunidad autónoma en ejercicio de sus competencias propias, que es una de las excepciones establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para para la admisibilidad de la *lex repetita* (STC 51/2019). En consecuencia, sería suficiente efectuar una mera remisión a los deberes establecidos en la mencionada Ley Orgánica.*

Finalmente, cabe traer a colación aquí la reflexión efectuada por el Consejo de Estado en su dictamen 1093/2014, de 27 de noviembre, emitido con ocasión del Anteproyecto de ley de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, donde afirma que “la aparición en un texto legal de unas normas dedicadas a “deberes” que no tienen anudada sanción específica presenta la peculiaridad de trasladar al momento normativo reglas de conducta de orden ético o incluso programático, que resultan un tanto extravagantes”.

Artículo 75. Declaración de la situación de desamparo y asunción de la tutela. Procedimiento ordinario.- *En el apartado 4 se relacionan varias obligaciones de la Administración en su calidad de tutora de menores, materia regulada en el artículo 228 del Código Civil. El mencionado apartado varía el contenido de la norma estatal pues, por un lado, no se recogen en el mismo todas las obligaciones establecidas en esta -en concreto, se obvian la de promover su mejor inserción en la sociedad, informar anualmente a la autoridad judicial sobre la situación del menor, rendir cuenta de su administración y oír al menor antes de adoptar las decisiones que le afecten-; y, por otro, algunas de las obligaciones se modifican -así, se menciona en el epígrafe b) la administración de “los bienes” de la persona tutelada, mientras el apartado 4º del precepto estatal alude a la administración de su “patrimonio”, concepto este más amplio en el que se incluyen bienes y derechos-. Por otro lado, el apartado que se comenta introduce, asimismo, una nueva obligación no contemplada en la norma civil relativa a “Procurar la atención integral de sus necesidades y la recuperación de aquellos daños o secuelas que pudiera presentar”.*

Al carecer la Comunidad Autónoma de competencia en materia civil, se considera que el artículo que se comenta debería ser eliminado del texto, pudiéndose hacer referencia, si así lo considerara oportuno el autor de la norma, a que la Administración en su condición de tutora asumirá las obligaciones que le encomienda el artículo 228 del Código Civil.

Artículo 85. Guarda provisional.- *Aun remitiendo la regulación de dicha figura en el apartado 1 al artículo 172.4 del Código Civil, en el apartado 2 del precepto que se examina se establece que, asumida la guarda provisional, la Entidad Pública practicará las diligencias precisas que “permitan la identificación de la persona menor de edad y la determinación de las circunstancias que inciden en la situación de desprotección en la que se encuentre, en un plazo no superior a veinte días naturales”.*

Debe destacarse, en primer término, que la redacción empleada modifica la recogida en el aludido precepto civil, el cual dispone que se ha de procederse a “practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo”. La investigación exigida no se compadece con la determinación que recoge la norma autonómica.

Asimismo, el segundo punto del artículo 172.4 del Código Civil citado, afirma que “Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de tutela o a la promoción de la medida de protección procedente”. Esta regulación no resulta respetada por el apartado 3 del artículo que se comenta, el cual expresa que “Resueltas las diligencias o transcurrido dicho plazo, la Entidad Pública procederá bien a iniciar el procedimiento de desamparo y promover la medida de protección procedente o bien a iniciar el procedimiento de reunificación familiar con el consiguiente cese de la guarda provisional de la persona menor de edad”. Es decir, la norma planteada pretende que el plazo fijado para la realización de diligencias de identificación e investigación sea previo e independiente al de declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de tutela, diseñando un régimen diferente al fijado por la norma civil, el cual introduce la máxima celeridad posible al tratarse de supuestos en los que se requiere una atención inmediata a los menores.

Conforme se señaló en el comentario precedente, careciendo la Comunidad Autónoma de competencia en materia civil, no puede normar ni modificar la normativa estatal existente en este ámbito, por lo que se considera que procede la eliminación del precepto o, en su caso, la remisión de su contenido a lo previsto en el Código Civil.

Artículo 111. Derechos de la persona menor de edad en relación con la adopción.- *En el apartado 2 se establece que las personas adoptadas tendrán derecho “a conocer sus orígenes biológicos”. Esta previsión se recoge en el artículo 180.6 del Código Civil, si bien limitándola a que se produzca “una vez alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales”, limitaciones no contempladas en la norma autonómica.*

No cabe la transcripción -y menos incompleta- de norma para la que la Comunidad Autónoma no tiene competencia, por lo que procede la eliminación de la regulación citada o, en su caso, la alusión a la misma de modo íntegro y con referencia a su fuente estatal.

Artículo 112. Adopción abierta.- *Bajo esta rúbrica se incluye la posibilidad de que cuando el interés superior del menor lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, pueda acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones del adoptado con los miembros de su familia de origen; debiendo hacerse constar en la declaración de idoneidad si las personas oferentes aceptan tal circunstancia.*

Tal medida se recoge en el artículo 178.4 del Código Civil como un eventual efecto de la adopción. Ahora bien, el anteproyecto lo denomina “adopción abierta”, lo que supone que se está contemplando una categoría de adopción específica, la cual no está prevista en la norma civil y para cuya constitución no es competente la ley autonómica. Por ello, la referencia a dicha adopción abierta ha de ser eliminada. Esta objeción se hace extensiva a todos aquellos preceptos que aluden a la mencionada adopción abierta, tales como el artículo 110.d) o el artículo 120.1.

Una segunda observación ha de efectuarse en el sentido de que el artículo 178.4 del Código Civil al que queda referenciado el precepto incluido en el anteproyecto, no ha sido transcrito en su totalidad, obviándose por el precepto autonómico que ha de ser la autoridad judicial quien ha de determinar la procedencia y régimen de tales visitas, la audiencia previa al menor, la intermediación que ha de ejercer la Entidad Pública, los informes periódicos que ha de efectuar esta sobre el desarrollo de las visitas y las comunicaciones, y la modificación o finalización de las medidas inicialmente acordadas. Conforme se viene sosteniendo, tal artículo debería ser eliminado del texto al tratarse de una norma civil para cuyo dictado la Comunidad Autónoma carece de competencia; o, a lo sumo, incluir una remisión a la misma.

Artículo 116. Declaración de idoneidad.- *El apartado 1 define en su primer inciso la idoneidad, determinando a continuación en el segundo el alcance que habrá de tener la valoración psicosocial a efectuar para ello por la Administración, que se extenderá a “la situación personal, familiar, relacional y social de las personas oferentes con la finalidad de determinar si poseen las capacidades necesarias para satisfacer las necesidades específicas de los niños y las niñas susceptibles de adopción”.*

Tal ámbito no se corresponde exactamente con el descrito en el artículo 176.3 del Código Civil, conforme al cual “La declaración de idoneidad por la Entidad Pública requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vín-

culos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias”. Si bien estos últimos aspectos -capacidad para establecer vínculos estables y seguros, habilidades educativas y aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias- podrían inferirse del apartado 2 del mismo, relativo a aspectos a tener en cuenta por la Comisión Regional de Atención a la Infancia a la hora de declarar la idoneidad -en concreto, los epígrafes c), e) o f)-, es lo cierto que la norma civil los integra en la valoración psicosocial, aspecto que no ha respetado la norma autonómica.

En el sentido que se viene señalando anteriormente es necesario insistir en que la Comunidad Autónoma, al carecer de competencia en materia civil, no puede normar en este ámbito; y, en el caso de transcribir un precepto civil lo ha de hacer con fidelidad plena y vinculándolo a la fuente de la que procede.

Artículo 127. Derechos de especial protección.- *El apartado 1 dispone que los menores de edad y jóvenes que hayan cometido infracciones durante su minoría de edad gozarán de todos los derechos que les son inherentes por ciudadanía, con la sola excepción de los que expresamente hayan sido limitados por sentencia judicial en aplicación de la normativa penal correspondiente. Tal afirmación supone una incompleta transcripción del artículo 7 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, derivando del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que tiene ese carácter orgánico.*

Debería, por ende, eliminarse del texto o completarse citando la fuente y su contenido con rigor.

Artículo 132. Seguimiento de las medidas.- *El apartado 3 establece que la información sobre el cumplimiento de la medida impuesta por la autoridad judicial a menores infractores “será proporcionada en todos los casos al Ministerio Fiscal y al Juzgado de Menores; se proporcionará también a la representación legal de la persona menor de edad y al propio niño o la propia niña cuando lo solicite y, en cualquier caso, siempre que convenga al interés de la persona menor de edad y a su derecho de ser oída o informada”.*

Tales previsiones devienen de los artículos 49 y 53 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, preceptos que cuentan con dicho carácter y en cuyo ámbito no puede incidir la Comunidad Autónoma, máxime si no se reflejan de modo exacto, como en este caso, en el que se omite el contenido de los informes -ejecución de la medida y sus incidencias y evolución personal de los menores sometidos a las mis-

mas- y determinación de cuándo han de ser emitidos. Asimismo, el empleo de los términos “niño” y “niña” resulta del todo improcedente en este ámbito, que regula la responsabilidad penal de los menores fijada a partir de los catorce años.

Por tanto, el precepto comentado debe ser eliminado del texto.

Artículo 136. Ejecución de medidas judiciales.- *Dispone el precepto que “Las medidas judiciales impuestas en aplicación de la legislación estatal reguladora de la responsabilidad penal de las personas menores de edad, serán ejecutadas por entidades públicas o privadas, bajo la dirección, coordinación y supervisión de la dirección general competente en materia de infancia, en el modo en que se determine reglamentariamente”.*

Tal dicción no se ciñe exactamente a la recogida en el artículo 45 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, en cuyo artículo 45 -cuya naturaleza es de ley orgánica-, se establece en el apartado 2 que “La ejecución de las medidas corresponderá a las Comunidades Autónomas”; previendo, a su vez, el apartado 3 que “Las Comunidades Autónomas [...] podrán establecer convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución”.

El precepto planteado debería limitarse a advertir de que la supervisión que prevé la ley orgánica se llevará a cabo por la dirección general competente en materia de infancia, en el modo en que se determine reglamentariamente; pero sin introducir otras previsiones que, por incidir en el ámbito de dicha norma estatal, no le corresponden -menos aún, cuando vienen a alterar lo previsto en esta-.

Artículo 143. Carácter regional de los recursos para la ejecución de medidas judiciales que conllevan internamiento.- *En el apartado 2 se expresa que en base al principio de intervención mínima y de proximidad al entorno de convivencia de la persona menor de edad infractora, se priorizará el cumplimiento de medidas en el centro más próximo a “su lugar de residencia”.*

El artículo 56.2.e) de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores -el cual cuenta con dicho carácter de orgánico-, se refiere a “su domicilio”, por lo que es necesaria la adaptación del precepto planteado en tales términos.

La modificación del precepto en dicho sentido lo cohonectaría, además, con lo expresado en el artículo 144.2 del anteproyecto.

Artículo 145. Derechos de las personas menores de edad internadas en centros.- *El apartado 3 dispone que “Desde el ingreso, la persona menor de edad internada será informada de sus derechos de reclamación y comunicación con el exterior, progenitores, personas que ejerzan su tutela o representación legal, de las vías para hacerlos efectivos, y de las normas de funcionamiento a las que se halla sujeta”.*

La información y reclamaciones se regulan en el artículo 58.1 de la citada Ley Orgánica -precepto que cuenta con este carácter- expresando que “Los menores recibirán, a su ingreso en el centro, información escrita sobre sus derechos y obligaciones, el régimen de internamiento en el que se encuentran, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos. La información se les facilitará en un idioma que entiendan. A los que tengan cualquier género de dificultad para comprender el contenido de esta información se les explicará por otro medio adecuado”. La redacción del precepto autonómico limita la previsión de la ley orgánica, pues la ciñe a dos de los derechos del menor internado

-reclamación y comunicación con el exterior- y a las normas de funcionamiento a que está sometido, sin requerir además la exigencia escrita de la información, lo cual viene a hacer prueba de la misma constituyendo una garantía de su prestación.

Ante tal disfunción, se considera que el precepto debería ser eliminado del texto por exceder del ámbito competencial en el que se desenvuelve la norma, pudiendo únicamente contemplar una reproducción el mismo -de modo completo- atendiendo a la fuente de la que procede.

El apartado 4, por su parte, establece que en los ingresos y traslados de menores que requieran custodia por encontrarse cumpliendo una medida en régimen cerrado, los acordados por el órgano administrativo competente previa propuesta del centro, y las salidas bajo custodia que hayan de realizarse por otras razones justificadas, “[...] se contará con la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”. La norma autonómica no puede efectuar esa afirmación, al no ostentar competencia sobre dichos cuerpos estatales. La previsión referida habría de quedar vinculada, en todo caso, a lo dispuesto en la disposición adicional única del Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores.

Artículo 166. Prescripción de infracciones.- *El apartado 2 dispone que “El plazo de prescripción comenzará a contarse desde la comisión del hecho. En las infracciones derivadas de una actividad continuada la fecha inicial del cómputo será la de la finalización de la actividad o la del último acto en que la infracción haya sido consumada”.*

Esta redacción se aparta de la establecida en el artículo 30.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que tiene carácter básico y dispone que “El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. En el caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora”.

2. Concepto de infancia.- *Otro reproche que, con carácter general, debe realizarse al texto es el empleo de conceptos esenciales de la norma obviando los fijados en las normas estatales de obligada observancia y tratando de resolver la contradicción mediante la expresión “a los efectos de esta ley”.*

El defecto más grave por su trascendencia y afectación tanto al título como al conjunto del articulado de la norma, se encuentra en el artículo 1 de anteproyecto que, al establecer su objeto y ámbito de aplicación, determina que “se entiende por infancia la edad comprendida entre los 0 y los 17 años”. La utilización del referido vocablo se aparta tanto de la terminología empleada en las normas estatales con rango legal, como del propio significado de la palabra “infancia” definido por la Real Academia de la Lengua.

Así, tanto la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, como las sucesivas leyes estatales en la materia hasta la 8/2021, de 4 de junio, emplean los términos infancia y adolescencia o minoría de edad, siendo estas palabras las que se acomodan conceptualmente al ámbito subjetivo de la regulación proyectada.

Por su parte, el diccionario de la Real Academia Española define infancia como el “Período de la vida humana desde el nacimiento hasta la pubertad”; y adolescencia como “Período de la vida humana que sigue a la niñez y precede a la juventud”.

Ni la memoria justificativa ni ningún otro documento del expediente explica el motivo por el que se ha optado por establecer este uso atípico del término infancia. Tampoco el Consejo lo alcanza a comprender; toda vez que el texto proyectado, en posteriores artículos y de modo incongruente, se refiere exclusivamente a los niños y a las niñas en algunos, mientras que en otros muchos incluye además la referencia a los adolescentes o jóvenes (por ejemplo, artículos 2, 3, 5,

7, 8, 9, 128.c, etc.). Todo ello genera innecesariamente nuevos problemas interpretativos sobre el alcance subjetivo de cada uno de los preceptos.

En este sentido no puede olvidarse que entre los principios de buena regulación establecidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 octubre, se encuentra el de seguridad jurídica, que exige que el ejercicio de la iniciativa normativa debe efectuarse de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea al efecto de conformar un marco jurídico, estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión. De este modo, la norma autonómica proyectada no puede desconocer que debe incardinarse en un marco normativo conformado por otras normas jurídicas de rango legal a las que debe acomodarse.

En definitiva, en un ámbito en el que existe una regulación tan amplia como es el de la protección de los menores, aprobada desde diferentes instancias internacionales y nacionales, el objetivo de conseguir un marco jurídico integrado y coherente resulta incompatible con el empleo de expresiones tales como “en el marco de esta ley” o “a los efectos de esta ley”, máxime cuando se refiere a conceptos jurídicos fundamentales de la regulación que vienen condicionados por normativa de obligada observancia. La normativa autonómica debe partir e insertarse de manera natural en el marco jurídico estatal de necesario cumplimiento.

Por tanto, se debe eliminar la mencionada expresión referida al concepto de “infancia” y redefinir el mismo de un modo acorde con la normativa estatal de obligada observancia.

3. Ausencia de un régimen competencial.- *A lo largo del articulado se establecen numerosos mandatos o pautas de actuación dirigidas a las Administraciones públicas, que se efectúan de modo poco preciso a “los poderes públicos”, “las administraciones públicas”, “las administraciones competentes” en general, a “las administraciones públicas de Castilla-La Mancha” o “de la región”, a “la Administración regional”, o a “la administración pública competente”. Baste citar a este respecto, sin ánimo exhaustivo, los artículos 75.3, 88.2, 97.1 y 2, 130, 132, 133, 137 o 138.*

En otras ocasiones el redactor de la norma utiliza tiempos verbales reflexivos para expresar mandatos sin indicación del sujeto al cual van dirigidos, lo que merma el valor normativo de los mismos (por ejemplo, el artículo 3.4 al expresar “se establecerán mecanismos”; el artículo 4.2 al señalar “se establecerán los

cauces y canales”; el artículo 6.2 “Se promoverán las condiciones”; el artículo 7.2 “se establece el Portal de Infancia y Familia”; el artículo 11. 4 “se atenderá a los derechos”; el artículo 19.4 “se garantizarán”; el artículo 55.2 “se procurará”, entre otros muchos).

Estas deficiencias son un mero reflejo de la ausencia de regulación de un marco competencial claro entre la Administración autonómica y las entidades locales de la región pues, a pesar de que en el apartado c) del artículo 1 del anteproyecto se incluye como parte del objeto del mismo el de “definir [...] el marco competencial e institucional”, no hay un artículo que concrete qué competencias y servicios asumen los municipios o, en su caso, las diputaciones provinciales, más allá de la formulación de llamamientos generales a la necesaria coordinación y colaboración entre Administraciones públicas.

En este sentido debe tenerse en cuenta que el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, determina que el Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, entre otras materias, en “Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”, “Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre”, “Promoción de la cultura y equipamientos culturales”, “Actuaciones en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres así como contra la violencia de género”, así como “Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria”. Por su parte, el artículo 27 de la referida norma prevé la posibilidad de delegar en los municipios competencias en prestación de los servicios sociales.

Esta última Ley también dispone que las citadas competencias municipales se han de determinar por norma con rango de Ley. Por tanto, la definición del marco competencial en materia de atención y protección de menores debe efectuarse en el propio texto del anteproyecto sometido a dictamen, sin que sea posible derivarse a su desarrollo reglamentario.

En el ámbito de esta Comunidad Autónoma la Ley 14/2010, 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, contiene preceptos donde se atribuye a las corporaciones locales competencias en materia de organización y gestión de los Servicios Sociales de Atención Primaria entre los que se encuentran labores de información, orientación, estudio, valoración, atención y prevención ante situaciones de exclusión social. La norma establece, asimismo, un ré-

gimen competencial en esta materia figurando una relación de las competencias que corresponden a los Ayuntamientos y a las Diputaciones Provinciales en los artículos 59 y 60 respectivamente. Sin embargo, en la regulación proyectada no se hace alusión a este régimen competencial ni tampoco se toma la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, como referencia a la hora de identificar la Administración a la que va dirigida el mandato correspondiente.

Por ello, resulta necesario completar la regulación en el sentido de establecer una remisión al régimen de distribución competencial fijado en la referida Ley 14/2010, de 16 de diciembre (lo que requiere la adaptación de los diversos mandatos contenidos en el texto a lo dispuesto en dicha ley), o, en su defecto, incorporar dicha distribución en la propia norma proyectada disponiendo qué prestaciones corresponde realizar a cada Administración.

Un ejemplo donde se aprecia esa necesidad de determinación competencial se encuentra en el artículo 42, que dispone que “las Administraciones públicas establecerán programas y actuaciones preventivas”. Este mandato transcribe el contenido en el artículo 23 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Sin embargo, al tratarse de una norma que viene a concretar el mandato del legislador estatal, debería desarrollar el mismo, comenzando por identificar a qué Administraciones públicas se refiere, que necesariamente será bien la propia Administración autonómica o bien las Administraciones locales en función de las competencias que les atribuya la propia ley autonómica.

B) Observaciones esenciales específicas.- *En este grupo son destacables los preceptos concretos del articulado que suponen una transgresión de normativa básica estatal o que atentan contra la seguridad jurídica.*

Artículo 35. Funcionamiento.- *Este artículo regula el funcionamiento de las Comisiones Provinciales de Protección a la Infancia disponiendo que se rige por “lo establecido en la presente ley, las disposiciones reglamentarias que se dicten para su desarrollo y, en lo no previsto expresamente por estas, en lo dispuesto para los órganos colegiados en la Ley 40/2015, de 1 de octubre”.*

Este orden de prelación que supedita la aplicación de la regulación sobre órganos colegiados de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, vulnera la legislación básica estatal, toda vez que la regulación sobre órganos colegiados contenida en la citada ley estatal es de carácter básico, según se desprende de la disposición final decimocuarta de la misma. Únicamente no tiene carácter básico y se aplica exclusivamente a la Administración General del Estado y al sector público esta-

tal lo previsto en la subsección 2.^a de la sección 3.^a del capítulo II del Título preliminar, esto es, los artículos 19 a 22.

Artículo 39. Funcionamiento.- Este artículo regula el funcionamiento de la Comisión Regional de Atención a la Infancia, estableciendo el mismo orden de normas reguladoras que el indicado en el artículo 35 para las Comisiones Provinciales, por lo que le es de aplicación el mismo reproche jurídico.

Artículo 87. Estatuto del ejercicio de la guarda.- El punto segundo remite al desarrollo reglamentario “la regulación del ejercicio de la guarda derivada de las medidas de protección, donde se delimiten las funciones y derechos de las partes implicadas en el ejercicio de las medidas de protección en cualquiera de sus modalidades, tanto en acogimiento familiar como residencial, así como las funciones de cuidado que se ejerzan de forma temporal o intermitente desde el programa de personas o familias referentes”.

Una primera observación debe efectuarse en relación a la necesidad de clarificar el sentido que se pretende otorgar al “ejercicio de la guarda derivada de las medidas de protección”, a fin de eliminar la inseguridad jurídica que acompaña a tales términos.

Por otro lado, la delimitación de funciones y derechos no constituye materia reglamentaria sino propia de ley, por lo que habrá de ser ya en esta sede en la que se introduzca la regulación de tales aspectos, siempre respetando el ámbito de asunción de competencias que corresponde a la Comunidad Autónoma, y teniendo en cuenta que ya el propio precepto ha hecho remisión a artículos de la norma estatal en los que se regulan los derechos y obligaciones de los acogedores familiares y derechos de los menores acogidos.

Título XI. Régimen sancionador.- Los artículos 162, 163 y 164 contienen la relación de conductas tipificadas como infracciones leves, graves y muy graves.

Algunas de ellas presentan un elevado grado de indeterminación por el empleo excesivo de conceptos jurídicos indeterminados, debiendo destacarse aquellas infracciones que incorporan la posibilidad de modificar su clasificación permitiendo rebajar las infracciones tipificadas como graves y muy graves a leves cuando “no derive en perjuicios para las personas menores de edad” (artículo 162. Letra e); o, al contrario, convertir cualquier infracción leve o grave, en grave o muy grave, respectivamente, cuando de las mismas se derivara para los

menores un daño o perjuicio grave de difícil reparación o imposible reparación (artículos 163, letra c, y 164, letra b).

El elevado grado de indeterminación en la definición de tipos infractores también figura en otros apartados como, por ejemplo, en el artículo 162, letra a) que califica como infracciones leves “el incumplimiento de los deberes relativos a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes”; o en la letra d) que atiende a “todas las acciones u omisiones que supongan lesión o desconocimiento de los derechos de las personas menores de edad reconocidos en la presente ley, si de ello se produce un perjuicio leve para ellas”. En parecidos términos, el artículo 164, letra h), califica como muy grave la realización de “conductas que supongan un incumplimiento consciente y deliberado de los preceptos de la presente ley y produzcan un daño muy grave a los usuarios”.

La determinación de estas conductas infractoras de este modo tan general, no se adecua al principio de tipicidad que rige la potestad sancionadora, que exige que estas se encuentren debidamente definidas de modo que permita su correcta identificación. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador” (STC 36/2018, de 23 de abril, RTC 2018/36, con cita de la jurisprudencia anterior).

Si bien es cierto que el Alto Tribunal también tiene señalado que “el principio de tipicidad como manifestación de la garantía material de la legalidad sancionadora no se opone al uso de conceptos jurídicos indeterminados en la definición de la conducta punible”, exige también que para su validez es necesario que “su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, la cual puede realizarse a la vista del [...] contexto legal y jurisprudencial en que la norma punitiva se inscribe” (STC 13/2021, de 28 de enero, RTC 2021/13).

A la vista de los pronunciamientos citados, estima este Consejo que en el presente caso algunas de las conductas tipificadas presentan un nivel de indefinición elevado y, en todo caso, son susceptible de mejora mediante una mayor precisión en la definición de los tipos infractores y reservando exclusivamente a los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 169 del anteproyecto, la valoración del grado del perjuicio sufrido por el menor o la trascendencia económica

y social de la infracción, máxime teniendo en cuenta las amplísimas horquillas de multas económicas previstas en el artículo correspondiente a las sanciones”.

Las observaciones esenciales formuladas en el dictamen fueron recogidas por la norma legal aprobada por las Cortes Regionales y publicada en el D.O.C.M. Núm. 51, de 14 de marzo de 2023.

Mediante una corrección de errores contenida en el D.O.C.M. Núm. 52, de 15 de marzo, se modificó el título de la Ley, inicialmente denominada “*Ley 7/2023, de 10 de marzo, de Atención Temprana y Protección a la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha*”, pasando a recibir el título definitivo de Ley 7/2023, de 10 de marzo, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha.

- Dictamen 339/2022, de 14 de diciembre, solicitado por la Consejería de Desarrollo Sostenible, sobre Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley de Montes de Castilla-La Mancha.

La memoria justificativa de la norma, emitida por el Director General de Medio Natural y Biodiversidad, exponía que el objeto de la modificación de la Ley es actualizar el ordenamiento jurídico-administrativo de los montes de Castilla-La Mancha y armonizarlo con el marco estatal de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, y especialmente por la modificación de la misma a través de la Ley 21/2015, de 20 de julio, bajo idénticos principios y con la finalidad de conservación y protección de los montes, promoviendo su restauración, mejora, sostenibilidad y aprovechamiento racional. Añadía que, aparte de la inclusión de los preceptos establecidos por la legislación anterior, se estimaba necesario introducir la valoración de los servicios de los ecosistemas forestales en el marco de la Ley de Montes, como una parte inherente de los mismos y los múltiples beneficios que aportan a la sociedad.

El Consejo fundamenta en la Consideración IV del dictamen emitido una amplia lista de objeciones de carácter esencial al Anteproyecto sometido a su consideración, y que se pasan a reproducir:

“Artículo único. Modificación de la Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha.

- Apartado dos. “Artículo 9. Catálogo de Montes de Utilidad Pública”.- El anteproyecto de Ley modifica el apartado 6 del artículo 9, quedando redactado

del siguiente modo: “6. Con carácter excepcional, por Resolución de la Consejería, previo informe de su órgano forestal y, en su caso, de la entidad titular, se podrá autorizar la exclusión o permuta de una parte de un monte catalogado por causa de interés público prevalente”.

Se observa que esta nueva redacción viene a adaptar su contenido a la modificación realizada por la Ley 21/2015, de 20 de julio, en el artículo 16.5 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, que dispone lo siguiente: “Con carácter excepcional, por acuerdo del máximo órgano de gobierno de cada comunidad autónoma, previo informe de su órgano forestal y, en su caso, de la entidad titular, se podrá autorizar la exclusión o permuta de una parte de un monte catalogado por causa de interés público prevalente”.

Por tanto, si bien se estima adecuada a la norma básica la causa de “interés público prevalente” establecida en el anteproyecto de Ley, no cabe decir lo mismo de la competencia atribuida a la Consejería para la exclusión o permuta de una parte de un monte catalogado, toda vez que el mencionado artículo 16.5 de la norma estatal, con carácter básico, dispone que esta autorización debe ser acordada por el “máximo órgano de gobierno de cada comunidad autónoma”. Se debe proceder, en consecuencia, a la modificación del apartado 4 del artículo 9, atribuyendo esta potestad al Consejo de Gobierno, dando con ello cumplimiento a la norma básica estatal.

Es preciso señalar a este respecto que la nueva redacción dada por la Ley 21/2015, de 20 de julio, al artículo 16.5 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, obedece a la observación efectuada por el Consejo de Estado en su Dictamen 617/2014, de 24 de julio, en el que, atendiendo a la primera redacción del anteproyecto de ley en la que se otorgaba esta potestad de manera genérica a “la comunidad autónoma”, señalaba lo siguiente: “[...] En suma, los requisitos de exclusión del Catálogo son de tal fuerza que ni siquiera la aparente comprobación de que no se cumplen permiten descatalogar a un monte. Así lo señala también el Tribunal Supremo (STS Sala 3^a, Sección 5^a, de 13 de julio de 2010) de la que puede concluirse que, para proceder a la descatalogación de un monte público, no basta con afirmar la degradación que aquél haya podido sufrir por una actividad extractiva u otras circunstancias, sino que es preciso expresar las características vegetales de esa superficie y las funciones que cumple o que puede cumplir ambientalmente, amén de resultar procedente, en este como en otros casos, proponer y practicar la prueba pericial oportuna que permita corroborar las circunstancias que rodean al monte público y que le pudieran hacer desmerecedor de esa calificación y grado de protección. [] A la vista de esta jurisprudencia

dencia debería reconsiderarse también la posibilidad de reforzar más el lenguaje y los requisitos del artículo 16.4 añadiendo alguna de las precisiones de la citada jurisprudencia para aumentar las garantías sustantivas frente a las descatalogaciones y, además, considerar si resulta conveniente añadir una garantía adjetiva que el Consejo de Estado estima muy conveniente. [...] Esta atribución de decisiones a órganos tan inferiores en la jerarquía administrativa autonómica debe considerarse como una disminución de las garantías que la propia legislación básica del Estado en materia de montes puede, sin embargo, establecer sin que suponga invasión de las competencias autonómicas basadas en el principio de autonomía institucional. Sobre esta base, se sugiere que en el apartado 2 del artículo 16 y, sobre todo, en los apartados 4 y 5 cuando se aluda a las competencias de exclusión total o parcial del Catálogo, se matice que la potestad que corresponde a la Comunidad Autónoma se ejercerá bien mediante ley bien mediante decisión del respectivo máximo órgano del gobierno de la misma”.

En consecuencia, la observación efectuada por este Consejo al apartado 6 del artículo 9 se realiza con carácter esencial, por cuanto la modificación propuesta en el anteproyecto contradice el artículo 16.5 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre.

Respecto de los apartados 3, 4 y 5 del citado artículo 9, aun cuando no han sido objeto de reforma en el texto examinado, se debe advertir que los mismos atribuyen a la Consejería la competencia para la inclusión o exclusión de montes en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, entrando igualmente en contradicción con la norma básica estatal. Por ello, sin otorgar el carácter esencial a la presente observación por no ser objeto de dictamen, se debería proceder a su adaptación a los apartados 3 y 4 del artículo 16 de la Ley 43/2003, de 21 noviembre, de tal forma que la competencia para la inclusión o exclusión de montes en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública quede atribuida al Consejo de Gobierno, como máximo órgano de gobierno de la comunidad autónoma.

- Apartado cinco. “Artículo 31. Instrumentos de gestión forestal sostenible”. *El anteproyecto de Ley modifica el apartado 2 del artículo 31, dedicado al “proyecto de ordenación de montes”, con objeto de suprimir el detalle del contenido que deberá incluir este proyecto, manteniendo únicamente su definición.*

Según la ampliación de la memoria justificativa que obra en el expediente, el motivo de la eliminación es hacer más ágiles los instrumentos de gestión forestal sostenibles, dejando estos aspectos para su inclusión y definición en la elaboración de las instrucciones reguladas en el artículo 31.4. Sin embargo, es preciso indicar que el contenido que se suprime en el anteproyecto está incluido en to-

do caso en la definición dada al proyecto de ordenación de montes en el artículo 6.n) de la Ley 43/2003, de 21 noviembre, por lo que, en aras a lograr una mayor garantía del principio de seguridad jurídica, se considera que dichos aspectos deben quedar reflejados de modo expreso en el apartado 2 del artículo 31, mediante remisión al artículo 6.n) de la norma básica estatal.

Por otra parte, en cuanto a la modificación del apartado 5 del citado artículo 31, se establece que la elaboración de los instrumentos de gestión deberá ser dirigida, supervisada y suscrita por “técnicos competentes en el ámbito forestal”. A este respecto, coincide este Consejo con la observación efectuada por el Gabinete Jurídico en su informe en el que señalaba que, sin perjuicio de la conclusión del informe solicitado sobre la posible incidencia de la modificación legislativa propuesta en la unidad de mercado, se consideraba conveniente definir qué se entiende por personal técnico competente en materia forestal.

Es preciso añadir que el artículo 33.4 de la norma básica estatal dispone que la elaboración de estos instrumentos de gestión deberá ser dirigida y supervisada “por profesionales con titulación forestal universitaria”, por lo que, con objeto de evitar problemas de interpretación que entren en contradicción con la norma básica, la definición deberá incluir que los técnicos competentes en el ámbito forestal deben tener titulación universitaria. De no incluirse esta definición, se deberá sustituir la redacción dada en el anteproyecto de Ley por la siguiente: “técnicos competentes en el ámbito forestal con titulación universitaria”.

- Apartado once. “Artículo 42. Fondo de mejoras”.- *En el apartado 2 de este artículo, se atribuye con carácter general a la Consejería la administración del fondo de mejoras “salvo en el caso de que se transfiera a la entidad titular del monte conforme a lo que se establezca en las disposiciones de aplicación de la presente ley”.*

En relación con la administración del fondo de mejoras, establece el artículo 38 de la mencionada Ley 43/2003, de 21 de noviembre, que “Dicho fondo será administrado por el órgano forestal de la comunidad autónoma, salvo que ésta lo transfiera a la entidad local titular”.

De lo expuesto se deduce claramente que, si bien la administración del fondo de mejoras puede ser atribuida con carácter general a la Consejería, su administración únicamente puede ser transferida a una entidad “local” titular. Se considera, por tanto, que la redacción dada en el anteproyecto entra en contradicción con la norma básica estatal, por lo que, otorgándose carácter esencial a la

presente observación, se deberá sustituir en el apartado 2 del artículo 42 “entidad titular” por “entidad local titular”.

- Apartado doce. “Artículo 43. Planes de mejoras”.- Por los mismos motivos expuestos en la observación anterior, se debería sustituir en el apartado dos del artículo 43 “la entidad titular” por “la entidad local titular”. Como ya se ha indicado, el artículo 38 de la norma básica estatal establece únicamente la posibilidad de transferir la administración del fondo de mejoras a una entidad local titular; por lo que se entiende que la dirección y ejecución del plan de mejoras, en el que se concretan las actuaciones que han de desarrollarse con cargo al fondo de mejoras, debe igualmente quedar atribuida o bien a la Consejería, o bien a la entidad local titular en caso de ser transferida su administración. Siendo, además, la Consejería, quien tiene la competencia para administrar el fondo, transferirlo y para la elaboración del plan, se debería eliminar el inciso “comunicándolo previamente a aquella”.

- Apartado quince. “Artículo 46. Cambio de uso forestal”.- El apartado 5 de la nueva redacción dada a este artículo 46 prevé que “Cuando el cambio de uso forestal esté asociado a proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental, será preceptivo y vinculante el informe del órgano forestal de la Consejería en las consultas a las Administraciones Públicas afectadas que se contemplan en dicho procedimiento. En este informe, se evaluará la conveniencia del cambio de uso forestal y las condiciones de restauración de las posibles afecciones, sustituyendo el régimen de autorización establecido en el apartado cuatro. La resolución que ponga fin a estos procedimientos de evaluación de impacto ambiental hará mención expresa a dicho informe e incluirá las condiciones establecidas en el mismo”.

Tal y como establece el apartado 1 del mismo precepto, se entiende por cambio de uso forestal toda actuación material o acto administrativo que haga perder al monte su carácter de tal. En la regulación estatal, el artículo 40 de la mencionada Ley 43/2003, de 21 de noviembre, configura el cambio de uso forestal como una posibilidad excepcional sometida a autorización, estando, además, tipificado como infracción, tanto en el artículo 67.a) de la norma básica como en el artículo 80.1 de la vigente norma autonómica, si tal cambio carece de autorización. Por tanto, la sustitución de este régimen de autorización que pretende regular el apartado 5 del artículo 46 del anteproyecto de Ley para los casos en que el cambio de uso forestal esté asociado a proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental entraría en contradicción con el artículo 40 de la norma básica estatal.

La obligatoriedad de una previa evaluación de impacto ambiental es independiente de que la actividad esté sometida a autorización, declaración responsable o comunicación. Los procedimientos de evaluación de impacto ambiental se encuentran regulados en la normativa básica estatal contenida en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental y en la Ley 2/2020, de 7 de febrero, de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha. El artículo 4.1.a) de la mencionada norma autonómica define la evaluación ambiental como el proceso a través del cual se analizan los efectos significativos que tienen o pueden tener los planes, programas y proyectos, antes de su adopción, aprobación o autorización sobre el medio ambiente y “tendrá carácter instrumental respecto del procedimiento administrativo de aprobación o de adopción de planes y programas, así como respecto del de autorización de proyectos o, en su caso, respecto de la actividad administrativa de control de los proyectos sometidos a declaración responsable o comunicación”. Establece, además, la citada ley autonómica en su artículo 46.2 que “La declaración de impacto ambiental tendrá la naturaleza de informe preceptivo y determinante, y podrá ser favorable o desfavorable una vez que concluya sobre los efectos significativos del proyecto en el medio ambiente [...]” y, en cuanto a la autorización del proyecto, dispone su artículo 47.1 que “El órgano sustantivo deberá tener debidamente en cuenta la evaluación de impacto ambiental efectuada, incluidos los resultados de las consultas, en el procedimiento de autorización del proyecto, que deberá resolverse en un plazo razonable y siempre que la declaración de impacto ambiental sea favorable y mantenga su vigencia de acuerdo con el artículo 48”.

En el presente caso, el apartado 5 del artículo 46 que introduce el anteproyecto de Ley regula un procedimiento específico para los proyectos de cambio de uso forestal asociados a evaluación de impacto ambiental, con la exigencia de un informe preceptivo y “vinculante” del órgano forestal, que finalizaría con una única resolución del órgano competente para la evaluación de impacto ambiental. De esta forma, el procedimiento de autorización para el cambio de uso que se pretende sustituir quedaría subsumido en la resolución que ponga fin al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, atribuyéndose así al órgano ambiental una competencia -la autorización del cambio de uso forestal- que corresponde al órgano sustantivo.

Por tanto, dicho apartado, además de entrar en contradicción con la norma básica citada en materia de montes al sustituir el régimen de autorización al que deben someterse los proyectos de cambio de uso forestal, establece un procedimiento de evaluación de impacto ambiental que se aparta de la regulación con-

tenida en la Ley 2/2020, de 7 de febrero. Se regula, además, la necesidad de recabar un informe preceptivo y “vinculante” del órgano forestal de la Consejería dentro de las consultas a las Administraciones públicas afectadas, sin que la normativa de evaluación ambiental prevea el carácter vinculante de estos informes, tal y como se deduce del artículo 37.2 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, en el que, tras enumerar los informes que con carácter preceptivo deberá solicitar el órgano sustantivo en las consultas a las Administraciones públicas afectadas y a las personas interesadas, prevé que “Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrán establecer el carácter preceptivo de cualquier otro informe distinto de los anteriormente mencionados”.

Por todo lo expuesto, se considera que se debe eliminar del apartado 5 del artículo 46 del anteproyecto de Ley el carácter “vinculante” otorgado al informe del órgano forestal, el inciso “sustituyendo el régimen de autorización establecido en el apartado cuatro”, así como la última frase en la que se establece que “La resolución que ponga fin a estos procedimientos de evaluación de impacto ambiental hará mención expresa a dicho informe e incluirá las condiciones establecidas en el mismo”, de manera que, sin perjuicio de la obligatoriedad de someterse a la evaluación de impacto ambiental en los casos y según el procedimiento exigido en la correspondiente normativa ambiental, el cambio de uso forestal quede sujeto al régimen de autorización previsto en el apartado 4 del mismo artículo.

- **Apartado dieciséis. “Artículo 48. Roturaciones agrícolas”.**- Establece el apartado 3 de este precepto que “Las roturaciones agrícolas también deberán cumplir con lo establecido en el artículo 46”. Atendiendo a la amplia regulación contenida en los cinco apartados del artículo 46 relativo al cambio de uso forestal, así como a las observaciones anteriores realizadas con carácter esencial a su apartado 5, se considera que la remisión efectuada en el mencionado precepto produce inseguridad jurídica, debiéndose concretar qué apartados de dicho artículo deberán cumplir las roturaciones agrícolas.

- **Apartado diecisiete. “Artículo 49. Modificación de la cubierta”.**- Se introduce un apartado 3 en el que se requiere, por una parte, un informe preceptivo y “vinculante” del órgano forestal de la Consejería para los supuestos en los que la modificación sustancial o descuaje de la cubierta vegetal sin cambio de uso forestal esté asociada a proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental. Se reitera, por tanto, la observación efectuada con carácter esencial al contenido del artículo 46.5 relativa al carácter vinculante de los informes de las consultas a las Administraciones Públicas afectadas y a la necesi-

dad de ajustarse a la normativa ambiental en los proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental.

Por otro lado, se establece al final de este apartado 3 que “Para estos casos, no será preciso contar con la posterior autorización definida en el anterior apartado, salvo que en el informe del órgano forestal se indique de forma expresa y motivada la necesidad de contar con autorización posterior”. A este respecto, dispone el artículo 40.3 de Ley 43/2003, de 21 de noviembre, que “La Administración forestal competente regulará los casos en los que, sin producirse cambio de uso forestal, se requiera autorización para la modificación sustancial de la cubierta vegetal del monte”. Por tanto, de conformidad con la norma básica, los supuestos de modificación de la cubierta vegetal sin cambio de uso que requieran autorización deben ser objeto de regulación, como así fue previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 49 de la norma objeto de modificación, por lo que entiende este Consejo que la indicación en un informe de la necesidad de contar con autorización posterior no se ajusta a lo establecido en la norma básica. Por lo expuesto, se considera necesario adaptar la redacción, de manera que queden debidamente regulados los supuestos en los que se requerirá autorización, teniendo en cuenta las previsiones ya establecidas en los apartados anteriores del mismo artículo.

Por último, y sin perjuicio de que el apartado 2 del artículo 49 no ha sido objeto de modificación en el anteproyecto de Ley, se observa que el mismo contiene una remisión errónea a los criterios previstos en el artículo “48.2”. Dado que al artículo 48 se le ha dado una nueva redacción en el anteproyecto de Ley y la previsión de esos criterios ha quedado ahora regulada en su apartado 1, se considera necesario modificar igualmente el artículo 49.2 realizando una correcta remisión al artículo 48.1.

- Apartado diecinueve. “Artículo 58. Prevención”.- *El anteproyecto de Ley modifica en este artículo el apartado 4 y añade un apartado 10, en los que se hace alusión a los “planes de defensa”, cuya referencia en la norma básica estatal se encontraba en el artículo 48 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre.*

En relación a estos planes, se debe advertir que dicho precepto ha sido recientemente modificado por el Real Decreto-ley 15/2022, de 1 de agosto, sustituyendo las referencias que hacía a los planes de defensa por un nuevo instrumento, los “planes anuales para la prevención, vigilancia y extinción de incendios forestales”, quedando redactado el apartado 1 del citado artículo 48 de la norma básica estatal en los siguientes términos: “1. Las Comunidades Autónomas ante

el riesgo general de incendios forestales, elaborarán y aprobarán planes anuales para la prevención, vigilancia y extinción de incendios forestales. Los referidos planes, que deberán ser objeto de publicidad previa a su desarrollo, comprenderán la totalidad de las actuaciones a desarrollar y abarcarán la totalidad del territorio de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

Señala, además, la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley que “Las referencias recogidas en la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, a los planes de defensa de las zonas de alto riesgo de incendio se entenderán hechas a los planes anuales para la prevención, vigilancia y extinción de incendios forestales regulados en su artículo 48, en la redacción dada por este real decreto-ley”. Establece también en su disposición adicional primera, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 17/2022, de 20 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la energía, en la aplicación del régimen retributivo a las instalaciones de cogeneración y se reduce temporalmente el tipo del Impuesto sobre el Valor Añadido aplicable a las entregas, importaciones y adquisiciones intracomunitarias de determinados combustibles, que “Las comunidades autónomas adoptarán las medidas oportunas para que, antes del 1 de enero de 2023, los planes y los correspondientes servicios de prevención, vigilancia y extinción de incendios forestales estén adaptados a lo establecido en este real decreto-ley”.

En el presente caso, el contenido del expediente evidencia que las modificaciones estatales señaladas no han sido tenidas en cuenta en el anteproyecto de Ley sometido a dictamen, por lo que las referencias que se realizan a los planes de defensa en los apartados 4 y 8 del artículo 58 deberán ser sustituidas por los planes anuales para la prevención, vigilancia y extinción de incendios forestales.

Por otro lado, en cuanto a la mención que se realiza al “personal técnico competente en materia forestal” en el apartado 10, se reitera la observación efectuada a este respecto al contenido de la modificación del artículo 31.5 del anteproyecto de Ley.

- Apartado veintiuno. “Artículo 62. Zonas de alto riesgo de incendio”.- *Se establece en la modificación del apartado 4 de este artículo que “La aprobación de los planes de defensa o de emergencia por incendios forestales implicará la declaración de interés general de las actuaciones que en los mismos se determine. La declaración de interés general conllevará igualmente, en su caso, la declaración de utilidad pública o interés social precisa para resolver sobre la necesidad de ocupación de los terrenos o de adquisición de los derechos que resulten necesarios para su ejecución, a los fines de expropiación o imposición de servidumbres”.*

El contenido de este apartado se considera acorde con la anterior regulación del artículo 48.4 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, que establecía lo siguiente: “4. La normativa de las comunidades autónomas determinará las modalidades para la redacción de los planes de defensa y podrá declarar de interés general los trabajos incluidos en aquéllos, así como determinar, en cada caso, el carácter oneroso o gratuito de la ejecución subsidiaria por la Administración”. No obstante, como ya se ha indicado, este artículo 48 de la norma básica estatal ha sido íntegramente modificado por el Real Decreto-ley 15/2022, de 1 de agosto y, posteriormente, por el Real Decreto-ley 17/2022, de 20 de septiembre, quedando suprimido el contenido del apartado transcrito. Dado que estas modificaciones tampoco han sido tenidas en cuenta en este precepto, al igual que en la observación efectuada anteriormente con carácter esencial, se deberá adaptar el artículo 62.4 del anteproyecto de Ley a la nueva regulación de la norma básica.

Finalmente, y si bien el resto de apartados del artículo 62 no son objeto del presente dictamen por no haber sido modificados en el anteproyecto de Ley, no puede obviar este Consejo que el apartado 2 del mismo precepto regula el contenido de los “planes de defensa”, por lo que sería necesaria una revisión completa del artículo en el que se haga referencia a los nuevos planes anuales para la prevención, vigilancia y extinción de incendios forestales, así como al contenido y principios que establecen los apartados 4 y 5 del artículo 48 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre.

A este respecto, tal y como establece el mencionado Real Decreto-ley 15/2022, de 1 de agosto, estos planes constituyen un nuevo instrumento de mayor alcance que los planes de defensa, por lo que su introducción y regulación en la norma autonómica se considera esencial. Así, en cuanto al alcance de las modificaciones introducidas en la norma estatal, señala la exposición de motivos del Real Decreto-ley lo siguiente: “La modificación de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, y normativa complementaria, pretende instaurar medidas de inmediata aplicación para hacer frente, con celeridad, a la situación de emergencia expuesta. [] El real decreto-ley introduce modificaciones en la Ley de Montes en los tres ámbitos desde los cuales se han de abordar los incendios forestales: prevención, extinción y mantenimiento y restauración de los terrenos forestales afectados, y otorga a las comunidades autónomas un plazo de cinco meses para adaptar sus servicios de prevención, vigilancia y extinción a lo previsto en la norma []. La experiencia de los últimos años ha evidenciado que el riesgo de los incendios forestales se extiende a todo el territorio y de forma desestacionalizada. Atender debidamente a esa evolución del escenario requiere disponer de un instrumento nuevo, de mayor alcance que

los planes de defensa, hasta ahora previstos solo para las zonas de alto riesgo. Los nuevos planes de prevención, vigilancia y extinción de los incendios forestales deben incluir la totalidad de las actuaciones a desarrollar y abarcarán la totalidad del territorio de cada comunidad autónoma, deben ser actualizados con la suficiente antelación y se aplicarán de manera continua durante todo el año. Además de la ampliación de su ámbito territorial y su aplicación permanente, se refuerza y amplía el contenido mínimo de los planes para recoger aspectos esenciales como el diseño general del dispositivo para atención global durante todo el año a la prevención, detección y extinción de incendios forestales, identificando las épocas de mayor riesgo de incendios forestales debidamente territorializadas; la determinación de los puntos críticos de gestión, así como de las áreas de actuación singularizada; la asignación estable y permanente, de medios técnicos y profesionales singularizados; el establecimiento y disponibilidad de los medios de vigilancia y extinción necesarios para dar cobertura a toda la superficie de la Comunidad Autónoma, con las previsiones de dotaciones, financiación, y modelo de organización; las prohibiciones o limitaciones a la circulación de vehículos y al acceso de personas ajenas a la vigilancia, extinción y gestión de incendios; o las condiciones generales, tanto climatológicas como de cualquier otro tipo, que justifiquen la intensificación de los operativos y de los medios de vigilancia y extinción”.

- Apartado veintitrés. “Artículo 64. Aprovechamientos de productos forestales afectados por los incendios”.- *En relación al contenido del apartado 1, se reitera la observación efectuada al artículo 31.5 relativa al “personal técnico competente en materia forestal”, por lo que de no introducirse una definición de este personal, deberá añadirse “con titulación universitaria”.*

El texto definitivo fue aprobado mediante Ley 8/2023, de 10 de marzo, por la que se modifica la Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha, atendándose a las observaciones esenciales descritas, y siendo publicado en el D.O.C.M. Núm. 51, de 14 de marzo de 2023.

Finalmente, durante el año 2022, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha emitió en materia de carácter constitucional y estatutario los siguientes dictámenes:

- Dictamen 239/2022, de 15 de septiembre, solicitado por la Consejería de Presidencia, sobre el Anteproyecto de Ley de reparación y reconocimiento a las víctimas de terrorismo en Castilla-La Mancha.

- Dictamen 252/2022, de 28 de septiembre, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2023.

- Dictamen 259/2022, de 6 de octubre, solicitado por la Consejería de Bienestar Social, sobre el Anteproyecto de Ley de Atención Temprana en Castilla-La Mancha.

- Dictamen 316/2022, de 17 de noviembre, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 8/200, de 23 de mayo de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha.

- Dictamen 333/2022, de 12 de diciembre, solicitado por la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas Administrativas, Financieras y Tributarias de Castilla-La Mancha.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
AUTONÓMICO Y PARLAMENTARIO.

CONSTITUTIONAL, REGIONAL AND PARLIAMENTARY LAW
ACTIVITIES REVIEW.

(1 ENERO DE 2022 A 1 DE ENERO DE 2023)

M^a Elena Rebato Peño

Universidad de Castilla- La Mancha

Mariaelena.rebato@uclm.es

<https://orcid.org/0000-0002-4766-8003>

Cómo citar/Citation:

REBATO PEÑO, M. E., “Reseña de actividades de derecho constitucional, autonómico y parlamentario”, *Anuario Parlamento y Constitución*, nº 24, 2023.

Recibido: 26-02-2023

Aceptado: 30-03-2023

Resumen: Esta reseña recoge una selección de las principales actividades académicas de Derecho Público desarrolladas en la UCLM durante 2022.

Se presta especial atención a las llevadas a cabo por el área de Derecho Constitucional sobre Derechos Humanos, Justicia Constitucional y Derecho Autonómico.

Palabras Clave: Actividades académicas; Derechos Humanos; Justicia Constitucional y Derecho Autonómico.

Abstract: This review includes a selection of the main Public Law academic activities developed in UCLM during 2022. 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.

SUMARIO

I Actividades sobre Derechos Fundamentales

I.1 Seminario práctico de Jurisprudencia Constitucional comparada e internacional. Cádiz, 18 al 20 de julio

I.2 XXVII Jornadas de Derecho Constitucional: Constitución y Derechos Fundamentales. Ciudad Real, 24 y 25 de noviembre

II Actividades relacionadas con el Sistema Autonómico:

II.1 XXV Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: 40 años de Estatuto de Autonomía. Cuenca, 27 y 28 de abril

III Actividades en materia de Justicia Constitucional

III.1 VI Edición título de especialista en Justicia Constitucional, interpretación y tutela de los derechos. Toledo, 27 junio al 15 de julio

III.2 XXII Jornadas de Justicia Constitucional: “¿Politización de la justicia constitucional?”. Toledo, 15, 16 y 17 de noviembre

I Actividades sobre derechos fundamentales

I.1 Seminario práctico de Jurisprudencia Constitucional comparada e internacional. Cádiz, 18 al 20 de julio

Un año más, las universidades de Cádiz y de Castilla- La Mancha, ofrecieron el seminario práctico de jurisprudencia constitucional comparada e internacional, bajo la dirección de los catedráticos de Derecho Constitucional, D. Fco. Javier Díaz Revorio de la Universidad de Castilla- La Mancha y D. Miguel Revenega Sánchez, de la Universidad de Cádiz.

Intentando retomar paulatinamente la presencialidad, la modalidad de impartición del programa en esta ocasión fue mixta, con cursantes presenciales en el aula de la Universidad de Cádiz, al tiempo que otros seguían las sesiones a través de la plataforma de Microsoft Teams.

Este programa de formación se ofrece como complemento del Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos, que se celebra en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo en las semanas previas. Supone una magnífica ocasión para debatir junto a auténticos expertos sobre las novedades jurisprudenciales de ámbito comparado e internacional más relevantes acerca de derechos fundamentales. Es un formato dinámico que año tras año se va revelando como un apéndice imprescindible a la enseñanza teórica recibida en cursos previos.

En esta edición, el seminario se centró en la jurisprudencia comparada e internacional sobre la inmigración y los derechos de los migrantes, afrontando su estudio fundamentalmente desde una perspectiva jurídico constitucional y no solo como un problema socio político.

El ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, D. Sergio García Ramírez, fue el encargado de iniciar el seminario con su ponencia sobre el control de convencionalidad y por tanto sobre la forma de articular los distintos niveles de protección de los derechos en el ámbito latinoamericano, con especial referencia al caso de los migrantes. El desarrollo de esta ponencia general corrió a cargo de D. Felipe de La Mata Pizaña, Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México, que hizo énfasis en la protección de los derechos de los extranjeros en México; y de D. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien se re-

firió a los derechos de la niñez migrante mediante el análisis de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana 21/14.

La tutela de los derechos de los extranjeros en el ámbito europeo, fue objeto de disertación en las ponencias de D^a Emilia Girón Reguera, Profesora Titular de la Universidad de Cádiz, sobre el derecho de asilo en la jurisprudencia europea a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2020; y de D. Roberto Romboli, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Pisa, que hizo referencia a los derechos sociales de los extranjeros a partir de las sentencias de la Corte Constitucional italiana de 4 y 11 de marzo de 2022 sobre el reconocimiento de un bonus por natalidad para extranjeros y un subsidio por unidad familiar para extranjeros respectivamente. Los derechos sociales y los deberes de solidaridad en Italia fueron tratados por D. Gianluca Famiglietti, a partir de las sentencias de la Corte Constitucional italiana 119/2015; 44/2020 y 281/2020.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los menores extranjeros no acompañados a partir de los casos *Rahimi c. Grecia* de 5 de abril de 2011 y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de enero de 2021; fue el núcleo de intervención de D. Juan Manuel López Ulla, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz.

Las expulsiones colectivas de migrantes a raíz de las sentencias *Hirsi Jamaa* contra Italia; *N.D y N.T* contra España; *Shazad* contra Hungría y *M. H* contra Croacia, fue el tema elegido por D. Luis López Guerra, Catedrático de Derecho Constitucional y ex juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los derechos de los extranjeros en el ámbito nacional fue el contenido de una de las mesas redondas que integraban el programa, constituida por D^a Wendy M. Jarquín Orozco, de la Escuela Judicial Electoral de México; D^a M^a Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha y D^a María Ruíz Dorado, Profesora Asociada de Derecho Constitucional.

No podía faltar la perspectiva de las organizaciones no gubernamentales que a diario se enfrentan con la problemática de la inmigración irregular y por ello la mesa redonda de cierre de este seminario, abordó el tema de la inmigración que viene del Estrecho de Gibraltar, a partir de las voces de trabajadores sociales y abogados de asociaciones y organizaciones como AFAVI, Cruz Roja o CEAIN- ACOGE.

I.2 XXVII Jornadas de derecho constitucional: Constitución y Derechos Fundamentales. Ciudad Real, 24 y 25 de noviembre

El aula Alfredo Pérez Rubalcaba en el campus de Ciudad Real acogió las vigésimo séptimas jornadas de Derecho Constitucional, que en esta edición llevaban por título “Constitución y Derechos Fundamentales”, durante los días 24 y 25 de noviembre.

Tal y como puso de manifiesto el director de las mismas, D. Tomás Vidal Marín, Profesor titular de Derecho Constitucional de la UCLM, con estas jornadas se pretende ofrecer una formación complementaria en materia de Derechos Fundamentales a la que se consigue durante el grado.

Si en otras ediciones el programa se centraba en el estudio de una determinada categoría de derechos fundamentales (derechos de libertad, derechos de prescripción o derechos del ámbito personal), en esta ocasión se ha optado por profundizar en unos derechos fundamentales en concreto que por diversas razones han estado de actualidad en los últimos meses, bien porque existen novedades jurisprudenciales al respecto o bien porque han sido objeto de un nuevo desarrollo mediante ley orgánica.

Este último ha sido el caso del derecho a la educación, la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE), planteó numerosos interrogantes en la doctrina sobre la conformidad de la misma con lo previsto en el artículo 27 de la Constitución española que consagra el derecho a la educación y a la libertad de enseñanza. La profesora ordinaria de Derecho Constitucional de la Universidad Pontificia de Comillas, D^a Isabel Álvarez-Vélez hizo referencia a estas cuestiones y a los puntos más polémicos de la ley para terminar centrando su intervención en cuáles deben ser los objetivos del derecho a la educación y el lugar predominante que debe ocupar el ideario educativo constitucional.

El derecho al olvido, la protección del honor en internet y en general el derecho a la protección de datos personales, como derecho fundamental autónomo del derecho a la intimidad, tal y como señalaba el Tribunal Constitucional en la sentencia 11/1998, sigue siendo no solo un tema de actualidad, sino una cuestión cuyos márgenes quedan desbordados a diario en una sociedad en la que internet es el cauce del ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad de expresión o la libertad de información. La configuración clásica del contenido y límites de derechos fundamentales como el derecho al honor o el dere-

cho a la intimidad necesitan ser redefinidos desde que internet hace posible consultar o difundir una información en un solo segundo entre millones de receptores, multiplicando así la afectación y/o vulneración de estos. Tal y como expuso el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado en este contexto, se revela necesario la limitación de la difusión universal e indiscriminada de datos personales en los buscadores generales cuando la información es obsoleta o ya no tiene relevancia ni interés público. Tema de suma actualidad que se conecta también con la necesidad de transparencia en la protección de los derechos fundamentales, que fue el contenido de la ponencia de D^a Patricia Rodríguez- Patrón, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

La perspectiva comparada y multinivel es siempre necesaria para el auténtico entendimiento de los derechos fundamentales y de su garantía; pero eso implica abordar la complejidad de la articulación de los distintos niveles, el nacional, el regional y el internacional. El control de convencionalidad es el mecanismo utilizado en Latinoamérica para realizar esta articulación, pero en el ámbito europeo este pseudo control de convencionalidad tiene matices diferentes, tal y como explicó en detalle, D. Luis M^a Díaz Picazo, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM.

D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, dedicó su intervención al análisis de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Dobbs contra Jackson de 24 de junio de 2022, que ha supuesto un cambio de concepto en la regulación del aborto respecto al caso Roe versus Wade al concluir que no existe un derecho al aborto. La relevancia de la sentencia fue puesta de manifiesto por el profesor Díaz Revorio, quien también hizo mención de los interrogantes que debía en ese momento estar planteándose el Tribunal Constitucional en la resolución del recurso de inconstitucionalidad contra la ley del aborto española, que en el momento de la ponencia no había recibido aún el fallo por parte del sumo intérprete constitucional.

El derecho a la salud como derecho fundamental fue el tema elegido por el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba, D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Las preguntas de los cursantes a los ponentes que intervinieron en las diferentes sesiones, al igual que las comunicaciones presentadas en las mismas, fueron reflejo del éxito de estas jornadas y del acierto en los temas elegidos.

II. Actividades relacionadas con el sistema autonómico:

II.1 XXV Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: 40 años de Estatuto de Autonomía. Cuenca, 27 y 28 de abril

El área de Derecho Constitucional del campus de Cuenca siempre ha sido consciente de la necesidad de complementar el aprendizaje recibido en las aulas ordinarias de grado con programas de formación que profundicen en el ámbito autonómico. La estructura territorial del Estado español fue objeto de arduos debates en el momento de redactar la actual Constitución de 1978; pero hoy 44 años después la cuestión territorial dista mucho de ser un tema pacífico en el ámbito doctrinal e incluso político.

La Constitución de 1978 diseñó un modelo de división territorial del Estado “*definido pero inacabado*”, ya que serían los propios territorios los que posteriormente a través de sus Estatutos de Autonomía terminarían de configurar éste. En el año 2022 se cumplirían cuarenta años de la aprobación del Estatuto de Autonomía de Castilla -La Mancha, mediante la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, por lo que el tema de esta vigésimo quinta edición no podía ser otro que el del cuarenta aniversario de nuestro Estatuto de Autonomía.

Por ello, los directores de las jornadas: D. Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional y D^a Ana Valero Heredia, Profesora Titular de Derecho Constitucional; y los secretarios D. Alberto Campos Jiménez, Profesor Asociado y D^a M^a Pilar Molero Martín- Salas, Profesora Contratada Doctora; diseñaron un programa que abarcaba desde el surgimiento de la autonomía de Castilla- La Mancha, hasta la actual situación de la Comunidad Autónoma.

Durante los días 27 y 28 de abril participaron académicos expertos en derecho constitucional y autonómico como D. Marc Carrillo López, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, cuya ponencia situó a los Estatutos de Autonomía en el marco del sistema de fuentes; D. Enrique Belda Pérez Pedrero, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, que examinó el tema de la soberanía y de su hipotética fragmentación en el marco de los estados compuestos y tras el surgimiento de organizaciones supranacionales de Estados como la Unión Europea; D. Víctor Javier Vázquez Alonso, quien se refirió al binomio descentralización y democracia en la situación actual; o D. Eduardo Espín Templado, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, que hizo un balance del Estado autonómico desde su creación y de las perspectivas que se abren en estos momentos sobre el mismo.

El caso particular de Castilla- La Mancha fue abordado por D. Fco. Javier Díaz Revorio, cuya ponencia comenzó en la Asamblea que inició la redacción del Estatuto de Autonomía de Castilla – La Mancha en la ciudad de Manzanares en junio de 1981, para después examinar la evolución del Estatuto de Autonomía, las reformas que ha sufrido desde 1982 y las que aún están pendientes, apuntando distintas propuestas.

Tal y como se indicaba al inicio de esta reseña, el modelo descentralizado español no es sólo una cuestión que se debata en el ámbito académico; sino que trasciende a la esfera política, por lo que esta dimensión no podía quedar extramuros de las jornadas y fue tratada en dos mesas redondas. La primera de ellas, con el título “*Castilla- La Mancha, de ente preautonómico a realidad de presente y futuro*”, en la que participaron los ex Presidentes de la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha; y la segunda sobre “*El funcionamiento institucional de una región: valoración y perspectivas*”, integrada por miembros de instituciones de la Región, como las Cortes de Castilla- La Mancha, Consejo Consultivo; o la Defensoría del Pueblo y la Sindicatura de Cuentas, instituciones que ya no están presentes en la actualidad en nuestra región.

III Actividades en materia de Justicia Constitucional

III.1 VI Edición título de especialista en Justicia Constitucional, interpretación y tutela de los derechos. Toledo, 27 junio al 15 de julio

El Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos, se convirtió un año más en el programa nacional de formación en Justicia Constitucional de referencia. Más de un centenar de alumnos de quince nacionalidades participaron en este curso que se ha desarrollado durante los días 27 de junio a 15 de julio mediante un formato mixto, 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. Fco. Javier Díaz Majano y D^a. 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, con la sesión “*Por una Constitución de la Tierra*”; 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^a Marina Gascón Abellán y D. Alfonso García Figuerola; y en derecho constitucional como D^a 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. Eduardo Espín Templado, del Tribunal Supremo español y 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 de los jueces D. Luis López Guerra, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y D. Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, 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 XXII Jornadas de Justicia Constitucional: “¿Politización de la justicia constitucional?”. Toledo, 15, 16 y 17 de noviembre

La legitimidad de las instituciones pasa por el reconocimiento de las mismas por parte de los ciudadanos. Esto es especialmente relevante en el caso del Tribunal Constitucional español, como garante de la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico constitucional. La Constitución no sólo es una norma jurídica, sino que es la *norma normarum*, condición de validez y eficacia para el resto del ordenamiento jurídico. Esta afirmación sin embargo es puesta en duda cada vez con mayor frecuencia por la ciudadanía, debido entre otros factores a los órganos que determinan la composición del propio Tribunal Constitucional.

Los directores del programa, así como las secretarías del mismo, los profesores Fco. Javier Díaz Revorio, M^a Elena Rebato Peño, M^a José Majano Caño y Adriana Travé Valls, respectivamente; consideraron que debatir sobre una hipotética politización del Tribunal Constitucional era el tema idóneo para las vigésimo segundas jornadas de Justicia Constitucional, que en esta ocasión se desarrollaron en sesiones de tarde durante los días 15, 16 y 17 de noviembre.

Tras la sesión inaugural a cargo de las autoridades académicas e institucionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, las jornadas comenzaron con una sesión introductoria con carácter descriptivo sobre la composición y funcionamiento del Tribunal Constitucional, a cargo de los profesores del área de Derecho Constitucional en el campus de Toledo.

A partir la misma, cada ponente analizó uno de los aspectos más controvertidos en relación al objeto de las jornadas. Así, D. Manuel Aragón Reyes, ex magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, afirmó que la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional por las cámaras parlamentarias, por el Gobierno o por el Consejo General del Poder Judicial no merma la independencia de los mismos, dado que la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ofrecen garantías suficientes para minimizar esa inicial politización en el origen de la función de los magistrados del Tribunal Constitucional; como por ejemplo la limitación del mandato, la renovación por tercios, etc. Un tono más aséptico empleó en su ponencia el Magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos, D. Andrés Ollero Tassara, que disertó sobre la independencia de los magistrados a partir de los Votos Particulares de los fallos, refiriéndose en detalle a todos los firmados por él.

La complicada relación a veces entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, especialmente con el Tribunal Supremo, fue el tema de la ponencia del Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Eduardo Espín Templado. D^a. Camino Vidal Fueyo, Directora General de Asuntos Constitucionales y Coordinación Jurídica y Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Burgos, dada su experiencia de más de una decena de años como letrada del Tribunal Constitucional explicó el funcionamiento interno del Tribunal Constitucional desde la óptica de la independencia de los magistrados de los que dependen los letrados.

También participaron en las Jornadas los catedráticos de Derecho Constitucional, D. Enrique Belda Pérez- Pedrero, de la Universidad de Castilla- La Mancha; y D^a Esther Seijas Villadangos, de la Universidad de León, abordando las cuestiones del desconocimiento de las instituciones democráticas como causa de la desafección respecto a las mismas, o el Tribunal Constitucional y la independencia en el sistema educativo, respectivamente.

No quedaron fuera de la programación el enfoque histórico y comparado o la relación del Tribunal Constitucional con otras instituciones y poderes, que se examinaron en sendas mesas redondas.

LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EN EL PROCEDIMIENTO PARLAMENTARIO: UN COMENTARIO AL ATC
177/2022 DE 19 DE DICIEMBRE

THE INTERVENTION OF THE CONSTITUTIONAL COURT
IN THE PARLIAMENTARY PROCEDURE: A COMMENTARY ON ORDER
177/2022 OF 19 DECEMBER

María Ruiz Dorado¹

Universidad de Castilla-La Mancha

Profesor.mrdorado@uclm.es

Cómo citar/Citation:

RUIZ DORADO, M., “La intervención del Tribunal Constitucional en el procedimiento parlamentario: un comentario al ATC 177/2022 de 19 de diciembre”, *Anuario Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha, nº 24, 2023.

ORCID: 0009-0000-1343-624X

Recibido: 01-09-2023

Aceptado: 15-09-2023

Resumen: El reciente ATC 177/2022 de 19 de diciembre es una de las decisiones del Tribunal Constitucional español que más polémica ha generado, tanto en la doctrina como en la sociedad española, a lo largo de los más de 40 años de existencia del sumo garante intérprete de la Carta Magna. Además de las cuestiones de fondo relativas al recurso de amparo parlamentario presentado por varios diputados nacionales por presunta vulneración del art. 23 CE (*ius in officium*) fruto de la decisión de la Mesa de la Comisión de Justicia de 12 de diciembre de 2022 (por la que se admitió a trámite las enmiendas parciales 61 y 62 a la proposición de ley orgánica que se estaba tramitando); deviene relevante la adopción, un tanto cuestionable, por parte del Alto Tribunal de una medida cautela *inaudita parte* que supuso la paralización del procedimiento legislativo de dicho Proyecto, como consecuencia de la insuficiencia de recursos parlamentarios efectivos que garanticen dicho derecho fundamental.

¹ Profesora Asociada de Derecho Constitucional.

Palabras Clave: Tribunal Constitucional; recurso de amparo parlamentario, medida cautelar *inaudita parte*, *ius in officium*.

Abstract: The recent Order 177/2022 of 19 December is one of the decisions of the Spanish Constitutional Court that has generated most controversy, both in doctrine and in Spanish society, throughout the more than 40 years of existence of the supreme guarantor interpreter of the Constitution. In addition to the substantive issues relating to the appeal for parliamentary protection filed by several national deputies for alleged violation of art. 23 CE (*ius in officium*) resulting from the decision of the Bureau of the Justice Commission of 12 December 2022 (by which partial amendments 61 and 62 to the Bill being processed were admitted for processing)- The High Court's adoption, somewhat questionable, of a precautionary measure *inaudita parte* which led to the paralysation of the legislative procedure of this Bill, as a consequence of the insufficiency of effective parliamentary resources to guarantee this fundamental right, becomes relevant.

Key Words: Constitutional Court; Appeal for parliamentary protection; precautionary measure *inaudita parte*; *ius in officium*.

1. Introducción

En los últimos años vivimos un panorama político convulso en el que la gobernabilidad resulta inestable debido a la falta de entendimiento, y en muchos casos de lealtad institucional, de los grupos parlamentarios españoles.

Dicha inestabilidad, tanto gubernativa como parlamentaria, tiene como consecuencia directa que se lleven a cabo actuaciones no del todo ortodoxas que, frecuentemente, devienen contrarias al ordenamiento jurídico español. Cada vez son más frecuentes el uso de los recursos de amparo parlamentarios con el fin de que el Tribunal Constitucional, en su calidad de sumo garante, restablezca las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales (sobre todo los reconocidos en el art. 23 CE); sin que ello esté exento de polémica.

Como se puede advertir, la mala praxis parlamentaria unida a la falta de consenso de las diferentes fuerzas políticas – incluso el abuso de las fuerzas políticas mayoritarias frente a las minorías parlamentarias que atenta contra la esencia del pluralismo- afecta tanto a principios como a derechos fundamentales característicos no sólo de los estados democráticos, sino del Estado de Derecho (*vgr.* art. 9.1 CE: sometimiento de los poderes público a la Constitución y a las leyes; art. 23 CE *ius in officium...*).

Por otro lado, las diferentes casuísticas, como sucede en el presente caso, han puesto de manifiesto las lagunas legales que adolece nuestra normativa de tramitación parlamentaria, especialmente en materia de recursos efectivos. De ahí que este caso resulte especialmente ilustrativo, así como el papel de garante y contrapeso que ejerce el Tribunal Constitucional.

2. Antecedentes que dieron lugar al recurso de amparo parlamentario objeto del ATC 177/2022

Antes de comenzar a analizar los hechos objeto de recurso de amparo parlamentario por parte de 12 diputados del Partido Popular, conviene realizar un repaso de los hechos previos que dieron lugar a esta impugnación.

Los grupos parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos- En Comú Podem- Galicia en Común, presentaron dos enmiendas parciales (n. 61 y 62) a la proposición de ley orgánica de transposición de directivas europeas y

otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (Exp: 122/000271). Conviene precisar que dichas enmiendas parciales tenían como objeto introducir la reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC); alterando aspectos de carácter institucional que no guardaban relación directa con la proposición de ley orgánica que se estaba tramitando.

Por acuerdo de la mesa de la Comisión de Justicia de 12 de diciembre de 2022, de admitieron a trámite las mencionadas enmiendas parciales. Ante tales circunstancias, los 12 diputados del grupo parlamentario Popular (que posteriormente interpusieron el recurso de amparo objeto del presente trabajo), en ejercicio de las facultades que les atribuye el art. 31.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 1982, ese mismo día, solicitaron su reconsideración.

El 13 de diciembre de 2022, se emitió el Acuerdo del presidente de la Comisión de Justicia, mediante el cual se decide no convocar a la mesa de dicha Comisión para resolver la reconsideración planteada por los diputados del Partido Popular. Además, se convocó para dos días después (15 de diciembre de 2022) sesión de la Comisión de Justicia, en cuyo orden del día se encontraba el debate de la proposición de ley (y, por ende, de las enmiendas 61 y 62), lo que conllevaría previsiblemente su aprobación y el hecho de que la solicitud de reconsideración quedaba sin resolverse.

Fruto de tales acontecimientos, los 12 diputados del Congreso de los Diputados del grupo parlamentario Popular que habían solicitado la reconsideración, presentaron demanda de amparo el 14 de diciembre de 2022, es decir, interpusieron un recurso de amparo parlamentario a la luz del art. 23 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) como veremos.

3. El recurso de amparo parlamentario interpuesto por 12 diputados del Partido Popular: pretensiones y fundamentación

El recurso de amparo objeto de comentario se interpone contra dos resoluciones parlamentarias: por un lado, contra el acuerdo de la mesa de la Comisión de Justicia de 12 de diciembre de 2022, por medio del cual, como hemos señalado con precedencia, se admitió a trámite, entre otras, las enmiendas parciales 61 y 62 a la proposición de ley orgánica de transposición de directivas europeas

y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. Por otro, contra el acuerdo del presidente de la Comisión de Justicia de 13 de diciembre de 2022, al que también hemos aludido con anterioridad, por medio del cual se decide no convocar a la mesa de la Comisión de Justicia al objeto de resolver la reconsideración planteada el 12 de diciembre por los diputados que ahora interponen el recurso de amparo.

La fundamentación de tales impugnaciones y que, a juicio de dichos parlamentarios, legitiman la interposición del mencionado recurso se puede sintetizar en las siguientes alegaciones vertidas:

- Que, mediante la presentación de las mencionadas enmiendas, los grupos parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos- En Comú Podem- Galicia en Común, han cometido fraude de ley; puesto que, pretenden llevar a cabo modificaciones de aspectos institucionales que afectan a la independencia del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. A juicio de los demandantes de amparo, con dichas enmiendas parciales, se persigue sortear las garantías del procedimiento de tramitación legislativa que el ordenamiento jurídico español consagra; cuestión que consideran que merma tanto su derecho fundamental al ejercicio del cargo representativo, como su derecho a la representación política de la ciudadanía en su conjunto (art. 23.1 y 2 CE, respectivamente).
- Que, la reforma pretendida adolece de vicios formales y materiales. Desde la perspectiva formal, la tramitación se ha llevado a cabo de forma críptica, minimizándose las garantías de publicidad y debate. Desde el punto de vista material: se priva, al Alto Tribunal, de la competencia de verificar los nombramientos (eliminación de su estatuto de independencia); así como, a juicio de los 12 parlamentarios impugnantes, con la derogación de la exigencia constitucional de renovación por tercios del Tribunal, se persigue la obtención de una mayoría favorable al Gobierno en dicho órgano constitucional. Y, en lo que respecta al Consejo General del Poder Judicial, “se pervierte el sistema de nombramiento [...] eliminando su *quorum* ordinario [...] y limitando la capacidad de propuesta de candidatos y el derecho de voto a uno de dos de los magistrados propuestos, conculcando de este modo el art. 151.1 CE”.
- Además, se ponen de manifiesto que el contenido de las enmiendas 61 y 62 no guarda relación alguna con el objeto de la proposición de ley orgánica

que se está tramitando; contraviniéndose, de este modo, la reiterada doctrina del propio Tribunal Constitucional (*vgr.* 115/2019, de 16 de octubre). Falta de conexión material que, en palabras de los demandantes de amparo, supone una vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE, “que incluye el derecho a que no se admitan en la tramitación de una ley enmiendas parciales sin conexión de homogeneidad con el texto o evidente y palmariamente inconstitucionales”.

- Que la decisión del presidente de la Comisión de Justicia de no convocar a la mesa de dicha Comisión, con el fin de resolver la solicitud de reconsideración planteada el 12 de diciembre de 2022 contra los acuerdos de la Mesa de admisión a trámite de las enmiendas parciales 61 y 62, supone la firmeza de los acuerdos impugnados en amparo, al no cabe recurso efectivo alguno.

Resulta interesante que, además de la solicitud de que se otorgue amparo por dichas presuntas violaciones de los mencionados derechos, los recurrentes solicitan la adopción de una medida cautelar *inaudita parte* que permita la suspensión de la tramitación parlamentaria de las enmiendas 61 y 62 *ex art.* 56.2 y 6 LOTC; habida cuenta de que la continuación del *iter* parlamentario supondría una lesión irreparable para sus derechos fundamentales establecidos en el art. 23 CE. Del mismo modo, solicitan su adopción con carácter urgente ante la previsión de votación en la Pleno del Congreso de los Diputados convocada para el 15 de diciembre de 2022.

4. La solicitud de abstención o recusación de dos Magistrados del Tribunal Constitucional

Entre los días 14 a 16 de diciembre de 2022, tanto el grupo parlamentario Confederado de Unidas Podemos-En Comú Podem- Galicia en Común como el grupo parlamentario Socialista presentaron sendos escritos ante el Tribunal Constitucional, por los que se solicitaba, además de la personación en el proceso como partes interesadas, la abstención de los Magistrados D. Pedro José González-Trevijano Sánchez y D. Antonio Narváez Rodríguez, al considerar que tenía un interés directo o indirecto en la causa (art. 219.10 LOPJ).

Al respecto, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó tenerles por personados, debido al evidente interés legítimo que ostentaban en su condición de coadyuvantes de la parte demandada (art. 47.1 LOTC), pero decidió inadmitir a trámite las recusaciones de los Magistrados ya que en ese momento procesal care-

cían de legitimación para instar dicha solicitud, debido a la ausencia de constitución de la relación jurídico-procesal (aún no eran partes en el proceso: art. 80 LOTC, en relación con los arts. 101 LEC y 218.1 LOPJ).

En cuanto al fondo de la solicitud de recusación, el Pleno del Tribunal Constitucional, consideró infundadas las causas de recusación alegadas, por el hecho de que se tratasen de Magistrados cuyo mandato había expirado y estaban pendientes de renovación; insistiendo adicionalmente, en el hecho de que se trataba una “recusación selectiva”, puesto que no se pedía la recusación de todos los Magistrados con mandato expirado (que eran cuatro) sino solo la de dos de ellos.

5. La decisión del Tribunal Constitucional

El Pleno del Tribunal Constitucional, con fecha 19 de diciembre de 2022, acordó:

- Admitir a trámite el recurso de amparo, por apreciar que “las vulneraciones de derechos fundamentales alegadas no carecen *prima facie* de verosimilitud, atendiendo a la doctrina constitucional sobre el ejercicio del derecho de enmienda y la debida relación de homogeneidad que ha de existir entre las enmiendas y la iniciativa legislativa que se pretende modificar”.

Para ello, el Alto Tribunal partiendo de la configuración de España como Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), insiste en la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto de ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) y en el papel del Tribunal Constitucional como garante de la Constitución frente al resto de poderes del Estado. De lo que se esgrime que a pesar de que las Cortes Generales gozan de un papel central en nuestro sistema parlamentario, ello no es óbice para su sometimiento al imperio de la ley y para la limitación de sus actuaciones por parte del Tribunal Constitucional cuando se considere que se han excedido en el ejercicio de sus funciones o de los márgenes constitucionales.

Teniendo todo ello presente, y en aras a la comprobación del requisito de la especial trascendencia constitucional que ha de tener todo recurso de amparo *ex* art. 49.1 LOTC, el órgano constitucional considera que el recurso de amparo objeto de estudio va más allá de presunta vulneración de los derechos de determinados parlamentarios contemplados en el art. 23 CE, sino que afecta al bloque de constitucionalidad, en tanto en cuanto “están en juego las reglas de designación de los magistrados del Tribunal Constitucional y se modifica el sistema mismo de renovación establecido en el art. 159.3 CE y consecuentemente, la propia juris-

diccional constitucional”. Considerando, por lo tanto, que la cuestión planteada goza de relevancia social y tiene “consecuencias políticas generales”.

En cuanto a la vulneración del derecho de los diputados recurrentes al ejercicio del cargo representativo de conformidad con lo establecido en la ley (art. 23.2 CE), en conexión con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes (art. 23.1 CE), el Tribunal Constitucional, como indicamos al principio de este epígrafe, consideró que no carece de verosimilitud, a la vista de la doctrina constitucional sobre el ejercicio del derecho de enmienda y la debida relación de homogeneidad que ha de existir entre las enmiendas y la iniciativa legislativa que se pretende modificar.

Recordando un caso precedente que fue objeto de atención por parte de dicho Tribunal (STC 119/2011), se ratifica en la inequívoca relación material que ha de existir entre las enmiendas y el texto enmendado, pues de lo contrario se podría recaer en un uso indebido de dicho instrumento legislativo, al “encubrir” bajo la figura de enmienda parlamentaria verdaderas iniciativas legislativas.

Tener por comparecidos en calidad de parte demandante a los diputados del grupo parlamentario Popular; y en la condición de coadyuvantes de la parte demandada, a los diputados de los grupos parlamentarios Socialista y Confederal Unidas Podemos- En Comú Podem- Galicia en Común. Si bien es cierto, que, en este último caso, reitera la carencia en este momento procesal de legitimación para instar la recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional, “por no estar constituida la relación jurídico-procesal, sin que ello comporte vulneración del derecho al juez imparcial que garantiza el art. 24.2 CE”. Y, por ende, inadmite a trámite las solicitudes de recusación planteadas.

- Suspender cautelarmente, conforme al art. 56.6 LOTC, la tramitación parlamentaria de los preceptos fruto de las enmiendas parciales 61 y 62 presentadas (y ya aprobadas en sede del Congreso de los Diputados).

En este punto, el Tribunal Constitucional, tras hacer una disertación y un recordatorio de su doctrina sobre la medida cautelar *inaudita parte* de suspensión. En este sentido, el sumo garante de la Constitución reconoce que la medida de suspensión al amparo del art. 56.2 LOTC sirve para “impedir que el amparo pierda su finalidad en caso de que el acto impugnado haya consumado ya sus efectos cuando el Tribunal Constitucional dicte sentencia otorgando el amparo, en su caso (*periculum in mora*)”.

Pese a que reconoce que la regla general es la no suspensión del acto impugnado, si concurren los requisitos de irreversibilidad del perjuicio y de la urgencia excepcional de la medida procede otorgar la medida de suspensión. Centrándose en el acto objeto de amparo, el Tribunal Constitucional afirma la concurrencia de ambos requisitos toda vez que “la excepcionalidad del caso se pone de manifiesto, ante todo, por la extraordinaria celeridad con la que se sucedieron los trámites parlamentarios”.

El Tribunal Constitucional partiendo de que en el debate sobre la toma en consideración de la proposición de ley orgánica en el Pleno no constaban las enmiendas 61 y 62, y que dichas enmiendas fueron presentadas en el último momento del último día de plazo para la presentación de enmiendas parciales, los demandantes no pudieron prever dicha presentación al no tener conocimiento anterior. Del mismo modo, al día siguiente hábil de dicha presentación, la mesa de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados “aceptó su incorporación al informe de la ponencia para someterlas a ulterior deliberación y votación que se iba a celebrar al día siguiente por la mañana” (pese al informe negativo de los letrados de las Cortes Generales). Dicho Acuerdo de admisión a trámite, como recuerda el Tribunal Constitucional, fue objeto de solicitud de reconsideración que no recibió respuesta, más allá del Acuerdo del presidente de la Comisión de Justicia, mediante el cual se decide no convocar a la mesa de dicha comisión para resolver la reconsideración planteada por los diputados del Partido Popular

Esta excepcional celeridad del *iter* procedimental en sede parlamentaria conecta, a juicio del Tribunal Constitucional, con el requisito del perjuicio irreversible. En esta línea, la Alta Corte considera que los recurrentes en amparo “no tuvieron, en el trámite parlamentario ningún medio de reaccionar contra la actuación parlamentaria que consideraban lesiva de su derecho al ejercicio de sus funciones representativas” y que “solamente el recurso de amparo les puede proporcionar ahora la oportunidad de invocar, sin merma irreversible de su *ius in officium*, la efectividad de su derecho fundamental”.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional concluye afirmando que “de proseguir la tramitación parlamentaria de la iniciativa legislativa en esos términos hasta su aprobación por el Pleno del Senado, la situación generada en el Congreso por la vulneración de derechos fundamentales garantizados por el art. 23 CE denunciada por los diputados recurrentes devendría irreversible, ya que esa lesión se habría consumado una vez aprobada la proposición de ley orgánica; el eventual otorgamiento del amparo tendría entonces una eficacia meramente declarativa, ya no reparadora”.

6. Breves consideraciones finales

Como advertíamos al inicio del presente trabajo, estamos viviendo un panorama de inestabilidad parlamentaria, en el que se llevan a cabo actuaciones más que cuestionables por parte de nuestros representantes. Tampoco está exento de polémica el Tribunal Constitucional con la problemática de renovación y las decisiones que ha tomado en los últimos tiempos.

Centrándonos en el caso objeto del ATC 177/2022, de 19 de diciembre podemos concluir los siguientes extremos:

En relación con las cuestiones de fondo, coincidimos con el Tribunal Constitucional a la hora de percibir la vulneración del *ius in officium* de los recurrentes en amparo; en tanto en cuanto, *a priori*, parece que se ha empleado la figura de la enmienda para encubrir una auténtica iniciativa legislativa nueva. Y, todo ello, tiene su fundamentación en la falta (o si nos permiten ausencia) de relación y homogeneidad entre el objeto de las enmiendas y el texto de la proposición de ley que se quería modificar.

En lo relativo a la especial trascendencia constitucional, volvemos a coincidir con el Tribunal Constitucional a la hora de afirmar que no se trata de una simple vulneración de ciertos derechos de los parlamentarios, sino que tales actuaciones tienen una repercusión social: Y, máxime, cuando las enmiendas 61 y 62 modificaban aspectos institucionales de órganos constitucionales tan relevantes como el Consejo General del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional.

Sin embargo, no coincidimos con la decisión del Alto Tribunal de conceder la medida cautelar *inaudita parte* al amparo del art. 56 LOTC. Las razones que nos llevan a sostener esta respetuosa discrepancia con el máximo garante de la Constitución se pueden sintetizar, *grosso modo*, en:

- Creemos que el Tribunal Constitucional se ha excedido en su interpretación a la hora de forzar la considerar que los actos son firmes a efectos del art. 42 LOTC, con base en la ausencia de respuesta a la solicitud de reconsideración y del Acuerdo de la presidencia de la Comisión de Justicia por el que se niega la convocatoria de la Mesa de dicha Comisión para tales efectos. El hecho de que existan lagunas legales o que los recursos previstos no sean efectivos no constituye, a nuestro juicio, un supuesto de hecho para que el Tribunal Constitucional abandone su faceta de legislador negativo y asuma funciones propias de las Cortes Generales.

- La adopción de la medida de suspensión supone, a nuestro juicio, una extralimitación del Alto Tribunal, toda vez que con su decisión y valoración de las cuestiones de fondo está realizando, de forma encubierta, un control de constitucionalidad previo de la norma, contrario a la Constitución y a la LOTC, con el pretexto de que cuando se resolviese el asunto su decisión sería meramente declarativa (como lo son en la mayoría de las ocasiones), causándose un perjuicio irreparable para los parlamentarios recurrentes en amparo.

IV. NUEVO DERECHO TRANSVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

SUMARIO

- **Sergio Sánchez París:** *“El derecho de las personas con discapacidad fruto de una consolidación permanente en nuestra sociedad: cátedra discapacidad y dependencia”.*

EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD FRUTO
DE UNA CONSOLIDACIÓN PERMANENTE EN NUESTRA SOCIEDAD:
CÁTEDRA DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA

THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES AS A RESULT
OF A PERMANENT CONSOLIDATION IN OUR SOCIETY:
DISABILITY AND DEPENDENCY CHAIR

Sergio Sánchez París¹

Universidad de Castilla-La Mancha

sergio.sanchez35@alu.uclm.es

ORCID 0009-0003-5606-2913

Cómo citar/Citation
SÁNCHEZ PARÍS, S.,

“El derecho de las personas con discapacidad fruto de una consolidación permanente en nuestra sociedad: Cátedra Discapacidad y Dependencia”,
Parlamento y Constitución. Anuario. Nº 24. 2023.

Recibido: 25-03-2023

Aceptado: 31-04-2023

Resumen: La presente crónica hace referencia al convenio que se firmó en febrero de 2023 entre la Excm. Diputación Provincial de Ciudad Real y la Universidad de Castilla-La Mancha, y fruto de este convenio nace la Cátedra Derecho de las Personas con Discapacidad y Dependencia (DYD). En estas páginas se podrá visualizar cuál ha sido su origen, las actividades a desarrollar, los objetivos, así como la finalidad principal que se pretende conseguir con el nacimiento de la citada Cátedra.

Palabras Clave: Cátedra, Dependencia, Discapacidad, Diputación Provincial, Universidad.

Abstract: This chronicle refers to the agreement that was signed in february 2023 between the Excm. Diputación Provincial of Ciudad Real and the University of Castilla-La Mancha, and as a result of this agreement was the “Cátedra Derecho de las Personas con Discapacidad y Dependencia (DYD)”. In these pag-

¹ Estudiante de doctorado en Derecho, investigador en el área de Derecho constitucional UCLM y Coordinador de la Clínica Jurídica DYD..

es it will be possible to visualize the origin, the activities to be carried out, the aims, as well as the main purpose that is intended to be achieved with it born of this Chair.

Key Words: Chair, Dependence, Disability, Provincial Council, University.

SUMARIO

1. Introducción

2. La Cátedra Derecho de las Personas con Discapacidad y Dependencia (DYD) fruto del convenio firmado entre la Excm. Diputación Provincial de Ciudad Real y la Universidad de Castilla-La Mancha.

2.1. Origen

2.2. Actividades a desarrollar

2.3. Objetivos

2.4. Finalidad

3. Conclusiones

1. Introducción

En febrero de 2023 se firmó un Convenio entre la Excma. Diputación Provincial de Ciudad Real y la Universidad de Castilla-La Mancha, cuyo fin era crear una cátedra que abordara el derecho de las personas con discapacidad y la situación de dependencia.

La razón de impulsar la creación de dicha Cátedra radicaba principalmente en dos motivos: El primero, por el objetivo que tiene la entidad provincial de promocionar y brindar el apoyo a la investigación, así como la difusión de la normativa jurídica más relevante de protección en el ámbito del derecho de las personas con discapacidad, dependencia y sostenibilidad económica. El segundo, por el apoyo que ofrece la Universidad al tema en cuestión, puesto que cuenta con personal docente e investigador que tiene como principal línea de estudio la discapacidad y la dependencia.

2. La cátedra derecho de las personas con discapacidad y dependencia (dyd) fruto del convenio firmado entre la excma. Diputación provincial de Ciudad Real y la Universidad de Castilla-La Mancha

2.1 Origen

El origen de la *Cátedra Derecho de las Personas con Discapacidad y Dependencia (DYD)* podría ser explicado en dos partes, ya que esta surge gracias a la Diputación Provincial de Ciudad Real y a la Universidad de Castilla-La Mancha.

La entidad provincial expuso en el respectivo convenio que, tal y como se manifiesta en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), en su nueva redacción establecida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), tiene una serie de objetivos principales a seguir. Dichos objetivos, a tenor de lo dispuesto en el art. 57 de la citada legislación, son la: “*cooperación económica, técnica y administrativa con otras administraciones públicas en asuntos de interés común, mediante la suscripción, entre otros, de convenios administrativos*”.

Es decir, según figura en el Convenio firmado, la Excma. Diputación, de acuerdo con el número de residentes legales que hay en la provincia de Ciudad Real, ha expresado que existe un gran número de habitantes que se encuentra en

una situación de dependencia y/o discapacidad. Es por ello que, la Diputación se ha visto obligada a impulsar la creación de la Cátedra Derecho de las Personas con Discapacidad y Dependencia (DYD). En esta línea debemos de comentar que uno de los intereses principales de la citada Administración es brindar apoyo a la investigación y a la difusión de toda la normativa jurídica aplicable al caso, así como la gran utilidad que hay por las áreas de conocimiento que son objeto de estudio y de trabajo.

Por otro lado, nos encontramos con la Universidad de Castilla-La Mancha que dispone, de personal docente e investigador que está vinculado con la materia que nos ocupa. En este sentido, y siguiendo el tenor literal de lo establecido en la vigente legislación de universidades, se reconoce que una de las funciones que ostenta la Universidad es la de realizar trabajos de carácter científico, técnico y/o artístico, así como la propia formación y divulgación de las materias que son relativas a la discapacidad y dependencia.

En definitiva, gracias a las aportaciones y servicios ofrecidos tanto por la Diputación Provincial como por la Universidad de Castilla-La Mancha ha sido posible la creación de la Cátedra Derecho de las Personas con Discapacidad y Dependencia (DYD).

2.2. Actividades a desarrollar

En cuanto a las actividades, que serán realizadas por la Cátedra Derecho de las Personas con Discapacidad y Dependencia (DYD), van a ser divididas en tres bloques:

- Programa Incluye e Inserta:

El principal objetivo de “Incluye e Inserta UCLM” es el de conseguir más oportunidades de empleo, a través de un modelo de educación inclusiva y profesionalizada, de forma que pueda contribuir a una constante mejora en el plano de la calidad y autonomía de sus respectivos estudiantes. Asimismo, en el citado programa se imparte docencia de calidad y se vienen a exteriorizar nuevas vías de colaboración con la sociedad a través de un elenco de prácticas académicas en entidades de titularidad pública y privadas. De esta forma, se cuenta con una importante red que va a proporcionar tanto recursos económicos como sociales y técnicos que, al fin y al cabo, sirven para mejorar la calidad de la institución universitaria potenciando de forma expresa el papel social que ostenta la Universidad en todo el entramado socio-económico del conocimiento. De ahí que Inclu-

ye e Inserta tenga el espíritu de llevar a cabo una mejora notable de la calidad de vida, así como una mejor empleabilidad en aquellas personas que tengan una discapacidad intelectual.

La plena inclusión de las personas con discapacidad en todas las áreas y facetas de la vida ha de ser una propuesta de obligado cumplimiento para todas las entidades e individuos. Y esta ha de ser gestada e impulsada en el seno de las políticas públicas, basadas y concebidas en la igualdad de oportunidades, de esta forma, el citado programa está configurado en varias temáticas: por una parte, formar, desde una perspectiva interdisciplinar, a jóvenes con discapacidad intelectual, con el fin último de garantizar al estudiantado todos los aprendizajes que son vitalmente necesarios; y, por otra, emplear el programa como un instrumento para potenciar en esta sociedad la igualdad de oportunidades.

Para finalizar, se ha de indicar que este Programa está dirigido a todo el estudiantado que tengan edades comprendidas entre los 18 y 30 años; acrediten una discapacidad intelectual igual o superior al 33%; y estén inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil con anterioridad al inicio del curso, tal y como expongan los requisitos establecidos en el propio sistema.

- Clínica Jurídica DYD:

La Clínica Jurídica consiste fundamentalmente en proporcionar asistencia técnica a entidades del tercer sector de la provincia de Ciudad Real que soliciten asesoramiento, en relación con las personas con discapacidad. En este sentido, como anteriormente fue mencionado, la Cátedra está realizando diversas actividades en el ámbito de la transferencia de conocimiento, donde alguna de ellas es la oferta de asistencia técnica a las mencionadas entidades.

Esta asistencia consiste principalmente en brindar asesoramiento, el cual se realiza de forma totalmente gratuita, llevando a cabo una “metodología de trabajo clínica” y cuya composición será, por un lado, personal investigador y docente, y, por otro, estudiantes de las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha.

- DiscapAmérica:

La actividad de DiscapAmérica tiene su origen en los trabajos que se han ido realizando desde hace tiempo en las Facultades de Ciencias Jurídicas y Socia-

les y de Derecho, de los Campus de Toledo y de Ciudad Real respectivamente. A partir de 2011, los Doctores Javier Díaz Revorio y Enrique Belda, ambos Catedráticos de Derecho Constitucional en la UCLM, comenzaron a trabajar en materias generales y particulares que afectan a los derechos que afectan las personas con discapacidad.

En la última década se han realizado diversas labores de aproximación a la realidad del sector, marcada por cambios considerables en los paradigmas que la sociedad y los diferentes poderes públicos mantenían décadas atrás. Tesis doctorales leídas y en elaboración han contribuido durante todo este tiempo a respaldar de forma constante una línea de investigación, formación, docencia, así como de divulgación social futura.

De la misma forma, DiscapAmérica es una red de estudio y divulgación del derecho transversal de las personas con discapacidad, y por ende tiene el espíritu de concretar todos los programas de estudio y divulgación para esta materia. Al fin y al cabo, este proyecto singulariza la experiencia del grupo consolidado docente GRUCONS, encabezado desde 2002 por el Dr. Díaz Revorio, en la red de investigación que mantiene en países de América Latina.

2.3. Objetivos

Según lo manifestado en las líneas anteriores, se puede extraer que la creación de la Cátedra DYD pretendía conseguir un objetivo principal, el cual ha sido la prestación de servicios a todas las entidades del tercer sector que han estado vinculadas con las materias de discapacidad y dependencia. Por tanto, dicho proyecto ha estado centrado y ubicado en dotar todo tipo de ayudas desde una perspectiva jurídico-material, así como de transferencia de conocimiento hacia las personas que tengan una discapacidad y/o dependencia. De ahí, que para poder cumplir dicho fin se haya requerido dividir lo expuesto en tres grandes pilares:

Por un lado, la realización del programa educativo (Programa Incluye e Inserta) dirigido a personas con discapacidad intelectual, donde gracias a él se podrá luchar para lograr una verdadera inclusión en el ámbito universitario, y, por ende, romper cualquier barrera que exista en este sentido. Por otro lado, la prestación de servicios de asesoramiento de ámbito técnico y jurídico a aquellas entidades del tercer sector que trabajen con el derecho de las personas con discapacidad, todo ello a través de la Clínica Jurídica. Y, por último, la divulgación del derecho de las personas con discapacidad, a través de profesionales y docentes

e investigadores de toda América Latina, la cual ha sido concebida como DiscapAmérica. Por tanto, para poder efectuar dicha divulgación de contenido se están realizando: por un lado, diversas experiencias bifásicas; mientras que, por otro, se está llevando a cabo una experiencia de transferencia del mencionado conocimiento, a todo el tejido social y tercer sector que se encuentren vinculados con la discapacidad.

2.4 Finalidad

En definitiva, se habrá podido deducir que el principal fin que se pretende conseguir con la mencionada Cátedra es fomentar las oportunidades de empleo para las personas con discapacidad y dependencia a través de una educación inclusiva, así como también la prestación de asistencia técnica a cualquier entidad que forme parte del tercer sector, y todo ello con la puesta en marcha de la denominada Clínica Jurídica. Del mismo modo, se ha podido consolidar y promocionar un encuentro de personalidades de reconocido prestigio, en la materia que nos concierne, de ámbito regional, nacional e internacional.

En esta misma línea, otro gran aspecto que ha conseguido la Cátedra DYD es la de establecer lazos constantes entre la Universidad de Castilla-La Mancha y la Excm. Diputación Provincial con el fin de atender al ámbito social en aquellos aspectos que existían ciertas carencias, como por ejemplo la discapacidad y/o dependencia.

Igualmente, a través de la Cátedra Derecho de las Personas con Discapacidad y Dependencia, se ha alcanzado un trabajo permanente en relación con la inclusión social, puesto que con el funcionamiento de la mencionada Cátedra aquellas personas con discapacidad que están presentes en los programas que se ofrecen han podido compartir vida universitaria con el resto del estudiantado, como ocurre, por ejemplo, en Albacete o en otras ciudades de nuestra Comunidad Autónoma, Castilla-La Mancha. Gracias a este tipo de experiencias, es cuando se ha podido conseguir trabajar de forma real y efectiva para que este colectivo pueda superar, sin ningún tipo de obstáculo, cualquier oposición a la función pública, así como la de lograr el acceso al mercado laboral en alguna empresa de titularidad privada.

En suma, la Cátedra DYD ha supuesto un constante y permanente servicio a la sociedad, ya que ha ayudado y prestado múltiples servicios a todas aquellas entidades del tercer sector que lo han precisado, y del mismo modo, a todas las personas que han necesitado asistencia técnica y/o educativa.

3. Conclusiones

Tal y como se ha venido comentando, la Cátedra DYD ha podido ayudar a aquellos que han manifestado alguna dificultad en las materias anteriormente citadas. Y, esta prestación ha sido posible llevarla a cabo gracias a los tres pilares sobre los que se sustenta el proyecto: el Programa Incluye e Inserta; la Clínica Jurídica y DiscapAmérica. En este sentido, debemos hacer énfasis en que la disciplina que estamos abordando es transversal y horizontal, de ahí que hayamos contado con profesionales de diversos ámbitos.

En esta línea, se ha de subrayar que la implantación de la Cátedra en nuestra Universidad es reflejo de la apuesta firme que hay por el estudio y trabajo en la materia que nos ocupa, y es de vital importancia, seguir esforzándonos por la protección y consolidación del derecho de las personas con discapacidad, tanto en el ámbito universitario como en el civil, puesto que, la Cátedra nace de la Excm. Diputación Provincial de Ciudad Real en colaboración con la Universidad de Castilla-La Mancha.

En definitiva, la puesta en marcha de dicho proyecto se encuentra a disposición de aquellos colectivos que necesiten asesoramiento, al igual que también está al servicio de aquellas personas que tengan diagnosticada una discapacidad o que presenten un estado de dependencia.

