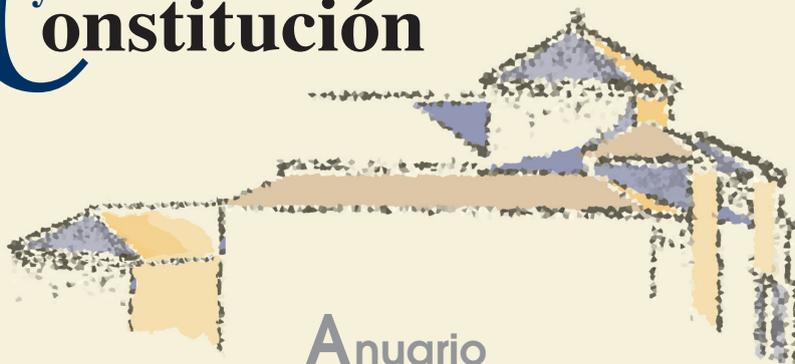




Parlamento y Constitución



Anuario

SUMARIO

I. ESTUDIOS

César Landa Arroyo, "Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional"

Fuencisla Alcón Yustas, "Acerca del derecho a la educación en España. De las Cortes de Cádiz a la

Segunda República"

José María Martí Sánchez, "Vertiente religiosa del orden público y la integración social (una reflexión a partir de la inmigración"

II. NOTAS

Felipe Centelles Bolós, "Aproximación a la Sociología jurídica"

Juan Carlos Ortiz Pradillo, "La participación de las Comunidades Autónomas en la Administración de Justicia: La nueva Oficina Judicial y los Consejos de Justicia autonómicos"

Vicente Juan Calafell Ferrá, "La jurisprudencia sobre los convenios entre Administraciones Públicas"

III. CRÓNICAS

(1 de enero a 31 de diciembre de 2.005)

Enrique Belda Pérez-Pedrero, Crónica de interés autonómico, "De nuevo el debate sobre la paridad en Derecho Autonómico: País Vasco y Andalucía en 2005"

María Martín Sánchez, "Actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha"

M^a Joaquina Guerrero Sanz, "Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria"

María Elena Rebato Peño, "Actividades de Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha"

IV. CRÍTICA DE LIBROS

Enrique Belda Pérez-Pedrero, "Las constituciones de Francia, de José Manuel Vera Santos"

María Elena Rebato Peño, "La guerra y el Derecho en el IV Centenario de El Quijote. Armas y Letras"

CONSEJO DE REDACCIÓN

Fernando López Carrasco

*Presidente de las Cortes
de Castilla-La Mancha*

Francisco Calvo Cirujano

*Letrado Mayor de las Cortes
de Castilla-La Mancha*

Evangelina Aranda García

*Vicerrectora del Campus de Toledo y de Relaciones
Institucionales de la Universidad de Castilla-La Mancha*

Timoteo Martínez Aguado

*Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de Toledo*

Belén Roldán Moyano

*Jefa del Servicio de Documentación de las
Cortes de Castilla-La Mancha*

Almudena Carrasco

*Secretaria General del Consejo Consultivo
de Castilla-La Mancha*

CONSEJO ASESOR

Luis Arroyo Zapatero

Catedrático de Derecho Penal

José Ramón Serrano-Piedecasas

Catedrático de Derecho Penal

Feliciano Barrios Pintado

Catedrático de Historia del Derecho

Carmen Chinchilla Marín

Catedrática de Derecho Administrativo

Miguel Ángel Collado Yurrita

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Antonio Fernández Tomás

Catedrático de Derecho Internacional Público

Nicolás García Rivas

Catedrático de Derecho Penal

Diego López Garrido

Catedrático de Derecho Constitucional

Luis Ortega Álvarez

Catedrático de Derecho Administrativo

DIRECTOR

Eduardo Espín Templado

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

SECRETARIOS

Manuel Antonio Mirón Ortega

*Profesor Asociado de Derecho Constitucional
de la Universidad de Castilla-La Mancha.
Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha*

F. Javier Díaz Revorio

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

Año 2005

Nº 9

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

A nuario



PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2005 Nº 9 —

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

M^a Fuencisla Alcón Yustas

*Profesora Agregada de Derecho Constitucional.
Facultad de Derecho (ICADE).
Universidad Pontificia Comillas de Madrid.*

Enrique Belda Pérez-Pedrero

*Profesor Titular de Derecho Constitucional.
Universidad de Castilla-La Mancha.
Vocal del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha .*

Felipe Centelles Bolós

*Profesor Titular de Sociología.
Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de Castilla-La Mancha.*

César Landa Arroyo

*Magistrado del Tribunal Constitucional de Perú. Profesor de
Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica
del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.*

José María Martí Sánchez

*Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado.
Universidad de Castilla-La Mancha.*

María Martín Sánchez

*Profesora Ayudante de Derecho Constitucional.
Universidad de Castilla-La Mancha.*

Joaquina Guerrero Sanz

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Juan Carlos Ortiz Pradillo

*Profesor Ayudante de Derecho Procesal.
Universidad de Castilla-La Mancha.*

María Elena Rebato Peño

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



ÍNDICE

I. ESTUDIOS

Págs.

- César Landa Arroyo**, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional* 9
- Fuencisla Alcón Yustas**, *Acerca del derecho de educación en España. De las Cortes de Cádiz a la Segunda República* 33
- José María Martí Sánchez**, *Vertiente religiosa del orden público y la integración social (una reflexión a partir de la inmigración)* 59

II. NOTAS

- Felipe Centelles Bolós**, *Aproximación a la Sociología jurídica* 99
- Juan Carlos Ortiz Pradillo**, *La participación de las Comunidades Autónomas en la Administración de Justicia: La nueva Oficina Judicial y los Consejos de Justicia autonómicos* 109

III. CRÓNICAS

(1 de enero a 31 de diciembre de 2005)

- Enrique Belda Pérez-Pedrero**, *Crónica de interés autonómico: "De nuevo el debate sobre la paridad en Derecho Autonómico: País Vasco y Andalucía en 2005"* 123
- María Martín Sánchez**, *"Actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha"* 137
- M^a Joaquina Guerrero Sanz**, *"Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria"* 167
- María Elena Rebato Peño**, *"Actividades de Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha"* 193

IV. CRÍTICA DE LIBROS

- Enrique Belda Pérez-Pedrero**, *"Las constituciones de Francia, de José Manuel Vera Santos"* 205
- María Elena Rebato Peño**, *"La guerra y el Derecho en el IV Centenario de El Quijote, Armas y Letras"* 211

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **César Landa Arroyo**, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional*
- **Fuencisla Alcón Yustas**, *Acerca del derecho a la educación en España. De las Cortes de Cádiz a la Segunda República*
- **José María Martí Sánchez**, *Vertiente religiosa del orden público y la integración social (una reflexión a partir de la inmigración)*

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL:
UNA PERSPECTIVA DESDE EL
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

César Landa Arroyo

Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

*Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad
Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

SUMARIO

1. *Presentación.*
2. *Status del Tribunal Constitucional en la Constitución peruana de 1993.*
 - 2.1. *Naturaleza del Tribunal Constitucional.*
 - 2.1.1. *El Tribunal Constitucional como órgano constitucional.*
 - 2.1.2. *El Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional.*
 - 2.1.3. *El Tribunal Constitucional como órgano político.*
3. *Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en la Constitución peruana de 1993.*
 - 3.1. *Relaciones de coordinación, jerarquía e interdependencia.*
 - 3.1.1. *Lugares de confluencia: los procesos constitucionales.*
 - 3.2. *Eficacia de las sentencias y el valor de la interpretación del Tribunal Constitucional.*
 - 3.2.1. *Tipos de sentencias del Tribunal Constitucional.*
 - 3.2.2. *La eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional para los jueces ordinarios.*
 - 3.2.3. *El valor de la interpretación del Tribunal Constitucional para los jueces ordinarios.*
4. *Conclusión.*

1. Presentación

El Estado constitucional democrático se funda en dos principios consustanciales: el de supremacía jurídica de la Constitución y el principio político democrático. El primero de ellos garantiza la primacía y eficacia jurídica de la Constitución, mientras que el principio político de soberanía popular se manifiesta en el sistema de democracia representativa consagrado en el artículo 45 de la Constitución. Ambos constituyen, asimismo, los fundamentos sobre los cuales se asienta el órgano de control de la Constitución: el Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo 201 de la Ley Fundamental de 1993. La existencia y justificación del Tribunal Constitucional está relacionada, por tanto, con la garantía del respeto del principio de supremacía constitucional y la soberanía popular o democrática.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional tiene, precisamente, la función cardinal de controlar y limitar los excesos legislativos del poder sobre la Constitución, que es su tarea fundamental, así como los excesos judiciales que puedan vulnerar los derechos fundamentales¹. En el ejercicio de sus funciones de guardián de la constitucionalidad, el Tribunal necesariamente entabla relaciones de control con los demás poderes del Estado (Congreso, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, así como con los gobiernos regionales, locales y organismos constitucionales autónomos). Las relaciones, sobre todo, con estos poderes estatales son complejas y la problemática con cada una de ellas encarna una naturaleza distinta. Pero es tal vez en las relaciones con el Poder Judicial donde se puede apreciar la real dimensión de los conflictos que se suscitan entre ambos órganos del Estado.

Como todo Estado constitucional democrático tiene como finalidad realizar la libertad humana en orden, se procura proveer de seguridad jurídica a la comunidad y promover la participación ciudadana. Proceso en el cual, la existencia de conflictos no es, *per se*, nocivo para el orden constitucional; por el contrario, en algunos casos es hasta necesario en la medida que es propio de todo sistema democrático²; más bien el no-conflicto es propio de las dictaduras, pues éstas no las reconocen. Pero es verdad que cuando esos conflictos son anómicos, es decir, rechazan la unidad constitucional, entonces la seguridad jurídica se convierte en incertidumbre. Esto ocurre cuando el Poder Judicial ha pretendido desconocer

1. Mcilwain, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid: CEC, 1991, pág. 37.

2. Dahrendorf, Ralf. *Law and order*. London: Stevens & Sons, 1985, págs. 121 y ss.

los fallos del Tribunal Constitucional (por ejemplo, en los casos de la Bolsa de Trabajo, el Caso Fujimori³, el Caso Wolfenson⁴, entre otros). El sistema constitucional es, por ende, la sede que permite canalizar los conflictos y resolverlos institucionalmente.

En ese sentido, sólo los conflictos intrasistémicos entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial son funcionales al Estado constitucional democrático; es decir, son propios del equilibrio y control entre los poderes

3. En febrero de 1997, la congresista Martha Chávez de Cossio, interpone contra el fallo del Tribunal Constitucional una acción de amparo, ante el Poder Judicial; alegando la vulneración de su derecho a de reelegir, libremente, al Presidente Fujimori en las elecciones del 2000, sin más limitaciones que la propia voluntad del Presidente de candidatear a la reelección. La sentencia de primera instancia del Poder Judicial fue contraria a los intereses de la demandante. En efecto, en marzo de 1997, la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Lima, había declarado improcedente la acción presentada y la fiscal que dictaminó ante la Corte Suprema opinó en igual sentido, por lo cual fue súbitamente cambiada de puesto. La Sala reconoció que el Poder Judicial carece de competencia para dejar sin efecto, a través de una acción de amparo, la sentencia del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada; además, el derecho de la demandante se encuentra expedito, no habiéndose configurado amenaza de vulneración al mismo. Ello trajo consigo la denuncia de la Fiscal de la Nación, Blanca Nélica Colán, por prevaricato, contra los Magistrados que declararon improcedente la demanda. Por otra parte, unos meses antes de que la Sala competente de la Corte Suprema se pronunciara, fue totalmente recompuesta por la Comisión Ejecutiva, que de los cinco miembros, puso tres provisionales y sin especialización -César Tineo Cabrera, Adalberto Seminario y Luis Almeida-. En estas condiciones, el 30 de diciembre de 1997 la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, presidida por Luis Serpa Segura, declaró fundada la acción de la congresista Martha Chávez por cuatro votos contra uno -el voto en contrario lo emitió el vocal supremo titular Nelson Reyes Ríos-.

4. Mediante resolución de 7 de julio del 2005 se declaró procedente las solicitudes de excarcelación por exceso del plazo de detención formuladas por los sentenciados Moisés y Andrés Wolfenson Woloch, en virtud de la aplicación de la Ley 28568 -vigente en ese momento-. Los procuradores Ad-hoc a cargo de la defensa de los intereses del Estado presentaron demanda de nulidad de dicha resolución. Tomando en cuenta lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la demanda de inconstitucionalidad, incoada en contra de la Ley 28568, la primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, declaró nula la referida resolución y ordena la ubicación y captura de ambos. La resolución de la Sala, contiene el voto del magistrado Robinson Gonzales Campos -hoy Presidente de la Primera Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia- que se pronuncia por declarar infundada la solicitud de nulidad de resolución interpuesta por los procuradores ad hoc y declara procedente la excarcelación. Fundamenta su decisión, básicamente, señalando "si bien, el artículo sexto del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, impone a los jueces una sujeción obligatoria e inexcusable en virtud de la cual no pueden apartarse de la interpretación de una norma o principio constitucional, sobre el cual el Tribunal Constitucional ya le hubiera encontrado, desentrañado o asignado un mensaje normativo, considero que no obstante ello, los magistrados quedamos eximidos de esta vinculación de orden legal, pues es nuestra obligación el respeto a la supremacía de la constitución y la autonomía del Poder Judicial e independencia de sus órganos resultando vinculantes los artículos ciento tres, ciento treinta y ocho segundo párrafo, ciento treintinueve inciso segundo, ciento cuarenta y seis y doscientos cuatro de la Constitución Política". Finalmente, el señor Moisés Wolfenson Woloch presentó ante el 51° Juzgado Penal de Lima una demanda de hábeas corpus contra el Tribunal Constitucional, que fue declarada improcedente.

-check and balance-; balance que no es autarquía sino integración⁵. No obstante, cabe señalar que difícilmente se podría comprender las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, si es que no se precisa. Por un lado, tanto el status de aquél así como los puntos de confluencia con éste; y, de otro, si se desconoce la eficacia de las sentencias y el valor de interpretación del Tribunal Constitucional, temas que constituyen objeto de estudio de este trabajo, lo que a continuación se desarrolla.

2. Status del Tribunal Constitucional en la Constitución peruana de 1993

El Tribunal Constitucional en la Constitución peruana de 1993, pese a su carácter jurisdiccional, no se ubica dentro de la estructura y organización del Poder Judicial; por el contrario, la Constitución le dispensa un régimen constitucional propio previsto en el Título V, que está referido a las garantías constitucionales. Esto responde, por un lado a la necesidad de otorgarle mayor autonomía e independencia en relación con el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y demás órganos constitucionales⁶ que son objeto de control; por otro lado, a su peculiar ubicación en el esquema configurado por el principio constitucional de división de poderes que lo ubica como guardián de la Constitución y, eventualmente, vocero del poder constituyente. Pero también obedece, y tal vez sea esto lo más importante, en este momento, a su especial naturaleza y carácter.

2.1. Naturaleza del Tribunal Constitucional

Cualquier intento que pretenda precisar la naturaleza del Tribunal Constitucional no puede soslayar que se está frente a un órgano que no puede ser comprendido únicamente a partir de las funciones normativas que la Constitución le asigna, ni tampoco tomando como punto de partida sólo el régimen jurídico-constitucional que lo regula. Ello por cuanto el positivismo constitucional, basado exclusivamente en el texto normativo, es insuficiente para valorar la *praxis* de la justicia constitucional. También el neopositivismo constitucional, asentado exclusivamente en la jurisprudencia, es insuficiente para comprender su rol en el proceso histórico, social y político. En ese sentido, se puede señalar que su naturaleza es compleja, en tanto que puede ser caracterizado (1) como órgano constitucional, (2) como órgano jurisdiccional y (3) como órgano político.

5. Loewenstein, Karl. *Verfassungslehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, pág. 8.

6. Fernández Rodríguez, José. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid. Tecnos, 2002, pág. 50.

2.2.1. El Tribunal Constitucional como órgano constitucional

Los órganos constitucionales se caracterizan porque cuentan con un reconocimiento y configuración que les viene dado directamente por el propio constituyente en la Constitución. Ésta no se limita a la simple mención aislada de sus funciones o competencias, sino que ella misma establece su composición, su estructura, mecanismos de elección de sus miembros, entre otros. En otras palabras, reciben de la Constitución todos los atributos esenciales de su condición y posición en el sistema constitucional. Sin embargo, esto no impide que el legislador pueda completar, a través de su ley orgánica, los elementos no esenciales o complementarios.

Este es el caso del Tribunal Constitucional peruano. La Constitución, además de referirse al Tribunal como un órgano constitucional (artículo 201°), prevé, al tiempo que le reconoce autonomía e independencia, las materias que son de su competencia (artículo 202°), su composición, el estatuto de los magistrados, los requisitos y el procedimiento de elección de sus miembros, así como los efectos de sus sentencias (artículo 204°).

En efecto, el artículo 201 señala que "el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata. Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación".

Por su parte, el artículo 202 le reconoce competencia al Tribunal Constitucional *"1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley".* Mientras que el artículo 204 precisa *"la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal".*

Esta configuración directa por la propia Constitución es una consecuencia lógico-institucional de la importancia gravitante que la Constitución otorga a ciertos órganos, porque en ellos se condensan los poderes últimos de decisión del Estado, siendo, así, el *vertice dell'organizzazione statale*, y porque son la expresión orgánica no sólo de la división de las tareas en distintas unidades del sistema estatal, sino también y ante todo de la idea del Estado proyectada por la Constitución⁷. Es decir, de un Estado con poderes y autoridades limitadas y controladas por la Constitución y por su supremo intérprete: el Tribunal Constitucional.

2.2.2. *El Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional*

El hecho que el Tribunal Constitucional, en la Constitución peruana, no esté comprendido como un órgano del Poder Judicial, no le priva de su carácter de órgano jurisdiccional, donde se desarrollan actos procesales (jurisdicción, acción y proceso). En efecto, la Constitución (artículo 201°) establece que el Tribunal "es el órgano de control de la Constitución". En ese sentido, asume no sólo la función constitucional de velar por el cumplimiento del principio jurídico de supremacía de la Constitución, sino también por la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales⁸ (artículo 2° del Código Procesal Constitucional).

Esta función de administrar justicia constitucional le viene atribuido al Tribunal en la medida que la Constitución (artículo 202°) le reconoce la competencia para conocer -en instancia única- los procesos de inconstitucionalidad; conocer -en última y definitiva instancia- las resoluciones judiciales denegatorias de los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y la acción de cumplimiento; y, finalmente, conocer los conflictos de competencia.

En tanto órgano jurisdiccional, por tanto, el Tribunal asume un activo control de constitucionalidad, no sólo ya como legislador negativo, sino también como un auténtico promotor del respeto de los derechos fundamentales, precisando su contenido y estableciendo sus límites⁹ a través de la interpretación jurídica de la Constitución y de la teoría de la argumentación¹⁰. En consecuencia, es muy difi-

7. García Pelayo, Manuel. "El "status" del Tribunal Constitucional". En *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, Madrid, 1981, págs. 13-14.

8. Landa, César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Palestra Editores, 2ª ed., 2003, págs. 341-342.

9. Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. págs. 217 y ss.; también *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2002, págs. 45-108.

10. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2ª ed. corregida, 2005, págs. 273 y ss.

cil, ahora, sostener, frente a una eventual inactividad del legislador, aquel modelo kelseniano puro y simple, en la medida que en la Constitución no sólo existen derechos fundamentales sino también principios constitucionales y valores superiores¹¹.

2.2.3. *El Tribunal Constitucional como órgano político*

A su carácter de órgano constitucional y jurisdiccional, se suma su carácter de órgano político en tanto vocero del poder constituyente. Pero esto último no debe ser entendido en el sentido tradicional del término. Antes bien, la naturaleza política del Tribunal Constitucional está determinado, por un lado, porque sus decisiones pueden tener efectos políticos; y, de otro, porque cabe la posibilidad de someter a control constitucional las cuestiones políticas *-political questions-*¹².

Esta naturaleza del Tribunal Constitucional se hace aún más patente en sistemas democráticos débiles, en la que la falta de experiencia de la actividad política y social ceñida a la Constitución, no es una constante, y más bien predomina la inestabilidad política y la falta de lealtad constitucional. Por eso se debe tener en cuenta que en países con una tradición desintegrada e inestable donde la realidad política es conflictiva, el Tribunal que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político, no puede hacerse nunca la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de contiendas que el mismo ha de juzgar¹³, salvo que las técnicas de la interpretación constitucional abran nuevas vías que, al final, generen consensos.

Más aún, cuando las clásicas instituciones democráticas del Estado -Poder Ejecutivo, Congreso de la República y Poder Judicial- carecen de representatividad y se encuentran sumidas en una crisis de legitimidad democrática. Esto ha permitido, por un lado, asentar el peso político del Tribunal Constitucional¹⁴ y, por otro lado, asumir el rol de poder moderador en las relaciones y conflictos entre los poderes del Estado, especialmente en sus relaciones con el Poder Judicial.

11. Díaz Revorio, F. Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: CEC, 1997, pág. 354.

12. Landa, César. *"Justicia constitucional y political questions"*. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 4, CEPC, Madrid, 2000, págs. 173 y ss.

13. Schmitt, Carl. *Der Hüter der Verfassungs*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931. pág. 35; Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Barcelona: Ariel, 1996, pág. 153.

14. Simon, Helmut. *"La jurisdicción constitucional"*. En Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. *Manual de Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, pág. 839.

3. Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en la Constitución peruana de 1993

3.1. Relaciones de coordinación, jerarquía e interdependencia

El Tribunal Constitucional, en relación con el Poder Judicial y los demás poderes del Estado, es un *primus inter pares* en materia constitucional; para lo cual actúa como poder armonizador entre los poderes del Estado en relación con la Constitución. En efecto, es un poder moderador en el sentido que, *prima facie*, articula las relaciones del sistema político -Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial- integrándolos en función del respeto y defensa de la Constitución. De ahí que el Tribunal Constitucional goce de la competencia de la competencia; es decir, que ningún poder del Estado puede disputarle el ejercicio de tal atribución constitucional.

Esto lo establece claramente el artículo 3 de su Ley Orgánica, al señalar que *"en ningún caso se puede promover contienda de competencia o de atribuciones al Tribunal, respecto de los asuntos que le son propios de acuerdo con la Constitución y con la presente ley. El Tribunal resuelve de oficio su falta de competencia o de atribuciones"*. Por ello, es posible afirmar que si bien existe entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial relaciones de coordinación e interdependencia, también se establece una relación de jerarquía en la medida que el Tribunal es instancia final de fallo, en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento -según dispone el artículo 202º-2- de las resoluciones denegatorias del Poder Judicial.

Lo cual es una consecuencia lógico-funcional en aquellos sistemas donde los procesos constitucionales son de competencia tanto del Tribunal Constitucional como del Poder Judicial, lo que conlleva a una supremacía funcional del primero sobre el segundo. "Dicho de otra forma, si se ha creado un órgano especializado de justicia constitucional es precisamente porque se supone que a él le corresponde fijar la última palabra en materia de interpretación constitucional"¹⁵.

No es aceptable, por ello, aquella posición que reduce las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial a una relación de competencia, en el sentido de afirmar que el Tribunal tiene competencia material sobre lo constitucional, mientras que el Poder Judicial ostenta competencia en el ámbito estricta-

15. Pérez Tremps, Pablo. *Escritos sobre justicia constitucional*. México D.F.: Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 2005, pág. 59.

mente legal¹⁶, posición que se ha concretizado en el Caso Wolfenson ya aludido. En consecuencia, se puede señalar que el Poder Judicial, así como el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, están subordinados a sus decisiones y, por ende, estos poderes del Estado deben acatar los fallos del Tribunal Constitucional.

Pero el respeto a las decisiones del Tribunal Constitucional no es un respeto unilateral, es decir, que se deriva del sólo hecho de provenir de aquél, sino que el Tribunal Constitucional lo debe obtener a través de la legitimidad de sus resoluciones; es decir, de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las sentencias que dicte, así como de su previsibilidad y autocontrol de sus decisiones. La legitimidad del Tribunal Constitucional y de sus decisiones es el elemento principal para hacer que sus resoluciones no pretendan ser cuestionadas por el Poder Judicial. Entonces, el Tribunal debe armonizar, en el marco de la Constitución, sus relaciones con el Poder Judicial.

3.1.1. Puntos de confluencia: los procesos constitucionales

Los procesos constitucionales son, que duda cabe, los puntos de confluencia de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Esta articulación se deriva tanto de lo establecido en la Constitución (artículo 200° y 202°), así como de lo señalado por el Código Procesal Constitucional (artículo IV del Título Preliminar), el mismo que establece que los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y, en instancia final de fallo, del Tribunal Constitucional.

Este punto de encuentro de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria no se da gratuitamente, sino que obedece a los fines esenciales que persiguen conseguir los procesos constitucionales: la vigencia del principio de supremacía de la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales¹⁷ (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). En ese sentido, en cuanto se refiere a la defensa de la primacía de la Constitución, esta tarea le es atribuida tanto al Tribunal Constitucional en tanto órgano de control de la

16. San Martín Castro, César. *"El control constitucional de la subsunción normativa realizada por la jurisdicción penal ordinaria"*. Ponencia presentada en el Primer Seminario del Centro de Estudios Constitucionales, La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penal, con especial referencia a los delitos de corrupción de funcionarios, realizado en el Centro Cultural de la PUCP, del 30 de mayo al 1 de junio, Lima, 2005, pág. 1. También del mismo autor *"Jurisdicción constitucional y justicia penal"*. En Derecho PUC, núm. 57, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2005, págs. 417-418.

17. López Guerra, Luis. *El Poder Judicial en el Estado constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2001, págs. 158 y ss.

Constitución -*control abstracto y control concreto* (artículo 202º)- como al Poder Judicial, en la medida que los jueces, en caso de existir incompatibilidad entre la Constitución y una norma legal, prefieren la norma constitucional -control difuso (artículo 138º, artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)-.

Sin embargo, el control concreto del Poder Judicial no es válido si se aparta del control abstracto o concreto del Tribunal Constitucional en la medida que -según lo establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- "*los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional*".

También, la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, dentro del marco de los procesos constitucionales, confluyen en el objetivo de la tutela de los derechos fundamentales (artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello es una exigencia de que la Constitución establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º)¹⁸, y del doble carácter de los derechos fundamentales -es decir, como derechos subjetivos, pero también como instituciones objetivas valorativas¹⁹. De ahí que sea necesario resaltar, por otro lado, que en la medida que los procesos constitucionales no constituyen fines en sí mismos sino instrumentos de garantía de protección de la Constitución y de la tutela de los derechos fundamentales, la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria deben tender a la concreción de esos fines a los que están llamados a salvaguardar.

3.2. Eficacia de las sentencias y el valor de la interpretación del Tribunal Constitucional

Si bien se ha señalado, por un lado, que las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial son, *prima facie*, relaciones de coordinación y, en última instancia, de jerarquía (artículo 45º y 51º de la Constitución); y, de otro lado, se ha dicho que esas relaciones deben ser armonizadas dentro del marco constitucional; es innegable que estas relaciones no siempre se realizan, en los hechos, en

18. Landa, César. "*Dignidad de la persona humana*". En *Cuestiones Constitucionales*, núm. 7, julio-diciembre, México D.F., 2002, págs. 109 y ss.

19. Háberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: MDC-Fondo Editorial de la PUCP, 1997, págs. 163 y ss.

forma coordinada y armónica, antes bien se presentan como auténticos conflictos como es el caso del valor y eficacia que tiene, para la jurisdicción ordinaria, tanto la jurisprudencia así como la interpretación del Tribunal Constitucional.

De ahí la necesidad no sólo de que los jueces interpreten y apliquen la leyes de conformidad con la interpretación que de ellos realice el Tribunal Constitucional en sus resoluciones (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional); sino también que las sentencias del Tribunal, que adquieran la calidad de cosa juzgada, constituyan precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando, para ello, el extremo de su efecto normativo (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Ahora bien, los procesos constitucionales pueden ser abstractos (proceso de inconstitucionalidad o proceso competencial) y concretos (proceso constitucional de hábeas corpus, amparo, hábeas data, proceso de cumplimiento). Pero previamente a analizar este tema, es preciso realizar una breve referencia a la tipología de las sentencias sobre la base de lo desarrollado por el Tribunal Constitucional; lo cual es necesario, en la medida que muchos de los conflictos con el Poder Judicial tienen su origen, precisamente, en el rechazo por desconocimiento de la naturaleza misma de las sentencias y de sus efectos sobre la jurisdicción ordinaria.

3.2.1. Tipos de sentencias del Tribunal Constitucional²⁰

La doctrina²¹ suele realizar, de modo general, una doble clasificación de las sentencias del Tribunal. Una primera clasificación distingue entre *sentencias de especie* y *sentencias de principio*. Las primeras se constituyen por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En este caso, la labor del juez constitucional es meramente "declarativa", ya que se limita a aplicar la norma cons-

20. La emisión, por parte del Tribunal Constitucional, de diversos de tipos de sentencias del Tribunal Constitucional ha sido objeto de críticas infundadas por parte de un sector de la doctrina, por entender que, bajo algunos tipos de sentencias, el Tribunal se excede de sus funciones. Véase, por ejemplo, Lama More, Héctor. "*Sentencias del Tribunal Constitucional. Tipología. Sentencias interpretativas*". En *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm. 84, Año 11, septiembre, Lima, 2005, págs. 19-34. Por otro lado, un desconocimiento del desarrollo dogmático y jurisprudencial de la justicia constitucional contemporánea ha llevado algunos miembros del Congreso de la República a proponer un Proyecto de Ley en el cual se pretende limitar, inconstitucionalmente, al Tribunal Constitucional a actuar únicamente como legislador negativo.

21. Maunz, Theodor *et al.* *Bundesverfassungs-gerichtsgezeits*. München: Verlag C.H. Beck, 2003, págs. 122 y ss.; Schlaich, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*. München: Verlag C.H. Beck, 1997, págs. 260 y ss.

titucional o los otros preceptos directamente conectados con ella. Las *sentencias de principio*, por el contrario y sobre la base de la distinción entre norma y disposición²², integran la jurisprudencia propiamente dicha, en la medida que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, colman los vacíos normativos y forjan verdaderos precedentes vinculantes.

En cuanto a estas últimas, el Tribunal Constitucional peruano ha dictado diversas sentencias²³, las cuales se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión. Este tipo de sentencias se justifica porque tienen como finalidad orientar a los jueces con criterios que puedan utilizar en la interpretación constitucional que realicen en los procesos a su cargo y, además, porque contribuye a que los ciudadanos conozcan y ejerzan mejor sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Sin embargo, para efectos del presente trabajo, acogeremos la segunda clasificación, la cual ha sido considerada también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano²⁴.

A) SENTENCIAS ESTIMATIVAS.- Son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional²⁵. Las sentencias estimativas pueden ser de simple anulación, interpretativa propiamente dicha o interpretativas-manipulativas (normativas).

A1) Sentencias de simple anulación.- En este caso el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un

22. Guastini, Riccardo. *Le fonte del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993, pág. 18.

23. STC/Exp. N.º 0008-2003-AI/TC (Caso inconstitucionalidad del Dec. Urg. núm. 140-2001, donde el Tribunal se refiere in extenso a los fundamentos del Estado social de Derecho y a los principios de la Constitución Económica) y STC/Exp. núm. 018-2003-AI/TC (Caso inconstitucionalidad de las modificaciones a la Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional, en donde se desarrolla la igualdad como principio y derecho fundamental).

24. STC/Exp. núm. 0004-2004-CC/TC (Caso Conflicto de Competencias entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial-Presupuesto).

25. STC/Exp. núm. 0020-2005-AI y Ex. núm. 0021-2005-AI (Caso de la legalización del cultivo de la Hoja de Coca).

texto. La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etc.); y, por ende, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; por ende, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico²⁶.

A2) Sentencias interpretativas propiamente dichas.- En este caso el órgano de control constitucional, según sean las circunstancias que rodean el proceso constitucional, declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida. Dicha modalidad aparece cuando se ha asignado al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado "normas nuevas", distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución²⁷.

A3) Sentencias interpretativas-manipulativas (normativas).- En este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva. La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada "eliminando" del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las "expresiones impertinentes"; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley. La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada "agregándosele" un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.

La existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la "expulsión" de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tie-

26. STC/Exp. núm. Exp. 0053-2004-AI/TC; STC/Exp. núm. 0041-2004-AI/TC (Caso de los arbitrios municipales).

27. STC/Exp. núm. 042-2004-AI/TC (Caso del impuesto a los espectáculos taurinos).

nen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, a saber: a) el *principio de conservación de la ley*, que exige al juez constitucional "salvar", hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado; es decir, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última ratio a la que debe apelarse.

Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable; y b) el principio de interpretación desde la Constitución, axioma o pauta básica a través del cual se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental. Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; cabiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos. La experiencia demuestra que residualmente la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional²⁸. Así, pues, los efectos de dicha declaración pueden producir, durante un "tiempo", un vacío legislativo dañoso para la vida coexistencial.

En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desarrolla una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que dichas sentencias se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tal fin. Este tipo de sentencias propicia el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizados por los "vacíos normativos" emanados de un simple fallo estimatorio.

Las normas inducidas y deducidas emanadas de una sentencia manipulativa-interpretativa -normativa- se encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, pero son objetivables mediante este procedimiento. Ahora bien, existe una pluralidad de sentencias manipulativo-interpretativas; a saber:

A3.1.) Sentencias reductoras.- Son aquellas que señalan que una parte (frases, palabras, líneas, etc.) del texto cuestionado es contraria a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada. En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento

28. STC/Exp. núm. 0010-2002-AI/TC (Caso de la inconstitucionalidad de la legislación antiterrorista).

de la "extensión" del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada en relación a algunos de los supuestos contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas. Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primordialmente previstos. En consecuencia, la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto²⁹.

A3.2.) Sentencias aditivas.- Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa. En ese supuesto, procede a "añadir" algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción presenta un contenido normativo "menor" respecto al exigible constitucionalmente. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar. En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario "ampliar" o "extender" su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas.

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, a través del acto de adición, evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales. Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada. El contenido de lo "adicionado" surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica.

29. STC/Exp. núm. 014-96-I/TC (Caso de la inconstitucionalidad de la Ley de Política Nacional de la Población).

A3.3.) Sentencias sustitutivas.- Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley. Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada -y en concreto afectada de inconstitucional-, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial³⁰.

A3.4.) Sentencias exhortativas.- Son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Congreso para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales. Como puede observarse, si en sede constitucional se considera *ipso facto* que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de declararse su invalidez constitucional, se confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio sententiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo. Dicha expresión es un equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada. Debe señalarse, por otro lado, que la exhortación puede concluir en (1) la expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución³¹; (2) en la conclusión *in totum* de la etapa suspensiva; y, por ende, aplicación plena de los alcances de la sentencia. Dicha situación se produce cuando el legislador ha incumplido con

30. STC/Exp. núm. 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC, 009-2005-PI/TC (Caso de la Ley de Reforma Constitucional del Régimen Pensionario de la 20530).

31. STC/Exp. núm. 0023-2003-AI/TC (Caso del Código de Justicia Militar).

dictar la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia³²; (3) en la expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva.

Dichas sentencias son recomendaciones o sugerencias, *strictu sensu*, que, partiendo de su función armonizadora ante los conflictos, se plantean al legislador para que en el ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la constitución pueda corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica. En tales sentencias opera el principio de persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional³³.

A3.5.) Sentencias estipulativas.- Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece, en la parte considerativa de la sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional³⁴.

B) LAS SENTENCIAS DESESTIMATIVAS.- Son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo³⁵.

32. STC/Exp. núm. 004-2004/CC/TC (Caso Conflicto de Competencias por el presupuesto del Poder Judicial).

33. Al respecto, deben mencionarse las sentencias emitidas en los Expedientes Acumulados núms. 001/003-2003-AI/TC, en donde se exhorta al Poder Ejecutivo para que, en salvaguarda del principio de seguridad jurídica que debe informar al Sistema Registral, reglamente el uso del formulario registral legalizado por notario, previsto en el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley núm. 27755; o la sentencia del Expediente núm. 022-2003-AI/TC, en donde se exhorta a la autoridad competente y a los Poderes del Estado involucrados a asumir las funciones que, conforme al artículo 102.°, inciso 7.° de la Constitución y a las normas de desarrollo, le corresponde en materia de delimitación territorial, especialmente en lo que respecta a la controversia suscitada por los límites territoriales de la Isla Lobos de tierras, que genera un conflicto entre los gobiernos regionales de Lambayeque y Piura. Asimismo, este Tribunal ha emitido en múltiples procesos constitucionales sentencias exhortativas que, a diferencia de las anteriormente descritas, no tiene efectos vinculantes.

34. STC/Exp. núm. 008-2005-PI/TC (Caso de la Ley Marco del Empleo Público).

35. STC/Exp. núm. 0048-2004-PI/TC (Caso de las Regalías Mineras).

Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimativa, a saber:

B1) Desestimación por rechazo simple.- En este caso el órgano de control de la constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley³⁶.

B2) La desestimación por sentido interpretativo (interpretación *strictu sensu*).- En este caso el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada. Es decir, son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se la interpreta en el sentido que éste considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental.

En ese entendido, se desestima la acción presentada contra una ley, o norma con rango de ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos considerados como infraccionantes del texto *supra*. Por ende, se establece la obligatoriedad de interpretar dicha norma de "acuerdo" con la Constitución; vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida.

Ahora bien, como se ha podido apreciar, existe una amplia tipología de sentencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, no siempre la jurisdicción ordinaria está predispuesta a aceptar pacíficamente las decisiones del Tribunal Constitucional, por lo que es necesario que nos refiramos, de modo general, a la eficacia de las sentencias y al valor de la interpretación constitucional que realiza el Tribunal.

3.2.2. La eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional para los jueces ordinarios

Es pertinente señalar la necesidad de distinguir los efectos de una sentencia del Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad, de aquellos otros procesos constitucionales cuyo objetivo primordial es la tutela de derechos fundamentales de las personas.

A) La Constitución de 1993 no prevé de modo orgánico, y para todos los procesos, los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, limitándose a

36. STC/Exp. núm. 002-2005-PI/TC (Caso del Gobierno Regional de Lima-Mufarech).

señalar los efectos que tiene sus decisiones en los casos que se declare la inconstitucionalidad de una ley (artículo 204°). En este supuesto, de modo general, se puede señalar que las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal tienen efectos para todos *-erga omnes-* y para el futuro *-ex nunc-*. Es decir, al día siguiente de la publicación de la sentencia del Tribunal, queda sin efecto, la norma legal incoada (artículo 103° de la Constitución y artículo 81° del Código Procesal Constitucional).

Sin embargo, se puede precisar que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, tiene fuerza de ley. De otro lado, se puede señalar que la sentencia del Tribunal tiene un doble carácter: a) posee *fuerza pasiva*, en tanto no puede ser revocada por otra sentencia del Poder Judicial o derogada por otra norma legal del Congreso, salvo por otras sentencias del propio tribunal; y b) *fuerza activa*, en la medida que deja sin efecto a la norma legal que haya sido declarada inconstitucional y todas aquellas que sean contrarias al fallo³⁷. Esta fuerza de ley de las sentencias del Tribunal Constitucional, en los procesos de inconstitucionalidad, adquiere una singular relevancia en las relaciones con el Poder Judicial, en la medida que dicha sentencia (a) no puede ser revocada por éste, (b) tampoco puede aplicar más la norma que ha sido declarada inconstitucional (c) ni inaplicar una norma legal que el Tribunal Constitucional ha confirmado su constitucionalidad (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Otro efecto de las sentencias de inconstitucionalidad está relacionado con su carácter de cosa juzgada (artículo 82° del Código Procesal Constitucional). Esto quiere decir que la sentencia del Tribunal no puede ser contradicha por razón procesal de la forma *-cosa juzgada formal-* o por razón sustantiva del fallo *-cosa juzgada material-*, en sede judicial ordinaria o especial ni modificada por una nueva ley del Congreso o del Poder Ejecutivo³⁸. En relación con el Poder Judicial esta característica de la sentencia de inconstitucionalidad cierra toda posibilidad al Poder Judicial para contradecir, ya sea por la forma o por el fondo dicha sentencia.

Finalmente, se postula que las sentencias de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos (artículo VII del Título Preliminar y 82 del Código Procesal Constitucional), lo cual se deriva del carácter general de los efectos

37. Mortati, Constantino. *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*. Milano: Giuffrè editore, 1964, págs. 97-101. Asimismo, Rubio Llorente, Francisco. *"Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley"*. En del mismo autor. *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: CEC, 2ª ed., 1997, pág. 422.

38. Requejo, Juan. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: CEC, 1989, pág. 69.

derogatorios de estas sentencias³⁹. En ese sentido, es exigible no sólo para las partes del proceso sino para todos los órganos constitucionales. Particularmente, se puede señalar que, el Poder Judicial, está sometido a la decisión del Tribunal tanto en el supuesto que ha estimado la inconstitucionalidad así como en el caso que lo haya rechazado.

B) No obstante lo dicho, y tal como hemos expresado al inicio de este apartado, se debe distinguir los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad de los otros procesos constitucionales. Ello porque en un proceso constitucional en el cual se alega la vulneración de un derecho fundamental concreto -como por ejemplo, el derecho a la libertad o igualdad- los efectos de las sentencias son distintos y, por ende, han de ser moduladas. En efecto, tienen efectos *inter partes* y no *erga omnes*; es decir, *prima facie*, sólo surten efectos entre las partes del proceso; salvo que la sentencia que resuelve el caso concreto constituya un precedente vinculante, supuesto en el cual sus efectos trascienden, como es evidente, a las partes del proceso.

En cuanto a la cosa *juzgada*, se puede señalar que comportan esa calidad de manera relativa. Ello porque la Constitución (artículo 205°) y el Código Procesal Constitucional (artículo 114°) permite que, una vez agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en sus derechos fundamentales que la Constitución prevé, puede recurrir a los tribunales internacionales, constituidos según los tratados o convenios de los que el Estado peruano es parte. En ese sentido, se puede recurrir al sistema interamericano de derechos humanos a fin de solicitar la revisión de una sentencia del Tribunal Constitucional en materia de tutela de los derechos fundamentales, por considerar que no es conforme con la Convención Americana de Derechos Humanos. En estos casos, por tanto, el carácter de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal es relativo.

Con respecto a si tienen también la característica de ser vinculante para todos los poderes públicos, cabe señalar que, en la medida que se limitan a la estimación o determinación subjetiva de un derecho, carecen de efectos frente a todos y vinculan, por tanto, sólo a las partes del proceso. Sin embargo, ello no priva a las sentencias del Tribunal Constitucional de su capacidad de irradiar "una influencia decisiva sobre la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios; tal influencia, vinculación más bien, proviene de la *ratio decidendi* de la sentencia"⁴⁰.

39. Bocanegra Sierra, Raúl. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid. Instituto de Estudios Administración Local, 1982, pág. 58.

40. Canosa Usera, Raúl. "*Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta*". En *Ius et Praxis*, núm. 1, Talca, Chile, 1998, pág. 43.

3.2.3. *El valor de la interpretación del Tribunal Constitucional para los jueces ordinarios*

Cuestión distinta a lo anteriormente señalado es lo que se plantea, siempre en relación con el Poder Judicial, sobre el valor de la interpretación constitucional del Tribunal. Al respecto, debemos comenzar señalando que el Tribunal Constitucional, de acuerdo con la Constitución (artículo 202º), es el órgano supremo de interpretación, integración y control de la Constitución (artículo 1, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Las implicancias que se derivan del reconocimiento del Tribunal como supremo intérprete de la Constitución no son irrelevantes.

En primer lugar, debemos señalar que, si bien es evidente que la interpretación que realiza el Tribunal de la Constitución y de las leyes es suprema y debe vincular a todos los demás poderes del Estado -especialmente al Poder Judicial - y demás órganos constitucionales, no lo es tanto la forma como debe ser asegurada la supremacía de su interpretación constitucional. Por ello, antes de entrar al análisis de esta cuestión, consideramos oportuno precisar que la raíz de este cuestionamiento parece estar en que se sigue entendiendo que, de acuerdo con el modelo kelseniano, lo único vinculante de las sentencias es la parte dispositiva y sólo en relación con el legislador⁴¹.

En la actualidad, esta concepción se viene superando desde que el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete, para resolver un caso aplica e interpreta directamente la Constitución; de ahí que sea a éste a quien corresponde, provisionalmente, señalar el significado último de la Constitución. Por otro lado, ya no es solamente el fallo lo que vincula ni tampoco sólo frente al legislador, sino que también la *ratio decidendi*, de las resoluciones del Tribunal Constitucional -ya sean autos o sentencias y cualquiera sea el proceso constitucional- es vinculante para los jueces ordinarios, los que deben interpretar y aplicar la Constitución y las demás leyes según la interpretación que sobre ellas haya realizado el Tribunal Constitucional.

Frente a esta vinculación, los jueces ordinarios no pueden recurrir al *principio de independencia judicial* (artículo 139º-2 de la Constitución) para omitir la interpretación del Tribunal Constitucional. Esto porque la independencia del juez ordinario no comporta la libertad para interpretar libremente la Constitución o las leyes de modo distinto al que interpretó el Tribunal, porque ello afectaría

41. Pérez Tremps, Pablo. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: CEC, 1985, págs. 111 y ss.

la coherencia interna del ordenamiento constitucional⁴², y violaría el mandato constitucional en virtud del cual todas las autoridades ejercen el poder del Estado con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (artículo 44º de la Constitución).

4. Conclusión

En el marco del Estado constitucional democrático las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial no siempre se articulan en total armonía. Por el contrario, en muchas ocasiones, son relaciones que se caracterizan por una interacción conflictiva, lo cual no es, necesariamente, nocivo para el sistema democrático. Sin embargo, estas relaciones de coordinación, jerarquía e interdependencia deben tender, al margen de los conflictos que se puedan suscitar, a la concretización del principio de supremacía jurídica de la Constitución y del respeto y vigencia de los derechos fundamentales.

Esto es importante porque el ordenamiento jurídico-constitucional no sólo ha configurado al Tribunal Constitucional como un órgano constitucional, sino también como órgano jurisdiccional y órgano político. De ahí que, en el desarrollo de sus funciones, el Tribunal Constitucional no sólo se circunscribe a actuar únicamente como legislador negativo, sino que también asume funciones significativas en orden a salvaguardar el principio de supremacía jurídica de la Constitución y de la tutela de los derechos fundamentales a través de la amplia tipología de sus sentencias⁴³.

En ese sentido, entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, si bien se articulan relaciones de coordinación e interdependencia, no se puede negar que existe también una relación de jerarquía a favor del Tribunal en tanto instancia final de fallo y supremo intérprete de la Constitución, y a la interpretación que haga de la Constitución y de las leyes⁴⁴. El Poder Judicial, por tanto, está sometido jerárquicamente a las sentencias del Tribunal Constitucional, sin que ello signifique mengua en la autonomía e independencia de aquél y que la Constitución misma le reconoce.

42. Rubio Llorente, Francisco. *"Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional"*. En del mismo autor. *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: CEC, 2ª ed., 1997, pág. 453.

43. Aja, Eliseo (editor). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona, Ariel, 1998, pág. 259.

44. De Otto, Ignacio. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989, págs. 70 y ss.

Por ello, no es de recibo que, dentro de un Estado constitucional democrático, el Poder Judicial pretenda desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional amparándose en el principio de independencia de los jueces. Cuando la jurisdicción ordinaria desconoce la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional o cuando contradice su interpretación de la Ley Fundamental y de las normas legales, no sólo está poniendo en cuestión las decisiones del Tribunal, sino que pone en entredicho los principios de supremacía y de fuerza normativa de la Constitución misma.

**ACERCA DEL DERECHO DE EDUCACIÓN EN ESPAÑA.
DE LAS CORTES DE CÁDIZ A LA SEGUNDA REPÚBLICA**

M^a Fuencisla Alcón Yustas

*Profesora Propia Agregada de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho, ICADE, Comillas, Madrid*

SUMARIO

- 1. De las Cortes de Cádiz a la primera república.*
- 2. De la restauración a la segunda república.*

1. *De las Cortes de Cádiz a la primera república*

El ideario liberal de los Diputados gaditanos se tradujo en interés por la enseñanza y la educación. Por primera vez la instrucción pública constituía un asunto que concernía al Estado y un asunto en el que había acuerdo para calificarlo de prioritario. Sin embargo, la inestabilidad política que sufrió España desde 1814, y que afectó profundamente al desarrollo económico y cultural del país, repercutió gravemente en el sistema educativo español.

El liberalismo pretendía implantar un nuevo Estado cimentado en la soberanía de la nación, la afirmación de los derechos y libertades de los ciudadanos y la instauración de un Parlamento representativo. Un concepto de ciudadanía que exigía el reconocimiento del principio de igualdad y la inserción de la población en la vida política y cultural. La realización de este proyecto contaba, como recuerda Navarro, con un gran obstáculo: la ignorancia, debida sobre todo al analfabetismo¹. Heredero de la Ilustración, el liberalismo suponía que la respuesta a esta situación se encontraría en la promoción de la enseñanza y el conocimiento científico, las llaves del progreso.

Este es el sentido del Discurso Preliminar de la Constitución de 1812 obra de Agustín Argüelles. Tras declarar que "el Estado, no menos que de soldados que le defiendan, necesita de ciudadanos que ilustren a la nación y promuevan su felicidad con todo género de luces y conocimientos", Argüelles considera que "uno de los primeros cuidados que deben ocupar a los representantes de un pueblo grande y generoso es la educación pública"². La importancia de una educación que forme "hombres de bien y amantes de su patria" lo invita a promover que la dirección de las escuelas no caiga "en manos mercenarias", sino bajo el control del Gobierno y de las Cortes, por lo que propone la constitución de "una inspección suprema de instrucción pública que, con el nombre de dirección general de estudios, pueda promover el cultivo de las ciencias, o por mejor decir, de los conocimientos humanos en toda su extensión"³.

1. Los primeros datos conocidos sobre analfabetismo en España descubren que en 1842 sólo uno de cada diez españoles sabía leer y escribir: Navarro, R., *La escuela y el maestro en la España contemporánea*, Lleida, 1998, pág.16.

2. Se suele atribuir la autoría del Discurso a Argüelles, sin embargo Sánchez Agesta recuerda que el texto fue elaborado en el seno de la Comisión de Constitución de las Cortes, que nombró a los Diputados Argüelles y Espiga ponentes: "Introducción" en *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, 1981, págs. 19-28.

3. La Dirección General de Estudios prevista por Argüelles fue constituida en 1812. A lo largo del siglo XIX continuó su labor, adoptando diversos nombres. En 1846 pasó a denominarse "Dirección

La educación pasa a considerarse materia que compete a los poderes públicos, destacando el novedoso papel que, en materia de educación, otorga el Discurso a las Cortes, consecuencia de los conceptos de soberanía nacional y de representación que, en España, estrenaban los Diputados: "El poderoso influjo que ésta (la instrucción pública) ha de tener en la felicidad futura de la nación, exige que las Cortes aprueben y vigilen los planes y estatutos de enseñanza en general, y todo lo que pertenezca a la erección y mejora de establecimientos científicos y artísticos". Asimismo, Argüelles defendió solemnemente en el Discurso la libertad de imprenta, como hizo también en otras disertaciones ante las Cortes: "Como nada contribuye más directamente a la ilustración y adelantamiento general de las naciones y a la conservación de la independencia, que la libertad de publicar todas las ideas y pensamientos que puedan ser útiles y beneficiosos a los súbditos de un Estado, la libertad de imprenta, verdadero vehículo de las luces, debe formar parte de la ley fundamental de la Monarquía, si los españoles desean sinceramente ser libres y dichosos".

Conforme a estas palabras de Argüelles, la Constitución gaditana de 19 de marzo de 1812 abordó en el Título IX "la Instrucción Pública". La extensión que el texto dedicaba a esta materia expresa nuevamente el entusiasmo liberal por la ejecución práctica de sus ideales educativos, de modo que junto a la obligatoriedad de la primera enseñanza, se establecían principios esenciales sobre ciudadanía, unidad e igualdad. Así, el artículo 366 preveía: "En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles". El artículo siguiente asegura la igualdad de la educación, "uniforme en todo el reino", estableciéndose además la obligatoriedad del estudio de "la Constitución política de la Monarquía en todas las Universidades y establecimientos literarios donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas".

Se otorga a las Cortes, en el artículo 370, la competencia para organizar la enseñanza y establecer los planes de estudio: "Las Cortes, por medio de planes y estatutos especiales, arreglarán cuanto pertenezca al importante objeto de la instrucción pública". También se prevé, siguiendo las líneas diseñadas en el

General de Instrucción Pública o Sección de Instrucción Pública", dependiendo desde 1855 del Ministerio de Fomento: Díaz, J. *"Antecedentes, sedes y organización administrativa del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes"*, en *Cien años de educación en España*. En torno a la creación del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, (Álvarez Lázaro, P. Dir.), Madrid, 2000.

Discurso, una Dirección General de Estudios "compuesta de personas de conocida instrucción a cuyo cargo estará, bajo la autoridad del Gobierno la inspección de la enseñanza pública" (art. 369).

Entendido como parte de la instrucción pública, o como requisito para su existencia, el derecho a la libertad de imprenta se incluye en el Título IX: "Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes" (art. 371). De hecho, la ciudad de Cádiz fue la primera que se benefició de la esta libertad. Debido a su ambiente culto y a que recibió menor azote del enfrentamiento bélico que el resto del país, a pesar de que estuvo sitiada por las tropas francesas, pronto apuntó el discurso de una prensa libre⁴.

En 1813 las Cortes constituyeron una Comisión, presidida por Manuel José Quintana, que elaboró el "Informe para proponer los medios de proceder al arreglo de los diversos ramos de la instrucción pública". Conocido como "Informe Quintana", el texto está influido por el pensamiento de Condorcet, adalid de una idea del progreso basaba en los principios de igualdad, libertad y democracia, que se traducían en igualdad entre las naciones y entre los hombres, en igualdad de derechos para las mujeres y en educación para todos⁵. No obstante, Quintana limitó gravemente tan admirables aspiraciones, al proponer dos distintos tipos de enseñanza, la de los niños y la de las niñas: "Al contrario que la instrucción de los hombres, que conviene que sea pública, la de las mujeres debe ser privada y doméstica; que su enseñanza tiene más relaciones con la educación que con la instrucción propiamente dicha...".

El espíritu laico de la Ilustración que inspiraba los proyectos de Condorcet tampoco fue recogido por Quintana. Aunque el "siglo de las luces" abrió la puer-

4. Ramón Solís en *El Cádiz de las Cortes*, expone magistralmente el escenario cultural de la ciudad entre 1810 y 1813 (la sesión constitutiva de las Cortes fue el 24 de septiembre de 1810). Acerca de la libertad de prensa declara el autor que no es sino consecuencia de "la nueva concepción del Estado con una intervención popular en los destinos de la Nación...". Y sobre la importancia del periodismo en Cádiz afirma: "Cuando en 1810 nace el Conciso -paladín de la "prensa nueva"-, nace al mismo tiempo en España el cuarto poder. Desde ahora en adelante, el anterior concepto de periodismo sería pura arqueología": Barcelona, 1978, págs. 437 y 438.

5. Marie-Jean-Antoine-Nicolas Caritat, marqués de Condorcet, (1743-1794), defendió la idea de un cambio social mediante la reforma de la educación. Perseguido durante el periodo jacobino por sus posturas liberales, opuestas al pensamiento revolucionario radical, fue condenado a muerte: Cfr. Condorcet *"Informe y proyecto de decreto sobre la organización general de la instrucción pública presentados a la Asamblea Nacional en nombre del Comité Instrucción Pública, los días 20 y 21 de abril de 1792"*, en Cinco memorias sobre la instrucción pública y otros escritos, Madrid, 2001, págs. 281 y ss.

ta al concepto de secularización y el liberalismo se movió en los ámbitos teóricos de la secularización de la enseñanza, en España se mantuvo la influencia real de la Iglesia católica en la sociedad⁶. Así, aunque la laicidad se vincula a la libertad religiosa, tanto de conciencia como de cultos, el "Informe Quintana" se mantenía fiel al contenido de la Constitución de 1812⁷. Por ello, además de una instrucción básica "leer con sentido, escribir con claridad y buena ortografía, poseer y practicar las reglas elementales de aritmética..." y el conocimiento de "los principales derechos y obligaciones como ciudadano", Quintana propugnaba una enseñanza dirigida a "imbuir el espíritu en las máximas de religión y en las máximas primeras de la buena moral y buena crianza".

El Informe Quintana inspiró el Dictamen y proyecto de Decreto "sobre el arreglo general de la enseñanza pública", que pretendía establecer escuelas en todos los municipios en los que hubiera al menos cien casas "abiertas", previéndose además escuelas para niñas, pero sin obligatoriedad de asistencia. El proyecto no se realizó debido a la falta de presupuesto. Comenta Navarro que es la primera vez que esta "cantinela" detiene un proyecto de educación, lo que lamentablemente va a repetirse "en perpetuo ostinatio, durante doscientos años"⁸.

Estos proyectos se abandonaron tras la vuelta a España de Fernando VII que, mediante el Real Decreto de 4 de mayo de 1814 declaró la Constitución y los decretos de las Cortes "nulos y de ningún valor ni efecto, ni ahora ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamás tales actos...". Durante seis años no se prestó atención alguna a la educación, y se ignoró la labor realizada por las Cortes de Cádiz. Hubo que esperar al pronunciamiento de Riego de 1º de abril de 1820, que proclamó la vigencia de la Constitución de 1812, para que las Cortes volvieran a reunirse y retomasen el interés por la educación.

En 1821 la Comisión de Instrucción Pública reconocía el lastimoso cuadro de la primera enseñanza en España, que "arranca lágrimas a cualquiera que ame con

6. Siguiendo a Manuel de Puelles Benítez, la secularización constituye un proyecto general y complejo que incluye "secularización no sólo de bienes eclesiásticos, sino también de funciones hasta entonces monopolizadas por la Iglesia - entre ellas la enseñanza -, secularización no sólo de la vida política, con la consiguiente desconfesionalidad del Estado y separación entre Iglesia y Estado, sino secularización de la sociedad - matrimonio, beneficencia, cementerio civil, etc.": *"Secularización y Enseñanza en España (1874-1917)"*, en *España entre dos siglos (1875-1931), VII Coloquio de Historia Contemporánea en España*, (Tuñón de Lara, M. Dir.), Madrid, 1991, pág. 193.

7. Los Diputados de Cádiz negaron la libertad religiosa: "La religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra" (art. 12 de la Constitución).

8. Navarro, R., op.cit., pág.19.

sinceridad el bien de su Patria". Apremiadas las Cortes con tan grave panorama, aprueban el Reglamento de Instrucción Pública, mediante Decreto de 28 de junio de 1821⁹. El mayor problema para su aplicación procedía de la falta de fondos para la creación de las escuelas, lo que movió a las Cortes a ordenar que los maestros recibieran alguna cantidad de aquellos padres que tuvieran medios suficientes para costear la educación de sus hijos, previendo también el cobro de matrículas y de otros actos escolares: títulos, grados y certificados. Es decir, las Cortes crearon las tasas académicas.

La entrada en España de los "Cien Mil Hijos de San Luís", al mando del Duque de Angulema repuso a Fernando VII en el poder y volvieron los años de represión, que en esta ocasión alcanzó no sólo a Diputados, comerciantes, abogados y artistas, sino también a los maestros¹⁰. Se derogó el Reglamento de 1821 y se inició una política educativa centrada en la Universidad, relegando la enseñanza básica. El objetivo consistía en eliminar el pensamiento liberal de los centros universitarios, instrumentado a través del Plan Literario de Estudios y Arreglo General de las Universidades del Reino, que se promulgó el 14 de octubre de 1824, obra de Francisco Tadeo de Calomarde. Esta disposición reguló minuciosamente todo lo concerniente a libros de texto, horarios, matriculación y régimen de profesorado y alumnos, acabando con la reciente y precaria autonomía universitaria. Los rectores pasaron a ser elegidos por el Rey "a consulta del Consejo Real, entre los tres sujetos propuestos por el claustro" (art. 230). La terna debería formarse por "siete individuos compromisarios" elegidos a suerte entre los miembros del claustro. La designación de rector debía recaer en "hombres de edad proveceta y profesores acreditados por su talento, prudencia y doctrina" (art. 231)¹¹.

9. El primer constitucionalismo defendió una rígida división de poderes, de modo que se atribuía al Parlamento las facultades de normación, tanto legislativa como reglamentaria. La Constitución de Cádiz así lo establece en los 26 apartados del artículo 131, que corresponden a 26 funciones de las Cortes. La vigésima segunda afirma la competencia de las Cortes para: "Establecer el plan general de enseñanza pública en toda la Monarquía y aprobar el que se forme para la educación del príncipe de Asturias".

10. Al pronunciamiento de Riego habían seguido otros movimientos similares en Portugal e Italia, lo que impulsó la reunión de las potencias en Troupeau, donde afirmaron el derecho de intervenir en los asuntos internos de aquellos Estados que hubieran sufrido alteraciones revolucionarias del régimen "legítimo". En 1822 el Congreso de Verona confió a Francia la misión de intervenir en España para librar a Fernando VII de las Cortes y de la influencia liberal: Cfr. Artola, M., *La burguesía revolucionaria*, Madrid, 1974, pág. 49.

11. Puelles se pregunta a qué se refiere el texto cuando se refiere a "doctrina", y encuentra muy significativo el artículo 240 del propio Reglamento que declara: (el rector) "oirá o hará que comisionados de su confianza oigan, las explicaciones de los maestros, calando sobre la pureza de las doctrinas religiosas y monárquicas": Cfr. Puelles, M., "Introducción", en *Historia de la Educación en España. Textos y Documentos*. Vol. 2. *De las Cortes de Cádiz a la Revolución de 1868*, Madrid, 1979, pág. 20.

El 16 de febrero de 1825 se aprobó el Plan y Reglamento de Estudios de Primeras Letras del Reino, complementado por la Real Cédula de 16 de enero de 1826 que aprobaba el Reglamento General de Escuelas de Latinidad y Colegios de Humanidades. Aunque, en opinión de Álvarez de Morales, en estas normas se aprecia cierta influencia del espíritu ilustrado que inspiró el Informe Quintana, especialmente en lo que se refiere a la creación y organización de las escuelas, el contenido ideológico tendía al centralismo y al clericalismo absolutista¹².

A la muerte de Fernando VII, en septiembre de 1833, accedió al trono su hija Isabel II de tres años de edad, ejerciendo la Regencia su madre María Cristina. La causa del pretendiente a la Corona, el infante Carlos María Isidro, encontró seguidores en el absolutismo fernandino, lo que obligó a María Cristina a apoyarse en los liberales. Pronto cayó Cea Bermúdez, Presidente del Consejo de Ministros, dejando paso al candidato de la Reina, Francisco Martínez de la Rosa, antiguo Diputado de Cádiz, que se había exiliado a Francia en 1814. La estancia en el país vecino atenuó los "excesos" liberales de Martínez de la Rosa, pues conoció la ideología liberal francesa del momento, esto es, el liberalismo doctrinario, que en España recibió el nombre de liberalismo moderado o moderantismo. Su ideario repudiaba el concepto de soberanía nacional, afirmando la existencia de dos cabezas visibles de soberanía, el Rey y las Cortes y regulando los derechos y libertades de los ciudadanos para evitar un ejercicio abusivo. Los moderados, protagonistas de los Gobiernos del reinado de Isabel II, consolidaron el centralismo y un concepto utilitarista de la política, frente a los conceptos generales y abstractos del liberalismo progresista.

Los principios de este "nuevo" liberalismo se plasmaron, en materia de educación, en el Plan General de Instrucción Pública de 4 de agosto de 1836¹³. El Plan, de la mano del Duque de Rivas, tuvo una importancia limitada, pues prácticamente no se aplicó, pero parte de sus principios y, sobre todo, de las normas relativas a los Planes de enseñanza y ordenación administrativa de la educación, influyeron en toda la política educativa de los siguientes Gobiernos moderados del reinado de Isabel II. El Plan abandonaba el principio de gratuidad de la enseñanza defendido por el liberalismo gaditano, dejándolo circunscrito a la ense-

12. Álvarez de Morales, A., *Génesis de la Universidad Española Contemporánea*, Madrid, 1972, pág. 72.

13. Expone José Martínez de Pisón, la pobreza de las declaraciones de derechos, y sobre todo el silencio sobre el derecho a la educación, de las Constituciones vigentes durante el reinado de Isabel II: *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Madrid, 2003, págs. 83 y 84.

ñanza primaria que "es la única que conviene generalizar (...) pasando más allá, todos los conocimientos se van haciendo cada vez menos necesarios a la generalidad de los ciudadanos, y circunscribiéndose a ciertas y determinadas clases; y aquí es donde conviene limitar el principio de la enseñanza gratuita (...). Fuera de esto, conviene dificultar la entrada en ciertas carreras que se han extendido demasiado entre nosotros con perjuicio de otras más usuales y necesarias. Tendremos menos teólogos, menos jurisconsultos, menos médicos; pero habrá más labradores, más artesanos, que con provecho suyo y de la patria trabajen en dar impulso a cuanto constituye la civilización material de las naciones"¹⁴.

Tras el motín de la Granja, que se produjo una semana después de la aprobación del Plan General de Instrucción Pública, la vuelta a la Constitución de 1812 y la elaboración del texto constitucional de 1837, las Cortes asumieron nuevamente las atribuciones en materia de enseñanza¹⁵. El 21 de julio de 1838 aprobaron, mediante Ley, el Plan de Instrucción Primaria. La instrucción primaria quedaba dividida en elemental y superior, pudiendo ser la primera "completa" o "incompleta" en función de las materias que se impartieran. Se centraliza "la dirección y gobierno de las Escuelas primarias", que quedaba encargada "al Gobierno de S.M" a través del "Ministerio de la Gobernación de la Península". A estos efectos la Ley creaba, en cada provincia, una Comisión de Instrucción Primaria, presidida por el Jefe Político y compuesta además por "un individuo de la Diputación provincial nombrado por ella, de un eclesiástico condecorado elegido por el diocesano, y de otras dos personas ilustradas, nombradas por el Jefe Político a propuesta de la Diputación". Los cargos eran honoríficos y no remunerados, (art. 28 de la Ley). No obstante, la centralización no se extendía a la financiación de las escuelas, función de los Ayuntamientos, que debían también nombrar a los maestros, con la aprobación del Jefe Político oída la Comisión provincial.

En cuanto a la gratuidad de la enseñanza, el Plan de Instrucción Primaria establecía, en el artículo 18, que los niños pobres serían admitidos gratuitamente a la escuela primaria elemental, oído previamente el maestro. Sin embargo, para el acceso a la escuela primaria superior se prevenían importantes restriccio-

14. Vid. Gil de Zárate, A., "*Escrito del Duque de Rivas justificando el abandono de la gratuidad universal de la enseñanza*", en *De la Instrucción Pública en España*, Madrid, 1855, pág.165.

15. La Constitución de 1837 suele calificarse de progresista, pero realmente fue un texto moderado, con ciertas concesiones a las alas "conservadoras" de los liberales progresistas. Por ello, señala Torres del Moral, que con la Constitución de 1837 lo moderados pudieron gobernar cómodamente: *Constitucionalismo histórico español*, Madrid, 1998, pág. 81.

nes a la gratuidad, ya que se reduce ésta a un número de plazas "que no excederá nunca de la décima parte de los niños contribuyentes que asistieran a la escuela superior". La ley incidía también en la enseñanza moral y religiosa, por lo que, en opinión de Puelles, "sin llegar a los extremos de los Planes de Colomarde, bien puede decirse que el liberalismo moderado avanzaba a pasos agigantados hacia un acuerdo con la Iglesia en materia de educación"¹⁶.

El 23 de mayo de 1845 se aprueba una Constitución que responde fielmente al ideario moderado. Formalmente se trataba de una reforma de la Constitución de 1837, aunque es tradicional considerarlo texto independiente. Los constituyentes de 1837 habían proclamado, en el artículo 11, la obligación de la Nación de "mantener el culto y los ministros de la Religión Católica que profesan los españoles", mientras que el texto de 1845, en el mismo artículo, afirmaba que "la religión de la Nación española es la Católica, Apostólica, Romana", y además obligaba al Estado a mantener el culto y sus ministros". En 1851, en pleno auge del moderantismo, se firma el Concordato con la Iglesia, que incide en el confesionalismo del Estado, al excluir otra religión que no fuera la católica. Este Concordato, vigente hasta 1931, prevé una importante intervención de la Iglesia en la enseñanza y obliga al Estado a mantener al clero secular, a la vez que concede validez al hecho consumado de la desamortización, que había sido iniciada por las Cortes de Cádiz a través de su labor legislativa, y continuada por Juan Álvarez Méndez, conocido por Mendizábal, que fue nombrado Ministro de Hacienda en 1835.

El 17 de julio de 1857 aprueban las Cortes una Ley de Bases que habilita al Gobierno a dictar una Ley de Instrucción Pública. Dicha Ley, que se dictó el 9 de septiembre del mismo año y conocida como "Ley Moyano", fija la escolaridad obligatoria entre los seis y los nueve años, aunque la enseñanza gratuita se mantiene circunscrita a la primera enseñanza, para los alumnos de marcada necesidad económica¹⁷. Las sanciones en caso de incumplimiento del deber de escolarizar a los hijos se fijaban en multa de dos a veinte reales. No obstante se eximía de la obligatoriedad de asistir a la escuela a los niños que "en sus casas o en establecimiento particular" les proporcionasen la misma ins-

16. Puelles, M., "Introducción", en *Historia de la Educación en España*, Textos y Documentos. Vol. 2. *De las Cortes de Cádiz a la Revolución de 1868*, Madrid, 1979, pág. 27.

17. Claudio Moyano (1809-1890), fue catedrático de Derecho Civil y de Economía política. Desempeñó numerosos cargos en la Universidad y la política. Ministro de Fomento en 1853 con el Gabinete de Lersundi, en 1856 con el de Narváez y en 1864 con Arrazola. Autor material de la Ley de Instrucción Pública dictada al amparo de la habilitación concedida al Gobierno mediante la Ley de Bases de 17 de julio de 1857.

trucción que en las escuelas (art. 7). Con mayor rigidez que en la legislación anterior, la Ley regulaba los requisitos para la obtención de los títulos de maestro de primera enseñanza elemental, primera enseñanza superior y profesor de Escuela normal.

La Ley "Moyano" permitía también los "establecimientos privados" que tuvieran autorización oficial. Los colegios privados debían impartir los mismos programas que los centros públicos, y se comprobaba la suficiencia de los conocimientos de los alumnos mediante un examen anual en los Institutos a los que estuvieran incorporados sus colegios. No obstante, la Iglesia mantenía parte del status anterior, puesto que artículo 153 de la Ley permitía al Gobierno autorizar Escuelas y Colegios de primera y segunda enseñanza a los Institutos religiosos legalmente establecidos en España, dispensando a "sus Jefes y profesores" del título y de la fianza exigidos con carácter general para los centros privados seculares. Las prerrogativas concedidas a la Iglesia se aprecian también en los contenidos del Título IV de la Ley, "De la Inspección", que advierte del derecho de la jerarquía eclesiástica a velar "sobre la pureza de la fe y de las costumbres, y sobre la educación religiosa de la juventud...", pudiendo el prelado diocesano advertir al Gobierno cuando los libros de texto o las explicaciones de los profesores sean perjudiciales a la buena educación religiosa..." (arts. 295 y 296). Preceptos consecuentes con lo establecido en el Concordato Iglesia- Estado firmado en 1851, que aseguraba la formación religiosa en las escuelas.

La Ley "Moyano" estuvo vigente hasta la Segunda República, puesto que faltó en el país el sosiego necesario para que las leyes y proyectos de ley posteriores llegaran a aplicarse o fueran aprobados. La Ley de Instrucción Primaria de 2 de junio de 1868 disfrutó de una breve vigencia, puesto que constituyó uno de los últimos documentos firmados por Isabel II antes del destierro. Las novedades de mayor interés de esta Ley es que rebajaba la edad en la que los niños debían iniciar la enseñanza primaria, de seis a cinco años, equiparando la enseñanza de niños y niñas, aunque éstas deberían, además, aprender labores. En los municipios de menos de quinientos habitantes se encomienda la enseñanza al párroco, al que se le pagaría cien escudos de sobresueldo por esta labor. Se suprimían las Escuelas Normales, quedando en manos de un Tribunal provincial otorgar los títulos de maestro. Por otra parte, se considera la doctrina cristiana como "la base de la instrucción primaria" (art. 17) y los libros de lectura de las escuelas se someten a "la censura especial de los eclesiásticos que formen parte de la Junta Superior de Instrucción Pública (art. 29); miembros de la jerarquía eclesiástica forman parte de la Junta Superior de Instrucción primaria, así como de

las Juntas provinciales y locales (arts. 57, 60 y 72). Es decir, se mantenía el control eclesiástico de la educación, aunque la reducción de la edad exigida para iniciar los estudios y el avance en la igualdad entre las enseñanzas impartidas a los niños y las niñas, parecían augurar nuevos tiempos.

En 1866 se hace patente en España el descontento con la política de la Reina que se apoya sistemáticamente en el partido moderado, dejando a los liberales progresistas fuera del sistema. Además, a la izquierda de los progresistas habían surgido movimientos republicanos de corte socialista y federalista, inspirados en corrientes centroeuropeas, vinculadas en ciertos sectores al pensamiento anarquista. El régimen está agotado, y los dirigentes revolucionarios se reúnen en agosto de 1866 en Ostende, acordando acabar con la dinastía y después convocar elecciones constituyentes mediante sufragio universal. Reunidos en Bruselas, un año más tarde, se ultimaron los preparativos para la insurrección, a la que se unió la Unión Liberal de O' Donnell tras su muerte en 1867. El general aspiraba a establecer cambios en el sistema, pero no hubiera sido desleal a la Reina. El golpe definitivo lo dio el almirante Prim, en septiembre de 1868, cuando la corte veraneaba en San Sebastián. Las tropas fieles a Isabel II fueron derrotadas en Córdoba y la Reina huyó a Francia el 30 de septiembre.

Durante los primeros días del mes de octubre, la Revolución se institucionaliza mediante la formación en Madrid del Gobierno provisional del general Serrano, que se apresura a reconocer los derechos y libertades de los ciudadanos, entre ellos la libertad religiosa, de enseñanza y de imprenta, y los derechos de reunión y asociación. En materia de educación fue Manuel Ruiz Zorrilla, Ministro de Fomento, quien firmó el Decreto de 14 de octubre de 1868 que derogaba la Ley de Instrucción Pública de 2 de junio. El Decreto restablece provisionalmente, la legislación anterior siempre que sus normas no fueran contrarias al contenido del propio Decreto, que declaraba el derecho de todos los españoles a la creación de centros de enseñanza y a dirigir escuelas sin necesidad de título ni autorización previa. Se suprimen las prerrogativas concedidas a las "sociedades religiosas" en materia de educación, se restablecen las Escuelas Normales y se garantiza a los maestros el derecho a utilizar los métodos didácticos que estimen más convenientes. Los maestros son nombrados por los Ayuntamientos, de los que reciben el sueldo. Por último, el Decreto requiere al Gobierno para que presente a las Cortes un proyecto de ley de primera enseñanza¹⁸.

18. *Gaceta de Madrid*, 15 de octubre de 1868.

La Constitución de 1869 introdujo preceptos relativos a la educación, de acuerdo con los principios inspiradores de la revolución. Se constitucionaliza la libertad de expresión (art. 22) y la libertad de enseñanza (art. 24)¹⁹. También se reconoció la libertad de cultos, aunque la nación quedaba obligada a "mantener el culto y los ministros de la religión católica" (art. 21). Se planteaba nuevamente la secularización de la enseñanza y se cuestionaban los privilegios de las órdenes religiosas en materia de educación. Para la realización de estos cambios, se contaba con la iniciativa privada, puesto que el Decreto de octubre de 1868, afirmaba que "...la enseñanza primaria es libre. Todos los españoles podrán ejercerla, y establecer y dirigir escuelas sin necesidad de título ni autorización previa". Declaración que llevaba a extremos turbadores la libertad de enseñanza. El hecho de que cualquier ciudadano pudiera instituir un centro educativo, sin titulación ni autorización previa invita a un comentario, como el de Millán "una posición que de ser llevada a la práctica, hubiera introducido el caos en cualquier organización educativa"²⁰.

Los protagonistas de la revolución llegaron a pronosticar un futuro en el que la acción del Estado en materia de educación no sería necesaria, pues quedaría totalmente en manos privadas: "Llegará un tiempo en que, como ha sucedido, en la industria, la competencia entre los que enseñan se limite a los particulares, desapareciendo la enseñanza oficial. Así lo aconseja el estudio de los móviles de la actividad humana, y así será porque no puede ser menos que ser. Es propio del Estado hacer que se respete el derecho de todos, no encargarse de trabajos que los individuos pueden desempeñar con mejor extensión y eficacia. La suspensión de la enseñanza pública es, por consiguiente, el ideal al que debemos aproximarnos..."²¹.

El ingenuo liberalismo de Ruiz Zorrilla queda expresado claramente en las palabras anteriores, recogidas en del Decreto de 14 de octubre, que no aporta soluciones a la cuestión de cómo se sufragaría la enseñanza general y obligatoria en un sistema educativo integrado exclusivamente por centros privados. Tal vez confiaba demasiado en el impulso que al desarrollo de la educación podrían proporcionar ciertas entidades: "La libertad de enseñanza, proclamada ya por el Gobierno Provisional, pero no realizada todavía en sus últimas consecuencias,

19. La Constitución sólo preveía el control de la educación, mediante "la inspección de la autoridad competente por razones de higiene y moralidad" (art.24).

20. Millán, F., *La Revolución Laica. De la Institución Libre de Enseñanza a la Escuela de la República*, Valencia, 1983, pág. 157.

21. Decreto por el que se dictan las normas de apertura del próximo curso académico: *Gaceta de Madrid*, 22 de octubre de 1868.

obliga, como todas las libertades, a la iniciativa individual, y la de las Diputaciones y Municipios, a mayores esfuerzos y más constantes trabajos para que el país recoja los beneficios de la conquista²². Para Delgado esta postura de Ruiz Zorrilla constituye expresión del deseo de "sacudirse de encima el sambenito de centralistas, esgrimido, con razón, por los enemigos del liberalismo, en la etapa anterior"²³.

Soluciones románticas a los problemas que aquejaban a la sociedad española. La falta de instrucción y el modelo de enseñanza que padecían los españoles, causas del atraso y la ignorancia, exigían un cambio en la educación, que no debería estar en manos de la Iglesia, ni en las del Gobierno. Los hombres de la "septembrina" confiaban en la iniciativa privada y en el principio de libre competencia para garantizar una educación libre y eficaz. En todo caso, la breve vigencia de la Constitución de 1868 y la inestabilidad política del país, tras la proclamación de la República, en febrero de 1873, obstruyeron la aplicación de cualquier medida tendente a mejorar la educación de los españoles.

2. De la restauración a la segunda república.

Tras los golpes de Estado de los generales Pavía y Martínez Campos, la Restauración canovista mantuvo la libertad de enseñanza, a la vez que acababa con los intentos de secularización y con la libertad de cátedra. En la parte dogmática de la Constitución de 1876, se reconocían los derechos y las libertades de los ciudadanos con cierta generosidad, aunque con excesivas remisiones a una futura articulación legal. El artículo 12 trataba asuntos relacionados con la educación: "Cada cual es libre de ejercer su profesión y de aprenderla como mejor le parezca. Todo español podrá fundar y sostener establecimientos de instrucción o de educación con arreglo a las leyes. Al Estado corresponde expedir los títulos profesionales y establecer las condiciones a los que pretendan obtenerlos, y la forma en que han de probar su aptitud. Una ley especial determinará los deberes de los profesores y las reglas a que ha de someterse la enseñanza en los establecimientos de instrucción pública costeados por el Estado, las provincias o los pueblos".

Se constitucionalizaba también la tolerancia religiosa en una fórmula compleja, pero que permitía a los padres no católicos solicitar que sus hijos no reci-

22. Circular a los Gobernadores Civiles de 31 de octubre de 1868.

23. Delgado, B., *"La septembrina y la Institución Libre de Enseñanza"*, en *Estudios sobre la secularización docente en España*, (Vergara Ciordia J. Coord.), Madrid, 1997, pág. 99.

bieran enseñanza religiosa en las escuelas, y que profesores no católicos pudieran ejercer su profesión libremente²⁴. En Sevilla, la Iglesia Reformada que se había instaurado bajo las libertades reconocidas en 1868, mantuvo abierta sus escuelas. Pero, sobre todo, la Institución Libre de Enseñanza, considerada, como comenta Carr, "un nido de herejes" pudo continuar pacíficamente su enseñanza²⁵.

Lo cierto es que los avatares que sufrió la educación, desde el inicio del reinado de Isabel II, no habían renovado unas constantes que mantenían inalterables los cimientos de la educación en España. En opinión de Navarro fueron cuatro los factores, arraigados en la tradición educativa española, que tuvieron el efecto de propiciar el desarrollo de escuelas alternativas, enfrentadas a la oficialidad de la enseñanza. En primer lugar la confesionalidad religiosa, cuando Revolución francesa ya había puesto "sobre el tapete la cuestión de la libertad religiosa para alumnos y profesores"; en segundo lugar, el monolingüismo, "en un Estado plurinacional y plurilingüe"; tercero, "arcaísmo de métodos y fines", ya que el aprendizaje memorístico presidía las clases y brillaba por su ausencia la reflexión y la crítica; por último, un "sistema educativo al servicio de la clase económica dominante..."²⁶.

Las escuelas alternativas trabajaron con vocación de renovar la enseñanza y transformar la sociedad, aunque los cambios políticos en el país dificultaron un desarrollo sosegado de sus métodos y objetivos. De estas escuelas señalamos tres, de naturaleza e ideología muy distinta, que convivieron con la Restauración, aunque sus ideales y experiencias pedagógicas se fraguaron con anterioridad. La primera con un peso intelectual y una influencia en la sociedad muy superior a las otras dos, fue la Institución Libre de Enseñanza (ILE). Fue fundada en octubre de 1876 por Francisco Giner de los Ríos, al que se unieron otros catedráticos, como Azcárate y Salmerón, que habían sido separados de la Universidad por defender la libertad de cátedra.

Giner de los Ríos, alma de la ILE, había sido discípulo de Julián Sanz del Río, filósofo y jurista español, estudioso en Heidelberg de la filosofía idealista alemana y, concretamente, de la doctrina de Friedrich Krausse. La huella de

24. El artículo 11 del texto constitucional afirmaba: "La Religión católica, apostólica, romana, es la del Estado. La Nación se obliga á mantener el culto y sus ministros. Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido á la moral cristiana. No se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la Religión del Estado".

25. Carr, R., op.cit., pág. 340.

26. Navarro, R., op.cit., págs. 181 y 182.

Krausse en los seguidores de Sanz del Río, que defendía una escuela laica y la libertad de conciencia y de cátedra, los obligó a mantenerse al margen de las enseñanzas oficiales. Las primeras actividades de la Institución, orientadas hacia la enseñanza universitaria, no tuvieron el éxito esperado, por lo que optaron por la educación primaria y secundaria²⁷.

En opinión de Molero Pintado, "desde una perspectiva práctica" la creación de la ILE representó "por un lado, un esfuerzo por sustraer de la esfera del Estado una pequeña parcela docente para iniciar desde ella una acción de cambio", también "sirvió para canalizar en ese momento la disidencia intelectual ante determinados medios políticos de la Restauración"²⁸. En torno a la ILE se formaron otros centros en Madrid, como la Residencia de Estudiantes creada en 1910 que reunió a notables intelectuales, y el Instituto-Escuela, constituido en 1918 con el fin de formar a docentes en nuevos métodos pedagógicos. En el resto de España se constituyeron también establecimientos docentes de la misma tendencia intelectual y pedagógica. En Bilbao en 1881, en Sabadell en 1882 y en 1914 en Barcelona. En 1915 Manuel Bartolomé Cossío sucedió a Giner al frente de la Institución²⁹.

Las otras dos escuelas alternativas a la enseñanza oficial, que destacamos, fueron la Escuela Moderna y las Escuelas del "Ave-María". La Escuela Moderna fue fundada en Barcelona, por Francesc Ferrer Guardia, "uno de nuestros educadores más conocidos internacionalmente y cuya obra sigue despertando polémica en la actualidad"³⁰. Político y pedagogo, Ferrer se exilió a París, debido a su participación en el pronunciamiento de Santa Coloma de Farnés en 1886. En Francia estudió Pedagogía laica y racionalista. Al volver a España creó la Escuela Moderna con el fin de impartir una enseñanza fundamentada en la coeducación y la libertad del individuo. Ferrer pretendía educar entendiendo el estudio no como una actividad separada del mundo laboral, sino integrada en él. Por

27. La ILE constituyó una empresa de carácter privado, financiada mediante la suscripción de acciones nominales, donaciones y las matriculas de los alumnos. El fondo así formado estaba destinado a la remuneración del profesorado, los materiales de enseñanza y las mejoras exigidas para el mantenimiento de la Institución, sólo en caso de que estuvieran cubiertos todos estos capítulos los socios repartirían las cantidades sobrantes: Jiménez-Landi Martínez, A., *Breve Historia de la Institución Libre de Enseñanza*, Madrid, 1981, págs. 83 y 84.

28. Molero Pintado, A., *La Institución Libre de Enseñanza. Un proyecto de reforma, pedagógica*, Madrid, 2000, pág. 65.

29. La labor de la ILE se prolongó durante la Segunda República, época en la que el Institut-Escola de Cataluña dependió oficialmente de la Generalidad

30. González Agábito, J., "Francisco Ferrer y Guardia", en *Historia de la Educación en España*. Autores. Textos y documentos (Negrín Fajardo, O., Dir.), Madrid, 2004, pág. 295.

ello, los alumnos de la Escuela Moderna visitaban con frecuencia las fábricas textiles de Sabadell y otros centros de trabajo. La Escuela Moderna se extendió en España, especialmente en Cataluña, donde los ideales revolucionarios, próximos a los principios del anarquismo obrero e intelectual de las asociaciones catalanas de izquierda, favorecieron el desarrollo de la institución, que dos meses después de su fundación ya había triplicado el alumnado³¹. Los principios de la Escuela Moderna tuvieron también una importante influencia y difusión en Europa central e Hispanoamérica. Ferrer fue elegido presidente del Comité de la Liga Internacional para la Educación Racional de la Infancia, organismo de promoción de las dinámicas educativas inspiradas en la Escuela Moderna³².

La primera Escuela del Ave-María fue fundada en Granada por Andrés Manjón en 1889. Jurista, pedagogo y sacerdote, se sintió atraído por el espíritu de la ILE, aunque difería abiertamente del laicismo que propugnaba la Institución y de su desdén hacia la tradición histórica y patriótica española. Manjón deseaba modificar los métodos tradicionales, sin renunciar a los principios de la religión y de la moral. En las Escuelas del Ave-María introdujo métodos pedagógicos innovadores, persiguiendo el ideal de difundir una enseñanza de calidad a todos los niños sin exclusión. Una enseñanza integral que incluyera el aspecto intelectual, físico, social y moral de la persona. Manjón consideraba que la educación moral era la respuesta a la corrupción y los escándalos de la política. Durante la vida del fundador se abrieron unas cuatrocientas Escuelas del Ave-María no sólo en España sino en otros países de Europa e Hispanoamérica³³.

Estas experiencias educativas utilizaron publicaciones periódicas como órganos de difusión y propaganda de sus ideas y objetivos. La Institución Libre de Enseñanza comenzó a publicar su "Boletín" unos meses después de su fundación. Pronto se convirtió en una revista prestigiosa por la calidad de sus colaboraciones y su carácter independiente y multidisciplinar. En 1936 el "Boletín" dejó de publicarse y no se volvió a editar en España hasta que, en 1987, la revista inició lo que se ha denominado la "segunda época".

La Escuela Moderna tuvo también un "Boletín" en el que Ferrer deseaba difundir no sólo su obra pedagógica, sino la ideología revolucionaria y anar-

31. Pérez Galán, M., *La enseñanza en la Segunda República Española*, Madrid, 1975, pág. 29.

32. La Escuela Moderna fue clausurada en 1906 debido a la "doctrina" que enseñaba. En 1909 Ferrer fue acusado de inspirador de los sucesos de la Semana Trágica y condenado a muerte.

33. Vid. Ávila Fernández, A., "*Andrés Manjón y Manjón*", en *Historia de la Educación en España*. Autores. Textos y documentos, op.cit., págs. 283-288.

quista que profesaba. También fue iniciativa de Ferrer la Revista "La Escuela Renovada" cuyo objeto consistía en dar "extensión internacional a la Escuela Moderna de Barcelona". El primer número se publicó en Bruselas en 1908.

En cuanto a las Escuelas del Ave-Maria, no editaron, en realidad, una revista, sino unas "Memorias" de las Escuelas y unas "Hojas" en la que Manjón pretendía divulgar la actividad de los centros que erigía, además de obtener financiación para su obra³⁴.

Una cultura de cambio social se estaba extendiendo en España, y no sólo en ámbitos privados, externos a la enseñanza oficial. La crisis del sistema ideado por Canovas fuerza una política de reforma, afianzándose la idea del regeneracionismo, una renovación de la vida pública que incluía la formación del ciudadano en los principios de una convivencia libre y pacífica. La idea consistía en "europeizar" a España con el fin de modernizarla, a lo que aspiraban intelectuales como Costa u Ortega. El mismo sentido se advierte en el pensamiento de Cossío, Picabea o Giner. Incluso desde el Gobierno, liberales y conservadores, hablaban de "regeneracionismo", entendido como un proceso de cambio de la política y la sociedad española, empezando por la educación³⁵.

En opinión de Puelles: "A diferencia de los liberales, los conservadores se caracterizaron principalmente por colocar la defensa del orden social en primerísimo lugar, de tal modo que la protección de los intereses eclesiásticos, coadyuvantes a tal fin, ocupó un lugar importante en su ideario político. Ello explica la posición del partido conservador a favor de la enseñanza obligatoria de la religión en las escuelas, su tolerancia respecto a la falta de titulación académica en el profesorado religioso, el fomento de la enseñanza privada -predominantemente confesional-, la promoción de la libertad de enseñanza como libertad de creación de centros docentes, etc. (...) Los liberales, a principios de siglo, tenían prácticamente cumplido su programa político -libertad de asociación, jurado popular,

34. Lázaro Lorente, L. M., *Prensa Racionalista y Educación en España (1901-1932)*, Valencia, 1995, págs. 24 y ss.

35. Debería hablarse de "regeneracionismos" puesto que se trataba de un concepto interpretado de distintas formas. Así lo expresa Carr: "Al principiar el siglo, la regeneración era un tema acerca del que todos escribían ensayos, desde el cardenal-arzobispo de Valladolid hasta Blasco Ibáñez el novelista republicano, desde profesores a poetas, desde los herederos de la tradición serena de Jovellanos hasta los charlatanes políticos, desde los nacionalistas catalanes hasta los patriotas castellanos (...) Todos fueron regeneradores a su modo": Carr, op.cit., pág. 452. *Acerca de la influencia del concepto de regeneración en la modernización de la enseñanza*: Fernández Soria, J. M., *Estado y Educación en la España Contemporánea*, Madrid, 2002, págs. 66-72. También, *sobre el Regeneracionismo pedagógico y social en la España de 1898*: Capitán Díaz, A., *Breve Historia de la educación en España*, Madrid, 2002, págs. 302-308.

sufrago universal-. De ahí que la regeneración nacional se ligue ahora con la plena secularización de la sociedad española. De ahí sus primeros pasos de lo que se ha llamado el "giro anticlerical" que, en educación, pugró por dignificar la enseñanza pública en detrimento de la pujante enseñanza confesional³⁶.

En todo caso, la modernización intelectual y social del país pasaba necesariamente por la renovación de la educación. La Ley "Moyano" de 1857 no se cumplía ni en lo que se refiere a la obligatoriedad de la enseñanza, ni a las condiciones y mobiliario de las escuelas. Los maestros estaban mal pagados y carecían de viviendas adecuadas. La situación empeoraba significativamente en el mundo rural, donde la penuria en la que se impartía la enseñanza solía ser mayor que en las ciudades, debido a que correspondía a los Ayuntamientos el pago de los haberes del maestro y el mantenimiento de la escuela³⁷.

Entre las primeras medidas de reforma de la enseñanza, movidas por las ideas regeneracionistas, encontramos el Real Decreto de 23 de septiembre de 1898 dictado, y desarrollado un año después mediante numerosas disposiciones. Fue aprobado por el Gobierno Sagasta que asumió el poder tras el asesinato de Canovas, en agosto de 1897. El Decreto modificaba un obsoleto Certificado de Aptitud, que acreditaba para ejercer de maestro, y creaba en Madrid varias Escuelas Normales, exigiendo que en las demás provincias existiese, al menos, una Escuela Normal elemental y una escuela práctica que debía ser graduada, esto es, contar con varias clases que reuniera a los alumnos por edades. Esta última exigencia ponía de manifiesto la importancia que el ideal de la escuela graduada tuvo para la modernización de la enseñanza. La implantación de la escuela graduada consistía en sustituir la escuela con un maestro que impartía clase en un aula a alumnos de diferentes edades y conocimientos, por un colegio en el que los niños se agruparan por edades, con un maestro para cada aula. Este avance constituyó una verdadera revolución educativa. Así lo expresa Viñao "la introducción, difusión y consolidación de la escuela graduada fue la renovación o cambio organizativo más importante experimentado por la enseñanza primaria en el siglo XX"³⁸.

36. Puelles Benítez, M., "Cien años de política educativa en España", en *La educación en España del Siglo XX. Primer centenario de la creación del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes*, págs. 22 y 23.

37. "En 1885 una estadística oficial afirma que hay en España veintinueve mil escuelas; es decir, a fines de siglo, tras varias décadas de existencia de la Ley (Moyano) debería haber seis mil más. Más de nueve mil distritos municipales carecen de las escuelas necesarias; la mitad de ellos de menos de 500 habitantes y de otra mitad de 500 a dos mil": Navarro, R., op.cit., pág. 146.

38. Viñao Frago, A., "La Escuela graduada: una nueva organización escolar y pedagógica", en *Cien años de educación en España. En torno a la creación del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes*, (Dir. Álvarez Lázaro, P.), Madrid, 2000.

Fue también la atención prestada a la "regeneración" de la educación lo que decide la creación del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, mediante Real Decreto de 18 de abril de 1900, siendo Jefe del Gabinete el conservador Francisco Silvela³⁹. Se trata de una decisión trascendente, que comprometía al Estado en el desarrollo de una política educativa. En la práctica comienza una era en la que la figura del maestro, aunque sigue siendo prioritaria para desarrollar una enseñanza de calidad, no es la única protagonista, como lo había sido hasta entonces. En opinión de Escolano dos factores entraron en la escena del mundo educativo español: la propia existencia del Ministerio, que representó un aumento de la normativa sobre enseñanza, y la aparición de ámbitos académicos en los que surgen "expertos" en educación cuyos criterios han de tenerse en cuenta⁴⁰.

El primer titular del Ministerio, Antonio García Alix, destacó por su espíritu reformista y el interés por comprometer al Estado en los problemas de la enseñanza. El Real Decreto de 21 de julio de 1900, aprobado durante su mandato, dictaba "reglas para pago del personal y el material de las escuelas públicas de instrucción primaria". El objeto consistía en dignificar la figura del maestro y afrontar su penosa situación profesional y personal. En este sentido, como recuerda Del Pozo Andrés, el Decreto de 21 de julio "constituyó el primer paso en el largo camino para convertir a los maestros en funcionarios del Estado"⁴¹.

Al conservador García Alix lo sustituyó, en marzo de 1901, Álvaro de Figueroa y Torres, conde de Romanones, liberal, que mantuvo la línea seguida por su antecesor en el cargo, consolidando los logros obtenidos. Bajo la gestión de Romanones se incorporaron los haberes de los maestros a los presupuestos del Estado, primero mediante el Decreto de 16 de octubre de 1901, y después mediante la Ley de 17 de diciembre del mismo año. El Ministro defendió en el Congreso que dignificar la figura del maestro es esencial para la mejora de la enseñanza en España. Y, había que trabajar, no sólo para dotarlos de un salario

39. Francisco Silvela (1843- 1905) fue, entre otros cargos, Ministro de Gobernación y de Gracia y Justicia. Presidente del Consejo de Ministros decide dividir el Ministerio de Fomento en dos Departamentos, uno de Agricultura, Industria, Comercio y Obras Públicas, y otro de Instrucción Pública y Bellas Artes.

40. Escolano Benito, A., *"La cultura de la Escuela en España en el entorno de 1900"*, en *Cien años de educación en España. En torno a la creación del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes*, op.cit.

41. Del Pozo Andrés, M^a M., *La educación en la España del siglo XX. Primer centenario de la creación del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes*, (Catálogo exposición Biblioteca Nacional, septiembre-octubre, 2001), Madrid, 2001, ficha núm. 26, pág. 59.

que los permitiera desempeñar con decoro su función educativa, sino que había que invertir en su formación y trabajar por un reconocimiento social. En 1911 Romanones presentó en el Congreso una Memoria en la que denunciaba las carencias de la enseñanza en España, especialmente la falta de medios para afrontarlas. En fin, pasos importantes para la creación de unas condiciones de trabajo satisfactorias, aunque no fueran aún comparables con el estatuto del que gozaban los maestros en otros países europeos⁴².

La proclamación de la República, tras los resultados de las elecciones del 12 de abril de 1931 y la salida de España de Alfonso XIII, cambiaron nuevamente la orientación de la política educativa española. Entre las primeras medidas tomadas por la República sobre educación, destacan las normas relativas al bilingüismo y la instauración del laicismo en la escuela⁴³. Dictado a los pocos días de que el Gobierno provisional asumiese el poder, el Decreto de bilingüismo de 29 de abril de 1931, estaba directamente dedicado a la utilización indistinta del catalán o el castellano en Cataluña. El criterio pedagógico que esgrimía el propio Decreto, era la conveniencia de que la educación, sobre todo en la enseñanza primaria, fuera en "la lengua materna", invocando a Bélgica como "el ejemplo más categórico de la aplicación de este principio", donde en "un Estado perfectamente unido existen dos zonas geográficas y lingüísticas definidas: la flamenca y la francesa. La lengua materna se ha elevado en ellas a la categoría de lengua vehicular, sin abandonar ni olvidar la otra lengua, que se ha cultivado y enseñado con toda intensidad". Por ello, el Decreto exigía, en el artículo 2: "En las escuelas maternales y de párvulos de Cataluña la enseñanza se dará exclusivamente en lengua materna, catalana o castellana". Asimismo, el artículo 3 afirmaba que la lengua materna sería también la que se utilizaría para las escuelas primarias, aunque, en todo caso, el Decreto garantizaba el conocimiento del castellano a todos los alumnos: "... se les enseñará a los alumnos catalanes, a partir de los ocho años, el conocimiento y práctica de la lengua española, a fin de conseguir la hablen y escriban con toda corrección". El Decreto se aplicó sólo en Cataluña, aunque el "artículo adicional" preveía que, una vez justificada en otros territorios, la misma necesidad que en Cataluña y mediante solicitud al

42. La vocación estatal de mejorar la enseñanza se aprecia, también, en los cambios que se establecieron en la construcción de escuelas. Hasta 1920 era competencia de los Ayuntamientos, que recibían subvenciones del Estado, a partir de esta fecha se crea, dependiendo del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, la Oficina Técnica de Construcciones Escolares.

43. Marcelino Domingo Sanjuán (1884-1939) fue Diputado independiente en 1914, fundando en 1929 el Partido Radical-Socialista. El 16 de abril de 1931 fue nombrado Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes del Gobierno provisional de la recién proclamada República. Se unió en 1933 a Azaña constituyendo Izquierda Republicana.

Gobierno, éste resolvería "aplicando el espíritu de los artículos anteriores, en armonía con la difusión y circunstancias del idioma respectivo".

Por otra parte, el Decreto de 6 de mayo de 1931, predicó la libertad religiosa, estableciendo que "la instrucción religiosa no será obligatoria en las Escuelas primarias, ni en ninguno de los centros dependientes de este Ministerio" (art. 1º). No obstante se aseguraba a los padres que lo desearan, que sus hijos recibieran dicha enseñanza "en la misma forma que hasta la fecha". La libertad de conciencia alcanzaba también a los maestros, de modo que podían declarar su deseo de no impartir enseñanza religiosa que, en este supuesto quedaba confiada "a los sacerdotes que voluntariamente y gratuitamente quieran encargarse de ellas en horas fijadas, de acuerdo con el maestro" (art. 3º).

En estas medidas se introduce un concepto, presente en la ideología que inspiró la República, pero que no llegó a plasmarse plenamente en normas específicas: la escuela única. El ideal perseguido consistía en establecer una escuela unificada, sin distinción alguna por sexo, nacimiento, riqueza, ideología o religión, lo que conducía a una enseñanza igual para todos, a la coeducación y al laicismo. Su más destacado defensor en España fue el pedagogo Lorenzo Luzuriaga, que en 1918 Luzuriaga redactó las "Bases para un programa de instrucción pública", presentado en el XI Congreso Ordinario del Partido Socialista en Madrid, celebrado entre el 23 de noviembre y el 2 de diciembre del mismo año. Fue aprobado como programa mínimo en materia de educación del partido. En 1922 Luzuriaga fundó la Revista de Pedagogía⁴⁴.

El laicismo provocó importantes enfrentamientos en las Cortes constituyentes, surgidas de las elecciones de 28 de junio. Durante los días 8 y siguientes de octubre de 1931, los Diputados protagonizaron tormentosos debates que enlazaron el derecho a la educación a las ideas sobre familia y religión. El discurso de Azaña, del día 13, constituye referencia obligada sobre la voluntad de la izquierda republicana de secularizar la enseñanza y constituir un Estado aconfesional, especialmente por la conocida frase: "España ha dejado de ser católica"⁴⁵.

44. Lorenzo Luzuriaga, pedagogo y discípulo de la ILE, vinculado al Partido Socialista, publicó en 1915 *La enseñanza primaria en España*, en 1922 *La Escuela Unificada*, en 1931 *La Escuela Única* y en 1946 *La Escuela nueva pública*, entre otras numerosas obras.: Cfr. Porto Ucha, A., "Bases para un programa de instrucción pública del PSOE", en *Historia de la Educación en España*. Autores. Textos y documentos, cit., págs. 545-550.

45. Los principios básicos de la Constitución de 1931 pueden resumirse como hace Torres del Moral, aunque el propio autor reconoce el riesgo que encierra toda síntesis excesiva: "democracia, liberalismo político, regionalismo, laicismo y economía mixta", op.cit., pág. 176.

La redacción definitiva del artículo 3 de la Constitución mantuvo, en cuanto al contenido, el proyecto que se debatía, y que constitucionalizaba un Estado laico: "El Estado español no tiene religión oficial". El Título III del Texto clasificaba los derechos de los ciudadanos bajo dos rúbricas: los individuales y políticos, garantizados en el Capítulo I (arts. del 25 al 42), y en los que se aprecia el influjo de la Constitución de 1869, y los relativos a la "familia, economía y cultura" en el Capítulo II del mismo Título (arts. del 43 al 50), que reúne normas de distinta naturaleza, por lo que Pérez Serrano considerara que dicho Capítulo II "engloba temas tan dispares entre sí, que sólo por exclusión del Capítulo anterior pueden aparecer unidos"⁴⁶.

El artículo 26 separaba a la Iglesia del Estado, quedando aquella sometida al régimen general sobre asociaciones. Se disolvían las órdenes religiosas de obligatorio voto de obediencia, que afectaba concretamente a la Compañía de Jesús, confiscando sus posesiones⁴⁷. Las demás órdenes religiosas quedaban sometidas a "una ley especial votada por esta Cortes Constituyentes", legislación que debería ajustarse a unas bases dispuestas en el mismo artículo 26. Estas bases preveían también la disolución de las órdenes religiosas que "por sus actividades constituyan un peligro para la seguridad del Estado". Se suprimen las prerrogativas de la Iglesia, que queda sometida "a todas las leyes tributarias del país". Además, el Estado dejó de pagar haberes al clero: "El Estado, las regiones, las provincias y los municipios, no mantendrán, favorecerán, ni auxiliarán económicamente a las Iglesias, asociaciones o instituciones religiosas". El artículo 27 proclamaba la libertad conciencia y el derecho a practicar libremente cualquier religión, "salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública". No obstante, sólo se garantiza el ejercicio privado del culto, ya que "las manifestaciones públicas de culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno". Los cementerios quedaban "sometidos exclusivamente a la jurisdicción civil"⁴⁸.

En el modelo de educación que pretende implantar la República destaca el contenido del artículo 46: "El servicio de la cultura es atribución esencial del

46. Pérez Serrano, N., *La Constitución española (9 de diciembre de 1931: antecedentes, texto y comentarios*, Madrid, 1932, pág. 184.

47. El Decreto de disolución de la Compañía de Jesús es de 23 de enero de 1932. Las protestas por esta medida fueron numerosas. Pío XI expresó públicamente su consternación y su dolor, el nuncio Monseñor Tedeschini, presentó una protesta formal al Gobierno, y hubo incluso manifestaciones en contra del Decreto de disolución.

48. En opinión de Tomás y Valiente, un tema especialmente conflictivo y no bien resuelto en la Constitución fue el religioso, y ello no porque el artículo 3 declarase que el Estado español no tiene religión oficial, sino por el agresivo contenido de los artículos 26 y 27: *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1987, pág. 461.

Estado y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de escuela unificada. La enseñanza primaria será gratuita y obligatoria. Los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial son funcionarios públicos. La libertad de cátedra queda reconocida y garantizada. La República legislará en el sentido de facilitar a los españoles económicamente necesitados el acceso a todos los grados de enseñanza, a fin de que no se halle condicionada más que por la aptitud y la vocación. La enseñanza será laica, hará del trabajo el eje de su actividad metodológica y se inspirará en ideales de solidaridad humana. Se reconoce a las Iglesias el derecho, sujeto a la inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos". La laicidad de la escuela, un ideal perseguido por ilustrados y liberales de generaciones anteriores, quedaba garantizada en la Constitución republicana.

Los siguientes artículos del texto constitucional conciernen también al derecho de educación. El artículo 49 otorga al Estado la competencia exclusiva de expedir "títulos académicos y profesionales", así como la de establecer "las pruebas y requisitos necesarios para obtenerlos aun en los casos en que los certificados de estudios procedan de centros de enseñanza de las regiones autónomas". Asimismo, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 50, el Estado "ejercerá la suprema inspección en todo el territorio nacional para asegurar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en este artículo y en los dos anteriores." También "el Estado atenderá a la expansión cultural de España estableciendo delegaciones y centros de estudios y de enseñanza en el extranjero y preferentemente en los países hispanoamericanos".

Las competencias de educación son, por tanto, de naturaleza estatal y, a pesar de que la Constitución prevé un "Estado integral compatible con la autonomía de los municipios y las regiones" (art.1º), las atribuciones a las regiones autónomas en materia de enseñanza resultan muy limitadas, pues, su margen de actuación queda exclusivamente referido a la organización "de la enseñanza en sus lenguas respectivas, de acuerdo con las facultades que se concedan en sus Estatutos" (art. 50). Asimismo, se establece la obligatoriedad de estudiar el castellano, lengua que "se usará también como instrumento de enseñanza en todos los Centros de instrucción primaria y secundaria de las regiones autónomas. El Estado podrá mantener o crear en ellas instituciones docentes de todos los grados en el idioma oficial de la República" (art. 50). Por último, la Constitución reenvía a una ley de Cortes la regulación de la Instrucción Pública, la determinación "de la edad escolar para cada grado, la duración de

los períodos de escolaridad, el contenido de los planes pedagógicos y las condiciones en que se podrá autorizar la enseñanza en los establecimientos privados" (art. 49)⁴⁹.

Desde el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, su titular, Fernando de los Ríos, impulsó la creación de escuelas y la reforma del Magisterio⁵⁰. Lo animaba el empeño de la izquierda por modernizar la educación, y la esperanza de muchos maestros en las mejoras previstas, en contra se alzaba la crisis económica mundial que afectó también a España, y que se traducía en que el aumento del presupuesto dedicado a la construcción de escuelas no alcanzaba el ritmo deseado desde el Ministerio. Al fin la Ley de 16 de septiembre de 1932 concedió un empréstito de cuatrocientos millones de pesetas para edificios escolares, cantidad de la que se debía disponer a lo largo de ocho años⁵¹. Y, para que la calidad de la construcción fuera adecuada a su destino, se dicta el Decreto de 7 de junio de 1933 que fija las condiciones que ha de reunir el edificio, y cuyo preámbulo afirma que "la escuela es fundamentalmente el revestimiento arquitectónico de una idea"⁵².

El 2 de junio de 1933 se aprueba la Ley de Confesiones y Congregaciones Religiosas, "en ejecución de los artículos 26 y 27 de la Constitución" según afirmaba el artículo 1º de la propia Ley, permitía a las iglesias "fundar y dirigir establecimientos destinados a la enseñanza de sus respectivas doctrinas y a la formación de sus ministros". A la vez que se impedía a las órdenes y congregaciones religiosas dedicarse al ejercicio de la enseñanza (art. 20). Es decir, la labor de las iglesias en educación quedaba prohibida, excepto para la enseñanza de la

49. En 1933 aparece por primera vez en un texto constitucional, una mención expresa a la infancia. El artículo 41, dedicado a la familia, dispone la obligación de los padres de educar a sus hijos y asegura que la "infancia y la maternidad estarán bajo la protección del Estado."

50. Fernando de los Ríos (1879-1949), catedrático de Derecho Político y dirigente del Partido Socialista, que había ostentado con anterioridad la cartera de Justicia, fue Ministro de Instrucción Pública entre 1931 y 1933.

51. La magnitud del empréstito hay que relacionarla con el total del presupuesto del Estado del mismo año que era de 4.541.200 millones de pesetas. Se calculaba, además que los Ayuntamientos dedicarían alrededor de 200 millones al mismo fin: Vid. Pérez Galán, M., *La Enseñanza en la Segunda República Española*, Madrid, 1977, págs. 104-115.

52. El Gobierno republicano tuvo éxito en muchas de las medidas tomadas sobre educación, la cuestión es que la educación formaba parte de un programa de actuación más ambicioso, materializado en intentos que, en opinión de Capitán Díaz, "...no solucionaron, en realidad los graves problemas, seculares, que el pueblo demandaba; quedaron en iluminarias pedagógicas y golpes de efecto: el poder capitalista continuaba como siempre y el pueblo siguió con la misma penuria económica y cultural, aunque la instrucción pública progresara como objeto prioritario del gobierno republicano.": *Breve historia de la educación en España*, op.cit., pág. 339.

doctrina y la formación de los ministros de su confesión. El control del sometimiento de las iglesias a estas disposiciones quedaba encargado a la Inspección del Estado, incluso, el temor a que la Iglesia adoctrinara a los españoles en contra de la República, llevó al legislador a establecer una vigilancia sobre los centros de enseñanza de la religión: "La inspección del Estado garantizará que dentro de los mismos no se enseñen doctrinas atentatorias a la seguridad de la República" (art.20).

La Ley de 2 de junio preveía también un plazo para la clausura de los centros de enseñanza religiosos, que eran mayoría en España: "el ejercicio de la Enseñanza por las Órdenes y Congregaciones religiosas cesará en 1º de octubre próximo para toda clase de enseñanzas, excepto la primaria, que terminará en 31 de diciembre inmediato. El Gobierno adoptará las medidas necesarias para la sustitución de unas y otras enseñanzas en el plazo indicado" (art. 31 b). Sin embargo, en la práctica, la enseñanza continuó siendo esencialmente católica, pues los plazos establecidos en la Ley de Congregaciones y Confesiones sólo se cumplieron parcialmente, cuestión que levantó también agrias polémicas en las Cortes, especialmente tras las elecciones de 19 de noviembre de 1934, que dieron la victoria a la CEDA. Al Gobierno constituido tras este resultado electoral le reprochó la oposición, en los debates de junio de 1934, desatender la sustitución de la enseñanza en colegios religiosos por centros laicos. Además, en las Cortes la izquierda mantenía una postura común sobre los conceptos de secularización, laicidad y generalidad, sin embargo había criterios opuestos en lo que se refiere a la libertad de enseñanza. Los socialistas propugnaban una enseñanza estatal fuerte, con el subsiguiente debilitamiento de la enseñanza privada, mientras que los anarquistas deseaban mantener sus propias escuelas, como la experiencia de la Escuela Moderna de Ferrer i Guardia, en competencia con otras instituciones incluso de distinto signo⁵³.

Tras la victoria del Frente Popular, el Gobierno presidido por Manuel Azaña llamó nuevamente a Marcelino Domingo para dirigir el Ministerio de Instrucción Pública, y volver a retomar los ideales educativos de los primeros años de la República. Pero el levantamiento militar contra la República frenó la aplicación de cualquier medida. La vigencia de la Constitución de 1931, quedó en suspenso terminada la guerra civil, produciéndose la ruptura del régimen constitucional.

53. Pérez Galán, M., *La enseñanza en la Segunda República española*, op.cit., pág. 30.

**VERTIENTE RELIGIOSA DEL ORDEN PÚBLICO
Y LA INTEGRACIÓN SOCIAL
(UNA REFLEXIÓN A PARTIR DE LA INMIGRACIÓN)¹**

José María Martí Sánchez

*Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO

1. *Algunos datos estadísticos.*
2. *El Derecho y los poderes públicos subordinados a la persona y el sentir social.*
 - 2.1. *El Derecho y su relación con la sociedad*
 - 2.2. *Especial significado de lo religioso en la anteposición de la persona y el sentir social en el sistema democrático-liberal.*
3. *Objeto de esta reflexión sobre la inmigración.*
4. *El orden público.*
 - 4.1. *Caracterización y espíritu del orden público en un sistema democrático-liberal*
 - 4.2. *El contenido del orden público.*
 - 4.3. *La incidencia del multiculturalismo en la configuración del orden público.*
5. *La integración social.*
 - 5.1. *Sentido y alcance de la integración social como concepto juridificado y su semejanza funcional con la de confesión con "notorio arraigo".*
 - 5.2. *El "notorio arraigo": su apoyatura social y su peligro de deslizamiento hacia la arbitrariedad.*
 - 5.3. *En qué consiste para el Derecho la integración social.*
 - 5.4. *Los requisitos para la suficiente integración en la sociedad española: régimen familiar e idioma.*
 - 5.5. *El problema de las "costumbres religiosas" en orden a la integración en la sociedad española.*
6. *Conclusiones.*

1. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto nacional de I+D SEJ2005-0221-JUR.

1. Algunos datos estadísticos

Desde los últimos años -con un aumento significativo a partir de 2005 debido al denominado proceso de regularización de inmigrantes- una de las cuestiones que más preocupan a los españoles, según las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas es, junto al paro y el terrorismo, la inmigración. Según el Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas de *noviembre de 2005*², a la pregunta: "¿Cuáles es, a su juicio, el principal problema que existe actualmente en España? ¿Y el segundo y el tercero?"³ las respuestas incluían, como valores más importantes, el paro (54.0%), la inmigración (40.0%), el terrorismo, ETA (25.2%) y la vivienda (21.5%)⁴. Por su parte, ya en el 2006, el *Barómetro de junio* destaca el paro (46.1%), la inmigración (43.6%), la inseguridad ciudadana (26.3%) y la vivienda (25.9%). Y el de *julio* señala, como problemas principales para los españoles, el paro (46.8%), la inmigración (35.9%), el terrorismo, ETA (26.9%) y la vivienda (26.5%). De este modo se consolida la inmigración como el segundo problema que más preocupa a los españoles, a distancia de los que le siguen.

Los datos del *Instituto Nacional de Estadística*⁵, sean más o menos completos, apuntan a una importancia social cuantitativa de la inmigración que también invita a la reflexión. A 1 de enero de 2006 el total de extranjeros viviendo en España era de 3.884.573 destacando, por su nacionalidad, los marroquíes (487.942), seguidos de los ecuatorianos y rumanos. Aunque muy por debajo de aquel contingente, hay una comunidad importante, en cuanto a países de mayoría islámica, de argelinos, de pakistaníes y senegaleses (país con un 87.6% de habitantes islámicos)⁶. En general, la población inmigrante de estas nacionalidades se sitúan en la horquilla que va de los 25 a los 34 años. Si bien, y por efecto del paso del tiempo, va aumentando la población infantil. Así, por ejemplo, hay 45.043 niños marroquíes de 1 a 4 años.

En cuanto a la distribución geográfica de la inmigración, se concentra principalmente en Cataluña, Madrid y, a más distancia, la Comunidad Valenciana, y Andalucía. Por provincias, además de Madrid, tiene una importante población de extranjeros Barcelona, Alicante, Murcia y Valencia.

2. Se pueden consultar en www.cis.es/cis/opencms/ES/2_barometros/depositados.jsp

3. Se aceptaba un máximo de tres respuestas por persona de un total de 31 posibilidades.

4. En octubre los datos fueron: el paro (51.1%), la inmigración (37.4%), el terrorismo, ETA (25.0%) y los problemas de índole económica (22.4%).

5. Avance del Padrón a 1 de enero de 2006. Datos provisionales. Cfr. www.ine.es/inebase/cgi/axi

6. Cfr. *Rapporto 2005 sulla Libertà Religiosa nel Mondo*, A. Tamburrini, ed., *Aiuto alla Chiesa che Soffre*, Roma, 2005, pág. 364.

Hay que reconocer que las cifras de *islámicos* carecen de fiabilidad. Están condicionadas por ser suministradas por las propias organizaciones religiosas, así como por las circunstancias que rodean al Islam -con la confusión entre lo étnico-nacional y lo religioso- y a sus adeptos en España -en buena medida inmigrantes no siempre legales-. Por todo ello conviene dar un número aproximado que se sitúa en torno a los 800.000 islámicos⁷. "En este momento, 375.460 musulmanes tienen la nacionalidad española; 29.985 melillenses, 32.572 ceutíes, 83.614 nacionalizados y 196.289 de segunda generación. En cuanto al colectivo inmigrante, 333.770 son marroquíes, 23.785 argelinos, 17.889 senegaleses, y el resto de otros países africanos, árabes y asiáticos. Un colectivo con un marcado carácter marroquí, que se aglutina en ciudades como Madrid y Barcelona, sus extrarradios, y en la "colonización" de lugares históricos. El barrio del Albaicín, en Granada (con 15.000 vecinos musulmanes; o 60.000 según otras fuentes) es el caso más llamativo"⁸.

A la inmigración de origen magrebí y religión islámica dedicaremos la mayor atención por su abultada cifra y su marcada impronta, contrastante con los principios y situación de nuestra sociedad⁹. Es por esto, así como por el espíritu cerrado -en lo cultural- con que actúan las comunidades formadas por inmigrantes islámicos, en los países occidentales¹⁰, y expansionista -en el contexto internacional- que se ha planteado un problema de interrelación con otras tradiciones. "El Islam no es sólo una religión, cuya práctica y ejercicio no encontraría dificultades en los países europeos; la cuestión reside en que el Islam es una cultura y una forma de vida, que no sólo se opone a una asimilación e integración, sino que aspira a conservarse inmune de cualquier contaminación y por su con-

7. Cfr. "Musulmanes en España, hoy: de 500.000 a 800.000", en *Alfa y Omega*, núm. 489, de 9 de marzo de 2006.

8. J.L. Orella, "Las cifras del Islam en España", en *Revista Arbil*, núm. 102, marzo 2006. En este artículo se dan unas cifras sobre la comunidad islámica en España superior a los 800.000 miembros.

9. Si en lo cultural y político las diferencias entre España y Marruecos son grandes, no son menores en lo económico y social. El desnivel económico entre los dos países, la renta per capita de Marruecos es alrededor de 14 veces inferior a la de España, es uno de los mayores que se producen entre países limítrofes. Sólo entre Corea del Norte y del Sur existe una diferencia mayor. Jorge Dezcallar, embajador de España en Marruecos a la sazón, con ocasión de un seminario hispano-marroquí de la Asociación de Periodistas Europeos (Rabat, marzo de 2001), expuso que, la renta per cápita de España 15 veces mayor que la de Marruecos, la diferencia entre los índices de alfabetización o los de la sanidad e higiene pública, configuran la naturaleza abrupta de frontera, la mayor entre las existentes en el planeta.

10. Se ha subrayado que los islámicos constituyen el grupo más refractario a asimilar los valores de la sociedad occidental, como afirma Foblets. Cfr. A. Motilla, "Planteamiento general", en A. Motilla/P. Lorenzo, *Derecho de familia islámico. problemas de adaptación al Derecho español*, Editorial Colex, Madrid, 2002, pág. 20.

dición superior"¹¹. El Preámbulo de la Declaración del Cairo sobre Derechos humanos de 1990 confirma tal sentimiento: "afirmando el papel civilizador e histórico de la Comunidad de creyentes Islámica, instituida por Allah como la mejor comunidad", de ella se espera "sirva de recta guía a la humanidad, confundida por creencias y corrientes contradictorias; y que asimismo provea soluciones para los problemas crónicos de la sociedad materialista"¹².

En cualquier caso, conviene advertir, por la simplificación difundida por los medios de comunicación social, que la inmigración islámica no forma un bloque homogéneo sino un fenómeno complejo y rico en matices¹³. El movimiento de los Hermanos Musulmanes, nacidos en Egipto en 1928 y con organizaciones nacionales en los países occidentales, trata de paliar esta dispersión¹⁴.

2. El Derecho y los poderes públicos subordinados a la persona y el sentir social

2.1. El Derecho y su relación con la sociedad

El Derecho, en cuanto que lo es para regular y ordenar la convivencia en una sociedad, según criterios de justicia, tampoco puede desentenderse del substrato social¹⁵. Ésta fue la causa principal del fracaso de la Ley de 18 de junio de 1870 sobre el matrimonio civil obligatorio¹⁶. La experiencia explica que el legislador, para legitimar una decisión legislativa polémica -el "matrimonio" homosexual- insistiera reiteradamente en la demanda social: "se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar res-

11. Cfr. J.A. Souto Paz, *"Multiculturalismo, Inmigración y Libertad Religiosa"*, en *Pluralismo Religioso y Libertad de Conciencia. Configuraciones Jurídicas y políticas en la contemporaneidad*, C.V. Zambrano, ed., Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, 2003, pág. 42.

12. Tomamos la traducción de P. Buendía, *"La declaración de los Derechos Humanos en el Islam"*, en www.gees.org/articulo/952 (*Colaboraciones* núm. 203, 1 de Diciembre de 2004).

13. Las divisiones étnicas (de idioma), religiosas y nacionales motivan, en cierto modo, las existentes entre las comunidades islámicas. Por ello carecen frecuentemente de relaciones y de opiniones concordantes. Cfr. A. Motilla, *"Consideraciones previas"*, en *AA. VV., Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, A. Motilla, ed., Editorial Trotta, Madrid, 2004, pág. 15.

14. Cfr. M^aJ. Cláurritz, *"La situación jurídica de las comunidades islámicas en España"*, en *AA. VV., Los musulmanes en España...*, págs. 44-50.

15. Se ha utilizado este símil, tomado del mundo vegetal, para explicar la relación entre Derecho y sociedad y que, en todo caso, señala la fuerte dependencia de ambos. Cfr. M. Chemillier-Gendreau, *Introduction générale au Droit*, Eyrolles, Paris, 1990, pág. 68.

16. J.M^a Martí/D. García-Pardo/S. Catalá, *El matrimonio religioso en el Derecho español*, Librería Popular, Albacete, 2003, pág. 49.

puesta"¹⁷; aunque, más abajo, reconoce a la sociedad un papel más pasivo -de simple aceptación -: "la regulación del matrimonio que ahora se instaaura trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española".

En cualquier caso que tal respaldo social se produzca y sea espontáneo -no inducido por medio de la manipulación o desinformación- es fundamento del quehacer jurídico. Hernández Gil habla de que "el derecho emanado del pueblo puede adolecer de imperfecciones, pero es auténtico. El derecho impuesto, aunque sea correcto, no es auténtico"¹⁸. Y Ortega y Gasset consideraba que el Derecho era una "secreción espontánea de la sociedad", de modo que "querer que el derecho rijan las relaciones entre seres que previamente no viven en efectiva sociedad, me parece -y perdóneseme la insolencia- tener una idea bastante confusa y ridícula de lo que el derecho es"¹⁹. Sheed ha explicado, más en detalle, este principio de organización de una sociedad sana, en la que la vitalidad que fluye de ella justifica la labor del gobernante cuyo compromiso va más allá de la eficiencia en la gestión de la cosa pública. El pueblo exige sintonía espiritual y psicológica en quienes lo gobiernan. Este entendimiento, profundo, se traduce en el apoyo social a las autoridades públicas y su política²⁰. El buen equilibrio se puede formular así: "the Political Order should grow out of the Social Fact"²¹ y se concreta en que: sin una base social previa no puede existir un orden político; tampoco es concebible un orden político ideal para todo el mundo, pues, las circunstancias concretas de tiempo y lugar son determinantes a la hora de elegir un sistema político u otro. Por último, la prioridad de la sociedad demanda que ni la espontaneidad ni el ritmo social de crecimiento sean forzados o falseados por las autoridades (sirviéndose, por ejemplo, de la enseñanza pública)²².

Parece que la sujeción del Derecho al querer social se acentúa sobre todo en el sistema *liberal y democrático* cuando fija los *presupuestos* de la política concreta. El ingrediente liberal asegura -con las libertades públicas- que la iniciati-

17. Materia de Derecho a contraer Matrimonio.

18. A. Hernández Gil, "*Libertad religiosa y respeto social*", en idem, *La Constitución y su entorno. Obras completas*, Tomo VII, Espasa Calpe, Madrid, 1988, pág. 590.

19. J. Ortega y Gasset, "*Prólogo para franceses*", en idem, *La rebelión de las masas, El País*, Madrid, 2002, pág.14. Asimismo, cfr. A. Fuenmayor, *Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social*, Eunsa, Pamplona, 1981, págs. 51-52.

20. F.J. Sheed, *Society and Sanity*, Image Books, Garden City (New York), 1965, págs. 160-165.

21. F.J. Sheed, *Society and Sanity*, pág. 165.

22. F.J. Sheed, *Society and Sanity*, págs. 165-170, también sobre los riesgos de interferencia de los poderes públicos en la vida social, cfr. idem, págs. 212-213.

va en materia de valores sea, de algún modo, "entièremment absorbée par la société"²³, y que el Estado no interfiera en el ejercicio de los derechos ni los instrumentalice²⁴. Tal abstención o apartamiento es más marcado tratándose de los cimientos morales del sistema (que descansan en la esfera de autodeterminación de los ciudadanos)²⁵ (art. 10.1 de la Constitución). La democracia sólo conoce un criterio de legitimidad para las reglas jurídicas y las decisiones políticas, "haber sido adoptadas con la participación de todos los potencialmente afectados por ellas"²⁶: "la loi est l'expression de la volonté générale"²⁷. La sociedad está presente a lo largo de toda la vida del Derecho y los cauces de representatividad que abre el sistema le dan un papel protagonista. Aquí la *opinion pública* cobra todo su sentido y vigor. La idea básica anterior se hace operativa a través del compromiso de transparencia en la gestión de los asuntos públicos -resaltado en el Preámbulo del Tratado para la Constitución de la Unión Europea²⁸- y de la articulación de mecanismos de control del ejercicio del poder. Es sabido que, en este punto, la división de poderes -ejecutivo, legislativo y judicial- garantizan el ajuste de cada pieza del sistema al servicio de la persona y el bien general de la sociedad evitando el despotismo y la "desviación del poder".

La Constitución española deja constancia de la primacía de lo social, al tratar del poder judicial, y declara que "la justicia emana del pueblo" (art. 117.1). Asimismo, encomienda al Ministerio Fiscal procurar, ante los tribunales, la satisfacción del "interés social" (art. 124.1). Por su parte, el art. 3.1 del Código Civil dispone que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad".

El sistema democrático-liberal *contrasta*, por la primacía de la persona, *con el Estado ideológico-totalitario*²⁹ y se conforma como "un orden relativo de vida

23. G. Haarscher, *La laïcité*, Presses Universitaires de France, Paris, pág. 74.

24. Cfr. G. Haarscher, *La laïcité*, pág. 73.

25. Cfr. M^aJ. Roca, "La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, septiembre-diciembre 1996, págs. 259-261.

26. M. Gascón Abellán, "La responsabilidad de los jueces ante la integración", en *Estudios de Derecho Judicial*, 41, 2002, pág. 165.

27. Art. 6.1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

28. "Convencidos de que Europa [...] desea ahondar en el carácter democrático y transparente de su vida pública..".

29. Un breve apunte sobre el Estado totalitario, como opuesto a la conciencia individual, en mi trabajo "La responsabilidad de los poderes públicos frente a la manipulación mental", en *lustel.com*, Rev. Gral de D^o Canónico y D^o Eclesiástico del Estado, 9, septiembre 2005.

en común³⁰. El Estado totalitario -en el sentido de que absorbe a la sociedad³¹-, instrumentalizado por una ideología excluyente, se convierte en un mecanismo de manipulación antes que de vertebración y desarrollo comunitario. La ideología, con una pretendida base científica o histórica, simplifica la realidad para, de hecho, transformarla dejando al hombre concreto, el único realmente existente, preso de un *esquema mental* -que cristaliza en categorías como, por ejemplo, la de: ciudadano, proletario, miembro del pueblo alemán, indígena, o, para la ideología de género³², mujer u homosexual- al que se le somete *a priori*³³. Por esta razón se puede afirmar que esclavizan³⁴, como una idolatría³⁵, tanto a quien se deja seducir por sus postulados como a quien es reducido a los mismos por la fuerza³⁶.

El Estado constitucional, surgido a impulsos del movimiento revolucionario-burgués anglosajón y francés, despoja al poder político de otros fines que el bienestar de sus ciudadanos primando, como corresponde al componente burgués, el componente económico o intramundano³⁷. De este modo aparta de sus objeti-

30. J. Ratzinger, *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, tr. J.L. del Barco, 4ª ed., Ediciones Rialp, Madrid, 2005, pág. 92.

31. Cfr. D. Negro, *Lo que Europa debe al Cristianismo*, Unión Editorial, Madrid, 2004, págs. 290 y 324.

32. Que aunque se coloque en el contexto de la cuestión femenina, tiene como motivación más profunda la tentativa de la persona humana de "liberarse de sus condicionamientos biológicos". Es decir, la pretensión de que "la naturaleza humana no lleva en sí misma características que se impondrían de manera absoluta" [Carta de la Congregación para la Doctrina de la Fe "La colaboración del hombre y la mujer en la Iglesia y el mundo (30 de mayo de 2004)", 3]. El origen de la ideología de género se retrotrae al Informe Kinsey de la década de los años 50. Cfr. Conferencia Episcopal Española, Directorio de pastoral familiar de la Iglesia en España. LXXI Asamblea Plenaria (21 de noviembre de 2003), Edice, Madrid, 2003, 11-13, págs. 22-24.

33. Cfr. D. Negro, *Lo que Europa debe al Cristianismo*, págs. 31; 231 y ss., y 315-316; asimismo, cfr. F.J. Sheed, *Society and Sanity*, Image Books, Garden City (New York), 1965, págs. 212-214. La obra de Negro bascula sobre la contraposición que se ha establecido en Europa entre el Cristianismo, raíz de su ser y su fecundidad, y las ideologías que la han sumido en una crisis sin precedentes. La lógica que condujo a estos excesos, desde las categorías del pensamiento ilustrado, están expuestas en la frase: "el pueblo de por sí desea siempre el bien, pero no siempre sabe distinguirlo. La voluntad general es siempre recta, pero el juicio que la guía no siempre es lúcido. Es preciso hacerle ver los objetos tal como son, y algunas veces tal como deben parecerle; mostrarle el buen camino que busca" (J.J. Rousseau, *El contrato social*, Libro II, capítulo VI, en idem, *Escritos de combate*, tr. S. Masó, Ediciones Alfabeta, Madrid, 1979, pág. 433).

34. Suprimiendo incluso, por el condicionamiento psicológico, la posibilidad de desobedecer, de elegir otra cosa distinta a la ordenada. Cfr. F.J. Sheed, *Society and Sanity*, págs. 213-214.

35. De hecho funcionan como religiones políticas, pues, se basan en creencias. Cfr. D. Negro, *Lo que Europa debe al Cristianismo*, pág. 14, y O.F. Otero, *La educación como rebeldía*, 3ª ed., Eunsa, Pamplona, 1985, págs. 146-147.

36. Cfr. R. Aron, *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard, Paris, 2001, págs. 282 y ss., y D. Negro, *Lo que Europa debe al Cristianismo*, pág. 323.

37. La misma idea de progreso, objetivo final de la labor de gobierno ilustrado, prima el desarrollo económico. Cfr. D. Negro, *Lo que Europa debe al Cristianismo*, págs. 236-237.

vos, de su competencia, tanto el impulsar modelos de vida -de índole trascendente o no³⁸- cuanto dirigir, dentro de un marco cerrado, la entera vida social. En consecuencia el Estado queda al margen de cualquier justificación supraindividual para residenciar su legitimidad en la protección de la persona y de sus derechos³⁹.

El corolario de tales premisas es la libre circulación de ideas o creencias -arts. 16, 20 y 27 de la Constitución, entre otros- la cual, como señaló la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se constituye en fundamento del Estado contemporáneo⁴⁰. De este modo la organización política da dos pasos importantes: el de la *imparcialidad* ante los diversos enfoques de la vida⁴¹, y el de la *restricción del bien general* o bien común, perseguido por la autoridad civil⁴², a la recta ordenación de un ámbito de convivencia y respeto social⁴³. El orden político procura el desarrollo y perfección de la persona, mas se contenta con abrir la *posibilidad* de que cada cual concrete y prosiga su proyecto, excluyendo sólo las conductas inmorales que amenazan la espontaneidad personal o social o el respaldo que a todos se ofrece en orden a asegurar una igualdad de condiciones⁴⁴. Son clásicas al respecto las reflexiones de santo Tomás⁴⁵.

38. Aunque deja libertad a la sociedad para que aliente y actúe en pos de este tipo de propósitos o fines, en el entendimiento de que la persona, como nos demuestra la experiencia, no se deja encapsular dentro de los confines de la comunidad política sino que la desborda y aspira a un ámbito de libertad en que realizarse plenamente. Cfr. L. Prieto Sanchís, "*Religión y política (A propósito del Estado laico)*", en *Persona y Derecho*, 53, 2005, pág. 127.

39. Cfr. A. Barrero, "*Sobre la libertad en la historia constitucional*", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, enero-abril 2001, pág. 136.

40. Recordemos el art. 1.1: "*le but de toute association politique est la conservation des droits naturels est imprescriptibles de l'homme*", y el art. 11.1, "*la libre communication de pensées et des opinions est un des droits le plus précieux de l'homme*".

41. Convirtiéndose en el hogar de todos los ciudadanos, en palabras del Tribunal Constitucional Alemán, en Bverfge, 19, pág. 216. Cfr. M^aJ. Roca, "*La neutralidad del Estado...*", pág. 254. Este mismo planteamiento es asumido por la corriente de "*les politiques*" en la Francia del siglo XVI para evitar el desgarramiento de la nación a causa de la división religiosa. Cfr. J.M^a Martí Sánchez, "*La religión, ¿factor de integración o fraccionamiento social? (perspectiva histórica)*", en *Derecho y Opinión*, núm. 9, 2001, pág. 334.

42. Que autolimita su propia competencia, cfr. M^aJ. Roca, "*Teoría y práctica del principio de laicidad del Estado. Acerca de su contenido y su función jurídica*", en *Persona y Derecho*, 53, 2005, págs. 240-241, e idem, "*La neutralidad del Estado...*", pág. 259.

43. De ahí que la actitud creyente -de fe religiosa- no cierre la posibilidad a la libre iniciativa y al diálogo en cuestiones del "orden temporal" si admite su autonomía. Un apunte sobre esta nueva concepción del poder político en J.M^a Martí, "*Reflexión sobre la religión como factor personal e institucional en la sociedad contemporánea*", en *Ius Ecclesiae*, 15, núm. 3, setiembre-diciembre 2003, págs. 766-771.

44. Cfr. A. Fernández-Miranda Campoamor, "*Estado laico y libertad religiosa*", en *Revista de Estudios Políticos*. Nueva Época, 6, 1978, pág. 64.

45. "La ley humana se impone a una multitud de hombres en la que una gran mayoría es de imperfectos en la virtud. por eso, la ley humana no prohíbe todos los vicios de los cuales se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquellos que la mayor parte de la multitud puede evitar, y sobre todo

El *liberalismo doctrinario* del siglo XIX, no siempre estimado y comprendido⁴⁶, tuvo el rasgo de sensatez y realismo de vincular el Derecho a la historia de un pueblo⁴⁷. Su virtualidad es la de servir de correctivo a la ideología revolucionaria cuyo utopismo y apriorismo quiere transformar, desde los resortes del poder, a la sociedad, pero descuida su ritmo y aspiración profunda (ilegítima suplantación de su primacía y alteración de su voluntad).

El mismo realismo, prioridad de la persona y el sentir colectivo a la hora de modular la acción de los poderes públicos, se refleja en la Constitución española, por ejemplo, en el art. 16.3 sobre las relaciones de cooperación con las confesiones.

Respecto al poder legislativo, establecen el nexo con lo social, preceptos como el art. 66 -las Cortes representativas del pueblo español-, el art. 87.3 -iniciativa legislativa popular- y el art. 92, sobre el referéndum. Por su parte, el art. 103.1 estipula que "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales".

2.2. Especial significado de lo religioso en la anteposición de la persona y el sentir social en el sistema democrático-liberal

El art. 16.3 nos ofrece un ejemplo elocuente de cómo el Derecho se somete a una realidad -la religiosa- tal y como viene configurada por la sociedad. Fijémonos en la última frase: "Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones"⁴⁸. La mención de la Iglesia Católica tiene, aparte de otros, este sentido de ajuste a la realidad. Por eso y por el desarrollo que del artículo hace la correspondiente ley orgánica -7/1980, de 5 de julio-, la doctrina ha podido afirmar que "el legislador no trunca, pues, lo singular del factor religioso; contempla la realidad social desde un punto de vista externo, siendo *fidel al dato social* de las creencias

los que van en perjuicio de los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría sostenerse" (*Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 2). Observemos que si la primera parte del argumento sólo es válida en el contexto de valores compartidos de la Cristiandad, la segunda también lo es para las sociedades multiculturales actuales.

46. Lo critica con dureza A. Barrero, "*Sobre la libertad en la historia constitucional*", págs. 144 y ss. y 146 y ss., principalmente.

47. Cfr. J. Ortega y Gasset, "*Prólogo para franceses*", págs. 22-25.

48. Para conocer el iter parlamentario del texto, cfr. R.M^a Satorras Fioretti, *Aconfesionalidad del Estado y Cooperación con las Confesiones Religiosas* (Art. 16.3 CE), Cedecs Editorial, Barcelona, 2001.

religiosas en su dimensión colectiva"⁴⁹. Frente al intervencionismo le reconoce la autonomía que le es propia⁵⁰. Y, dada la postura de distanciamiento respetuoso que el Estado adopta ante estas realidades⁵¹, se compromete a que la determinación de la categoría jurídica de *confesión religiosa* "no modifique, limite o restrinja la configuración natural"⁵².

La tendencia, constatada en los últimos tiempos, hacia una "confesionalidad laica", se presenta, desde el punto de vista aquí adoptado, como una falsificación del sentir social o una traición del mismo, lo que acarrea la inmediata deslegitimación de tal iniciativa en el seno de un Estado laico⁵³. Éste se contrapone a cualquier tipo de confesionalidad⁵⁴. Tal postura tiene también, como veremos, efectos indeseados en la aplicación, a los extranjeros, del concepto legal de "integración social".

Además, el artículo 16 de la Constitución supedita las relaciones de cooperación con las confesiones a las creencias religiosas de la sociedad española⁵⁵. Es decir que, establecida una alteridad de órdenes (religioso y civil) -de estirpe cristiana-occidental⁵⁶- y de coordinación entre ellos, luego se hace depender la con-

49. A. Motilla, "Aproximación a la categoría de confesión religiosa en el Derecho español", en *Il diritto ecclesiastico*, 1989/2, pág. 155. Asimismo el artículo apareció en *Rev. Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 9-10, 1989, págs. 7-52.

50. Cfr. J. Fornés, "El refuerzo de la autonomía de las confesiones en los Acuerdos españoles con confesiones religiosas minoritarias", en V.R. Reina/M^aA. Félix Ballesta, *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias. Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 284-288.

51. Suelen citarse, por su expresividad, un párrafo de la Exposición de Motivos del Proyecto de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, aunque ésta no se incluyó en el texto definitivo de la Ley: "Es de destacar que en la ley se contemplan las comunidades religiosas como una realidad anterior a cualquier reconocimiento por parte de la Administración de su personalidad jurídica, que ni la necesitan ni, en muchos casos, tan siquiera desean para el desarrollo normal de sus actividades propias y el cumplimiento de sus propios fines religiosos" (en *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I Legislatura*, 17 de octubre de 1979). También se reprodujo, como Apéndice II, en M^ºJ. Ciaurriz, *La libertad religiosa en el Derecho español. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, Técnon, Madrid, 1984, págs. 193-194.

52. A. Motilla, "Aproximación a la categoría...", pág. 173.

53. Cfr. L. Prieto Sanchís, "Religión y política...", págs. 137-138. También cfr. *ibidem*, pág. 115.

54. Cfr. R.M^º Satorras Fioretti, *Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado*, 3^a ed., J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, pág. 82, y L. Prieto Sanchís, "Religión y política...", pág. 128.

55. Cfr. A. Bernárdez Cantón, "La mención de la Iglesia católica en la Constitución española", en *AA. VV., Las relaciones entre la Iglesia y el Estado*; estudio en memoria del Profesor Pedro Lombardía, Universidad Complutense de Madrid/Universidad de Navarra/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, págs.409-410, y A. Fernández-Coronado González, "Consideraciones sobre una interpretación amplia de notorio arraigo", en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 0, diciembre 2000, pág. 285.

56. Esta opción forma parte de lo que denominamos bases axiológicas del sistema, centradas en la

creción de ésta de las circunstancias sociales. Análogamente la financiación pública de los partidos políticos atiende al número de votos que estos reciben de los ciudadanos⁵⁷. Tal enfoque implica respetar tanto la libre iniciativa social cuanto el principio "suum cuique tribuere", según la justicia distributiva y un criterio de proporcionalidad⁵⁸.

Es curioso que la evolución del Derecho eclesiástico español haya desembocado en una situación similar a la del Concordato francés de 1801 -y los setenta y siete Artículos orgánicos que se le adjuntaron-, con una *confesionalidad sociológica*⁵⁹, y el *régimen de cultos* ("cultes reconnus"). El Concordato fue promulgado, como Ley de Estado en Francia, el 8 de abril de 1802 (18 germinal año X). La Ley también organizaba las Iglesias protestantes -reformada y luterana- y, posteriormente, por Decreto de 17 de marzo de 1808 y Ley de 8 de febrero de 1831, lo fue la comunidad judía. En conjunto, se procedió, de este modo, a la "reconnaissance des quatre cultes" -categoría equivalente a las confesiones con acuerdo en España-, que gozaban de la colaboración de los poderes públicos, pero también sufrían mayor control. Esto prueba que, partiendo de bases conceptuales muy diferentes, la realidad social de la religión puede conducir a soluciones similares para garantizar la paz religiosa, mejor, social o "interna", como decía el Preámbulo de este Concordato⁶⁰.

prioridad de la persona y su dignidad. cfr. J.M^a Martí Sánchez, "*Pluralismo: implicaciones jurídicas y de política religiosa*", en *Rev. Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 22, marzo 1997, págs.52 y ss., y 59 y ss.

57. Cfr. A. Fernández-Miranda Campoamor, "*Estado laico y libertad religiosa*", págs. 71 y 76.

58. El trato diferenciado, a la hora de cooperar con las organizaciones sociales de diversa índole, cuando invoca criterios objetivos y universalizables no será, en nuestro Ordenamiento, reprochable, pero plantea una nueva cuestión, ¿no supone ello primar lo institucional por encima de lo personal o más independiente?. Cfr. L. Prieto Sanchís, "*Religión y política...*", págs. 135-136. Para nosotros, esta decisión del legislador no es arbitraria en la medida en que su labor mira a regular la convivencia de cara al futuro que depende especialmente de aquellas realidades más organizadas y estables. Cfr. A. Motilla, "*Aproximación a la categoría...*", págs. 168-169 y 174, principalmente.

59. "*La religion catholique [...] de l'immense majorité des citoyens français*" (Preámbulo del concordato).

60. Tras el golpe de Estado de 18 de brumario del año VIII -correspondiente a 1799-, al que Napoleón puso término, éste se esforzó en movilizar todas las fuerzas vivas del país para sus propósitos políticos. Se dirigió no solamente a la Iglesia católica sino también a los otros grupos religiosos realmente representativos en Francia equiparando, como confesiones con reconocimiento oficial, a la Iglesia católica con las Iglesias protestantes y la comunidad israelita. Cfr. R. Metz, *Églises et État en France. situation juridique actuelle*, Cerf, Paris, 1977, págs. 25-26; 28, y 95-98; G. Haarscher, *La laïcité*, págs. 14-15, y L. Governatori Renzoni, *La separazione tra Stato e Chiese in Francia e la tutela degli interessi religiosi*, Giuffrè Editore, Milano, 1977, págs. 16-23.

3. Objeto de esta reflexión sobre la inmigración

Sobre la inmigración distinguimos dos núcleos de interés íntimamente conectados. El primero centrado en los problemas que plantea la inmigración desde la perspectiva de sus protagonistas. Es el momento de contextualizar y analizar este fenómeno, las peculiaridades del Islam, etc. En otra oportunidad expusimos que, según la inmigración se estabiliza y tiene resueltos sus problemas de subsistencia (sociales), aspira a un reconocimiento de su identidad cultural. El Derecho español -en medio de las dificultades que esto, quizá más que otros cambios, genera- da respuesta matizada a la situación creada. Remitimos a lo ya dicho⁶¹, el comentario detallado de tales asuntos.

El segundo nivel de preocupación, en el que ahora nos detendremos, se centra más bien en la sociedad y el Ordenamiento jurídico español, ¿como actúan frente a la inmigración caracterizada por una cultura y religión diferente? Es hablar de lo mismo, pero desde un ángulo complementario. Primero fue fijarse en las pretensiones del extranjero (como individuo y grupo con marcada identidad) -libertad religiosa, de asociación, derecho a la educación, etc.-, y en lo que les puede ofrecer el anfitrión. Ahora, antepone el estudio de lo que se les exige en el proceso de incorporación a la sociedad española. Nos planteamos las *bases de la convivencia en España* tal y como están recogidas en nuestras leyes. Bases que giran en torno a los conceptos de *orden público*, mínimo exigible, para garantizar, en nuestra sociedad, el buen funcionamiento de la vida en común y las instituciones, y el de *integración social*, destino deseable en toda inmigración planteada, por sus protagonistas, como definitiva y no de mero tránsito. Así se deduce también del proyecto de ley del Ministro de Interior francés, Sarkozy, finalmente aprobado como Ley n° 2006-911, de 24 julio de 2006, relativa a la inmigración y la integración⁶² cuyo último objetivo era propiciar una inmigración exitosa (desde un punto de vista global), es decir en la que se preserve el orden público y se logre la integración del inmigrante.

La correlación entre las nociones de orden público e integración y la iniciativa social -de cada momento- viene dada por los mismos términos que emplea la ley española cuando habla de "integración social" (por ejemplo, en el art. 22.4 del Código civil). En el caso del orden público puede resultar menos evidente, pero la definición jurisprudencial clásica de orden público manifiesta su fuerte

61. J.Mª Martí, "El Islam en España: implicaciones culturales y jurídicas", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 21, 2005, págs.189-215.

62. Publicada en el *Journal Officiel de la République Française (JORF)* de 25 julio de 2006.

impronta social. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966 lo describe como compuesto "por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, económicos, morales e incluso religiosos⁶³ que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada" (Considerando 2º).

4. El orden público

4.1. Caracterización y espíritu del orden público en un sistema democrático-liberal

Comenzamos por el estudio del orden público, dado su sentido de "acto reflejo defensivo" del Ordenamiento frente a la circulación de valores contrastantes con los del modelo cultural prevalente⁶⁴. De esta primera idea de orden público señalamos que es un mecanismo que sólo se pone en funcionamiento ante el elemento perturbador actuante⁶⁵, y que es el *mínimo que el Ordenamiento preserva* frente, o bien al ejercicio abusivo de derechos reconocidos o bien -en el Derecho Internacional Privado- a normas o relaciones jurídicas ilícitas nacidas en otros Ordenamientos⁶⁶. De este modo se opone al extremismo religioso que nutre la intolerancia y la discriminación -en ocasiones la violencia- en cuanto que hacen peligrar la vida democrática. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa,

63. Este elemento, en cuanto que referido a un credo o religión determinada, era propio del régimen confesional del pasado y hoy ha perdido vigor. Cfr. J. González Pérez, *Administración pública y moral*, Civits, Madrid, 1995, págs. 26-27, asimismo, cfr. J. Bonet Navarro/J. Landete Casas, "Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público", *Iustel.com., Rev. Gral. de Dº Canónico y Dº Eclesiástico del Estado*, núm. 9, septiembre 2005, págs. 3-4. En cualquier caso, la presencia de prácticas y valores religiosos en la sociedad les otorga cierta proyección de cara a definir el orden público y la integración en España, pero de acuerdo a las notas que hoy les rodean de flexibilidad y variedad.

64. Cfr. Intervención de Botta en S. Berlingo y V. Scalasi (a cura di), *Giurisdizione canonica e giurisdizione civile. Cooperazione e concorso in materia matrimoniale*, Milano, 1994, pág. 282. También, cfr. F.J. Zamora Cabot, "A propósito del orden público en el sistema español de Derecho Internacional Privado", en *Revista de Derecho Privado*, 1995, págs. 1223-1224.

65. No es admisible, en Derecho español, que se adopten, desde el orden público, medidas preventivas. STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 11º. Se establece, así, una contraposición entre una defensa represiva y otra preventiva del orden público. Nuestro Ordenamiento se inclina netamente por esta última, cfr. A. Motilla, *El concepto de confesión religiosa en el Derecho español. Práctica administrativa y doctrina jurisprudencial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, págs. 135 y ss. Algunas de las ideas del libro, y concretamente las que aquí se toman, asimismo, en idem, "Control administrativo de la licitud de las Entidades Religiosas; la aplicación del orden público en la inscripción del Registro", en *Revista de Administración Pública*, núm. 149, mayo-agosto 1999, págs. 77-78.

66. Actuando el 12.3 del Código Civil y el art. 954 de la Ley de Procedimiento Civil de 1881 -aun vigente-, de válvula de seguridad para evitar la perturbación.

en su Resolución 1396 (1999) "Religión y Democracia", afirma del extremismo religioso que "en la medida en que compromete el orden público, debe ser combatido con todos los medios acordes con el Estado de Derecho"⁶⁷. En la reciente ley francesa sobre inmigración e integración la autorización para residir y establecerse en Francia está siempre supeditada a que no exista nunca amenaza para el orden público⁶⁸. También el art. 21.2 del Código Civil supedita la concesión de la nacionalidad española al orden público o interés nacional⁶⁹.

Sea cual fuere el uso que se haga del orden público su sentido es unívoco y hace referencia al conjunto de principios fundamentales del Ordenamiento. Para fijar su contenido -pues los principios-limitativos deben tener alguna constancia en el Ordenamiento⁷⁰- la Constitución es el instrumento privilegiado⁷¹, aunque también cabe que las leyes ordinarias contribuyan a delinear la estructura de los diversos institutos⁷². "El concepto de orden público interno español ahora se cifra en que no se vulneren *los derechos fundamentales y libertades públicas* recogidas en la Carta Magna"⁷³. La sentencia del Tribunal Constitucional 132/1991, de 17 de junio, reconoce especialmente, en la penetración de tales derechos y libertades públicas, la nueva dimensión del orden público español surgida de la Constitución de 1978⁷⁴. En consecuencia, la doctrina entiende que la deseable adaptación de los Ordenamientos jurídicos a la realidad multicultural de nuestras sociedades nunca puede ser en detrimento de la dignidad de la persona y de sus derechos fundamentales⁷⁵.

67. Continúa la cita "y puesto que es la expresión de un malestar social, solo puede ser afrontado si las autoridades abordan los problemas reales de la colectividad". La recomendación se puede leer en R. Navarro-Valls/R. Palomino, *Estado y Religión. Textos para una reflexión crítica*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2003, pág. 204.

68. Por ejemplo, cfr. arts. 3, 6, 9 y 23, 32 de la ley. Predomina, en estos casos, según nos parece el sentido material del orden público.

69. "La nacionalidad española también se adquiere por residencia en España, en las condiciones que señala el artículo siguiente y mediante la concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional".

70. Cfr. el tenor literal art. 16.1 de la Constitución.

71. Cfr. STS (Sala de lo civil) de 24 de diciembre de 1996. FJ 5º.

72. Cfr. G. Ferrando, "Matrimonio", en *Famiglia e servizi. Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziarie*, Mª R. Spallarossa (a cura di), Giuffrè Editore, Milano, 2001, pág. 70.

73. C. Sanciñena Asurmendi, *El reconocimiento civil de resoluciones matrimoniales extranjeras y canónicas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 36.

74. FJ 4º. Actualmente, con la cláusula de orden público, se busca proteger a las personas afectadas por la vulneración de tales principios y valores. Cfr. H. Aguilar Grieder, "Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el Derecho Internacional Privado", en *Cuestiones actuales de Derecho comparado*. Actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña, G. Morán García, dtora., Universidade da Coruña. Servicio de Publicacions, 2003, pág. 249.

75. Intervenciones de Botta y de Ferrari en Berlingó/Botta/Ferrari/Lariccia/Onida/Vanier, "Las rela-

Es interesante subrayar el *carácter evolutivo* del orden público, apuntado en la sentencia del Alto Tribunal de 5 de abril de 1966. Precisamente porque el cambio social encadena una evolución -prudente- de las normas⁷⁶. Además, el control, mediante el orden público, adquiere ahora, en nuestro Derecho, una orientación diferente por cuanto el cambio social viene acompañado por un cambio político.

Cuando el sistema político se asienta en un "modelo uniforme de justicia y moralidad política impuesto a todo ciudadano en aras de la consecución de la concepción social a la que se aspira, el conjunto de valores absolutos afirmados en el sistema conforma un límite intrínseco e inexcusable a la voluntad individual"⁷⁷. Por el contrario, en el régimen de la Constitución de 1978, basada la convivencia social en el pluralismo ideológico, sin postular la existencia de verdades incontestables, se abre un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las personas. Este segundo modelo parte de la vocación tendencialmente ilimitada de los derechos fundamentales, enmarcados en el desarrollo personal. Las limitaciones -extrínsecas- se justifican en tanto que *conditio sine qua non* para la coexistencia de los derechos reconocidos y la preservación de los elementos esenciales de la convivencia⁷⁸.

Es importante observar, también de cara a perfilar la libertad ideológica y religiosa de cada época⁷⁹, que si, en el primer caso, el orden público con fuerte carga ideológica sirve para modelar o sujetar a la sociedad, reduciendo o frenando su pluralismo, en el segundo -de un orden abierto e integrador- aquél permite el libre desarrollo social y personal. Mas, puesto que partimos de la situación social, no es exacto confundir, con los regímenes tiránicos -en cuanto no respetuosos con la sociedad y los derechos de las personas-, aquellos en que, si bien las normas estaban imbuidas de una concepción de la vida, ésta *contaba con*

ciones entre el Estado y las confesiones minoritarias: los derechos religiosos de los inmigrantes", en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 14, 1998, págs. 80-81 y 84-85, respectivamente. Ferrari habla de que no se alteren los trazos fundamentales del Ordenamiento -como el principio de igualdad sin discriminación de sexo- para que las inevitables adaptaciones no sean traumáticas para la sociedad.

76. El cambio social no es sólo una alteración de las condiciones materiales de la vida humana sino, que más en profundidad, se acompaña del trastorno de las creencias y valores que forman las coordenadas que dotan a la vida de un sentido. Sobre estas consideraciones, cfr. L. Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1975, ppágs. 300-310.

77. A. Motilla, *El concepto de confesión religiosa en el Derecho español...*, pág. 128.

78. Cfr. A. Motilla, *El concepto de confesión religiosa en el Derecho español...*, pág. 129

79. Asunto relevante para el Derecho Eclesiástico del Estado que está pendiente de estudio riguroso. Cfr. J.M^º González del Valle, *Derecho eclesiástico español*, Thomson-Civitas, 6^ª ed., Pamplona, 2005, pág. 21.

*el mayor apoyo social*⁸⁰. Por ejemplo, en la Edad Media, las personas se sentían libres, con "franquía para ser el que auténticamente somos"⁸¹ -según correspondía a la altura de los tiempos y a su estamento-, en el contexto de Cristiandad, con leyes e instituciones públicas basadas en los principios cristiano-católicos.

Un poco más tarde, en el siglo XVI, la homogeneidad socio-religiosa había desaparecido en algunos países de Europa -por ejemplo, en Francia-, y la misma situación era vivida por sectores de la población como de insufrible opresión⁸².

4.2. El contenido del orden público

Puesto que con la inmigración -islámica- nos movemos en el ámbito del contraste cultural nos interesa la *caracterización que, del orden público, se hace al regular la libertad ideológica* -o de pensamiento- y religiosa del art. 16 de la Constitución. En este contexto el Tribunal Constitucional advierte de la máxima amplitud que se reconoce a la libertad ideológica como *fundamento*, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, de otras libertades y derechos fundamentales⁸³. Además, la preservación de la libertad ideológica y religiosa se garantiza incluso en estado de excepción o de sitio (art. 55.1 de la Constitución).

La Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa, inspirándose en el Convenio Europeo de 1950 (art. 9)⁸⁴ y en el art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece, como único límite a las manifestaciones de la libertad religiosa⁸⁵, "la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus

80. "En otras situaciones ha podido vivirse en forma de libertad sin los derechos que hoy nos parecen absolutamente necesarios para ello, porque entonces el consensus social era tan compacto y convergente, que no se sentía como presión lo que hoy realmente lo sería" (J. Marías, *Sobre el cristianismo*, 2ª ed., Planeta, Barcelona, 1998, pág. 224). Asimismo, cfr. G. Lo Castro, "La libertà religiosa e l'idea di diritto", en *Il diritto ecclesiastico*, 1996, pág. 58.

81. J. Ortega y Gasset, "Prólogo para franceses", pág. 20.

82. A ello contribuyeron medidas extremas como la que privó del 1724 al 1787 a los calvinistas franceses -hugonotes- del estado civil cuando se resistían a la jurisdicción de los párrocos católicos. Cfr. J. Gaudemet, *El matrimonio en Occidente*, tr. M. Barberán/F. Trapero, Taurus, Madrid, 1993, págs. 359 y 428-430.

83. Cfr. STC 20/1990, de 15 de febrero; asimismo cfr. Stedh Kokkinakis c. Grecia, 25 de mayo 1993, núm. 31, y Serif c. Grecia, 14 de diciembre de 1999, núm. 49.

84. Asimismo, cfr. arts. 17 y 18 del Convenio.

85. Sin embargo, la doctrina añade, a este pretendido exclusivismo en las limitaciones del art. 3.1, el reajuste que ha de producirse entre los distintos derechos, de modo que su fuerza expansiva se atenga a unas dimensiones razonables y proporcionadas de modo que todos los derechos puedan coexistir. Cfr. L. Prieto Sanchís, "El derecho fundamental de libertad religiosa", en I.C. Ibán/L. Prieto Sanchís/A. Mottilla, *Manual de Derecho eclesiástico*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, págs. 74-75.

libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática" (art. 3.1)⁸⁶. La prioridad que, en asuntos ideológicos, se da a la sociedad la expresa la cláusula de garantía de cualquier restricción: "medidas necesarias, en una sociedad democrática". En esta fórmula, del Convenio europeo de 1950, apreciamos, como punto de referencia, la *convivencia humana inspirada en los valores democráticos*, recogidos en el Convenio europeo, principalmente el *pluralismo*⁸⁷. Éste es uno de los rasgos típicos de la cultura europea, como confirma su historia⁸⁸, y responde al respeto que la alienta por la libertad humana, a pesar de continuos obstáculos y frecuentes negaciones⁸⁹.

A partir del citado precepto de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa "se puede establecer una configuración del orden público como condiciones materiales mínimas para una pacífica convivencia ciudadana, es decir: la tutela de los derechos fundamentales e inherentes de la persona (art. 10.1 CE); seguridad pública; salud pública; y moralidad pública"⁹⁰.

Respecto a la *seguridad pública o ciudadana* -orden público en *sentido material*⁹¹- las costumbres de algunos grupos pueden ser no sólo extrañas, sino añadir una nota de perturbación o enfrentamiento que altere la convivencia cotidiana. Podrían llegar a adquirir este tinte las jaimas al aire libre que, para celebrar sus matrimonios, organizan por tres días la población de origen bereber (casi la mitad de los habitantes de Melilla). Estas fiestas, multitudinarias, van acompañadas de comida, bebida, bailes y música que daña -cortes de tráfico, ruido, etc.-

86. Bonet y Landete, critican la redacción del precepto por el uso impropio del término límite al que ellos, siguiendo el Diccionario de la Real Academia, conectan con el alcance de la definición de una realidad, que queda así bien determinada por sus lindes, y no a una restricción extrínseca de tal realidad. Cfr. J. Bonet Navarro/J. Landete Casas, "*Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico...*", pág. 6.

87. Según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cfr. J. Martínez-Torrón, "*Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos humanos*", en *Iustel.como. Rev. Gral. de Dº Canónico y Dº Eclesiástico del Estado*, núm. 2, 2003, págs. 13-14.

88. Y que refleja, con brillantez intelectual, J. Ortega y Gasset, "*Prólogo para franceses*", págs. 17 y ss. y pág. 21.

89. Cfr. C. García Andoain, "*El Cristianismo en la reconstrucción de una ciudadanía democrática*", en *Iglesia viva*, núm. 213, enero-marzo 2003, págs. 57 y ss., principalmente.

90. J.A. Rodríguez García/P.C. Pardo Nieto, "*La moral pública como límite de la libertad ideológica y religiosa. Estudio jurisprudencial*", en *Libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*. Granada, 13-16 de mayo de 1997, J. Martínez-Torrón, ed., Comares, Granada, 1998, pág. 746.

91. Aceptación que cubre la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal, en su Libro II, título XXII, y en el Libro III, título IV.

la tranquilidad de los vecinos⁹². Aunque la escenificación internacional de las amenazas a personas y bienes se produjo con ocasión de los graves altercados, principalmente sufridos por Francia y Reino Unido, ocasionados por la fatua pronunciada por el Ayatola Jomeini el 14 de febrero de 1989. En ella se condenó a muerte al escritor Salman Rusdhie, por su obra *Los Versos Satánicos* (1988), y a cuantos, con conocimiento del contenido de su libro, colaborasen a la publicación del mismo⁹³. Y, más recientemente, por el terrible asesinato, en noviembre de 2004, del cineasta y crítico Theo van Gogh a manos de un joven musulmán "que hasta hoy está totalmente convencido de que su fe le obligó a ese acto"⁹⁴, y, sobre todo, con la campaña de protestas violentas en países islámicos -aunque iniciadas por la comunidad islámica de Dinamarca-, principalmente Nigeria y Libia, a comienzos de 2006, ante las viñetas, aparecidas en un periódico danés en 2005, que representaban a Mahoma, por ejemplo, con un turbante en forma de bomba.

La *salud pública* puede verse afectada por las tradiciones islámicas sobre inhumaciones -sin ataúd-⁹⁵ y por otras costumbres, como la Pascua. En plena epidemia de las "vacas locas" y de fiebre aftosa, alguno de los representantes de la comunidad islámica de Melilla se negaron a los controles prescritos para el sacrificio de animales⁹⁶. La mutilación femenina -asociada, en determinadas zonas, al Islam aunque no impuesto por éste- entra dentro del Código penal -artículo 149.2- que la persigue incluso fuera del territorio nacional⁹⁷. Sin embargo, creemos que la amputación genital hay que catalogarla de atentado a la moral pública más que de ataque a la salud pública (el ataque a la integridad física de la mujer que la sufre, en cuanto que individual, no alcanza el nivel de *público*)⁹⁸. Nuestro Derecho no da el mismo trato a "la circuncisión ritual de niños, que rea-

92. Cfr. la noticia sobre "una boda musulmana en Melilla acaba con disturbios por una jaima al aire libre", en ABC, 19 de julio de 2003, pág. 23.

93. Cfr. J.F. Ravel, *Le regain démocratique*, Fayard, Paris, 1992, págs. 362 y ss., y G. Haarscher, *La laïcité*, págs. 81-85.

94. T.W.A. de Wit, "El desengaño necesario. Los Países Bajos, confusos después del asesinato de Theo van Gogh", en *Concilium*, núm. 313, 2005/5, pág. 637.

95. Cfr. J. Bonet Navarro/J. Landete Casas, "Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico...", pág. 13.

96. Cfr. "Los musulmanes de Melilla, contra las normas de prevención", en *La Razón*, 31 de enero de 2001. Las declaraciones comentadas eran del Presidente de la Asociación religiosa islámica Badr, Abdelkarim Al-lal.

97. Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina. En general, cfr. J. Rossell, "La mutilación femenina en España", *Los musulmanes en España...*, págs. 229-248.

98. De hecho, en la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica 3/2005, se especifica que estamos ante un trato "inhumano y degradante" de los prohibidos por el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El calificativo de pública implica que la salud afectada es la de "terceros considerados en su totalidad" (J. Bonet Navarro/J. Landete Casas, "Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico...", pág. 12).

lizan judíos, musulmanes y algunos pueblos africanos, puesto que tal práctica no conlleva problemas de tipo sanitario; es más, está específicamente indicada como tratamiento quirúrgico de determinadas enfermedades⁹⁹.

A la *moral pública* se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982, como concepto juridificado, en cuanto que "es necesario un *minimum ético* para la vida social" (FJ 2º). Precisamente la moral pública es la que sustenta, en último término, el respeto a la persona y su dignidad, subyacente, a la formulación del art. 10.1 de la Constitución y de los derechos fundamentales que se le reconocen¹⁰⁰. Un supuesto de la virtualidad del orden público, bajo esta perspectiva, nos la proporciona el Consejo de Estado francés. Éste, en resolución de 27 de octubre de 1995, suspendió el espectáculo de "lanzamiento del enano" como atentado al orden público, por entender que esta atracción, aunque no implique riesgo para la integridad física de quien es lanzado como un proyectil, y aunque medie su acuerdo y remuneración, es en sí un ataque a la dignidad humana¹⁰¹. Asimismo la moral pública puede oponerse al sacrificio ritual de animales¹⁰² y, pensamos, podría hacerlo al nudismo (incluso con motivación religiosa)¹⁰³.

99. (J. Bonet Navarro/J. Landete Casas, "*Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico...*", pág. 9). Estos autores dan la noticia de una denuncia planteada ante la Audiencia de Valencia por el padre de un niño de seis años, circuncidado sólo por voluntad de su madre musulmana, la cual detentaba su custodia. La denuncia fue desestimada. Cfr. *ibidem*, pág. 9.

100. La fundamentación de los derechos humanos modula su despliegue y reconocimiento. Aquí se observa un contraste entre el punto de vista occidental, que alienta en la Declaración de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas de 1948, y la alternativa que, frente a ella, elaboraron los países islámicos -Organización de la Conferencia Islámica-, la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam, en El Cairo en 1990. Ésta, desconociendo la autonomía de los asuntos civiles, supedita cualquier decisión o actividad humana a la *Sharía*. Cfr. P. Buendía, "*La Declaración de los Derechos Humanos en el Islam*", y Bat Ye'or/D.G. Littman, "*Los derechos humanos universales vs. "derechos humanos" en el Islam*", en www.gees.org/articulo/1283/41 (*Colaboraciones* núm. 317, 12 de abril de 2005), y MªJ. Roca, "*Las minorías islámicas. Aspectos jurídicos de su diversidad e integración desde una perspectiva comparada*", en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, vol. 2, 2003, pág. 313.

101. Cfr. C. Labrusse-Riou, "*Droit de la personnalité et de la famille*", AA. VV., *Libertés et droits fondamentaux*, M. Delmas-Marty/C.L. de Leyssac, dteurs., Éditions du Seuil, Paris, 1996, pág. 278.

102. La Sthed de 27 de junio de 2000 examina un recurso presentado por entidad religiosa judía ultrortodoxa y minoritaria de Francia a la que no se autorizó el sacrificio ritual de animales. Se rechaza el atentado contra la libertad religiosa (art. 9 del Convenio europeo) y la discriminación (art. 14 del Convenio), entre otras consideraciones, por el principio general que prohíbe, en el Derecho francés, tales prácticas. Cfr. L. Martín-Retortillo Baquer, "*Sacrificios rituales de animales, autorización administrativa y libertad religiosa (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia, de 27 de junio de 2000)*", en *Revista de Administración Pública*, 161, 2003, págs. 221-238, y J. Martínez-Torrón, "*Los límites a la libertad de religión...*", págs. 32-34. Disentimos de Bonet y Landete que motivan la limitación a los sacrificios de animales, como ejercicio de la libertad religiosa, en la salud pública J. Bonet Navarro/J. Landete Casas, "*Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico...*", pág. 13.

103. De la misma opinión son J. Bonet Navarro/J. Landete Casas, "*Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico...*", pág. 15.

Además, incluiríamos, entre los atentados contra la moral pública, el caso del imam de Fuengirola, Mustafá Kamal. Éste en su libro *La mujer en el Islam* daba consejos para aplicar castigos físicos a la propia esposa sin dejar secuelas reconocibles. El imam fue finalmente condenado en el 2004¹⁰⁴.

4.3. La incidencia del multiculturalismo en la configuración del orden público

Cada día se revela más fecundo, para la comprensión de los derechos humanos, la remisión a los textos internacionales (art. 10.2 de la Constitución). Este recurso interpretativo ha sido expresamente reclamado en materia de inmigración¹⁰⁵ y las disposiciones específicas exigen la aplicación de los instrumentos internacionales, para preservar los derechos humanos de los extranjeros¹⁰⁶.

Concretamente nos parece de utilidad, para captar el alcance global del párrafo 1º del art. 3 de la Ley Orgánica 7/1980, es decir, del orden público como limitación a la libertad ideológica y religiosa, el *Comentario general del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (20 de julio de 1993). El Comentario nos ofrece unas pautas, para adaptar el orden público a un ambiente plural¹⁰⁷, que enumeramos a continuación: 1º) "El artículo 18 (libertad de pensamiento, conciencia y religión) no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales, o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales" (pár.

104. Cfr. J. Ferreiro Galguera, *"La libertad religiosa y la provocación a la violencia de género: el caso del imam de Fuengirola"*, en *Revista Poder Judicial*, núm. 72, 2003.

105. Intervención de Berlingò en Berlingò/Botta/Ferrari/Lariccia/Onida/Vanier, *"Las relaciones entre el Estado..."*, pág. 58.

106. Art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 12 de enero de 2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre: "las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas". Y la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 40/144 de 13 de diciembre de 1985, reconoce el derecho de cualquier Estado a regular la entrada de extranjeros y el plazo y las condiciones de estancia o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros, pero, añade que "dichas leyes y reglamentaciones no deberán ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos" (art. 2).

107. La flexibilidad se ha destacado en la aplicación del orden público internacional. Cfr. H. Aguilar Grieder, *"Multiculturalidad, reconocimiento en España..."*, págs. 243-251.

2); 2º) "El Comité señala que el párrafo 3 del artículo 18 ha de interpretarse de manera estricta: no se permiten limitaciones por motivos que no estén especificados en él, aun cuando se permitan como limitaciones de otros derechos protegidos por el Pacto, tales como la seguridad nacional" (pár. 8); 3º) "El Comité señala que el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición" (*ibidem*).

Este último inciso puede producir un resultado indeseado como es el de restringir el espectro de las libertades¹⁰⁸. La aplicación de los textos internacionales, para interpretar restrictivamente los derechos, habría que considerarlo contrario al orden público según lo antes explicado. "Quien pretenda que el Derecho ha de ceder ante el carácter "cultural" de una acción limitadora de derechos o principios constitucionales, habrá de estar dispuesto a sostener que la Constitución no instaure un coto vedado", "un ámbito de derechos, valores y principios constitucionales cuya manipulación o limitación es ilegítima"¹⁰⁹.

De otra parte, hay que advertir que, si bien en un sistema político como el español, calificado por ello de *laico*¹¹⁰, los poderes públicos establecen su autonomía -en cuanto a principios¹¹¹, funciones¹¹² y organización¹¹³- frente a lo religioso¹¹⁴, eso no impide que, por las propias bases históricas y sociales de la comunidad política, ésta haya optado y asimilado algunos rasgos de identidad de tradición religiosa. Como pudimos apuntar en nuestro anterior trabajo¹¹⁵, este mecanismo explica por ejemplo, la elección de un calendario de inspiración cristiana¹¹⁶, que el día de descanso establecido por la legislación laboral sea el

108. Es el caso del Islam. Cfr. A. Motilla, "*Las declaraciones de derechos humanos en organismos internacionales islámicos*", pro manuscrito, y supra nota 100.

109. M. Gascón Abellán, "*La responsabilidad de los jueces ante la integración*", pág. 161.

110. Es decir que se inspira por una lógica independiente de toda convicción concreta -fideísta o no-. Cfr. L. Prieto Sanchís, "*Religión y política...*", págs. 126-128. Nos parece acertado el empleo, graduable, que hace el autor de la laicidad. Cfr. *ibidem*, págs. 126 y 132.

111. Cfr. auto del TC de 31 de octubre de 1984, que desestima la inconstitucionalidad de aplicar el divorcio a los matrimonios canónicos.

112. Cfr. STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1º.

113. Cfr. STC 340/1993, de 13 de mayo, FJ 4º.

114. Entre muchos, cfr. A. Bernárdez Cantón, "*La mención de la Iglesia católica en la Constitución española*", págs. 406-407, y MªJ. Roca, "*Teoría y práctica...*", págs. 233-235.

115. Cfr. "*El Islam en España...*", págs. 205-209.

116. J.Mª González del Valle, Derecho eclesiástico español, pág. 212.

domingo¹¹⁷ o que, eventualmente, pudiese incluirse, en el plan de estudios de la Licenciatura en Derecho, el Derecho canónico¹¹⁸ o de otra confesión¹¹⁹.

La constatación anterior, y el peso que las circunstancias históricas han dejado en cada pueblo¹²⁰, hace que no sea viable una *laicidad material stricto sensu*, es decir, "un pluralismo tal que cualquier decisión política resultase neutral respecto de toda doctrina comprensiva"¹²¹.

Recapitulando este epígrafe diríamos que, por el mayor respeto que merece la dignidad de la persona y su desarrollo a nuestro Derecho, y por lo ligado que está el crecimiento personal -si es auténtico- al ejercicio de la libertad ideológica y religiosa y, en definitiva, a la cultura que dota de identidad a todo proyecto vital, sus restricciones serán mínimas. La limitación "al ejercicio de libertad religiosa se sustancia esencialmente en impedir y, por ende, reprimir la realización e instigación de hechos constitutivos de delitos"¹²².

117. "Que el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de la civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en estos pueblos, esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues, aunque la cuestión se haya debatido y se haya destacado el origen o la motivación religiosa del descanso semanal, recayente en un período que comprenda el domingo, es inequívoco en el Estatuto de los Trabajadores y en la precedente (Ley de Relaciones Laborales) y las más anteriores, con la excepción de la Ley de Descanso Dominical de 1940, que el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el "domingo" como regla general del descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición" (STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 4º).

118. Respecto al primer supuesto cfr. STS 18 septiembre de 1987 que precisamente descarta la discriminación a favor de la Iglesia católica, en este caso, "al ser notorio que no existen otras instituciones jurídicas afines cuyo impacto pueda ser comparado al que produce en la realidad social española el matrimonio canónico" (FJ del TS 1º). Cfr. asimismo el FJ 3º de la sentencia apelada que se reproduce por el Alto Tribunal.

119. Por ejemplo, el Derecho islámico, cfr. F. Pérez-Madrid, "*Constitución y Derecho Eclesiástico del Estado*", en AA.VV., *La Constitución y el ordenamiento jurídico. 25 años de incidencia de la Constitución española de 1978 en las diferentes disciplinas judiciales*, J.Mª Castellà Andreu, coord., Facultad de Derecho. Universidad de Barcelona, Barcelona, s. d., págs. 446-447.

120. Ver la consideración sobre la historia y el ethos social europeo de S. Ferrari, "La libertad de manifestar la propia religión (y sus límites)", en S. Ferrari /I.C. Ibán, *Derecho y religión en Europa occidental*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 1 y 18-19.

121. L. Prieto Sanchís, "*Religión y política...*", pág. 128. Asimismo, cfr. *ibidem*, pág. 116.

122. A. Motilla, "*Reconocimiento administrativo del notorio arraigo y de la capacidad de pactar acuerdos de cooperación a la confesión Testigos Cristianos de Jehová*" en *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias. Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*. Barcelona, 1994, V. Reina/MªA. Félix Ballesta, coords., Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 572.

5. La integración social

5.1. Sentido y alcance de la integración social como concepto jurídico y su semejanza funcional con la de confesión con "notorio arraigo"

La integración social es un hecho que se produce o no y del que, quien tiene que dar cuenta, es la misma sociedad. Y así, por ejemplo, a ella se dirigen los sondeos para establecer los diversos aspectos que posibilitan la integración, a fin de permitir o no a una persona que no sea española venir a vivir aquí. Los factores que, según encuesta de finales de 2005, son percibidos como importantes para la integración son, por orden decreciente, los siguientes: tener una cualificación laboral de las que España necesita, buen nivel educativo y hablar castellano o la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma¹²³.

La inmigración -acelerada y masiva- en España otorga un cariz de perentoriedad a la integración. Ésta, en la actual coyuntura, es pieza clave para "articular una sociedad multicultural y sin embargo abierta y cohesionada"¹²⁴ y de ello es consciente la autoridad política y la opinión pública, en la medida en que la integración es de lo que más le preocupa¹²⁵. Precisamente la responsabilidad de estos agentes en la *organización de la comunidad y establecimiento de sus límites* -marco geográfico y ámbito personal-, así como de los requisitos previos a poder participar plenamente en ella, se articula a través del Derecho. Ésta es la razón de ser de la Ley francesa nº 2006-911, relativa a la inmigración y la integración. La situación de arraigo queda así justificada de cara a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, con las dudas y dificultades -respecto al desajuste entre realidad social y jurídica- que se han observado en otros conceptos de esta misma naturaleza.

Se puede afirmar tanto de la "buena conducta cívica", la "integración social" (art. 22.4 del Código Civil), como del "notorio arraigo" en España de Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas¹²⁶, que "es un concepto que se funda-

123. La pregunta sobre la cualificación laboral obtuvo un 8.9% de respuestas que la daban por nada importante frente a un 15.2% que la consideraban muy importante. Mientras que tener un buen nivel educativo daba estos valores, en cada extremo, 11.3% y 11.9%. La cuestión del idioma iba de ser considerada nada importante por un 14.7% a muy importante por un 10.9%. Otras cuestiones a las que se dio menor relevancia se referían a la religión, la raza o la riqueza del extranjero. Para contestar se proponía una escala de 0 a 10 en la que el 0 significa "nada importante" para permitir a una persona venir a vivir aquí y el 10 "muy importante". Cfr. Centro de Investigaciones Sociológicas, Barómetro de noviembre 2005, Pregunta 8.

124. M. Gascón Abellán, "La responsabilidad de los jueces ante la integración", pág. 146.

125. Cfr. F. Pérez-Madrid, "Inmigración y derecho canónico", en *Ius canonicum*, 43, 2003, pág. 610.

126. Cfr. art. 7.1 Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa. Otras legislaciones -francesa, alema-

menta en datos sociológicos, pero con importantes consecuencias jurídicas"¹²⁷. Los problemas que surgen en la determinación de su contenido se parecen y la reflexión conjunta, especialmente de la "integración social" y del "notorio arraigo", puede llegar más lejos que su interpretación individualizada.

Si hasta ahora hablábamos de un mínimo, respetar el límite del orden público, exigido para ser acogido en la sociedad española y poder actuar en su seno, en este momento nos situamos al otro extremo, en el máximo, el de la integración, o participación plena del extranjero en la vida social y política hasta convertirse en un *nacional*, con todos los derechos reconocidos a los españoles. Así definida, el reconocer la integración, según lo pautado por las leyes, es un ejercicio característico de la *soberanía*¹²⁸. Salvadas las distancias y por lo que respecta a las confesiones religiosas, la declaración de *notorio arraigo* guarda una cierta semejanza con la de integración en la sociedad española, en el sentido de que esta categoría de grupo religioso es el que se incorpora plenamente a la cooperación prevista en el art. 16 de la Constitución. Tras la promulgación de la Ley de Libertad Religiosa de 1980 sólo se abre la colaboración, en las materias de interés compartido, a las confesiones con acuerdo¹²⁹. Este es el criterio adoptado, por ejemplo, en educación -Leyes Orgánicas 1/1990, de Ordenación General del Sistema Educativo y 2/2006, de Educación-, matrimonio -a falta de un desarrollo del art. 59 del Código Civil- y financiación, según lo establecido en la Ley 49/2002, de Régimen Fiscal de las Entidades Sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo.

na e italiana- tienen categorías similares o que quiere desempeñar una función parecida, cfr. M^aJ. Roca, "Las minorías islámicas. Aspectos jurídicos de su diversidad e integración desde una perspectiva comparada", págs. 319-322. En el "notorio arraigo" existe un elemento cuantitativo -número de miembros que viven en España y extensión geográfica en nuestro país- que falta en el de "integración social" o "buena conducta cívica" aunque estos últimos tienen su fundamento -también cuantitativo- en el número de años de residencia efectiva y de conducta ordenada, en el territorio nacional.

127. J. Mantecón Sancho, "Las confesiones como partes contratantes de los acuerdos de cooperación con el Estado", en *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias...*, pág. 585.

128. STS de 26 de julio de 2004, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, F.J. 4^o C, y STS de 29 de octubre de 2004, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, FJ 3^o in fine. Esto hace que algunos autores, ante el problema de la integración, pidan que se repiensen las categorías de "nacionales" y de "soberanía". Cfr. M. Gascón Abellán, "La responsabilidad de los jueces ante la integración", pág. 148, o de "ciudadanía", si ésta es excluyente, cfr. *ibidem*, pág. 167.

129. Por el contrario, las confesiones inscritas pasan a segundo plano, "las nuevas leyes ya no extienden genéricamente los beneficios de que goza la Iglesia católica a las restantes confesiones por el mero hecho de estar legalmente reconocidas" (J.M^a González del Valle, "Las confesiones religiosas en España: perspectiva jurídica", en *Encuentro de las tres confesiones religiosas. Cristianismo, Judaísmo, Islam*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, pág. 177).

5.2. El "notorio arraigo": su apoyatura social y su peligroso deslizamiento hacia la arbitrariedad

Dice la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa que: "el Estado teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso¹³⁰, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas [...] que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España..." (art. 7.1).

El "notorio arraigo" cobra sentido en correlación con el art. 16.3 de la Constitución. El párrafo ordena a los poderes públicos tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española como *único criterio de cooperación con las confesiones*¹³¹. Sin embargo, la ambigüedad del "notorio arraigo" -*concepto jurídico indeterminado*¹³²- ha propiciado un uso arbitrario del mismo.

La Administración es la que, de *facto* pero sin estudio específico del asunto, ha procedido a interpretar el "notorio arraigo" al que hace referencia la ley. A este estado de cosas se ha llegado porque, para la determinación del concepto, no estaba previsto ni un procedimiento reglado, ni la publicación de resoluciones, ni una vía de recursos establecida¹³³. De momento, la autoridad judicial no se ha pronunciado ni sobre la actuación administrativa en la materia ni sobre el sentido del término legal, lo que contrasta con la jurisprudencia que sí ha existido sobre la "integración en la sociedad española". El control judicial es necesario de cara a preservar la seguridad jurídica -frente a la arbitrariedad de la Administración- y para una correcta comprensión de las normas.

Por tanto, la concreción definitiva del concepto legal "notorio arraigo en España" vendrá de la mano de la praxis administrativa cuya interpretación, al

130. Entendemos que la redacción de la ley, al introducir el Pleno del Congreso este inciso en sustitución del imperativo: "deberá establecer" (motivación a la enmienda n. 40 en *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 14 de marzo de 1980, Serie A, n. 77-II.1), no respetó plenamente el precepto constitucional. Cfr. A. Motilla, "*Reconocimiento administrativo...*", pág. 564.

131. Propugna una interpretación fiel a este criterio, J. Mantecón Sancho, "*Las confesiones como partes contratantes...*", págs. 584-587.

132. Es opinión generalizada calificarlo de tal, cfr. A. Fernández-Coronado, "*Consideraciones sobre una interpretación amplia del concepto de notorio arraigo*", págs. 289-291, y D. García-Pardo, *El sistema de acuerdos con las confesiones minoritarias en España e Italia*, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pág. 74.

133. Cfr. A. Motilla, "*Reconocimiento administrativo...*", págs. 549 y ss., también se publicó en *Actualidad Administrativa*, núms. 14 y 15 de 1995. Además, cfr. A. Fernández-Coronado, "*Consideraciones sobre una interpretación...*", pág. 297, e idem, "*Los Acuerdos con confesiones minoritarias...*", pág. 135.

decir del Consejo de Estado, puede actuar de precedente para futuras decisiones¹³⁴, y de las decisiones jurisprudenciales sobre hipotéticas reclamaciones que les planteen las confesiones que se sientan agraviadas¹³⁵.

Hasta la fecha puede afirmarse que el reconocimiento del "notorio arraigo" no ha reflejado fielmente el sentir social, sino que se ha prestado a diversas *acomodaciones*. Probablemente se ha incurrido en este abuso por confundir dos de los elementos -indudablemente conectados- a los que se alude en el art. 7.1 de la Ley Orgánica 7/1980: el "notorio arraigo" y la negociación de acuerdos de cooperación. No obstante, estos elementos son "independientes y autónomos en su configuración legal"¹³⁶.

Cuando hablamos de una práctica viciada pensamos, entre otras cosas, en la concesión de "notorio arraigo" a tradiciones religiosas -creencias afines- y no a confesiones -organizaciones- concretas y a su consecuencia directa, imponer una estructura a los sujetos -colectivos- religiosos¹³⁷. Según este planteamiento, el problema no es "de identificación del posible sujeto detentador del requisito [...] sino de la configuración de este sujeto para que pueda actuar como tal"¹³⁸. Esta actitud, con sabor regalista¹³⁹, suscita dudas de hecho -poca operatividad de los entes así creados- y de Derecho. Las últimas tanto por la falta de control de nuevas incorporaciones de confesiones al régimen de acuerdos¹⁴⁰ cuanto, sobre todo, por restringir la libertad religiosa colectiva.

También ha pesado mucho, en la interpretación del "notorio arraigo", el *oportunismo*. La Administración reconoció el "notorio arraigo" a las tres corrientes

134. Por lo que pidió una valoración del arraigo a la vista de datos concretos. Cfr. Dictamen 55.707 a), de 31 de enero, sobre el Proyecto de Acuerdo con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (Consejo de Estado. Recopilación de doctrina legal 1991, pp. 823-844 marginal 224). Un Dictamen similar -el 55.707 b) de la misma fecha- se ocupó del Acuerdo con la Federación de Comunidades Israelitas de España. Cfr. G. Codes Belda, *El Derecho Eclesiástico en la doctrina del Consejo de Estado*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, págs. 124 y ss. En un marco más amplio, la doctrina -notoriamente Bullinger- llega a conclusiones similares, cfr. A. Motilla, "*Reconocimiento administrativo...*", págs. 548-549.

135. Cfr. J. Mantecón Sancho, "*Las confesiones como partes contratantes...*", pág. 588.

136. A. Motilla, "*Reconocimiento administrativo...*", pág. 563 nota 34.

137. J.M^o González del Valle, "*Las confesiones religiosas en España: perspectiva jurídica*", págs. 179-180.

138. A. Fernández-Coronado, "*Consideraciones sobre una interpretación...*", pág. 295.

139. Resulta extraño que, después de haber propiciado la "artificiosidad" del concepto, luego se pidan su supresión por esta misma causa. En ello nos parece que incurre A. Fernández-Coronado, "*Consideraciones sobre una interpretación...*", págs. 296 y 300-301.

140. La Iglesia Ortodoxa española, incorporada a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, según comunicación al Ministerio de Justicia de 3 de febrero de 1993. Cfr. cfr. A. Fernández-Coronado, "*Consideraciones sobre una interpretación...*", págs. 295-296 nota 34.

religiosas que posteriormente suscribieron los acuerdos de cooperación a finales del emblemático 1992¹⁴¹, para subsanar cinco siglos de intolerancia¹⁴². La Comisión Asesora de Libertad Religiosa propició este paso, dada la dispersión y la escasa implantación -al menos en aquellas fechas¹⁴³- de cualquier confesión distinta de la Iglesia Católica, otorgando relevancia a la presencia histórica en la concesión del notorio arraigo¹⁴⁴. En la Exposición de Motivos de alguno de los acuerdos se habla de "tradición milenaria en nuestro país" (Acuerdo con la Federación de Comunidades Israelitas de España), y lo que es discutible o matizable, afirmado del Islam, de "tradición secular en nuestro país, con relevante importancia en la formación de la identidad española"¹⁴⁵.

En una deriva peligrosa, por poder encubrir preferencias ideológicas o políticas de los poderes públicos¹⁴⁶, la doctrina ha defendido el uso de esta categoría

141. La Comisión Asesora de Libertad Religiosa declaró el 14 de diciembre de 1984 el notorio arraigo de las Iglesias Evangélicas de España y las Comunidades Israelitas y, el 14 de julio de 1989, el de las Comunidades Islámicas.

142. Cfr. A. Motilla, *"Algunas consideraciones en torno a la naturaleza jurídica y eficacia normativa de los Acuerdos aprobados según el artículo 7 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa"*, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 10, 1994, pág. 350.

143. Por lo que se llegó a comentar que "las declaraciones de notorio arraigo hasta ahora habidas -protestantismo, islamismo y judaísmo- no son declaraciones de notorio arraigo, sino de notorio desarraigo" (J.M.^a González del Valle, *Derecho eclesiástico español*, 2^a ed, Servicio de publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1989, pág. 192). Asimismo, cfr. A. Fernández-Coronado, *"Consideraciones sobre una interpretación..."*, pág. 293.

144. Se formó una Ponencia, en el seno de la Comisión, para fijar unas normas que estableciesen los requisitos objetivos para la acreditación de las confesiones. El texto se hizo público en la reunión de 5 de diciembre de 1983. Los criterios orientativos, sin pretensión de exhaustividad, fueron: suficiente número de miembros referido al órgano jurídico agrupador de las distintas entidades solicitantes; organización jurídica adecuada, con único interlocutor; arraigo histórico en España (legal o clandestino); importancia de las actividades sociales, asistenciales, etc.; ámbito de la confesión valorado por su extensión territorial, número de lugares de culto, etc., y, finalmente, institucionalización de los ministros de culto. Cfr. M.E. Olmos, *"Reflexiones en torno a la colaboración entre el Estado y las Confesiones religiosas"*, AA. VV., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado...*, págs. 355-359; A. Fernández-Coronado, *"Los Acuerdos con confesiones minoritarias desde una perspectiva histórica. Iter de las negociaciones"*, en *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias...*, págs. 133-135; idem, *"Consideraciones sobre una interpretación..."*, pág. 291, y A. Motilla, *"Reconocimiento administrativo..."*, pág. 558.

145. En realidad, la identidad nacional va a surgir como reacción frente al modelo de vida islámico al que se enfrentó la sociedad hispana. "España se hace contra ese elemento [árabe o musulmán], va a consistir precisamente en evitarlo, en afirmarse como lo otro, es decir, en no ser musulmán, con todo lo que ello implicaba..." (J. Marías, *La España inteligible...*, pág. 122). Asimismo, cfr. ibidem, págs. 131-141.

146. Sobre el riesgo de la utilización del "notorio arraigo" según conveniencias políticas, cfr. cfr. A. Fernández-Coronado, *"Consideraciones sobre una interpretación..."*, pág. 297; M. Camarero Suárez, *"Los sujetos estatales y confesionales de los Acuerdos. Federaciones confesionales y problemática"*, en *Acuerdos del Estado español con confesiones...*, pág. 229, y D. García-Pardo, *El sistema de acuerdos con las confesiones minoritarias en España e Italia*, págs. 75-76. Éste, siguiendo a Ibán, comenta que es difícil enmendar la arbitrariedad si los poderes públicos se niegan a colaborar con un grupo realmente arraigado.

legal desvinculándola de las creencias religiosas de la sociedad española. Así, por ejemplo, se ha juzgado suficiente que la confesión legalmente establecida en España, teniendo un ámbito espacial y temporal relativamente pequeño en nuestro país, ostente gran difusión en el resto del mundo¹⁴⁷.

El trato dado a la pretensión de acuerdo -frustrada con la Resolución de la Dirección General de Asuntos Religiosos y Objeción de Conciencia de 24 de febrero de 1994¹⁴⁸- de los Testigos de Jehová, en cuanto que no suficientemente motivado¹⁴⁹, apunta a la arbitrariedad¹⁵⁰. Este grupo religioso figuraba inscrito, desde 1970 en los registros especiales, y se atribuía unos 100.000 adeptos en toda España. Los pretendidos argumentos -razonables- esgrimidos para rechazar el acuerdo y, de forma velada el notorio arraigo, eran: negativa a las transfusiones, insumisión, etc. La consistencia de estos fundamentos se tambalea si pensamos que otros grupos, como los islámicos, sí fueron declarados arraigados, a pesar de principios y conductas que chocan con el orden social y político español.

También la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España, que aglutinaba a tres entidades, solicitó, por sí sola, el reconocimiento del "notorio arraigo". Finalmente, se le denegó por entender que tal Iglesia pertenecía a la confesión protestante que era la que detentaba el notorio arraigo¹⁵¹. Tampoco la Asociación Budista de España obtuvo la declaración de "notorio arraigo" cuando pidió dicho *status*¹⁵². Por el contrario, en junio de 2002, la Dirección General de Asuntos Religiosos sí reconoció la notoriedad y el arraigo en España de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (mormones)¹⁵³. Estos casos evi-

147. Cfr. A. Fernández-Coronado, "*Consideraciones sobre una interpretación...*", pág. 292. Sobre las acomodaciones, cfr. *ibidem*, págs. 299 y ss.

148. Reproducida por A. Motilla, "*Reconocimiento administrativo*", págs. 575-577.

149. Efectivamente el uso de la potestad discrecional que la ley abre en favor de la Administración no puede desembocar en arbitrariedad. Cfr. A. Motilla, "*Reconocimiento administrativo...*", págs. 564-567.

150. Cfr. M. Camarero Suárez, "*Los sujetos estatales y confesionales de los Acuerdos...*", pág. 231 nota 74. Mas lo definitivo parece que fue la sospecha de que confesión en cuanto tal pudiese haber obligado a sus fieles "en sus normas internas a realizar estas actuaciones [conflictivas desde el punto de vista de su adecuación al ordenamiento jurídico del Estado] para alcanzar sus finalidades religiosas" (A. Fernández-Coronado, "*Consideraciones sobre una interpretación...*", pág. 292, que sigue, en este punto, el Dictamen sobre notorio arraigo en España de la confesión religiosa Testigos Cristianos de Jehová elaborado por Llamazares y Fernández-Coronado). Asimismo, cfr. A. Motilla, "*Reconocimiento administrativo...*", págs. 567 y ss. Este juicio, que se adentra en el credo y funcionamiento interno de una confesión parece inapropiado para la Administración. en general, cfr. *ibidem*, págs. 572-575.

151. Cfr. A. Fernández-Coronado, "*Consideraciones sobre una interpretación...*", pág. 295.

152. Cfr. A. Motilla, "*Religious Pluralism in Spain*", en *Brigham Young University Law Review*, Summer 2004, pág. 584.

153. Cfr. A. Motilla, "*Religious Pluralism in Spain*", pág. 584.

dencian que la Administración, en el amplio margen con que ha aplicado el concepto de notorio arraigo, ha sido errática y opaca. Con ello se ha inutilizado, en cierta medida, el mecanismo de los acuerdos de cooperación y ha introducido la arbitrariedad en un campo especialmente sensible, como recuerda el art. 14 de la Constitución.

5.3. En qué consiste para el Derecho la integración social

En la Europa de los últimos decenios, tanto las diversas fuerzas políticas¹⁵⁴ como la legislación -tal es el caso de Italia¹⁵⁵ y Francia- vienen ocupándose de la integración. La ley española recoge la expresión de integración social al menos en tres ocasiones¹⁵⁶.

La Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social no sólo se fija en la integración social en su título sino que, en el art. 59, "colaboración contra redes organizadas", dispone que los extranjeros que, aun habiendo entrado en España ilegalmente, "queden exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar a su elección, el retorno a su país de procedencia o la estancia y residencia en España, así como permiso de trabajo y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley" (art. 59.3). Texto que confirma el plus que, frente a *estar* -incluso legalmente (derecho de residencia)- supone *integrarse* en España¹⁵⁷.

Pero, para nosotros, tiene más valor lo que establece el Código Civil para la concesión de *nacionalidad por residencia*¹⁵⁸. Allí se fijan diferentes plazos y las condiciones de la residencia. Además, "el interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica

154. Lo afirma de los Países Bajos T.W.A. de Wit, "*El desengaño necesario...*", pág. 639.

155. La Ley italiana de 6 de marzo de 1998, n. 40 "*Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*" dedica normas a la integración social (art. 40), mostrando preocupación por conocer y valorar las expresiones culturales de los extranjeros que suelen residir en Italia. Sobre esta norma y otras complementarias, cfr. la antes mencionada intervención de R. Botta, págs. 75-80.

156. Aparte de las otras dos ocasiones, que luego detallamos, se habla de integración en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros.

157. La STS de 26 de julio de 2004, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, entiende que "una cosa es obtener el derecho de residencia, y otra cosa es obtener la ciudadanía española, la cual otorga derechos que la residencia no confiere [...] un plus que se adquiere y de la naturaleza política que tiene ese algo que se añade a la personalidad del solicitante cuando su solicitud es estimada, que es, nada menos que esto: el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes [...], y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos" (FJ 4º C).

158. Redactado conforme a la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad.

y suficiente grado de integración en la sociedad española" (art. 22.4). No estamos aquí ante una potestad discrecional de la Administración, ni de la "concesión de servicio público", pues, nos encontramos ante un acto que confiere u otorga el *status de nacional*¹⁵⁹, es decir, relacionado con el estado civil de la persona¹⁶⁰. Por último, tampoco se trata de un derecho subjetivo del que sea titular el extranjero que haya residido por un periodo de tiempo en España¹⁶¹. La concesión de la nacionalidad por residencia es un acto administrativo de acusadísima cualificación, de soberanía¹⁶², al que la Administración viene obligada "cuando concurren los requisitos legalmente previstos"¹⁶³.

Contamos ya con algunas sentencias del Tribunal Supremo sobre el artículo del Código Civil que esclarecen el sentido y requisitos de la integración social y la correspondiente concesión de la nacionalidad. A partir de estos datos, vamos a analizar su aplicación y ajuste a extranjeros cuya identidad o conducta viene caracterizada por opciones religiosas. Opinamos que es ésta una forma idónea para conocer la receptividad de nuestro Derecho a principios como el de libertad ideológica y religiosa -y el posible juego de la tolerancia¹⁶⁴- en un terreno determinante para la sociedad española del futuro.

La "integración a la sociedad española" es un concepto jurídico indeterminado -descripción de un supuesto de hecho al que sigue una consecuencia jurídica- que admite una gradación¹⁶⁵. Por "sociedad española", término de referencia de la integración, entiende la jurisprudencia "los usos y costumbres de eso que se llama sociedad española, porque el significante "sociedad" se emplea en ese artículo 22.4 del Código civil con el significado político-sociológico de "convivencia de una comunidad humana bajo usos comunes"¹⁶⁶. Lo que otros denominan la *way of life* o estilo de vida, que cada comunidad política tiene derecho a tutelar en su integridad¹⁶⁷.

159. Cfr. STS de 28 de septiembre de 2005, FJ 3º.

160. Cfr. STS de 28 de septiembre de 2005, FJ 1º.

161. Cfr. STS de 28 de septiembre de 2005, FJ 1º y 3º que cita pronunciamientos anteriores del Alto Tribunal.

162. STS de 26 de julio de 2004, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, FJ 4º C, y STS de 29 de octubre de 2004, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, FJ 3º in fine.

163. Según cita de la sentencia a quo que reproduce la STS de 28 de septiembre de 2005, FJ 1º.

164. En el sentido expuesto en J.Mª Martí, "La idea de tolerancia y su aplicación en el Derecho contemporáneo", en *Persona y Derecho*, 4, 1994, págs. 90-96.

165. STS de 26 de julio de 2004, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, FJ 2º. El tenor literal del art. 22.4 del Código Civil habla de suficiente grado de integración.

166. STS de 26 de julio de 2004, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, FJ 4º A.

167. Cfr. la intervención de R. Botta, pág. 80.

Con ocasión de la interpretación de la "buena conducta cívica" que la ley pone en conexión con la "integración social", la jurisprudencia describe el *comportamiento que exige la sociedad* "como representativo de un ciudadano estándar", teniendo en cuenta los cambios de la estimativa de valores, que fijan un "estándar medio de conducta capaz de asumir por cualquier cultura y por cualquier individuo. Un estándar que vale para todos y vale para cada uno. En el bien entendido que no se trata de imponer un modo de vida uniforme en la comunidad nacional"¹⁶⁸. El ciudadano estándar "posee una vida familiar estable, tiene un trabajo con el que atiende a las necesidades familiares, goza de un domicilio familiar conocido, paga sus impuestos y tiene buen fama cívica y religiosa en su entorno"¹⁶⁹.

Dado que esta descripción incluye los elementos principales de la integración social, vamos a profundizar en alguno de ellos.

5.4. Los requisitos para la suficiente integración en la sociedad española: régimen familiar e idioma

El sistema tradicional de integración a una sociedad de grupos de otra proveniencia se realizaba a través del matrimonio -mixto- con los naturales de la comunidad anfitriona. La concesión de la condición legal de nacional tomaba en consideración esta circunstancia y, también para facilitar la unidad de la familia, otorgaba automáticamente al extranjero casado con nacional la nacionalidad del país. Aunque hoy -sobre todo por la proliferación de los matrimonios de conveniencia o simulados- se suelen exigir otros requisitos adicionales, la medida da idea la conexión entre vida familiar e integración. En el trasfondo está la idea de que la inserción social, es decir, la socialización, no se realiza de modo repentino e instantáneo como si la persona pasase de ser ajeno a una comunidad a integrarse plenamente en ella. En realidad estamos ante un *proceso* que requiere de tiempo y mediaciones. Aquí adquiere toda su relevancia el matrimonio y la familia y es lógico que a ellos se atiende cuando se va a verificar el grado de integración social de un extranjero. Según ha quedado acotada la expresión "suficiente grado de integración en la sociedad española" es relevante, a la hora de solicitar la nacionalidad por residencia, acreditar con claridad la *clase de vida familiar* que se tiene y su congruencia con la "sociedad española": "el hecho de mantener diversas esposas de modo simultáneo no puede olvidarse que es un dato relevante a la hora de determinar el grado de adaptación e integración a la sociedad española"¹⁷⁰.

168. Cfr. STS de 22 de noviembre de 2001, citada por la STS de 28 de septiembre de 2005, FJ 3º.

169. Cfr. STS de 28 de septiembre de 2005, FJ 4º.

170. La cita continúa, un poco más adelante, "ello sin que se pueda entender realizada ninguna consideración negativa sobre los preceptos morales y religiosos que admiten esta costumbre " (STS de 26 de julio de 2004, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, FJ 2º).

Evaluar la integración en la sociedad española - la "toma en consideración de un requisito legal" - es independiente de emitir juicios sobre los preceptos morales y religiosos que admiten costumbres contrastantes con el sentir general (como la de mantener diversas esposas de modo simultáneo). Esto no corresponde al órgano jurisdiccional -de un Estado aconfesional- que, prueba de ello, no pretende "prohibir que una familia islámica viva conforme a los usos y costumbres de la comunidad a la que pertenece"¹⁷². Y, porque no se atiende a las opciones religiosas o morales, *no existe discriminación* (art. 14 de la Constitución) cuando se deniega la nacionalidad a personas que siguen un modelo religioso, siempre que éste de suyo imposibilite la adaptación o integración en nuestra sociedad¹⁷³. La reciente ley francesa de inmigración e integración, asimismo, adopta medidas de precaución, por ejemplo, contra la poligamia, como defecto de asimilación en Francia (art. 80)¹⁷⁴.

Por el contrario, si se discriminaría caso de negarse la nacionalidad al bigamo, por ejemplo, en atención a que su conducta se inspira en una fe religiosa menos extendida en España¹⁷⁵.

Recordemos que, en virtud del artículo 32.1 de la Constitución y la interpretación del Tribunal Constitucional extensiva de la nota de "plena igualdad jurídica", el equilibrio entre las partes debe presidir toda la relación conyugal¹⁷⁶. Dice la Declaración Universal de Derechos Humanos que: "los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio" (art. 16.1). La igualdad, pensamos, se vería amenazada por la poligamia en el sentido de que uno de los contrayentes se entregaría

171. STS de 26 de julio de 2004, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, FJ 2º.

172. La cita continúa: "esto sólo podríamos hacerlo si una norma jurídica válida conforme al ordenamiento jurídico español -ya sea el interno o el supraestatal comunitario- así lo estableciera. Y ninguna de tal contenido se nos ha invocado en este recurso de casación" (STS de 26 de julio de 2004, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, FJ 4º C).

173. STS de 26 de julio de 2004, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, FJ 2º y 4º C ab initio.

174. "*La situation effective de polygamie du conjoint étranger ou la condamnation prononcée à son encontre au titre de l'infraction définie à l'article 222-9 du code pénal, lorsque celle-ci a été commise sur un mineur de quinze ans, sont constitutives du défaut d'assimilation*". La ley también exige, a quien solicita la nacionalidad francesa por matrimonio con francés o en virtud de la reagrupación familiar, el compromiso y respeto efectivo de los principios rectores de la República francesa, y un conocimiento efectivo del idioma.

175. Cfr. STS de 26 de julio de 2004, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, FJ 4º C.

176. Cfr. STC 159/1989, de 6 de octubre.

todo entero en su masculinidad o femineidad y sería correspondido solamente con una entrega *parcial*, por la otra parte¹⁷⁷.

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2004 niega la suficiente integración en la sociedad española, a los efectos del art. 22.4 del Código Civil, a mujer marroquí, viuda de un español, con cinco hijos -nacidos en territorio español- y residente en Melilla. La razón es que *desconocía absolutamente el castellano* lo que le impedía una relación mínima con la sociedad española. Lo mesurado de esta decisión lo confirma las previsiones de la ley francesa que condiciona la residencia en Francia al compromiso de integración que comporta el seguimiento de cursos de formación cívica y lingüística¹⁷⁸. Con más motivo, la autorización de residencia prolongada -por diez años- exige el compromiso y respeto efectivo de los principios rectores de la República francesa, y un conocimiento efectivo del idioma.

También aquí se descarta expresamente la discriminación, citando la doctrina de otra sentencia de 18 de mayo de 2004, según la cual que la actora viva conforme a las costumbres y tradiciones religiosas de su país de origen, "es la consecuencia lógica del derecho fundamental a la libertad religiosa reconocido en el artículo 16 de la Constitución y por tanto, perfectamente admisible"¹⁷⁹, mas tales creencias y prácticas propias de la población musulmana tampoco aseguran que se alcanzó el suficiente grado de integración en la sociedad española.

177. Cfr. J.A. Rodríguez García, "Poligamia: libertad religiosa y discriminación de la mujer", en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, A. Castro Jover, ed., Universidad del País Vasco, Bilbao, 2001, págs. 745-760.

178. Article 5.I. "Dans la section 2 du chapitre Ier du titre Ier du livre III du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, il est inséré un article L. 311-9 ainsi rédigé : "Art. L. 311-9. - L'étranger admis pour la première fois au séjour en France ou qui entre régulièrement en France entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans, et qui souhaite s'y maintenir durablement, prépare son intégration républicaine dans la société française.

"A cette fin, il conclut avec l'Etat un contrat d'accueil et d'intégration, traduit dans une langue qu'il comprend, par lequel il s'oblige à suivre une formation civique et, lorsque le besoin en est établi, linguistique. La formation civique comporte une présentation des institutions françaises et des valeurs de la République, notamment l'égalité entre les hommes et les femmes et la laïcité. La formation linguistique est sanctionnée par un titre ou un diplôme reconnu par l'Etat. L'étranger bénéficie d'une session d'information sur la vie en France et, le cas échéant, d'un bilan de compétences professionnelles. Toutes ces formations et prestations sont dispensées gratuitement. Lorsque l'étranger est âgé de seize à dix-huit ans, le contrat d'accueil et d'intégration doit être cosigné par son représentant légal régulièrement admis au séjour en France"". Asimismo, cfr. art. 7.

179. STS de 29 de octubre de 2004, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, FJ 3º.

5.5. El problema de las "costumbres religiosas" en orden a la integración en la sociedad española

La vinculación entre costumbres y religión siempre ha originado problemas y malentendidos. Históricamente, el aferrarse a las propias costumbres -el "mudar costumbre es a par de muerte"- hizo desconfiar de las conversiones forzadas de la Edad Moderna y fue causa de persecuciones que, aparte la injusticia civil y religiosa, ocasionaron inquietud y empobrecimiento social¹⁸⁰. Ahora persiste este riesgo aunque, en nuestros días, confundiendo costumbres extrañas con rechazo de los principios de la convivencia social y, en el extremo opuesto, por amparar, desde la libertad religiosa, conductas del todo ajenas y, lo que sería peor, opuestas a las de la sociedad española¹⁸¹.

El Islam -por su identificación con la cultura árabe- es más propenso que otras religiones a la confusión con hábitos que, en ocasiones, pueden ser de difícil encaje en el contexto social¹⁸². Son, por ejemplo, las referidas al trato dado a quien profesa otra religión -o ninguna- o a la mujer, con una regulación de la familia patriarcal -donde pueden tener cabida: la mutilación genital femenina, infligir castigos físicos a la mujer, el matrimonio -incluso de menores- acordado por la familia, la poligamia y, en todo caso, la prohibición para la mujer de contraer matrimonios mixtos o de asumir la patria potestad de sus hijos¹⁸³. La concepción de algunos derechos fundamentales viene, asimismo, condicionada por los valores religiosos. Éstos podrían amenazar la libertad ideológica, de enseñanza, de cátedra, de información y de expresión¹⁸⁴. Sin embargo, parece prudente la doctrina de la comentada sentencia de 29 de octubre de 2004. Los hábitos que no impliquen un ataque directo a nuestro sistema de convivencia han de ser tenidos por compatibles con formar parte de la comunidad política española por cuanto en ella se incluye el pluralismo político (art. 1 y 6 de la Constitución),

180. Cfr. J. Marías, *La España inteligible...*, págs. 186-188.

181. La Stedh de 27 de junio de 2000 -citada supra en la nota 102-rechazó, por ir en contra de los principios morales de Francia, los sacrificios rituales de animales.

182. Sobre la dificultad de distinguir hábitos sociales o culturales y religiosos -es el caso del uso del hiyab o chador-, y sobre todo del peligro de etiquetar -como de conflicto cultural- determinados comportamientos para excluirlos de la convivencia, cfr. M. Gascón Abellán, *"La responsabilidad de los jueces ante la integración"*, págs. 157-158 y 170-172.

183. Tan difíciles de detectar cuanto reservados a ámbitos de la privacidad como la vida familiar.

184. Se ha destacado que, en el contexto actual, la libertad de expresión ha cambiado su significado y de ser "en la clásica tradición liberal-democrática, el instrumento del debate público sobre el bien común", ha pasado a ser "la expresión personal o grupal de la identidad que cada uno ha elegido libremente" (T.W.A. de Wit, *"El desengaño necesario..."*, pág. 643). La consecuencia, nos parece, es que el ejercicio de la libertad de expresión enfrente a diversos sectores sociales y se reduzca por inhibición o temor al conflicto.

la libertad ideológica (art. 16 de la Constitución) y un correlativo derecho al disenso político y social¹⁸⁵. La jurisprudencia europea ha defendido la difusión de ideas conflictivas o discrepantes -que "ofenden, escandalizan o molestan"-, pues, sin espíritu de apertura no hay sociedad democrática¹⁸⁶.

Lo expuesto se corresponde con la argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2004. Ésta desestima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado y sostiene que "no puede ser bastante para la denegación de la nacionalidad, porque esas costumbres y tradiciones [marroquíes] a las que se refiere la Administración tienen que ver, de modo casi exclusivo, con la fe religiosa que profesan la recurrente y su familia, y la mayoría de la población musulmana que habita en la ciudad de Melilla, lo que constituye un derecho fundamental reconocido a todos como es el de la libertad religiosa y de culto que consagra la Constitución Española en el artículo 16. Lo que no excluye que la recurrente en otros aspectos mantenga el suficiente grado de integración en la sociedad española que exige el artículo 22.4 del Código Civil para que pueda obtenerse la nacionalidad española"¹⁸⁷.

Hay que destacar que la solicitante estaba casada con español -en posesión de la nacionalidad desde 1987-, residía en Melilla -al menos desde marzo de 1991- y acreditó buen conocimiento del idioma español. Aunque, por dudar de que lo hablase, por vivir en una "barriada eminentemente musulmana" y por sospechar que la solicitud de la nacionalidad estuviese motivada por las prestaciones para familias numerosas, la Dirección General de los Registros y del Notariado le denegó, en principio, la nacionalidad.

Otras sentencias abona esta doctrina, como la de 4 de octubre de 2005, que valora, de cara a la integración, la preceptiva residencia ininterrumpida por diez años en territorio español -en domicilio propiedad de su madre-, el conocimiento del idioma y sistema institucional español y el trabajo -como empleada del hogar- (por el que estaba dada de alta en la Seguridad Social), por encima de cuáles sean las costumbres o el género de vida de la interesada -"propios de la religión que profesa"¹⁸⁸-, para estimar el recurso planteado y declarar el derecho

185. SSTC 20/1990, de 15 de febrero, y 122/1983, de 16 de diciembre.

186. Cfr. *Stedh Handyside c. Reino Unido* de 7 de diciembre de 1976, apartado 49 y *Lyngens* de 8 de julio de 1986, apartado 41. Cfr. J. Martínez-Torrón, *"Los límites a la libertad de religión..."*, pág. 9.

187. FJ 4º in fine

188. STS de 4 de octubre de 2005, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, FJ 2º. La sentencia, estimatoria de un recurso de casación de nacional marroquí que vive en Melilla y a la que se había denegado la concesión de la nacionalidad por residencia, menciona, como dato relevante para la integración, su estado civil -de divorciada- y que tiene un hijo.

de la recurrente a la obtención de la nacionalidad española por residencia. Se ratifica, pues, la flexibilidad y apertura que preside el marco de convivencia vigente en nuestra sociedad y que lo hace compatible con la diversidad de costumbres y comportamientos.

6. Conclusiones

La sociedad tiene, frente a los problemas que plantea la inmigración, y el debate cultural a ella asociado, el mayor protagonismo. Con ello no se desconoce el papel activo -pero supeditado-, como insinúa el art. 9.2 de la Constitución, de los poderes públicos, a través del Derecho. El Derecho debe *crear las condiciones* para que sea posible la integración con campañas de sensibilización y acercamiento a la nueva realidad, con iniciativas que favorezcan al inmigrante en materia laboral, educativa, de vivienda y sanidad, pues, la integración va a estar finalmente *en manos de las personas* y de la sociedad que éstas formen¹⁸⁹. Si éste es el cometido -instrumental- que corresponde, en un régimen democrático-liberal, a los poderes públicos respecto a las necesidades sociales, aún deben ser más discretos -sin merma de su eficacia- tratándose de asuntos culturales e ideológicos.

Se constata el peso de lo social en la inmigración cuando se manejan las nociones jurídicas de *orden público* y de *integración* -o *arraigo* para las confesiones que aspiran a la máxima relación con el Estado- conceptos que, si bien, tienen un alcance y funcionalidad distintos, comparten, nos parece, una raíz similar. Es en ese substrato común, presente en la sociedad, donde intervienen valores morales que identifican y dan coherencia a un proyecto social de convivencia¹⁹⁰. Éste abraza una *concepción de la persona* respetuosa con su conciencia -libertad religiosa- y con el ejercicio de su libertad -pluralismo-¹⁹¹: "desde la óptica del Derecho la multiculturalidad es el resultado del *ejercicio de la libertad*"¹⁹². La libertad dota

189. Cfr. M. Gascón Abellán, "*La responsabilidad de los jueces ante la integración*", pág. 147. Sin embargo, no compartimos que aquí el Derecho deba intervenir como factor "capaz de transformar la realidad y factor de fuerza capaz de imponerse para garantizar esa transformación" (ibidem). El sistema democrático-liberal, pensamos, implica tanto unos objetivos -de transformación social- cuanto unos medios para alcanzarlos. Sobre el papel transformador de las normas, cfr. A. Fuenmayor, *Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social*, págs. 17 y ss.

190. Los valores "forman parte de aquellos presupuestos de los que el Estado vive, pero que él mismo no puede crear ni suprimir" (M^aJ. Roca, ""*Teoría*" y "*práctica*"...", pág. 241). Un mayor desarrollo en, C. García Andoain, "*El Cristianismo en la reconstrucción de una ciudadanía democrática*", págs. 51 y ss.

191. Cfr. M^aJ. Roca, "*La neutralidad...*", págs. 261-262.

192. M. Gascón Abellán, "*La responsabilidad de los jueces ante la integración*", pág. 162. asimismo, cfr. ibidem, pág. 163. Sobre el valor que adquiere en este contexto el pluralismo, cfr. ""*Teoría*" y "*práctica*"...", pág. 247.

de elasticidad -sin vaciarlos de contenido- a los conceptos de orden público y de integración en la sociedad española. "Sería erróneo pensar que el pluralismo de la sociedad moderna excluye la existencia de las referidas líneas culturales dominantes sobre las que se asienta la estructura social. Ciertamente no se imponen mediante la amenaza y el temor utilizados por los sistemas dictatoriales. En la democracia es posible la conformidad, la disidencia..."¹⁹³. La aplicación de los principios éticos comunes significa más un ejercicio de fidelidad al proyecto colectivo y de posibilismo -evitando fracturas sociales o enfrentamientos traumáticos- que de parcialidad en favor de sus orígenes o contenido.

Sin embargo, tanto en virtud del contenido mínimo del orden público y de su flexibilidad como de las notas identitarias de las sociedades occidentales -libres y abiertas- será factible la presencia de grupos de inmigrantes caracterizados culturalmente. Y ello sin que su integración suponga sacrificar la cultura de origen. En concordancia con estas reflexiones, los poderes públicos han de preservar, ante todo, la libertad que corresponde a la dignidad de la persona, han de respetar el pluralismo de aquella surgido y han de propiciar la tolerancia que lime fricciones y facilite la convivencia¹⁹⁴.

Contrastan con ese margen, dejado a la libre iniciativa social y personal, las pretensiones del *republicanismo radical*¹⁹⁵ que trata de imponer una *confesionalidad laica*. Aquél exige, para la integración social, comulgar con los valores *republicanos*. En cambio, la idea que subyace al liberalismo político es que el Estado "doit être restreint dans sa souveraineté au nom du respect des droits de l'homme, c'est-à-dire de valeurs supérieures"¹⁹⁶. La nueva concepción de *sobranía*, "se caracteriza por su funcionalidad al servicio del hombre y, por tanto, a la libertad de éste"¹⁹⁷. La obligación de laicidad y neutralidad lo es de los poderes públicos -en prevención de prácticas obstruccionistas o parciales- mientras

193. A. Motilla, "Ideologías, creencias y libertad religiosa" en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1990/2, pág. 17, asimismo, cfr. idem, "Planteamiento general", págs. 17-18.

194. Sobre la tolerancia institucional, rotulada por principios universales diáfanos y lo nuclear de los principios del Derecho español, cfr. A. Motilla, "Religious Pluralism in Spain", pág. 576. Asimismo sobre la necesidad de la tolerancia en las sociedades con diversidad religiosa y cultural, cfr. M. d'Arienzo, "Attualità della tolleranza", en *Il diritto ecclesiastico*, 2004, pág. 499.

195. Una breve referencia en J.M^a Martí Sánchez, "La "educación para la ciudadanía" en el sistema de la ley orgánica de educación.(una reflexión desde la libertad religiosa)", en *Iustel.com Rev. Gral. de D^o Canónico y D^o Eclesiástico del Estado*, 10, enero 2006.

196. Continúa el párrafo: "c'est parce que les droits de l'homme sont supérieures à l'État que ce dernier se sépare de la société civile, c'est-à-dire qu'il incarne bien l'intérêt général" (G. Haarscher, *La laïcité*, pág. 73).

197. M^aJ. Roca, "La neutralidad del Estado...", pág. 261.

que los sujetos particulares no tienen por qué sujetarse a ella (como a ningún otra idea impuesta desde el poder)¹⁹⁸. Por el contrario, existe un deber general de respetar los derechos fundamentales de terceros¹⁹⁹.

La *laicidad francesa*, consolidada a partir de 1880, supone una escuela y un Estado al servicio de una *idea fuerte de ciudadanía* que, quien quiera integrarse en la nación, debe asumir. La Ley francesa n° 2006-911, relativa a la inmigración y la integración, nos proporciona un ejemplo típico de tal exceso. La ley obliga, a quien tiene intención de permanecer por un largo periodo en Francia, en vista a su integración social, a suscribir un contrato de acogida e integración. Éste contendrá, entre otros, el compromiso de seguir una formación cívica. "La formation civique comporte une présentation des institutions françaises et des valeurs de la République, notamment l'égalité entre les hommes et les femmes et la laïcité" (art. 5). Este enfoque trasparenta el afán de suplantar el protagonismo de la sociedad civil, en la búsqueda del sentido y ordenación de la vida, para atribuírselo al Estado, en su papel de responsable de la comunidad²⁰⁰. Las consecuencias serían cargar ideológicamente conceptos como el de *moral pública* y el de *orden público* y constituirlos en eje del sistema jurídico y actuar político.

Prueba de que no hablamos de meras hipótesis es la advertencia de un documento reciente de Naciones Unidas sobre la vigilancia de la aplicación del principio del laicismo, "para no generar o legitimar nuevas formas de discriminación y, sobre todo, no obstaculizar la plena participación en la vida pública de los creyentes practicantes de las diferentes religiones"²⁰¹. Porque, si existe el riesgo de una instrumentalización de lo público, al servicio de determinadas opciones exclusivistas, éstas pueden serlo tanto de índole religiosa -por el carácter totalizante de estas concepciones de la vida-, cuando no están templadas por el respeto al hombre libre, cuanto de ideologías secularistas, por su pretensión de reducir la vida del hombre a la dimensión natural que controlan. Pues bien, creemos que las sociedades occidentales, por la diversidad y el relativismo cultural, la marginación de la religión a manos del monopolio de la razón científica, y un cierto conformismo de corto alcance, son más vulnerables al último de los riesgos apuntados.

198. Entre muchos, cfr. S. Lariccia, "*Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*", en *Il diritto ecclesiastico*, 1995, pág. 387.

199. Tanto sobre la no obligatoriedad, para las personas y la sociedad de la laicidad como sobre el deber de respeto a los derechos humanos, cfr. M^oJ. Roca, "*Teoría y práctica*"..., págs. 239-240; 244-245, y 257.

200. Cfr. G. Haarscher, *La laïcité*, pág. 73 y 121.

201. E/CN.4/2005/18/Add.4, pág. 19.

II. NOTAS

SUMARIO

- **Felipe Centelles Bolós**, *“Aproximación a la Sociología jurídica”*
- **Juan Carlos Ortiz Pradillo**, *“La participación de las Comunidades Autónomas en la Administración de Justicia: La nueva Oficina Judicial y los Consejos de Justicia autonómicos”*

APROXIMACIÓN A LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Felipe Centelles Bolós

Profesor Titular de Sociología

Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen

En este artículo se intenta establecer un diálogo entre los conceptos de racionalidad/irracionalidad y seguridad e inseguridad aplicados al sistema jurídico. En las sociedades contemporáneas la colaboración entre las normas sociales y las normas legales es fundamental, dado que los modelos sociales se sustentan en la aceptación de las acciones y relaciones sociales que surgen de la pluralidad cultural y su transformación en normativa legal garantiza la estabilidad y control social de éstas. Las aportaciones que puede hacer la Sociología al Derecho se basan en la necesidad de conocer por parte del Derecho la naturaleza, estructura y funciones de la acción social y cómo el propio sistema jurídico es también constructor de acciones y realidades sociales. La sociologización de pensamiento jurídico no es una alternativa a la dogmática jurídica, sino un complemento necesario.

Palabras clave

Sociología Jurídica, Racionalidad, Seguridad, Norma Social

El Derecho en tanto que se ocupa de "fenómenos sociales"¹, aún cuando sean acciones individuales -veáse, por ejemplo, el tema del suicidio como paradigma de una acción individual motivada socialmente², está directamente relacionado con la Sociología como ciencia que se ocupa, precisamente, de las estructuras, funcionamientos de las sociedades y de los fenómenos sociales que generan. Los cuales, a su vez, producen reglas de actuación humana e instituciones de derecho³.

En la actualidad los factores "contextuales"⁴ vienen a complementar la perspectiva de la jurisprudencia dogmática basada en el positivismo, en los "hechos sociales". Una de las implementaciones, por ejemplo, es la "comprensión interpretativa" weberiana consistente en entender el sentido de las acciones, su interpretación y la explicación de las mismas a través del conocimiento de sus causas y efectos⁵.

La implementación de la perspectiva sociológica al pensamiento jurídico es válida tanto en sociedades en las que el grupo es el agente social por excelencia, como en aquellas otras, como la "occidental", en la que se prima y se refuerza la individualización⁶. En el primer modelo social, la incorporación de la perspecti-

1. Todos los fenómenos jurídicos son fenómenos sociales, pero no todos los fenómenos sociales son fenómenos jurídicos. Suelen clasificarse los fenómenos jurídicos en "primarios" como el juicio o la ley y en "secundarios" como los contratos o la familia.

2. Durkheim, E. (), *El Suicidio*.

3. Eugene Ehrlich, nacido en Chernovtsy (Ucrania), argumentó la importancia de la Sociología Jurídica cuando dijo: "El centro de gravedad del desarrollo del derecho, no reside en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma". Kantotowicz.

4. Por "contexto" debe entenderse no sólo la sociedad en la que rige el derecho, sino también aquellas otras sociedades ajenas, dado que la recepción total o parcial de un derecho extranjero en otro medio social diferente al que lo produjo es habitual en la tradición jurídica (incorporación del derecho romano por los germanos a finales de la Edad Media, del derecho francés por los territorios del imperio napoleónico, o el derecho español en los países de América del Sur). En la actualidad es una de las consecuencias de la aparición de entidades supranacionales y del fenómeno de la globalización. Sin embargo, desde la perspectiva de la sociología jurídica no debe interpretarse la recepción de un derecho extranjero sólo como una técnica legislativa, sino observarlo como un proceso social en el que hay que analizar las múltiples vinculaciones entre los países intervinientes.

5. Hans Kelsen, cercano a la "dogmática jurídica", en su obra *Teoría general del estado y del derecho* plantea algunas consideraciones críticas a Weber por su perspectiva sociológica del derecho expresada en algunos de los capítulos de su monumental volumen *Economía y Sociedad*. Para una mayor comprensión de los autores citados puede consultarse, entre otras, las obras de Amorin, A. (2001) *Elementos de sociología do directo em Max Weber*, Florianópolis.; Insular; Bobbio, N. (1998), *Max Weber et Hans Kelsen" en Essais de théorie du droit; recueil de textes*, Paris: Bruylant, págs. 255-270; Kelsen, H. (1999), *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, México D.F.: Fontamara.

6. Ehrlich, Eugen; Geiger, Weber, etc...

va sociológica es válida, por ser el grupo de pertenencia el fundamento y legitimador de las acciones de sus miembros, y en el segundo modelo social porque el "sujeto" responde, ante la soledad en la que se encuentra por descomposición del sentido colectivo de los grupos de referencia (familia, localidad, clase social, grupo religioso, etc.), acogiéndose a los usos⁷ y pautas de comportamiento de marcos culturales o sociales más amplios y desestructurados, en muchas ocasiones, intangibles o contruidos mediáticamente⁸.

Los límites del campo en el que se mueve la interpretación de las normas sociales varía desde el "homo economicus" de Adam Smith, que considera prácticamente al individuo como un átomo social movido exclusivamente por la obtención de recompensas futuras, y el "homo sociologicus" de Emile Durkheim, para quien el ser humano es un juguete de las fuerzas sociales cuyas motivaciones provienen de dinámicas casiinerciales⁹. El primero de los límites podría identificarse con la teoría de la acción racional que tiene principalmente carácter normativo y sólo secundariamente explicativo. El actor social, interpretado desde esta perspectiva, ante cada una de las posibles acciones que puede emprender valora las posibles consecuencias y utilidades que pueden tener y explica que estos actores forman sus creencias de manera racional¹⁰. En el segundo de los límites, parece como si los individuos se moviesen por motivaciones totalmente irracionales.

Según nuestra comprensión las normas sociales son mucho más complejas. Su complejidad excede, incluso, la gradación que podría ir desde las más simples, que son incondicionales (hacer X o no hacer X), a normas condicionadas por el pasado (si hizo Y entonces X), a acciones realizadas por otros (si hicieron Y entonces haz X), o a acciones más orientadas éticamente (haz X si fuera bueno que todo el mundo hiciera X). La solución ecléctica de que unas veces en los comportamientos sociales predomina lo que denominamos "elección racional" y en otras ocasiones lo hace un conjunto de factores "irracionales", no nos sirve. Consideramos que, especialmente, en las sociedades modernas es más válida otra formulación que, aunque simple, se ajusta más a la realidad social. Es la for-

7. El "uso" (lo que se cree, se hace, se usa...) es distinto de "derecho consuetudinario" (costumbres jurídicas o derecho no escrito).

8. Por ejemplo, *Teoría de la acción racional*. Habermas, etc...

9. Gambeta, D. (1987), *Did They Jump or Were they Pushed?*, Cambridge, University Press.

10. Ante las críticas para explicar las actuaciones de los actores en situaciones no normales, se suele complementar la teoría de la acción racional con la teoría de la satisfacción de Herbert Simon.

mulación en la que tanto los aspectos racionales como los irracionales entran en juego, de manera que la persecución racional del propio interés está limitada por factores no racionales, por ejemplo, muchos comportamientos del mercado capitalista -paradigma de la racionalidad- están contruidos sobre la confianza¹¹, o el hecho de que el voto sea secreto en las elecciones supone un rompecabezas para los teóricos de la elección racional.

Las normas sociales, pensamos que en muchas ocasiones pueden no estar orientadas por los resultados (por la racionalidad tecnoeconómica), sino que lo están por el pasado; pueden sustentarse en la creencia de que los demás las aceptan; basarse en la simple emulación, o, en factores irracionales como la ira, la indignidad o la afectividad.

Aunque las normas sociales difieren de las normas legales, como también difieren de las morales o de las normas privadas por ejemplo, muchas de las normas sociales se "legalizan", así como normas "legales" acaban incorporándose a la conducta social de los individuos como "sociales" (esto es sin sanción positiva). Algunos ejemplos de los campos de coincidencia de las normas sociales con las legales son: los hábitos de consumo, las conducta consideradas según qué espacios y tiempos "contra natura", las de la reciprocidad -devolver los favores o dones recibidos- o las de la retribución -devolver los daños recibidos-, las de trabajo, las normas de cooperación -según los resultados- y de distribución -justa asignación-, etc...

En este punto de intersección, pluralidad y variabilidad de las normas, la aportación de la Sociología al Derecho consiste en analizar las acciones sociales y las relaciones sociales, propias del ámbito jurídico, en cuanto que estén "orientadas" por parte de los participantes en ellas por la "representación" de la existencia de un orden "legítimo"¹². Esto es, que socialmente las normas "legales" sean aceptadas e interiorizadas. Estén legitimadas en las sociedades en las que actúan.

11. Coleman, J.S., (1990), *Foundation of Social Theory*, Cambridge, Harvard University Press, cap. 9

12. Si aceptamos que los ámbitos de una rama del conocimiento son los reflejados en sus publicaciones, la sociología del derecho en los últimos diez años en España se ha ocupado de: consumo, del Estado y de su organización, del matrimonio y la familia, de teoría y metodología, del territorio, de la identidad-participación-cultura, de los derechos humanos, del trabajo y la empresa, de la política (gobernación, seguridad, bienestar social, poder/autoridad), de las categorías social (mujer, joven, tercera edad), de las conductas desviadas y divergentes, etc...

El tema central, por tanto, que se plantea es el de la legitimación del derecho en las sociedades. Para los funcionalistas el derecho se legitima porque cumple la función de regulación en las sociedades capitalistas¹³, mientras que para los marxistas el derecho como superestructura justifica las desigualdades sociales y legitima los intereses de las clases dominantes.

El conocimiento y la traslación de la realidad social (de la complejidad de las normas sociales) al sistema jurídico convierte al derecho en un derecho "vivo" en el que conviven la pluralidad de ordenamientos sociales y jurídicos, acordes con modelos de sociedades pluralistas en las que los individuos, como "sujetos"¹⁴ de derechos y deberes" pero de culturas distintas, comparten un marco axiológico mínimo, aunque imprescindible, que les permite la convivencia en espacios sociales comunes.

El iusnaturalismo o la identificación del "derecho" con la "ley" representa la postura a la que quiere dar respuesta, que no contraponerse, la aportación que podemos denominar "sociologización del pensamiento jurídico" en el que no existe esa igualdad entre "derecho" y "ley". Por ejemplo, todos tienen derecho a formar una familia pero pueden formarla por distintas leyes. En este caso, las normas sociales que pueden ser distintas según cada grupo social, al ser reconocidas como "legales", contribuyen para la obtención de un "derecho" -que es igual para todos- pero que, a su vez, puede tener manifestaciones también distintas.

Un factor, a nuestro juicio, de primera importancia en las sociedades actuales para la construcción de la legitimación del derecho es la nueva comprensión del concepto de seguridad que, especialmente, en los sistemas jurídicos es básico. La seguridad es uno de los valores sociales. Sin embargo, su contravalor, la no-seguridad, es un hecho social en las nuevas sociedades. De cuál sea la aceptación normativa, tanto social como legal, de la "inseguridad" y la interpretación de la misma dependerá el modelo social en el que nos movemos o al que tendemos.

13. Luhmann, N. en su libro *Sistema jurídico y dogmática jurídica* estudia la dicotomía entre las expectativas normativas y las expectativas cognitivas. Otros autores funcionalistas son: Geiger, Timacheff, Parsons, Freidman, L., etc.

14. Según Cerroni el derecho actual se diferencia de los anteriores por sus características de formalidad, abstracción y tipicidad de la norma jurídica que sólo son comprensibles de forma correcta si pensamos que las sociedades actuales no se basan en señores y esclavos o propietarios y siervos de la gleba, sino por "sujetos de derecho" que hacen posible la regulación normativa de las conductas libres y voluntarias de los sujetos jurídicamente iguales.

mos. Por tanto, la colaboración de la Sociología y el Derecho será siempre fructífera para la comprensión, explicación y acción social de la "inseguridad", convirtiéndola en un nuevo valor social, o si se quiere, "legalizando" la normalidad sociológica de la inseguridad (incertidumbre).

La homogeneidad de las sociedades pre e industriales posibilitaban que la certidumbre formara parte del núcleo cultural de las mismas.

En las sociedades preindustriales, tanto los sistemas jurídicos en los que predominaba la "idealidad" (sentimiento de lo elevado y extrahumano), como el "idealismo" (la idea como principio de existencia y conocimiento), la certidumbre la garantizaban las "tradiciones sagradas", la justicia "carismática" o los juicios con bases éticas o prácticas como la justicia de los Kadi o mediante una justicia empírica basada en juicios formales sustentados en precedentes o analogías como la del Talmud¹⁵.

En las sociedades industriales la interpretación "racional" del Derecho, opuesta a la basada en las "tradiciones sagradas", garantizaba la certidumbre. En este tipo de sociedades predominaba el sistema jurídico centrado en los sentidos corporales y materiales ("sensitivismo"), la "racionalidad" surgía del reconocimiento de los datos existentes, tanto si se tiene en cuenta la dimensión racional de la normalidad (razón de derecho) como a la dimensión normativa de la racionalidad (derecho de la razón)¹⁶.

Ateniéndonos a las dos dimensiones de la racionalidad en las sociedades industriales, ésta se utilizará como técnica de intervención o como instrumento de previsión según los casos. En las sociedades cuyo valor social más importante es la participación se utilizará en el proceso de decisión y la normalidad se hará derecho -razón de derecho-; en cambio, la racionalidad se usará como instrumento de previsión en las sociedades cuyo valor social preponderante es la seguridad y la racionalidad se normativizará -derecho de la razón-.

15. Entre otros puede consultarse Weber, M., (1993), *"Racionalidad formal y material del derecho"* en *Economía y Sociedad*, FCE, Madrid, págs. 603-621

16. El sistema jurídico franquista es un ejemplo de esta dimensión normativa de la racionalidad que se autolegitimaba en la fuerza. Serrano-Piedecasas, J.R. en su análisis de la excepcionalidad penal y los motivos de su perpetuidad la denominó "legislación de emergencia" en *Emergencia y crisis del Estado Social*, PPU, Barcelona, 1988.

En ambos supuestos obtendremos como resultado el control social. Aún en nuestras sociedades en las que el derecho no es un mero "instrumento" al servicio de un grupo o de una clase social concreta, por tanto, la expresión de una "voluntad de clase", -llámese derecho burgués o medieval-, el derecho repercute a través del sistema jurídico sobre las condiciones de la sociedad, además de orientar, coercitivamente, las conductas de los individuos -sujetos de derecho-, siendo el derecho penal el ejemplo más clarividente¹⁷. La racionalidad en las sociedades industriales, cualquiera que sea la dimensión que adopte, está, definitivamente, orientada a la consecución de resultados concretos, bien sea en forma de recompensas, de condicionales -si y entonces x-, o de predicción de comportamientos.

Sin embargo, en las sociedades postindustriales, caracterizadas por la heterogeneidad y la diversidad, la presencia de la incertidumbre forma parte sustancial de la naturaleza de las mismas, puesto que no existe ni esa definición precisa y conocida de los fines, ni hay garantía alguna de la persistencia de los mismos en el tiempo, ni existe una concatenación tan previsible de los hechos, lo que se traduce en una nueva concepción de todo tipo de normas. La "teoría de la acción racional", como paradigma de la sociedad industrial, no será capaz de explicar por sí sola las relaciones sociales en estas nuevas sociedades. En ocasiones, no existirán normas precisas, y en otras ocasiones, tampoco nos explicaremos las relaciones ni los fenómenos sociales por la "racionalidad" basada en el binomio "causa - efecto". Es decir, hay cierta huída del formalismo jurídico, una mayor dependencia de los factores económicos, culturales y políticos.

Es en la etapa de la modernización, caracterizada por las innovaciones y por los cambios, cuando aparece por primera vez en la historia de la Humanidad una indefinición evidente de los fines. Indefinición que progresa geoméricamente a medida que nos incorporamos en la postmodernidad; así como surgen con fuerza los riesgos de obtener de las acciones e instituciones humanas consecuencias no previstas ni deseadas (daños colaterales). Por tanto, la racionalidad postmoderna no está orientada a resultados porque sólo es una técnica no un instrumento de previsión. Ha perdido el carácter predictivo que suponía el considerar el origen de las normas como "derecho de la razón".

17. Entre otros autores puede consultarse Poutlanzas, Korsch, Cerroni, ETC..

Las características "formales" de las normas jurídicas como los sujetos y objetos de derecho y obligación, y los objetos, fuentes, especificaciones y destinatarios del derecho, cada vez más pierden peso frente a otras características más "sociopsicológicas" como: contexto social -clima social-, fuerzas emocionales, de la voluntad, opinión pública, etc ...; así como la propia transformación de la institución del Estado¹⁸ Nacional como promotor fundamental de normas jurídicas en las sociedades modernas, ha supuesto una modificación importante en el conjunto normativo, ampliando la tipología normativa más allá de los derechos canónicos o de familia por ejemplo.

Además del desbordamiento jurídico "estatal" por las instituciones "supranacionales", sustentadas o no en los Estados, las consecuencias no previstas de las acciones humanas e institucionales de las nuevas sociedades, también modifican el conjunto normativo y el sistema jurídico haciéndolo más inseguro y arriesgado.

Cuando esos riesgos y amenazas traspasan la frontera del núcleo del conflicto político y se convierten en temas de debate público y privado es cuando nos encontramos ante la Sociedad del Riesgo. La forma como afrontar la respuesta a esas amenazas condicionará el modelo social, según se asuma como valor la incertidumbre (el no saber qué va a pasar en el futuro individual y colectivo) y se apueste por la participación, o se intente anular la incertidumbre a través de la previsión (normativizando la seguridad).

Cuando se apuesta por la previsión en sociedades caracterizadas por los cambios, difícilmente puede encontrarse un "status quo" que ofrezca estabilidad social por la propia contradicción entre la realidad social "cambiante" y el sistema normativo (jurídico) previsor de lo que no sabe que pueda ocurrir. Sólo un modelo jurídico bajo los auspicios de una ideología política totalitaria o creencias religiosas integristas que produzcan inmovilidad social mantendría la apariencia de estabilidad social.

Por el contrario, la estabilidad social, que no la inmovilidad social, se podrá garantizar con mayor eficacia y eficiencia en los modelos de realidad social cambiante que apuesten por la participación en condiciones de equidad, esto es,

18. El Estado ha sido una institución, relativamente de reciente creación en la historia de la Humanidad

asuman el valor de lo diferente y de la incertidumbre y que consideren el sistema jurídico como mera técnica que legaliza la normalidad.

La Sociedad del Riesgo corresponde con el estadio de la modernidad en el que las "amenazas", convertidas en riesgos, desbordan los fundamentos y límites de las sociedades industriales, puesto que éstas no modifican sus estructuras, no reflexionan sobre sus efectos y privilegian las políticas continuistas desde el punto de vista del desarrollo económico-industrial y cultural.

Dicho de otro modo, se denomina "sociedad del riesgo" aquella en la que los sistemas de normas sociales fracasan en relación con la seguridad prometida, ante los peligros desatados por la "toma de decisiones" de su sistema normativo, ya que utilizan la racionalidad, el modelo de racionalidad tecnoeconómico, como instrumento de previsión que, con su autoridad y su poder de imposición erosionan sus propios fundamentos; mientras que la realidad social y las acciones sociales de los miembros de la sociedades se "orientan" por "representaciones" ajenas a ese conjunto conceptual basado en grupos de referencia muy definidos y cerrados.

Los sistemas jurídicos, tanto los centrados en el "delincuente" como los centrados en la "víctima", son agentes importantes en los conflictos de "atribución" de "daños" causados en "seguridad", "menores", etc... La relación entre las normas sociales y las normas legales es biyectiva, aunque, como se ha dicho anteriormente, estando al mismo nivel el peso específico de la racionalidad es distinto en cada caso.

En definitiva, la Sociología y el Derecho como partes de las ciencias sociales se complementan, puesto que si el Derecho contribuye al control social mediante su acción reguladora de las acciones y relaciones sociales, la Sociología aporta el conocimiento de la naturaleza, estructura y funcionamiento de esas acciones y relaciones sociales, teniendo como retos descubrir ¿por qué los seres humanos tienen tendencia a comportarse según normas?, ¿por qué cada tiempo, espacio y grupo social tienen normas específicas? y ¿por qué el dominio de las normas sobre la gente aparece y desaparece? Para responder esas preguntas, creemos, es imprescindible el estudio de la diversidad de normas (sociales y legales) en diferentes sociedades para que, obteniendo generalizaciones provisionales, nos sugieran las posibles respuestas a las preguntas planteadas.

FELIPE CENTELLES BOLÓS

LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: LA NUEVA OFICINA JUDICIAL Y LOS CONSEJOS DE JUSTICIA AUTONÓMICOS

Juan Carlos Ortiz Pradillo

*Profesor Ayudante de Derecho Procesal
Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *Competencias autonómicas en materia de administración de justicia.*
3. *La participación de las Comunidades Autónomas en la oficina judicial.*
 - 3.1. *Colaboración con otros organismos y administraciones públicas.*
 - 3.1.1. *Colaboración con el CGPJ.*
 - 3.1.2. *Colaboración con el Ministerio de Justicia y la Administración General del Estado.*
 - 3.1.3. *Colaboración con los Secretarios Judiciales.*
 - 3.2. *Organización, gestión y desarrollo de la Oficina Judicial.*
 - 3.2.1. *Para el diseño y gestión de las Oficinas Judiciales.*
 - 3.2.2. *Para el diseño y gestión de las Unidades Administrativas.*
4. *Las Comunidades Autónomas y las futuras reformas en materia de justicia.*

1. Introducción

La reforma de los Estatutos de Autonomía y la asunción de nuevas competencias por parte de las Comunidades Autónomas ha cobrado especial importancia en el panorama nacional, sobre todo a raíz del inicio de la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica que debe reformar el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

No obstante, el tema a tratar en el presente trabajo no pretende tanto ahondar en el análisis de las reformas de los Estatutos de Autonomía que en estos momentos se están acometiendo en distintas Comunidades Autónomas y las competencias estatales que aquéllas reclaman ahora para sí, como en la necesidad de obtener la transferencia de las competencias en una materia muy concreta como lo es la Administración de Justicia, y ello a tenor de las últimas modificaciones legislativas operadas en los últimos años, así como también a la vista de los proyectos de reforma de la LOPJ actualmente en tramitación.

En concreto, se trata de resaltar la importancia de la obtención del traspaso de las competencias en materia de Justicia a favor de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de acuerdo con el papel que pueden llegar a tener las Comunidades Autónomas en los distintos ámbitos que componen la Administración de Justicia, y más concretamente, en lo referente a la nueva Oficina Judicial y a los proyectados Consejos de Justicia autonómicos.

2. Competencias autonómicas en materia de administración de justicia

La última reforma de la LOPJ, mediante la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, ha supuesto una importante reforma de la Oficina Judicial, entendida como la organización de carácter instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales, tanto de sus aspectos organizativos, como de los de funcionamiento, a fin de lograr su adecuación a las actuales necesidades de la Administración de Justicia.

Ese nuevo modelo de Administración de Justicia que pretende instaurarse se asienta sobre dos premisas básicas. De una parte, la aplicación a la Administración de Justicia de los principios de agilidad, eficacia, eficiencia, y

racionalización del trabajo, lo cual exige la coordinación y cooperación entre las distintas "Administraciones" con competencias en materia de Justicia (Ministerio de Justicia, CGPJ y Comunidades Autónomas). Y de otra parte, la idea de que, para que a los ciudadanos se les preste una tutela judicial que resulte eficiente por parte del servicio público de la Administración de Justicia, ésta ha de ser un servicio próximo y de calidad, con respeto a los principios recogidos en la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia.

Con anterioridad a dicha reforma del año 2003, las facultades otorgadas a las CC.AA. distaban mucho, en la práctica, de alcanzar esos objetivos de lograr una Administración de Justicia más cercana y un desarrollo, en lo que a la Administración de Justicia se refería, del principio autonómico que caracteriza a España. Y así, el resultado de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, entre competencias estatales y autonómicas en lo atinente a la Administración de Justicia, se llegó incluso a calificar como de "vacío de contenido" de dichas potestades autonómicas¹.

En las SSTC 56/1990, 62/1990 y 105/2000, se partió de una delimitación conceptual referida al término "Administración de Justicia" que establece el art. 149.1.5° CE como competencia exclusiva del Estado.

En su sentido estricto, la Administración de Justicia *equivale a la función jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado que señala el art. 117.3 CE*, y resulta competencia exclusiva del Gobierno central.

Pero entendida en un sentido amplio, la Administración de Justicia comprende además *los medios materiales y personales necesarios, que quedan "al servicio" de aquélla y no estrictamente integrados en la misma*. Esto último se denominó como "administración de la Administración de Justicia", respecto de la cual las CC.AA. podían asumir competencias, mediante el sistema de cláusulas subrogatorias en sus respectivos Estatutos de Autonomía, para cuestiones de carácter ejecutivo y reglamentario.

Sin embargo, aunque formalmente se reconocía la constitucionalidad de las cláusulas subrogatorias de los respectivos Estatutos de Autonomía para asumir

1. Jiménez Asensio, R.: *"Reforma de la Administración de Justicia y Comunidades Autónomas"*, Parlamento y Constitución, núm. 7, 2003, págs. 18 y ss.

competencias respecto a la gestión del personal al servicio de la Administración de Justicia, sus facultades y alcance quedaron limitados de manera sustancial, pues dicha potestad autonómica se extendía únicamente a aquellas materias respecto a las cuales la propia LOPJ les atribuyera competencia, y además, siempre que la misma se produjera dentro de los límites marcados en la propia Ley orgánica².

En concreto, y conforme a la doctrina constitucional apuntada, las competencias asumibles por las CC.AA. no podían entrar en el núcleo de la Administración de Justicia en sentido estricto, con la excepción de su participación en la demarcación judicial. Así por ejemplo, la creación, constitución, conversión y supresión de órganos judiciales ha de ser establecida por el Estado y no por las CC.AA. Además, las facultades asumibles podían ser únicamente de naturaleza ejecutiva simple y reglamentaria, excluyéndose las competencias legislativas. Y tampoco podían asumir facultades de alcance supraautonómico ni aquellas otras que, en el ámbito de la administración de la Administración de Justicia, la LOPJ reservase a órganos distintos del Gobierno o de alguno de sus departamentos.

Como ejemplo concreto, expresamente referido al estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, se declaró que las facultades atribuibles a las CC.AA. en ningún caso podían alterar aquellos elementos de dicho estatuto que se reputen "*definitorios y esenciales*", y por otra parte, la consideración de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia como "cuerpos nacionales" fue interpretada en el sentido de que ello comportaba la necesidad de un régimen común en todo el territorio nacional.

No obstante, la reforma llevada a cabo a finales del año 2003 ha supuesto un importante avance de las facultades autonómicas en su participación en la Administración de Justicia, en ese sentido amplio referido a los medios materiales y personales al servicio de aquélla, y prueba de ello es la reciente STC 253/2005, de 11 de octubre, que expresamente hace mención a la nueva regulación vigente, establecida en el Libro VI de la LOPJ.

2. Gerpe Landín, M. / Barceló i Serramalera, M.: "*La Potestad reglamentaria de desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial*", RJC, núm. I, 2003, págs. 159 y ss.

3. La participación de las Comunidades Autónomas en la oficina judicial

Aunque la reforma de la LOPJ mediante la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, ha supuesto un desarrollo más preciso y delimitado de las competencias estatales y autonómicas en lo referido al diseño y organización del personal integrante de la "administración de la Administración de Justicia", las principales competencias siguen estando en manos del Ministerio de Justicia, y su desarrollo reglamentario se atribuye al Gobierno central, mientras que la mayoría de las facultades atribuidas a las CC.AA. (sería más preciso hablar de facultades "delegadas") también quedan, en último término, bajo el control del Gobierno. Y así, de los tres organismos que participan en el diseño y gestión de la nueva Oficina judicial y su personal funcionario -Ministerio de Justicia, CC.AA. y CGPJ-, las facultades autonómicas son sometidas, en muchos casos, a autorizaciones (la Ley habla de "informes previos y favorables") por parte del Ministerio de Justicia o del CGPJ.

Por ello, es posible predicar la existencia de una dualidad "desigual" respecto a las Administraciones competentes para la determinación y organización de la Oficina judicial y el estatuto de su personal integrante, por lo que resulta necesario un análisis detallado de las facultades autonómicas recogidas en la LOPJ en lo atinente al diseño y gestión de lo denominado como la *administración de la Administración de Justicia*.

3.1. Colaboración con otros organismos y administraciones públicas

La concurrencia de distintas administraciones públicas a la hora de definir la implantación, diseño y funcionamiento de la nueva Oficina judicial exige una importante coordinación entre las mismas. De hecho, en el Seminario sobre la nueva Oficina judicial organizado por el CGPJ los días 2 a 4 de marzo de 2005, se concluyó que dos de los principios inspiradores de la implantación de la nueva Oficina judicial debían ser el principio de colaboración entre entidades públicas y el principio de homogeneidad al que se refieren expresamente los arts. 435.2 y 438.7 LOPJ.

3.1.1. Colaboración con el CGPJ

El art. 141 LOPJ prevé la colaboración de las CC.AA. con el CGPJ para que éste pueda llevar a cabo la ejecución de sus propios actos, así como también se prevé la colaboración entre aquéllas y el CGPJ para que, aquellas CC.AA. que

ostenten competencias en materia de Justicia, provean a los juzgados y tribunales de los medios precisos para el desarrollo de su función, para lo cual se establece la remisión por parte del CGPJ de un informe anual al organismo autónomo competente, referido a las necesidades que el CGPJ estime existentes (art. 37 LOPJ). Pero también se regula la posibilidad de que el CGPJ pueda formular propuestas a las CC.AA., en orden a la adecuación de dicha plantilla o a la corrección de la demarcación o planta que proceda, si la causa de dicho retraso tuviera carácter estructural (art. 216 bis LOPJ).

Referido específicamente al diseño de la Oficina judicial, la colaboración entre CC.AA. y el CGPJ resulta obligada, por ejemplo, para la creación por parte de las primeras de Servicios Comunes Procesales que asuman la ordenación del procedimiento u otros con funciones distintas a las señaladas en el art. 438 LOPJ (registro y reparto, actos de comunicación, auxilio judicial, ejecución de resoluciones judiciales y jurisdicción voluntaria), al exigirse un informe favorable por parte del último. Lo mismo sucede para el caso de que las CC.AA., en coordinación con el Ministerio de Justicia, puedan proceder a la creación de Oficinas de Señalamiento Inmediato para la agilización de determinados procesos civiles³.

3.1.2. Colaboración con el Ministerio de Justicia y la Administración General del Estado

También existen supuestos de colaboración entre las CC.AA. y el Ministerio de Justicia, como por ejemplo, a la hora de regular un complemento de productividad a aquellos secretarios judiciales que participen en los programas o en la consecución de los objetivos que se hayan determinado por los órganos competentes de las CC.AA. con competencias asumidas para las oficinas judiciales de su territorio (art. 447.3 LOPJ); a la hora de crear las mencionadas Oficinas de Señalamiento Inmediato; para la actualización de los datos del Registro Central del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia (art. 481 LOPJ); o para la fijación de "relaciones permanentes" entre el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia y los órganos competentes de las CC.AA (art. 434.3 LOPJ)⁴.

3. Disposición adicional quinta de la LEC, introducida por la Disposición adicional duodécima de la L. O. 19/2003.

4. Por ejemplo, mediante convenios de colaboración (Vid. art. 3.2.a. del R.D. 1276/2003, del Estatuto del Centro de Estudios Jurídicos, o el art. 7 del R.D. 1924/1986, del Reglamento del Centro de Estudios Jurídicos).

3.1.3. Colaboración con los Secretarios judiciales

Pero sin duda alguna, la figura más importante de la reforma de la Oficina judicial lo constituye el Secretario judicial, al cual se le otorga la competencia de la organización, gestión, inspección y dirección del personal integrante de la misma en los aspectos técnico-procesales. Y así, al frente de cada servicio procesal común y en cada unidad de apoyo directo -unidades en las que se estructura la Oficina judicial-, ha de haber un secretario judicial (arts. 437.3 y 438.5 LOPJ).

Por ello, la colaboración más estrecha que deben mantener las CC.AA, de cara a conseguir que la organización de la Oficina judicial se adecúe a las actuales necesidades de la Administración de Justicia, debe ser con los Secretarios judiciales, pues en el ejercicio de sus competencias, éstos deben asegurar "la coordinación con los órganos de gobierno del Poder Judicial y con las Comunidades Autónomas con competencias transferidas (art. 454.2 LOPJ)", y en concreto, deben colaborar con las CC.AA. "para la efectividad de las funciones que estas ostentan en materia de medios personales y materiales, dando cumplimiento a las instrucciones que a tal efecto reciban de sus superiores jerárquicos (452.3 LOPJ)".

El instrumento específico de coordinación que prevé la LOPJ entre las CC.AA. y los Secretarios Judiciales son las Comisiones Mixtas de Secretarios Judiciales y representantes de aquéllas, en sus respectivos ámbitos territoriales, cuya composición y funciones podrían ser similares, por ejemplo, a lo previsto en el Reglamento 1/2005 del CGPJ, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

Y junto a ello, las CC.AA. con competencias en materia de Justicia también juegan un papel importante en la designación de aquellos Secretarios judiciales con puestos de especial responsabilidad y carácter directivo como son los Secretarios de Gobierno de cada Tribunal Superior de Justicia -así como en las ciudades de Ceuta y Melilla- y los Secretarios Coordinadores Provinciales.

Conforme al art. 464 LOPJ, a las CC.AA. les corresponde proponer el nombramiento y cese del Secretario de Gobierno del TSJ de sus respectivos ámbitos, de entre los miembros integrantes del Cuerpo de Secretarios Judiciales que tengan consolidada, al menos, la categoría segunda con un mínimo de diez años de antigüedad. Y de igual manera, el art. 466 LOPJ prevé su participación en la designación de los Secretarios Coordinadores Provinciales.

La importancia del papel de las CC.AA. en esta designación es clave para la buena coordinación entre los organismos autonómicos competentes en materia de Justicia y el Gobierno, ya que el Secretario de Gobierno es el cargo superior jerárquico que se ocupa de la dirección de los secretarios judiciales que prestan sus servicios en las oficinas judiciales dependientes de dichos Tribunales, la inspección de los servicios que sean responsabilidad de los secretarios judiciales de su respectivo ámbito competencial, la incoación de expedientes disciplinarios a secretarios judiciales, el control y seguimiento estadístico, así como la impartición a los secretarios judiciales de su respectivo ámbito territorial, a solicitud de las CC.AA., de todas aquellas instrucciones necesarias para garantizar la efectividad de las funciones que tienen éstas en materia de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia. Y en el mismo sentido, una de las competencias de los Secretarios Coordinadores Provinciales es la de "colaborar con las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, para la efectividad de las funciones que éstas ostenten en materia de medios personales y materiales" y "coordinar el funcionamiento de cuantos servicios comunes procesales se encuentren ubicados en su territorio, o en su caso, asumir directamente su dirección cuando exista un único servicio común procesal provincial" (art. 467 LOPJ).

3.2. Organización, gestión y desarrollo de la Oficina Judicial

Las facultades de las CC.AA. a la hora de diseñar y gestionar la Oficina Judicial difieren según se trate de las Unidades que integran la Oficina Judicial propiamente dicha, por un lado, y las Unidades Administrativas, por otro.

3.2.1. Para el diseño y gestión de las Oficinas Judiciales

La organización de la Oficina judicial debe establecerse de acuerdo con dos tipos de unidades: Unidades Procesales de Apoyo Directo (UPAD) y Servicios Comunes Procesales (SCP), los cuales pueden estructurarse en "Secciones" y éstas, a su vez, en "Equipos".

Su principal característica reside en que la actividad de tales unidades viene determinada por la aplicación de normas procesales y sus puestos de trabajo sólo pueden ser cubiertos por personal de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. Aunque el art. 473 LOPJ permita que funcionarios de otras Administraciones puedan prestar servicios en la Administración de Justicia, incluso con carácter permanente, a continuación específica que las actividades a

desarrollar por éstos no deben ser las propias de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia señalados en la LOPJ y siempre y cuando dichas actividades requieran conocimientos técnicos o especializados.

Con respecto a los Servicios Comunes Procesales, su diseño, creación y organización se atribuye a aquellas CC.AA. con competencias en la materia, las cuales pueden crear Servicios Comunes para las funciones expresadas en el art. 438.3 LOPJ, de acuerdo con los criterios que dicte el CGPJ para conseguir la homogeneidad en las actuaciones de los servicios comunes procesales de la misma clase en todo el territorio nacional. Pero las CC.AA. con competencias en materia de Justicia también pueden crear Servicios Comunes Procesales que asuman la ordenación del procedimiento u otras funciones distintas, en cuyo caso se precisa que cuenten con el informe favorable del CGPJ⁵.

Respecto a las Unidades Procesales de Apoyo Directo, sin embargo, la determinación de las dotaciones básicas de las unidades procesales de apoyo directo (cuyo número, por imperativo del art. 437 LOPJ, debe ser igual al número de juzgados existentes, o en su caso, salas o secciones de tribunales) es competencia del Ministerio de Justicia. La participación de las CC.AA. se concreta en la entrega al Ministerio de un informe previo referido a dicha dotación, así como en la elaboración de las relaciones de puestos de trabajo iniciales referentes a los puestos de trabajo necesarios para cada UPAD, aunque su aprobación definitiva corresponda al Ministerio (art. 522 LOPJ)⁶.

3.2.2. Para el diseño y gestión de las Unidades Administrativas

Las Unidades administrativas son aquellos organismos no integrados en la Oficina judicial, pero dentro del organigrama de la Administración de Justicia, cuya función consiste en la jefatura, ordenación y gestión de los recursos humanos de la Oficina judicial sobre los que se tienen competencias, así como sobre los medios informáticos, nuevas tecnologías y demás medios materiales (art. 439 LOPJ).

5. Como ejemplo, en la propuesta sobre el nuevo diseño de la Oficina judicial presentada por el Ministerio de Justicia el 8 de noviembre de 2004, se señalaron como otros servicios procesales comunes los de Estadística judicial, Actos de conciliación, Caja judicial, Oficina del Jurado, Depósito y Archivo judicial.

6. Art. 2.3 de la Orden del Ministerio de Justicia (JUS/3244/2005), de 18 de Octubre, por la que se determina la dotación básica de las unidades procesales de apoyo directo a los órganos judiciales. No obstante, se permite que las CC.AA. pueden mejorar las dotaciones básicas.

La principal diferencia respecto de las unidades que integran la Oficina judicial es que el personal que integre dichas Unidades administrativas no tiene por qué pertenecer únicamente al cuerpo de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, sino que las CC.AA. pueden cubrir tales unidades con personal de la Administración del Estado o de la propia Administración Autonómica, siempre y cuando así se haya previsto en la correspondiente relación de puestos de trabajo.

Su creación, diseño y organización, la determinación de su forma de integración en la Administración pública de que se trate, su ámbito de actuación, dependencia jerárquica, establecimiento de los puestos de trabajo, o la dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento, compete a las CC.AA. (art. 439.2 LOPJ), las cuales, además, pueden crear "Oficinas comunes de apoyo" a una o varias Oficinas judiciales, dentro de las Unidades Administrativas, para aquellas funciones no encomendadas por la LOPJ a los funcionarios de los Cuerpos de la Administración de Justicia o cuya naturaleza no exija que deban serlo por dichos funcionarios.

4. Las Comunidades Autónomas y las futuras reformas en materia de justicia

Como último, me gustaría referirme a las futuras reformas que el gobierno central tiene pensado llevar a cabo en lo que a la Administración de Justicia se refiere, y la participación de las CC.AA. en la misma.

De una parte, y debido a la nueva estructura de la Oficina judicial a la que anteriormente he hecho referencia, creada a raíz de la Ley Orgánica 19/2003, en la actualidad está en trámite un Anteproyecto de Ley Orgánica que pretende adecuar distintas leyes procesales a los mandatos que la LOPJ ya modificada contiene con respecto a las Oficinas judiciales y a los Secretarios judiciales. Y por otro lado, el Consejo de Ministros ha aprobado recientemente el Proyecto de L.O. de modificación de la LOPJ en materia de Justicia de proximidad y Consejos de Justicia⁷.

Lo primero que llama la atención de estas reformas proyectadas es la alusión que se hace constantemente, en sus exposiciones de motivos, al *Estado de las*

7. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de enero de 2006.

Autonomías que constituye nuestro país, y que requiere acomodar, también la Administración de Justicia, a dicha fórmula organizativa.

Así por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 19/2003, se señala expresamente que para dicha reforma se ha tenido en cuenta "la realidad del Estado autonómico, que obliga a una detallada delimitación de los ámbitos competenciales de las Administraciones implicadas en la dotación de medios personales y materiales al servicio del Poder Judicial". Y de forma similar, una de las justificaciones para la creación de los Consejos de Justicia es el fortalecimiento del "necesario acomodo del gobierno del poder judicial con el principio autonómico".

Tal y como advierte el Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria sobre Creación de Justicia de Proximidad y de los Consejos de Justicia, "se olvida, de esta manera, que con la creación de los Tribunales Superiores de Justicia y sus Salas de Gobierno con la LOPJ de 1985, se pretendió precisamente la adaptación a esa nueva estructura territorial configurada en la Constitución Española"⁸. Y es que la propia exposición de motivos de la LOPJ en el año 1985 resaltaba ya "la ineludible e inaplazable necesidad de acomodar la organización del Poder Judicial a estas previsiones constitucionales y estatutarias" como un imperativo que justificaba la aprobación de dicha Ley Orgánica.

La trascendencia de esa posible creación de los Consejos de Justicia para las CC.AA. se debe al decisivo papel que éstas llegarían a cobrar en la composición de dichos órganos de gobierno del Poder Judicial.

Por un lado, su participación en estos órganos de gobierno estaría asegurada a través de un tercio de la composición de los mismos, pues dicho tercio sería elegido por la Asamblea legislativa de la respectiva Comunidad Autónoma, de entre juristas de reconocido prestigio con más de diez años de ejercicio profesional, y siempre y cuando no pertenezcan a la carrera judicial⁹.

8. Vid. www.ajfv.es/informes.php.

9. Martín Contreras ("*Poder Judicial y Autonomías*", La Ley, 2005, núm. 6387, pág. 6) propone que dichos Consejos autonómicos se compongan de un presidente, nombrado por el CGPJ, una representación, hasta el cincuenta por ciento, del representación del Parlamento Autonómico, y el resto también nombrado por el propio Parlamento, pero a propuesta de los distintos agentes intervinientes en la Administración de Justicia (Secretarios judiciales, Fiscales, personal al servicio de la AA de Justicia, abogados, procuradores, asociaciones de vecinos, colectivos de consumidores, etc).

Pero quizás la importancia de dichos órganos autonómicos de gobierno del Poder Judicial no descansa en su composición interna, sino en las atribuciones que los mismos puedan llegar a recibir, puesto que el Proyecto de Ley Orgánica les atribuye, junto con determinadas funciones de gobierno establecidas en la LOPJ (las que actualmente desempeñan las Salas de Gobierno de los TSJ), las competencias que les llegue a delegar el propio CGPJ -el Pleno, por mayoría de tres quintos-, así como también las competencias que en materia de Justicia le atribuyan las CC.AA. en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Ello refuerza, una vez más, ese principio que rige las actuales reformas legislativas en materia procesal, según el cual tanto el gobierno del Poder Judicial como, en general, el servicio público de la Administración de Justicia, han de acomodarse con el principio autonómico.

III. CRÓNICAS

(1 de enero a 31 de diciembre de 2005)

SUMARIO

- **Enrique Belda Pérez-Pedrero**, *Crónica de interés autonómico: “De nuevo el debate sobre la paridad en Derecho Autonómico: País Vasco y Andalucía en 2005”*
- **María Martín Sánchez**, *“Actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha”*
- **Joaquina Guerrero Sanz**, *“Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria”*
- **María Elena Rebato Peño**, *“Actividades de Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha”*

**CRÓNICAS DE INTERÉS AUTONÓMICO:
“DE NUEVO EL DEBATE SOBRE LA PARIDAD
EN EL DERECHO AUTONÓMICO:
PAÍS VASCO Y ANDALUCÍA EN 2005”**

Enrique Belda Pérez-Pedrero

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

Vocal del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

La retirada del recurso de inconstitucionalidad frente a nuestra Ley (de paridad) electoral 11/2002, con el cambio de Gobierno en el Estado, tras las elecciones de 14 de marzo de 2004, no ha sido obstáculo para dejar zanjada la cuestión de la conveniencia jurídica de la reserva de escaños en las asambleas representativas o en los puestos directivos de las administraciones públicas, a favor de un determinado sexo.

Así, la aprobación de leyes electorales por el extinto Parlamento vasco (antes de finalizar el pasado mandato) y por el actual Parlamento andaluz, han avivado un debate que nunca se ha cerrado en lo jurídico ni en lo social. ¿Existen suficientes argumentos para reservar cuotas de participación a las mujeres (o en su caso a los hombres), en determinados puestos representativos, de designación política o simplemente de la administración pública?. Rotundamente sí, aunque otra cosa es que sean de peso o acertados. En Castilla La Mancha ha sido ésta la respuesta mayoritaria en lo político y lo jurídico, por ser pionera su legislación al respecto. Esta publicación y otras editadas en la Comunidad Autónoma, como la Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, han dado cuenta en interesantes y acertados trabajos, de esta problemática, concluyendo generalmente con la aceptación de la reserva de cuotas, en busca de un determinado concepto de paridad.

Sin pronunciarme sobre el fondo del asunto, ya que creo que la respuesta sólo depende de concepciones filosóficas o ideológicas, estimo que existen suficientes argumentos jurídicos tanto para admitir como para rechazar determinados preceptos de las leyes vasca y andaluza sobre las que se tendrá que pronunciar el Tribunal Constitucional, y con ello indirectamente, puede que sepamos lo que hubiera dicho sobre alguno de los contenidos de la nuestra. Los argumentos jurídicos a favor, como es natural, han podido seguirse en nuestra Comunidad a raíz de las aportaciones mayoritarias a las que acabo de hacer referencia, por lo que me limitaré a recoger los argumentos negativos a la reserva de cuotas, contenidos en los recursos de inconstitucionalidad presentados durante 2005 frente a las normas de Euskadi y Andalucía. El objetivo es enriquecer el debate y aportar otro punto de vista ante lo ya publicado.

A) La Ley del Parlamento Vasco.

1. Objetivos de la norma impugnada.

La Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres en sus art. 7 párrafo II, art. 20 4 b), 5, 6 y 7, Disposición

Final Segunda apartado dos, Disposición Final Cuarta y Disposición Final Quinta; es susceptible de vulnerar los arts. 6, 14, 22.1, 23.1 y 2, 68.5, 81.1, 103.3 y 149.1.1 de la Constitución (en adelante CE).

El objeto de la ley es prevenir la discriminación y conseguir una efectiva igualdad en razón del sexo, con base en una serie de normas como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1979, que proclama el principio de igualdad de mujeres y hombres, y a través de cuyo art. 2, sus miembros se comprometen a "asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de este principio"; así como del Tratado de Amsterdam, mediante el cual la igualdad de mujeres y hombres es consagrada formalmente como un principio fundamental de la Unión Europea. De acuerdo con el artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea, en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros debe integrarse el objetivo de eliminar las desigualdades entre mujeres y hombres y promover su igualdad. Entre las fuentes de derecho nacional se apela al artículo 9.1 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, que a través de una remisión a lo dispuesto en la Constitución española, proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. También se subraya el artículo 9.2 de la Carta Magna, que establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad de las personas y los grupos en que se integran sea real y efectiva.

La ley vasca 4/2005, de 18 de febrero, tiene por objeto establecer los principios generales que han de presidir la actuación de los poderes públicos en materia de igualdad de sexos, así como regular un conjunto de medidas dirigidas a promover y garantizar la igualdad de oportunidades y trato de mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida y, en particular, a promover la autonomía y a fortalecer la posición social, económica y política de aquéllas. Todo ello con el fin último de lograr una sociedad igualitaria en la que todas las personas sean libres, tanto en el ámbito público como en el privado, para desarrollar sus capacidades personales y tomar decisiones sin las limitaciones impuestas por los roles tradicionales en función del sexo, y en la que se tengan en cuenta, valoren y potencien por igual las distintas conductas, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres.

2. Críticas.

Los recurrentes, diputados de la oposición en el Congreso, instan un recurso de inconstitucionalidad en el mes de junio de 2005, como consecuencia de la

oposición frontal con la Constitución Española de los preceptos que se han enumerado y que a continuación se reproducen, por estimar que la estructura y finalidad es ajena, además, al propósito de la Ley.

Se presentan en dos bloques, uno que hace referencia a la composición de órganos administrativos pluripersonales, y comprende los siguientes artículos:

Art. 7.- Representación equilibrada. Apartado II: A los efectos de esta ley, se considera que existe una representación equilibrada en los órganos administrativos pluripersonales cuando los dos sexos están representados al menos al 40%. Los recurrentes alertan sobre la vulneración de los arts. 14, 23.2 y 103.2 CE. En consecuencia con la anterior apreciación, otros preceptos de la norma recurrida, el art. 20 4 b), 5, 6 y 7; y la Disposición Final Segunda, apartado dos de la misma Ley, adolecerían de similar tacha de inconstitucionalidad: Art. 20.- 4 .- b) Una cláusula por la que se garantice en los tribunales de selección una representación equilibrada de mujeres y hombres con capacitación, competencia y preparación adecuada. 5.- Sin perjuicio de otras medidas que se consideren oportunas, las normas que vayan a regular los jurados creados para la concesión de cualquier tipo de premio promovido o subvencionado por la Administración, así como las que regulen órganos afines habilitados para la adquisición de fondos culturales y/o artísticos, deben incluir una cláusula por la que se garantice en los tribunales de selección una representación equilibrada de mujeres y hombres con capacitación, competencia y preparación adecuada. 6.- A los efectos de lo señalado en los dos párrafos anteriores, se considera que existe una representación equilibrada cuando en los tribunales, jurados u órganos afines de más de cuatro miembros cada sexo está representado al menos al 40%. En el resto, cuando los dos sexos estén representados. 7.- El órgano administrativo que promueva la norma o disposición administrativa habrá de establecer indicadores que permitan realizar la evaluación del grado de cumplimiento y de la efectividad de las medidas referidas en los párrafos anteriores, de cara a la consecución del objetivo de eliminar las desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres. Disposición Final Segunda. Apartado dos.- Se adiciona un párrafo al artículo 31 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, con el número 3, de manera que el actual 3 pasa a ser el 4, con la redacción siguiente: "3. Salvo que se justifique debidamente su no pertinencia, la composición del tribunal u órgano técnico de selección ha de ser equilibrada de mujeres y hombres con capacitación, competencia y preparación adecuada. Se considera que existe una representación equilibrada cuando en los órganos de más de cuatro miembros cada sexo está representado al menos al 40%; en el resto, cuando los dos sexos estén representados".

Y, por otra parte, se alerta sobre la inconstitucionalidad de otro grupo de preceptos electorales que comprenden la Disposición Final Cuarta y la Disposición Final Quinta de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres:

Disposición Final Cuarta.- Modificación de la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco. Se añade un párrafo, con el número 4, al artículo 50 de la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco, con el siguiente tenor: "4. Las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de personas electoras estarán integradas por al menos un 50% de mujeres. Se mantendrá esa proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres. Las juntas electorales del territorio histórico competentes sólo admitirán aquellas candidaturas que cumplan lo señalado en este artículo tanto para las personas candidatas como para las suplentes". *Disposición Final Quinta.- Modificación de la Ley 1/1987, de 27 de marzo, de Elecciones para las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Araba, Bizkaia y Guipúzcoa. El artículo 6 bis de la Ley 1/1987, de Elecciones para las Juntas Generales de los tres territorios históricos, queda redactado de la forma siguiente: "1. Las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de personas electoras estarán integradas por al menos un 50% de mujeres. Se mantendrá esa proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres. Las juntas electorales de zona competentes sólo admitirán aquellas candidaturas que cumplan lo señalado en este artículo tanto para las personas candidatas como para las suplentes".* En este caso los recurrentes denuncian la vulneración de los arts. 6, 14, 22.1, 23, 68.5, 81.1, y 149.1.1 CE.

a) Críticas materiales sobre la reserva de cuotas en órganos administrativos.

Agrupemos los argumentos por artículos: se alerta sobre la vulneración del derecho a la Igualdad, del derecho al acceso a las funciones públicas y del principio de mérito y capacidad; recogidos sucesivamente en los arts. 14, 23.2 y 103.3 CE, al contener los arts. 20 4 b), 5, 6 y 7; y la DF 2ª 2 del texto recurrido una serie de disposiciones cuyo fin, la remoción de obstáculos para la promoción de un determinado sexo, carece de relación causa-efecto con lo dispuesto en los referidos preceptos y genera la violación del propio derecho que se pretende promocionar. El Tribunal Constitucional mantiene una sólida jurisprudencia en materia de Igualdad, en torno al art. 14 CE, completada por otras resoluciones donde se aborda también la misma como valor y como principio (arts. 1.1 y 9.2

CE, respectivamente). Desde la doctrina general establecida por Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 10/1981, recordada y precisada en numerosas resoluciones como las SSTC 28/1992, 3/1993 o 39/2002, la igualdad constitucional exige la igualdad en la ley, derivada de la interdicción de arbitrariedad consagrada por el art. 9.3 CE, complementada con la necesidad de igual trato por los Poderes Públicos en la aplicación de la misma. La naturaleza del derecho a la igualdad del art. 14 CE determina que su vulneración, en la mayor parte de los casos, sea simultánea con la de otro derecho. En este caso, la acción del legislador frente a la igualdad de sexos cuando dispone de cupos para la composición de órganos administrativos pluripersonales, jurados de selección o tribunales administrativos, afecta directamente el contenido esencial del derecho de acceso a la función pública, vetando la posibilidad de formar parte de estos órganos a personas, en razón de su sexo, cuando rebasen junto a otros concurrentes de su mismo género, una barrera establecida arbitrariamente por el legislador en busca de lo que denomina *representación equilibrada*. La limitación en el acceso a estos órganos de naturaleza administrativa estaría justificada en tanto contribuyera a la promoción de un sexo preterido. Sin embargo ninguno de los preceptos mencionados parece superar un test constitucional en el que se valore la finalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la norma presuntamente promotora de igualdad, en los términos expresados por las SSTC 114/1987, 123/1987, 209/1988 o 46/1999. Todo ello pudiera generar, hacia quienes pretenden formar parte de los órganos pluripersonales afectados y no pueden hacerlo por sobrepasar los optantes de su género un número mayor al legalmente establecido, una vulneración de su derecho a la igualdad por razón de sexo, más una violación de su derecho de acceso a los cargos en la administración pública (arts. 14 y 23.2 respectivamente), sin que la desigualdad evidente contenida en las normas, pueda ser, a su vez, exculpada como medida de discriminación positiva en los términos expresados por el propio Tribunal en resoluciones como las SSTC 28/1992, 3/1993, 216/1991 y 16/1995, entre otras.

En este caso la pretendida discriminación inversa (STC 216/1991) adolece incluso del punto de partida de marginalidad o discriminación, ya que en el seno de las administraciones afectadas es extremadamente dudoso que un determinado género parta de una situación de postergación. Así es. La diferenciación constitucionalmente fundamentada en causas objetivas y razonables demanda, en primer término, una desigualdad de supuestos de hecho. De la misma manera que la inmensa mayoría de preceptos de esta norma, recogen una prolongada serie de situaciones en las que el sexo genera situaciones diferentes, que deben ser valoradas; en el acceso a los órganos pluripersonales descritos por la Ley, el género

no se presenta como elemento de distinción ni existen datos objetivos (ni siquiera una mera constatación social efectuada por el Legislador) para basar la existencia de una desigualdad de supuestos de hecho en el seno de las administraciones e instituciones afectadas. En segundo lugar, la finalidad perseguida por la norma, que hombres y mujeres participen en un órgano administrativo pluripersonal, es muy problemática. No están estos órganos destinados a la participación política y, si se entendiese que en ellos ha de existir un reducto de representatividad en atención al sexo, se llegaría al absurdo de utilizar en el futuro cualquier órgano administrativo de estas características para la promoción de cada una de las categorías sospechosas de discriminación. De ello también se deduce la palmaria incongruencia de unas normas cuya causa (promover la igualdad entre hombres y mujeres) tienen como efecto la eliminación de criterios de objetividad, conocimiento, mérito y capacidad en el seno de estos órganos. En este momento cabría también alegar la vulneración del art. 103.3 CE ya que las normas impugnadas acaban con la presidencia del mérito y la capacidad, en la selección de los componentes de los repetidos órganos. Por último, ¿dónde encontrar la proporcionalidad de los preceptos impugnados?: se diría que están instalados sólo en la mera oportunidad política. La promoción de un sexo en una Comunidad Autónoma, en este caso la Vasca, bien puede conseguirse por muchos otros de los preceptos de la Ley parcialmente impugnada pero no puede alcanzarse mediante el establecimiento de cuotas en órganos, jurados o tribunales administrativos en los que el género es absolutamente ajeno a la toma de decisiones, y el imperio del mérito y la capacidad es el que garantiza una correcta selección u opción de quienes tengan que valorar, escoger, calificar o elegir. La incoherencia de fondo arrastra una manifiesta desproporción entre las circunstancias de hecho y la finalidad que los preceptos impugnados pretenden conseguir.

b) Críticas materiales sobre la paridad electoral.

Cambiando de tema y sobre el segundo grupo de preceptos recurrido, atinentes al sistema de elección. Dos Disposiciones Finales de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, la Cuarta y la Quinta, introducen modificaciones en las Leyes de esa Comunidad, reguladoras del proceso electoral del Parlamento Vasco y de la elección de las Juntas Generales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya (Leyes autonómicas 5/1990 y 1/1987, respectivamente), con la finalidad de alterar el sistema electoral exigiendo a los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones que se presenten a esos procesos de renovación institucional, incluyendo el mismo número de mujeres y hombres cada tramo de seis nombres en las candidaturas.

Del cumplimiento de este requisito depende la proclamación o rechazo de la propuesta del partido en la Junta Electoral competente.

Como punto de partida e igual que ocurre respecto de las reservas en órganos pluripersonales, la Ley 4/2005, también flaquea en exponer una sólida justificación de la preterición de un sexo en la actualidad institucional de esa Comunidad Autónoma, que justifique medidas extraordinarias de protección o discriminación inversa. Ni siquiera, al estilo de lo que sí hizo nuestra Ley de Castilla-La Mancha 11/2002, que modifica el régimen electoral para introducir la alternancia en puestos de hombres y mujeres, se apela a la existencia de una desproporción entre el peso demográfico de un género en el territorio afectado y su presencia en el seno de las instituciones representativas del mismo. Los reproches de constitucionalidad relativos al art. 14 CE, en esta ocasión, pueden afectar el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos territoriales, consagrado en el art. 23.2 CE y respaldado en su configuración por una sólida jurisprudencia constitucional desde las SSTC 5/1983 y 10/1983. La acción compensatoria a favor de un sexo, basándose generalmente en el art. 9.2 CE y en fuentes internacionales, requiere unos mínimos fundamentos. La protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer, en cuanto tal, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al art. 14 de la CE (STC 81/1982, FJ 1). Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad.

Las medidas promocionales compensatorias hacia un sexo (art. 9.2 CE) tienen su ámbito en campos como el acceso al mercado del trabajo, la continuidad en él o la igualdad que la Constitución modela desde el individuo elegible (el ciudadano). De manera que resulta constitucionalmente discutible quebrar la igualdad jurídica de los elegibles en nombre de la promoción social de la mujer, del anciano, del discapacitado, del joven, del marginado, o de la minoría cultural o religiosa, por valiosa y deseable que pueda ser la mejora de su condición. La categoría de ciudadano, a efectos de elegibilidad, es una e indivisible y el legislador puede que tenga prohibido crear diferencias internas dentro de esta categoría. Para el legislador electoral, en protección justamente de la igualdad de derechos, sólo puede ser relevante la categoría de ciudadano tal y como resulta legalmente acuñada (por ejemplo, en las elecciones autonómicas se permite añaa-

dir el requisito de residencia -SSTC 60/1987 FJ 2, 107/1990 FJ único o 25/1992, FJ único-. Residencia es una calidad de adquisición voluntaria, lo que la diferencia de las determinaciones biológicas como el sexo). El legislador electoral debe ser neutral respecto al sexo, raza, edad o religión, teniendo vedada toda discriminación, negativa o positiva, basada en tales circunstancias. Una discriminación positiva o de favor, como es obvio, necesariamente entraña perjuicio para las categorías personales o sociales a quienes se niega el trato favorable. Si es constitucionalmente aceptable que la mitad social femenina se refleje obligatoriamente en las candidaturas, con igual razón podrían exigir ese beneficio otras categorías o segmentos sociales: los ancianos (cada candidatura debería reservar un porcentaje de puestos a candidatos mayores de 65 años), los jóvenes, los discapacitados y así sucesivamente. De acuerdo con la lógica inherente a semejante tendencia distributiva, se primaría la disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o de categoría, más cercanos al corporativismo de regímenes antidemocráticos que a la libertad de la democracia representativa. Todo ello perfilaría un cuerpo representativo sectorializado que impediría mantener el concepto de Pueblo Soberano decisor. Las normas de paridad, pues, parecen hacer dudar de la democracia representativa tal y como hoy se conoce.

c) Críticas competenciales.

Al margen de la posible violación sobre los derechos de igualdad y de participación política, por parte de las Disposiciones Finales de la Ley vasca en cuanto a modificadoras de dos normas electorales anteriores, cabe también advertir más causas de inconstitucionalidad. Subrayamos ahora una estrictamente competencial: los preceptos vascos pueden vulnerar la competencia reservada al Estado por el art. 149.1.1 CE en relación con el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE), quebrantando además la reserva de Ley Orgánica (art. 81.1 CE). La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) es parcialmente aplicable a las elecciones para conformar las Asambleas Legislativas territoriales. La DA 1ª) 2 LOREG ordena que se apliquen a las elecciones a los parlamentos autonómicos ciertos artículos del título I de la LOREG, entre los cuales se encuentran los arts. 6.1, 44, 45 y la mayor parte del 46, el primero regulador del derecho de sufragio pasivo (elegibilidad) y los demás relativos a la formación y presentación de candidaturas. A tenor de la DA 1ª) 2 LOREG, la aplicabilidad de ciertos preceptos del título I de la LOREG a las elecciones autonómicas se basa en las competencias que la Constitución reserva al Estado, y estas competencias no pueden tener otro título que el art. 149.1.1 CE en relación con el art. 23.1 y 2 CE, por cuanto este último precepto proclama el

derecho de participación en los asuntos públicos mediante la elección de representantes y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos. La competencia exclusiva del Estado atribuida por el art. 149.1.1 CE se refiere a la regulación de las condiciones básicas y tiene por finalidad la garantía de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos. Por tanto, la competencia estatal del art. 149.1.1 CE, proyectada sobre el derecho fundamental del art. 23.2 CE, supone que sólo a las Cortes Generales, al tiempo de establecer el régimen electoral general, compete garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de su derecho a ser elegibles (sufragio pasivo) en cualesquiera elecciones, incluidas las autonómicas. De aceptar, que no es el caso, que el reparto igual entre sexos, cada grupo de seis lugares, fuera acorde con la Constitución, estaríamos ante una opción que sólo a las Cortes Generales competiría tomar en garantía de la igualdad de todos los españoles elegibles. No es constitucionalmente admisible que, en un punto de tal importancia, puedan existir desigualdades, ni por razón de la Comunidad Autónoma, ni por razón del tipo de elección, de manera que sólo en unas Comunidades Autónomas y no en otras resulte obligada la sucesión alternante o grupal de mujeres y hombres en una lista de candidatos en las elecciones para las asambleas legislativas territoriales, o que, en la misma Comunidad Autónoma, la exigencia del cincuenta por ciento de cada género se aplique en las elecciones autonómicas y provinciales, y no en el resto de procesos para la conformación de instituciones representativas.

La legislación general sobre elecciones fija las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de sufragio. El Tribunal Constitucional constata la necesidad de reconocer al legislador estatal un cierto margen de apreciación en cuanto a la fijación inicial de las condiciones que, por su carácter de básicas, deben ser objeto de ordenación uniforme en todo el territorio nacional. Al respecto, una condición básica es la inscripción censal, requisito imprescindible para el ejercicio del derecho de sufragio y definido éste en términos idénticos para todo tipo de consultas electorales (arts. 2 y 3 de la LOREG). La unidad de censo se impone como condición para hacer real el contenido uniforme del derecho, pues no resulta compatible con la igualdad exigida por el art. 149.1.1 CE el que dicho requisito pudiera llegar a ser diversamente reconocido, respecto de un mismo elector, para unas y otras elecciones. Las normas recurridas puede que sobrepasen el límite del legislador autonómico (arts. 6.1 y 44 y ss. LOREG), introduciendo una distribución de candidaturas obligada y condicionada por razón de sexo, restringiendo la elegibilidad. Para ser elegible, según las normas sospechosas, ya no basta ser elector español mayor de edad y sin restricciones de

capacidad, inscrito en el censo electoral, sino que se debe también pertenecer al sexo al que corresponda el puesto de la candidatura. Si el partido, federación, coalición o agrupación, no encuentra un conjunto de candidatos en que estén perfectamente equilibrados hombres y mujeres, sencillamente no podrá presentarse. En la perspectiva del derecho de sufragio pasivo, que el legislador electoral opte por dejar a los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores en libertad para confeccionar sus listas electorales sin vinculaciones respecto al sexo de los candidatos, o bien que, por el contrario, imponga la obligación de distribuir igualitariamente por sexos los puestos de las listas, aparece claramente como un extremo o elemento capital en la formación de las candidaturas, es decir, una condición básica en el régimen de los elegibles en elecciones territoriales. Y tal condición, para garantía de la igualdad en el ejercicio del derecho del art. 23.2 CE, sólo puede ser fijada por las Cortes Generales de acuerdo con el art. 149.1.1 CE, en el caso de que pudiera estimarse sustantivamente conforme con la Constitución.

Por decisión de 18 de noviembre de 1982, del Consejo Constitucional de Francia, ya se declara inconstitucional la prohibición de que en las elecciones municipales, las listas de candidatos incluyeran más de un 75% de personas del mismo sexo; y en la decisión de 14 de enero de 1999, declaró también inconstitucional la paridad de sexos en las candidaturas a consejeros regionales. A consecuencia de estos pronunciamientos fue necesaria la reforma de los arts. 3 y 4 de la Constitución de la República (Ley Constitucional de 8 de julio de 1999). La paridad de sexos en las candidaturas electorales ha sido un grave problema constitucional en Francia, lo que, para España es, al menos, indicio de su calificación como condición básica relativa al ejercicio del derecho fundamental del art. 23.2 CE, que sólo las Cortes Generales pueden regular para garantizar la igualdad de todos los españoles, residan en una u otra Comunidad Autónoma o participen en uno u otro tipo de elección, suponiendo que en nuestra norma suprema, a diferencia de la francesa, no se encerrase obstáculo sustantivo para que el legislador nacional pudiera obligar a la distribución igualitaria de las candidaturas por razón de sexo o género.

Las fuentes constitucionales también se ven afectadas por tan peculiar modo de legislar, vulnerando ambas Disposiciones Finales la reserva de Ley Orgánica contenida en el art. 81.1 CE. Esta categoría normativa es la constitucionalmente designada para el desarrollo del derecho a acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE) y del régimen electoral general (art. 81 CE). El contenido de la Ley Orgánica (de Régimen Electoral General)

comprende el desarrollo del artículo 23 CE en lo referente a lo esencial de este régimen. Temprana jurisprudencia establecía que el régimen electoral general está compuesto por las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y en el de las entidades territoriales en que se organiza a tenor del artículo 137 de la CE, salvo las excepciones que se hallen establecidas en la Constitución o en los Estatutos (STC 38/1983, FFJJ 2 y 3). En línea concurrente el Tribunal declaraba que el núcleo central de la normativa atinente al proceso electoral integraba lo relativo a quiénes pueden elegir, a quiénes se puede elegir y bajo qué condiciones, para qué espacio de tiempo y bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial (STC 72/1984, FJ 4). Para el régimen de la elegibilidad, la paridad numérica de hombres y mujeres en las candidaturas, aceptando una infundada constitucionalidad desde otros puntos de vista, sería materia de régimen electoral general reservada a la Ley Orgánica, incluso con independencia de que la regla de distribución de puestos en la candidatura en razón de género, se destinase para todas las elecciones o para parte de ellas.

d) Otras presuntas vulneraciones.

Se resalta en el recurso de inconstitucionalidad, por último, un conjunto de sospechas de vulneración constitucional secundarias a las de los preceptos desarrollados hasta ahora. Así se alerta sobre la posible violación del art. 68.5 CE, cuando recoge una regla de elegibilidad para el Congreso de los Diputados que perfila una valoración del constituyente opuesta a la distinción interna de categorías personales entre los elegibles. La unidad de la Constitución a efectos interpretativos (SSTC 173/1998, FJ 7, y 292/2000, FJ 11, entre otras) invita a mirar la valoración constitucional implícita en el art. 68.5 CE a la hora de examinar la compatibilidad del precepto impugnado con los arts. 14 y 23.2 CE.

También del art. 6 CE en relación con el art. 22.1 CE. El contenido esencial del derecho fundamental de asociación, alma del partido político, es cuestionado por el legislador autonómico en tanto se suprime la esfera de autodeterminación asociativa (libertad de organización y funcionamiento internos). En este sentido, reiteradas resoluciones del Tribunal informan sobre el espacio inalterable de este derecho político (SSTC 218/1988, FJ 2, 173/1998, FJ 8, o 104/1999, FJ 3, entre otras). Las funciones constitucionales de canalización de voto, encomendadas a los partidos, condicionan los caracteres asociativos de los mismos, pero no los alienan hasta hacer irreconocible el poso asociativo. La STC 56/1995, FJ 3, referida a un partido político, declara que el legislador

deberá respetar, además del contenido esencial del derecho de participación, el contenido de otros derechos con los que éste guarda íntima relación como son el derecho de libre creación y, muy especialmente, el derecho de autoorganización del partido. Un derecho este último que preserva la existencia de un ámbito libre de interferencias de los Poderes Públicos en la organización y funcionamiento interno de los partidos. Esta resolución respalda una línea anterior, que ejemplifica la STC 85/1986, FJ 2: La creación de los partidos políticos no está sometida constitucionalmente a límites más estrictos que los de las demás asociaciones en "(...) *la Constitución existe un cierto reforzamiento de garantías de los partidos, respecto a demás asociaciones, en cuanto que el artículo 6 señala y garantiza el ámbito de funciones institucionales que a aquellos corresponden*". La Constitución, en su deseo de asegurar el máximo de libertad e independencia de los partidos, los somete al régimen privado de las asociaciones "(...) *que permite y asegura el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos (...)*". La libre actividad de los partidos políticos está proclamada directamente en el art. 6 CE (la creación y el ejercicio de su actividad son libres), y este reconocimiento se ha reiterado en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio. Formar libremente las candidaturas electorales es un acto capital de ejercicio de la función constitucional que la CE asigna a los partidos: servir de cauce a la participación política (STC 10/1983 FJ 3: "*En razón de la función constitucionalmente atribuida de servir de cauce fundamental para la participación política, la legislación electoral (...) otorga a los partidos la facultad de presentar candidaturas*"). De lo anterior se deduce que los preceptos recurridos suponen una restricción de la libre actividad de los partidos políticos en la formación de candidaturas para las elecciones a la asamblea legislativa territorial. El despropósito de la restricción se muestra cuando se piensa que la presente Ley vasca impediría que un partido feminista reivindicativo (que base su actuación política, por ejemplo, en la máxima de que sólo las mujeres saben verdaderamente defender los intereses de las mujeres) presentara una lista formada exclusivamente por candidatas al Parlamento Vasco o a las Juntas Generales. Esta circunstancia de laboratorio conduce a evidenciar el ataque frontal contra el pluralismo político (art. 1.1 CE) de la concepción encerrada tras este tipo de normas electorales, perfilando candidatos y relegando al partido en sus opciones de selección. La intervención de los Poderes Públicos hasta estos límites termina con la línea de control cauto e imprescindible que hasta el momento se ha mantenido respecto de los partidos, fruto de una correcta interpretación constitucional, ejemplificada, entre otras, por la STC 85/1986, a la que se acaba de hacer alusión.

B) La Ley del Parlamento de Andalucía.

Con más brevedad me referiré ahora a los motivos argumentados frente a la reforma de la ley electoral andaluza, operada por Ley 5/2005, de 8 de abril, para modificar en distintos extremos la Ley 1/1986, de 2 de enero, ya que sólo estamos ante un cambio que afecta al Parlamento, no como en Euskadi a otros órganos, y daremos por reproducidos los argumentos de los recurrentes en el recurso anterior.

La Ley 5/2005 impone a los Partidos Políticos, Federaciones o Coaliciones que presenten candidatura a las elecciones autonómicas, la obligación de alternar hombres y mujeres en las listas de candidatos. Esta es la modalidad Castellanomanchega o "de cremallera". Como en el caso de la ley vasca los recurrentes denuncian la vulneración de los arts. 6, 14, 20.1, 22.1, 23, 68.5, 81.1, y 149.1.1 CE, los seis primeros, como ya se ha explicado, por motivos de fondo, el 81.1 CE como quiebra de las fuentes del derecho y el art.149.1.1 CE, por razones competenciales.

Esperemos que el más alto tribunal de garantías y legislador negativo, se haya pronunciado cuando estas páginas se publiquen, para traer la solución jurídica a un problema que la sociedad y la clase política superan con una constante e imparable incorporación de la mujer a los cargos políticos y representativos, ausente hasta hace unos pocos años.

ACTIVIDAD DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA
(De 1 de enero de 2005 a 31 de diciembre de 2005)

María Martín Sánchez

Profesora Ayudante Área de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

1. Actividad legislativa.

Leyes institucionales, organizativas o de procedimiento.

Leyes sobre la actividad social y económica.

Leyes de carácter tributario, financiero o económico.

2. Actividad de control y orientación política.

1. Actividad legislativa año 2.005

En esta ocasión, nos encontramos ante un periodo de gran productividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha, que aunque sin alcanzar las elevadas cotas alcanzadas en algunos años como el de 2002 -recordemos que se aprobaron veinticinco leyes en dicho periodo-, supera holgadamente la media de anteriores periodos. Durante el periodo legislativo del año 2005 han sido diecisiete las leyes aprobadas.

Como es habitual, estudiaremos a fondo cada una de las leyes aprobadas a lo largo de este periodo, clasificándolas en: leyes institucionales, organizativas o de procedimiento; leyes sobre la actividad social y económica; y leyes de carácter tributario, financiero y económico. A continuación, haremos una sucinta exposición de todas ellas por orden cronológico, para ofrecer un claro esquema de la actividad legislativa durante este ejercicio. Así, las leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha durante el periodo de 2005, han sido las siguientes:

Ley 1/2.005, de 7 de abril, de los Consejos de la Juventud de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 74, de 1 de abril de 2.005; DOCLM núm. 77, de 18 de abril de 2.005).

Ley 2/2.005, de 7 de abril, de la Agencia de Calidad Universitaria de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 74, de 1 de abril de 2.005; DOCLM núm. 77, de 18 de abril de 2.005).

Ley 3/2.005, de 5 de mayo, de Declaración del Parque Natural de los Calares del Mundo y de la Sima (BOCCM núm. 80, de 2 de mayo de 2.005; DOCLM núm. 94, de 11 de mayo de 2.005).

Ley 4/2.005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar (BOCCM núm. 84, de 16 de mayo de 2.005; DOCLM núm. 211, de 3 de junio de 2.005).

Ley 5/2.005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 91, de 17 de junio de 2.005; DOCLM núm. 131, de 1 de julio de 2.005).

Ley 6/2.005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud (BOCCM núm. 94, de 1 de julio de 2.005; DOCLM núm. 131, de 1 de julio de 2.005).

Ley 7/2.005, de 7 de julio, de Modificación del Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 94, de 1 de julio de 2.005; DOCLM núm. 141, de 15 de julio de 2.005).

Ley 8/2.005, de 1 de agosto, de concesión de un crédito extraordinario por importe de veintitrés millones ciento veinte mil euros (23.120.000 euros) para financiar medidas urgentes para paliar los daños producidos en el sector agrario por la sequía y otras adversidades climáticas (BOCCM núm. 103, de 29 de julio de 2.005; DOCLM núm. 156, de 5 de agosto de 2.005).

Ley 9/2.005, de 6 de octubre, de creación del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 107, de 30 de septiembre de 2.005; DOCLM núm. 211, de 21 de octubre de 2.005).

Ley 10/2.005, de 15 de diciembre, de Horarios Comerciales de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 120, de 2 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 255, de 20 de diciembre de 2.005).

Ley 11/2.005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor (BOCCM núm. 120, de 2 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 255, de 20 de diciembre de 2.005).

Ley 12/2.005, de 27 de diciembre, de Modificación del Decreto Legislativo 1/2.004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 123, de 16 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

Ley 13/2.005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 125, de 23 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

Ley 14/2.005, de 29 de diciembre, de Ordenación del Transporte de Personas por Carretera en Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 125, de 23 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

Ley 15/2.005, de 29 de diciembre, de creación del Instituto de Promoción Turística de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 126, de 28 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

Ley 16/2.005, de 29 de diciembre, del impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente y del tipo autonómico del impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos (BOCCM núm. 126, de 28 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

Ley 17/2.005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos (BOCCM núm. 126, de 28 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

Leyes institucionales, organizativas o de procedimiento

Ley 1/2.005, de 7 de abril, de los Consejos de la Juventud de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 74, de 1 de abril de 2.005; DOCLM núm. 77, de 18 de abril de 2.005).

La presente Ley nace al amparo de lo previsto en el artículo 31.1.20^a del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, según el cual la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha tiene competencias exclusivas en materia de promoción y ayudas a los jóvenes. En virtud de dicho precepto se creó en su momento, a través de la Ley 2/1986, de 16 de abril, el Consejo Regional de la Juventud de Castilla-La Mancha. Dos décadas más tarde, tanto la Junta de Comunidades como las propias asociaciones y movimiento asociativo de jóvenes que integran el Consejo Regional de la Juventud, consideran necesaria una reforma legislativa que se adecue mejor a las necesidades y exigencias de las asociaciones juveniles de nuestra Región.

En su aprobación, así como el proceso de su elaboración, se ha tenido muy en cuenta el importante trabajo llevado a cabo por el sector juvenil de la población desde los Consejos de la Juventud, ya que estos actúan como colaboradores de las Administraciones Públicas.

Así pues, el objetivo de esta Ley, no es otro que mejorar la organización de los Consejos de la Juventud, para fomentar la participación de la juventud en el desarrollo en todos los ámbitos -político, social, económico y cultural-, siguiendo las directrices marcadas por el Libro Blanco de la Comisión Europea: "Un nuevo impulso para la juventud europea" .

En definitiva y tal y como se define en la Ley (Capítulo I, Título I), el Consejo de la Juventud de Castilla-La Mancha, se concibe como "*el máximo órgano de representación de las asociaciones juveniles que estén inscritas en el*

Registro de Asociaciones Juveniles y Entidades Prestadoras de Servicios a la Juventud de Castilla-La Mancha". Destacando de entre sus objetivos, tal y como señalamos anteriormente, el fomento de la libre participación de la juventud en el desarrollo de la Región.

La Ley consta de quince artículos estructurados en dos Títulos, dos Disposiciones Adicionales, dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria, y dos Disposiciones Finales.

Ley 2/2.005, de 7 de abril, de la Agencia de Calidad Universitaria de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 74, de 1 de abril de 2.005; DOCLM núm. 77, de 18 de abril de 2.005).

Esta Ley se aprueba con el objetivo de contribuir con el reto de mejorar y elevar el nivel de calidad del sistema universitario español. Se fundamenta así en la Ley Orgánica 6/2.001, de 21 de diciembre, de Universidades, en la que se marcó como uno de sus principales propósitos mejorar la calidad del sistema universitario español. Para ello, a través de la citada Ley, se creó la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación -ANECA-, previendo además la posibilidad de creación por parte de las Comunidades Autónomas de sus propios organismos que desarrollen estas competencias en su ámbito territorial.

A este respecto, no puede obviarse que el propio Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha atribuye a la Junta de Comunidades la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en todos sus niveles, incluyendo por lo tanto el ámbito universitario.

Tal y como prevé en su *artículo 1 -creación de la Agencia-*, la Agencia de Calidad Universitaria de Castilla-La Mancha "*ejercerá, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, las funciones establecidas en el Título V de la Ley Orgánica 6/2.001, de 21 de diciembre, de Universidades, y en la presente Ley*". Se constituye como organismo autónomo adscrito a la Consejería de Educación, y su funcionamiento se rige por los principios de **independencia e imparcialidad** de sus órganos y por la **objetividad y publicidad** de sus procedimientos. Entre los objetivos de la Agencia destaca el objetivo primordial por el que este organismo fue creado, esto es, "*la mejora continua de la calidad de la docencia, de la investigación y de la gestión del conjunto del sistema universitario de Castilla-La Mancha*", orientándola a su plena integración en el espacio europeo de educación superior.

Otro de los aspectos esenciales de esta Ley, es su previsión con respecto a las relaciones de colaboración con otros organismos -artículo 5-. En este sentido, se prevé que la Agencia colaborará en los programas de calidad de otros organismos autonómicos, estatales, comunitarios, e internacionales. Especialmente, mantendrá una estrecha relación de colaboración con la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, sobre todo para la homologación de sistemas de evaluación, acreditación y certificación.

Se trata de una Ley de estructura sencilla, compuesta por trece artículos y completada por tres Disposiciones Finales.

Ley 3/2.005, de 5 de mayo, de Declaración del Parque Natural de los Calares del Mundo y de la Sima (BOCCM núm. 80, de 2 de mayo de 2.005; DOCLM núm. 94, de 11 de mayo de 2.005).

Esta Ley es aprobada en cumplimiento del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de los calares y cabeceras de los ríos Mundo, Tus y Guadalimar, aprobado por Decreto 160/2.002. Los objetivos del citado Plan son: asegurar la conservación de los valores naturales más significativos de las zonas protegidas, restaurar dichos valores cuando se encuentren dañados, fomentar el aprovechamiento tradicional y el turismo de la naturaleza y asegurar un desarrollo sostenible.

El espacio natural protegido mediante esta Ley tiene una gran importancia desde el punto de vista de la conservación del patrimonio geológico, la biodiversidad y el paisaje de la Región. Además de su extensión natural y otras riquezas geológicas, cuenta con un elevado número de especies incluidas en el Catálogo Regional de Especies Amenazadas -de flora y de fauna-. Todo ello la ha configurado como un área importante para la conservación de la biodiversidad de la Unión Europea, susceptible de formar parte de la Red Natura 2.000. En consecuencia, la presente Ley, sustancia la aplicación del régimen de protección previsto en el Plan de Ordenación para la zona propuesta como Parque Natural.

Con la declaración de Parque Natural al territorio de los calares del Mundo y de la Sima, se establece el marco jurídico idóneo para otorgar una atención especial y preferente a la conservación de los recursos naturales de dicho territorio. Con ello, la regulación relativa a los usos, aprovechamientos y actividades, será la contenida en la presente Ley.

Formalmente, la Ley consta de diez artículos, seguidos de una Disposición Adicional y cuatro Disposiciones Finales, y se completa con tres Anejos: Anejo 1 -"Límites del Parque Natural de los Calares del Mundo y de la Sima"-; Anejo 2 -"Clasificación y regulación general de los usos, los aprovechamientos y las actividades en el Parque Natural de los Calares del Mundo y de la Sima"-; y Anejo 3 -"Límites y normativa aplicable a los usos, aprovechamientos y actividades de la zona periférica de protección de los cursos fluviales del Tus"-.

Ley 6/2.005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud (BOCCM núm. 94, de 1 de julio de 2.005; DOCLM núm. 131, de 1 de julio de 2.005).

La declaración de voluntades anticipadas, regulada en esta Ley, es en definitiva una garantía de la dignidad de la persona, y del respeto a los derechos y libertades, en general. Esta declaración es el instrumento mediante el cual, el ciudadano podrá dar instrucciones concretas acerca del tratamiento y cuidado sanitarios que desee recibir en el futuro, en el supuesto de que se vea privado de capacidad para decidir por sí mismo.

Con la aprobación de esta Ley, además de mejorarse en gran medida la atención sanitaria en la Región, ampliando las garantías en el reconocimiento y en el respecto a los derechos fundamentales y, especialmente, a la dignidad de la persona, probablemente se facilitará la labor de los profesionales sanitarios, dando solución a numerosas ocasiones en que se enfrentan a situaciones clínicas especialmente difíciles.

En cuanto al concepto de "declaración de voluntades anticipadas", la Ley, en su artículo 2, lo define de la siguiente manera: "*se entiende por declaración de voluntades anticipadas la manifestación escrita de una persona capaz que, actuando libremente, expresa las instrucciones que deban tenerse en cuenta sobre la asistencia sanitaria que desea recibir en situaciones que le impidan expresar personalmente su voluntad, o sobre el destino de su cuerpo o sus órganos una vez producido el fallecimiento*". Es decir, de esta definición, se deduce que la declaración debe realizarse por escrito y el declarante debe manifestarse de forma libre y voluntaria. Además, el artículo 3 añade en su regulación los requisitos de capacidad para otorgar la declaración, estableciendo que estará capacitada: "toda persona mayor de edad, que actúe libremente y que no se encuentre incapacitada judicialmente para emitirla (...)".

Es importante señalar lo que la Ley prevé respecto al contenido de dicha declaración, distinguiendo en éste una parte obligatoria y otra preceptiva. Así, deberá contener, por una parte: "(...) *la indicación de los cuidados y tratamientos relacionados con la salud que desee recibir o no recibir, y una vez llegado el fallecimiento, la decisión sobre el destino de su cuerpo y sobre los órganos del mismo*". De otra parte, podrá contener el nombramiento de un representante para que actúe de intermediario frente a los profesionales sanitarios, haciendo que se cumplan las instrucciones dadas en la declaración de voluntades. Cualquier contenido de otra índole no tendría cabida dentro de este tipo de *declaración*.

Debido al carácter de la declaración, el documento ha de formalizarse siguiendo el procedimiento específico marcado por la Ley -notario, Registro de Voluntades Anticipadas-.

Finalmente, apuntamos que la Ley consta de diez preceptos, una Disposición Adicional y dos Disposiciones Finales.

Ley 7/2.005, de 7 de julio, de Modificación del Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 94, de 1 de julio de 2.005; DOCLM núm. 141, de 15 de julio de 2.005).

Ésta es una Ley caracterizada por su simplicidad. Consta tan sólo de dos preceptos en los que se contienen las modificaciones realizadas al Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha.

En su artículo 1, se prevé la modificación realizada sobre el artículo 20.1.k del citado Decreto. Con la nueva redacción, se fija una restricción en relación a los Proyectos de Singular Interés de promoción pública para actividades industriales y terciarios, referida a la estructuración del suelo en una única finca jurídico-civil, prohibiéndose la división de la misma. Esta restricción no afecta a los Proyectos de Promoción Pública, debido al interés general de los mismos.

En su artículo 2, se prevé la modificación producida sobre el artículo 79 del Decreto. La nueva redacción dada al citado artículo 79 -"El destino de los bienes integrantes de los patrimonios públicos del suelo"- . Los patrimonios muni-

cipales del suelo, constituyen uno de los mecanismos de control del mercado de suelo, cuyo destino habrá de establecerse en función, además de otros fines, de los "usos de interés social", tal y como prevé el precepto en cuestión. A este respecto y puesto que la ley regional no ha desarrollado este concepto, habrá de interpretarse de forma amplia, ajustándose a la realidad según las circunstancias de cada caso para determinarlo.

Ley 12/2.005, de 27 de diciembre, de Modificación del Decreto Legislativo 1/2.004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 123, de 16 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

Con esta Ley, se modifica por segunda vez en esta misma Legislatura el citado Decreto Legislativo 1/2.004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha. Recordemos que ya se aprobó con anterioridad la Ley 7/2.005, de 7 de julio, para modificar algunos extremos del citado Decreto. Consta de un Artículo Único, con dos apartados, en los que se especifican las dos modificaciones previstas:

En primer lugar, se recoge la *modificación del artículo 41.3.b* del Decreto, siendo su nueva redacción la siguiente: "*No podrá tramitarse modificación alguna que afecte a determinación propia del Plan de Ordenación Municipal una vez expirado el plazo por éste señalado o del fijado en cualquier otra forma para su revisión. Se exceptuarán de esta regla los supuestos en los que se acredite el inicio de los trabajos de revisión o redacción del Plan*".

En segundo lugar, se modifica nuevamente el artículo 79, ya modificado en la precitada Ley 7/2.005. Los cambios fundamentales de la nueva redacción dada al artículo 79 del Decreto, radican en que: mientras que antes el artículo 79.1 se refería a los "*bienes integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo de las Corporaciones Locales*", en su nueva redacción dada por la presente Ley, se refiere a "*los bienes integrantes del Patrimonio Público del Suelo*". A este respecto, el nuevo texto ha sustituido el término "*público*" para hacer referencia al de "*municipal*". Además, la nueva redacción, añade un apartado 79.3, en el que se regula la posibilidad de enajenar o ceder los bienes de los patrimonios públicos de suelo.

Ley 14/2.005, de 29 de diciembre, de Ordenación del Transporte de Personas por Carretera en Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 125, de 23 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

La aprobación de esta Ley obedece a varios factores. En primer lugar, el hecho de que hasta el momento la única Ley reguladora de este tipo de actividades era la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), completada por sus disposiciones de desarrollo. A esto, hay que añadir el hecho de que ese mismo año y como complemento de aquella, se aprobó la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable, con la que se realiza una delegación casi total de las competencias ejecutivas y de desarrollo reglamentario en esta materia. Finalmente, el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia de 27 de junio de 1.996, declaró inconstitucional el Capítulo VII del Título III de la LOTT, dedicado a los transportes urbanos.

El vacío normativo existente en nuestra legislación y el evidente desarrollo experimentado por nuestra Comunidad desde la redacción de la LOTT, evidencian la necesidad de aprobar una nueva Ley de ordenación del transporte, que complemente y desarrolle lo previsto en la legislación estatal y regule expresamente los aspectos en que no se ajuste a las necesidades de Castilla-La Mancha. Por este motivo nace la presente Ley.

Formalmente, se trata de una Ley extensa y compleja, compuesta de sesenta y cinco preceptos estructurados a lo largo de un Título Preliminar seguido de cinco Títulos más, organizados a su vez en Capítulos. Tras el articulado, varias Disposiciones completan la Ley: dos Disposiciones Adicionales, una Transitoria, una Derogatoria y tres Disposiciones Finales.

Ley 15/2.005, de 29 de diciembre, de creación del Instituto de Promoción Turística de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 126, de 28 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

Mediante la presente Ley se crea el ***Instituto de Promoción Turística de Castilla-La Mancha***. Su aprobación responde a la necesidad de separar la actividad de promoción regional del resto de actividades desarrolladas por la Administración, como estrategia para alcanzar un mejor desarrollo del turismo en la Región.

Así pues, es la propia Ley quien define esta figura, concibiéndola como un "*instrumento al servicio de la promoción de los recursos turísticos de la Región*"-*artículo 1*-. Así mismo, le otorga forma jurídica de "*sociedad anónima de carácter mercantil*" -*artículo 2*-, por lo que se regirá por Derecho privado en sus actividades.

Formalmente, la ley se compone de diez preceptos y dos Disposiciones Finales.

Leyes sobre la actividad económica y social

Ley 4/2.005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar (BOCCM núm. 84, de 16 de mayo de 2.005; DOCLM núm. 211, de 3 de junio de 2.005).

En nuestra Comunidad, la mediación familiar ya se preveía en la Ley 3/1.986, de 16 de abril, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, configurándose como un servicio social especializado incardinable en el programa de familia -*artículo 11*-, cuyo objetivo es orientar y asesorar a las familias para favorecer el desarrollo de la convivencia. En dicha Ley, se reconoce junto a la gestión directa de los recursos sociales como servicios públicos, la obligación de colaborar con la iniciativa social privada con la finalidad de satisfacer las demandas de los ciudadanos. Con el objetivo de conseguir una mejora en la resolución de conflictos familiares en nuestra Comunidad, se aprueba la Ley 4/2.005, de 12 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar.

La mediación familiar es un método de resolución de los conflictos familiares, especialmente los derivados de rupturas de pareja. Esto se debe a la dificultad de resolución de este tipo de conflictos con la eficacia y la rapidez necesarias, por parte de los órganos judiciales por su sobrecarga de trabajo. A este motivo, habría que añadir otros como su carencia de especialización en conflictos familiares y la falta de equipos profesionales especializados de apoyo, imprescindibles en temas delicados de esta índole, como los psicólogos. En numerosos casos, los Juzgados dictan resoluciones familiares según las cuales las medidas adoptadas para los cónyuges les resultan completamente ajenas a sus intereses sin ofrecerles solución satisfactoria a su situación, sino incluso a veces, complicándola más aún. La mediación familiar, además de tener en cuenta directamente los intereses de las partes implicadas, a través del acuerdo, protege de un modo global y más adecuado a los hijos menores implicados involuntariamente en la ruptura.

Por todo ello, definiendo la *mediación familiar*, puesto que es su regulación el objeto de la Ley; así, la mediación familiar se concibe como "*método de resolución extrajudicial de los conflictos familiares, en interés de los menores y de la familia*". La mediación familiar consistiría en la intervención de una tercera parte imparcial y neutral en un conflicto familiar, voluntariamente solicitada por las partes interesadas, para asesorarlas y conducir las a un acuerdo que termine con el conflicto.

En consecuencia, se aprueba esta Ley para el Servicio Social Especializado de Mediación Familiar. En ella, se define la *mediación familiar*, como el "*método de resolución extrajudicial de los conflictos familiares, en interés de los menores y de la familia*". La mediación familiar consistiría en la intervención de una tercera parte imparcial y neutral en un conflicto familiar, voluntariamente solicitada por las partes interesadas, para asesorarlas y conducir las a un acuerdo que termine con el conflicto.

En cuanto a su estructura, la Ley consta de treinta y tres artículos, organizados en seis Capítulos, y varias Disposiciones que la completan: dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria, y tres Disposiciones Finales.

Ley 5/2.005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 91, de 17 de junio de 2.005; DOCLM núm. 131, de 1 de julio de 2.005).

Esta Ley se aprueba con la pretensión de acercar al ciudadano el servicio farmacéutico, considerado como un servicio básico. Cuenta con un importante precedente, la Ley 4/1.996, de 26 de diciembre, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha, cuya pretensión era alcanzar una regularización global de todos los ámbitos donde se presta dicho servicio.

La citada Ley fue reformada en varias ocasiones. Dos años después de su entrada en vigor, por la Ley 4/1.998, de 9 de junio, con la que se permitió el acceso de nuevos profesionales a las oficinas de farmacia, garantizado bajo las condiciones de concurrencia y publicidad y siguiendo los principios de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad. De nuevo, dos años más tarde, por la Ley 10/2.000, de 26 de diciembre, con la que se posibilitó la apertura de nuevas oficinas de farmacia en núcleos poblacionales de más de 1.000 habitantes, a partir de 500 metros de la oficina de farmacia más cercana -con el objetivo de garan-

tizar el acercamiento a los ciudadanos-. Incluso, el Tribunal Constitucional reconoció en su Sentencia de 5 de junio -STC 109/2003-, el derecho a la transmisión de las oficinas de farmacia y a constituir co-titularidades.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional junto con las reformas sufridas por la original Ley 4/1996, de Ordenación del Servicio Farmacéutico en Castilla-La Mancha, han llevado a la necesidad de elaborar una nueva Ley. En respuesta, se aprueba la presente Ley 5/2.005, de 16 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico en Castilla-La Mancha, con el objetivo esencial de garantizar la eficacia y seguridad jurídica en su aplicación, y los derechos y libertades de los ciudadanos.

Formalmente, la Ley consta de noventa y tres artículos repartidos a través de ocho Títulos, divididos a su vez en sus correspondientes Capítulos. Además, la completan dos Disposiciones Adicionales, diez Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

Ley 9/2.005, de 6 de octubre, de creación del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 107, de 30 de septiembre de 2.005; DOCLM núm. 211, de 21 de octubre de 2.005).

A través de la aprobación de esta Ley se da respuesta a la solicitud realizada por la Asociación de Higienistas Dentales de Castilla-La Mancha, realizada el 19 de diciembre de 2.003. Dicha Asociación, por decisión unánime de sus miembros y en representación de los profesionales que ejercen la profesión de "Higienista Dental" en el territorio de la Comunidad, solicitó la creación del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de Castilla-La Mancha, en virtud de la Ley 10/1.999, de 26 de mayo, de creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha.

Son varios los intereses que justifican la creación del precitado Colegio Profesional. Así, podría sustentarse fácilmente desde la perspectiva del interés público que satisface, ya que permitirá velar por los intereses profesionales de un gran colectivo, contribuyendo además a la promoción de la salud pública en el ámbito regional.

Al igual que otros Colegios Profesionales anteriormente creados por idénticas leyes de carácter autonómico, esta Ley al Colegio Profesional de Higienistas Dentales de Castilla-La Mancha, en su creación el carácter de "*Corporación de*

Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad", siendo su ámbito territorial el de la Región.

Desde el punto de vista formal, la Ley consta de cinco preceptos, una Disposición Adicional, Disposición Transitoria y Disposición Final.

Ley 10/2.005, de 15 de diciembre, de Horarios Comerciales de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 120, de 2 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 255, de 20 de diciembre de 2.005).

La presente Ley se aprueba con el propósito de cumplir adecuadamente con las necesidades del sector comercial y el nivel de oferta exigido por el consumidor, creando un régimen de horarios acorde con el Plan Integral de Comercio de Castilla-La Mancha 2.005-2.008. Así se reconoce expresamente en su artículo 1, que prevé como objeto de esta Ley: "(...) *la regulación de los horarios de apertura y cierre de los establecimientos comerciales en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha*". Se completa esta previsión con lo preceptuado en su artículo 2, reconociéndose en éste su ámbito de aplicación, de carácter territorial, donde se aplicará la Ley a las actividades de carácter minorista.

Se trata ésta de una Ley no exenta de polémica por regular un tema especialmente polémico para el ciudadano como es la regulación de los horarios comerciales. Así pues, en determinados supuestos podrían enfrentarse la ley a la libertad del ciudadano en su actuación como empresario. En este sentido el legislador ha debido tener en cuenta los diversos y distintos intereses en juego, para proteger: de un lado al consumidor, y de otro, al pequeño empresario que puede encontrarse en desventaja respecto a ciertas imposiciones horarias, frente a las grandes superficies comerciales.

La presente Ley se compone de ocho preceptos, estructurados a su vez en cuatro Capítulos. Además, contiene dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

Ley 11/2.005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor (BOCCM núm. 120, de 2 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 255, de 20 de diciembre de 2.005).

Esta Ley se aprueba en respuesta a las necesidades latentes, no satisfechas por la anterior Ley 3/1.995, de 9 de marzo, del Estatuto del Consumidor, debi-

do a la época de su aprobación. Se trata de exigencias surgidas con la evolución social y política, ocasionadas en gran medida por la evolución legislativa -comunitaria, estatal y autonómica- referida al consumidor.

Con motivo de tan acusada evolución, se ha hecho muy complicado reformar la Ley preexistente, ya que se hubieran tenido que realizar numerosas modificaciones. Por ello, el legislador ha optado por su derogación total y la aprobación de una nueva Ley.

Es importante destacar de la mencionada Ley, en primer lugar, su objeto y ámbito de aplicación, estableciéndose en su artículo 1 que "(...) *tiene por objeto garantizar la protección de los derechos y los legítimos intereses de los consumidores y usuarios en el territorio de Castilla-La Mancha (...)*". A estos efectos, el artículo 2 define el concepto de consumidor de la siguiente manera: "(...) *son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*".

Quizá el contenido más relevante de su redacción sea el previsto en su Capítulo III, dedicado a los "*derechos de los consumidores*". A lo largo de sus cinco Secciones, se recogen ampliamente los derechos del consumidor, estableciendo además una cláusula en su *artículo 7.2*, según la cuál el consumidor no puede renunciar a éstos derechos: "*se consideran nulos de pleno derecho la renuncia previa a los derechos reconocidos en esta ley a consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicios, así como todo pacto en contrario a sus normas imperativas o prohibitivas*". Tras ser enunciados brevemente -artículo 7.1-, los derechos reconocidos al consumidor y usuario se desarrollan ampliamente a lo largo de cinco Secciones, de la siguiente forma: derecho a la protección de la salud; derecho a la protección de los intereses económico y sociales; protección jurídica, administrativa y técnica; información y educación del consumidor; y representación, audiencia y participación.

En cuanto a la forma, se trata de una Ley extensa, compuesta por cuarenta y cuatro preceptos, articulados a lo largo de cinco Capítulos, seguidos de dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y cuatro Disposiciones Finales.

Leyes de carácter tributario, financiero o económico

Ley 8/2.005, de 1 de agosto, de concesión de un crédito extraordinario por importe de veintitrés millones ciento veinte mil euros (23.120.000 euros) para financiar medidas urgentes para paliar los daños producidos en el sector agrario por la sequía y otras adversidades climáticas (BOCCM núm. 103, de 29 de julio de 2.005; DOCLM núm. 156, de 5 de agosto de 2.005).

La agricultura y la ganadería, dos de nuestras grandes fuentes de riqueza, se han visto fuertemente dañadas en los últimos meses debido a las adversas condiciones climáticas. La escasez o incluso ausencia de lluvia, ha generado una situación de sequía preocupante para la tierra y, por ende, para la ganadería en Castilla-La Mancha. A esta situación, hay que añadir las intensas heladas sufridas en los meses más fríos. En definitiva, son muchos los afectados económicamente tanto por las pérdidas como por el aumento de los costes de producción, según los casos.

Por este motivo, se concede un crédito extraordinario con cargo a los importes procedentes de la aplicación del mecanismo de modulación establecido en la Ley 10/2003, de 20 de marzo, de modulación de ayudas agrarias en Castilla-La Mancha. Con este crédito extraordinario, por importe de 23.120.000 euros, se podrá hacer frente a las necesidades económicas causadas fundamentalmente por la sequía en los sectores agrario y ganadero.

Se trata pues de una Ley de carácter simplista, compuesta únicamente de dos sencillos preceptos y una Disposición Final.

Ley 13/2.005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 125, de 23 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

La Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha elaborada para el 2.006 presenta dos objetivos prioritarios:

El primero de los objetivos perseguidos, consiste en impulsar el desarrollo económico y social de nuestra Región; para la consecución de este objetivo, los Presupuestos se orientan a la puesta en práctica del *Pacto para el Desarrollo y la Competitividad*. A este respecto, entre sus líneas de actuación, se persigue mejorar la calidad del empleo y su estabilidad para alcanzar mayores niveles de desarrollo económico.

El otro objetivo prioritario es satisfacer los servicios públicos esenciales demandados por los ciudadanos. En este sentido, los servicios demandados por la ciudadanía, considerados prioritarios por esta Ley, son los siguientes: la asistencia sanitaria, la atención a personas y sectores desfavorecidos, la vivienda y el medio ambiente.

Formalmente, consta de cincuenta artículos estructurados a lo largo de seis Títulos, a los que se suman diez Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria y Tres Disposiciones Finales.

Ley 16/2.005, de 29 de diciembre, del impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente y del tipo autonómico del impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos (BOCCM núm. 126, de 28 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

La aprobación de esta Ley tiene como propósito el establecimiento de una medida consistente en introducir un elemento disuasorio en las actividades contaminantes, al aumentar considerablemente su costo. Así, el "*impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente y del tipo autonómico del impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos*" regulado por esta Ley se concibe como una política de protección del medio ambiente que establece una medida económica relacionada con los costes de las actividades contaminantes.

De esta forma, y tal y como se especifica en el texto de la Ley, el hecho imponible de este impuesto estará constituido por la contaminación y los riesgos ocasionados en el medio ambiente por el desarrollo de determinadas actividades, especificadas en el citado precepto -artículo 2-.

Sin embargo, es significativo el hecho de que regulan a su vez dos tipos de imposiciones en función de la actividad realizada. Así se distinguen: *el impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente* -Capítulo I-, y *el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos* -Capítulo II-.

Formalmente, la Ley se compone de dieciséis preceptos, estructurados en dos Capítulos, seguidos de una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria, y dos Disposiciones Finales.

Ley 17/2.005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos (BOCCM núm. 126, de 28 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

Mediante esta Ley se pretende hacer una regulación sistematizada de las medidas en tributos cedidos por el Estado, adoptadas por la Comunidad Autónoma en ejercicio de su capacidad normativa, en virtud de la Ley 26/2.002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y de la Ley 21/2.001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

Así pues, su objeto no es otro que: "(...) regular y sistematizar las medidas tributarias adoptadas en ejercicio de las competencias normativas atribuidas a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (...)", tal y como se prevé en su artículo 1.

Dedica el Capítulo II, a su regulación sobre tributos cedidos, especificando los siguientes: Impuesto sobre la Renta de las Personas Física, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Tributos sobre el Juego.

Formalmente, la Ley consta de veinte preceptos estructurados en tres Capítulos, seguidos de una Disposición Adicional, una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones finales.

Finalmente, completan la Ley, varias Disposiciones. Tal y como se establece en su Disposición Derogatoria, con esta Ley quedarán derogadas la Ley 21/2.002, de 14 de noviembre, de medidas fiscales de apoyo a la familia y a determinados sectores económicos y de gestión tributaria, y la Ley 15/2.003, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Además, la Disposición Final Primera, prevé que la Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, podrá modificar los tipos de gravamen y las tarifas establecidos en la presente Ley.

2. Actividad no legislativa

Una vez más, durante el periodo de 2005, la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha se ha centrado fundamentalmente en la aprobación por el Pleno de la Cámara de numerosas Resoluciones, en relación a los Debates Generales, celebrados sobre temas de gran interés para la Región. Además del gran volumen de Resoluciones, es preciso mencionar las Proposiciones No de Ley aprobadas durante este periodo, sin olvidar hacer mención a la actividad de control político ejercida por las Cortes, a través de las preguntas e interpelaciones.

La actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha gira en torno a los Debates Generales. En ellos, se tratan temas de muy variada índole, de máxima relevancia e interés para la ciudadanía. Una vez finalizado el Debate General sobre el tema en cuestión, se aprueba la Resolución pertinente al respecto, en la que se adoptan las medidas acordadas y se recogen las conclusiones del Debate. Por este motivo, y en el plano de la actividad no legislativa, las Resoluciones adquieren tal importancia y son tan abundantes. A estos efectos, es preciso tener en cuenta además que tratan temas de gran interés para la Región, tales como: agua, medio ambiente, infraestructuras, educación y cultura, vivienda, política económica, sanidad, salud, prestaciones sociales y empleo, entre otras.

Mención especial merece el Debate sobre la orientación política general del Consejo de Gobierno, esto es, el "Debate sobre el estado de la Región" del periodo 2005, celebrado en Sesión Plenaria de las Cortes de Castilla-La Mancha, el día 17 de octubre de 2005 (BOCCM, núm. 112, de 17 de octubre de 2005).

Se abrió el Debate, como cada año con la intervención del Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, don José María Barreda Fontes, quien comenzó exponiendo su discurso. En esta ocasión, nuevamente, el Presidente de la Región inauguró el Debate con un amplio discurso en el que tocó todos los temas de interés para Castilla-La Mancha tales como: la economía, el agua y los planes hidrológicos, transportes e infraestructuras, sanidad, empleo, educación y cultura, vivienda, y otros temas de interés, ofreciendo una visión de su situación actual y mostrando los logros obtenidos por el Gobierno Regional en cada una de dichas materias. El Presidente Barreda, dedicó las primeras palabras de su discurso a ensalzar nuestra Comunidad y el compromiso de ésta con España, desde la Constitución de 1978. Destacó los principios de uni-

dad y solidaridad previstos constitucionalmente, y subrayó que "*España es la patria común e indivisible*", posicionándose frente a determinadas reformas muy controvertidas. Así, buena parte de su discurso, se centró en el Estado de las Autonomías, y en la necesidad de reforma de nuestro Estatuto, unánimemente aplaudida por el Pleno, para el cual reivindicó la competencia exclusiva del agua, explicando que forma parte del territorio y es necesario asumir su competencia. A continuación, en materia de agua, además de afirmar que el trasvase Tajo-Segura tiene fecha de caducidad, afirma que el único fin será para consumo humano, que tiene preeminencia; además, se han aprobado el Plan Especial Alto Guadiana y Plan Integral de Mejora de la Calidad del río Tajo, se ha reconocido el carácter urgente a las obras previstas en el Plan Hidrológico Nacional, y se ha aprobado un plan de emergencia para la sequía, para prevenir las dificultades del verano. Recordó a las víctimas en el incendio de Guadalajara. En materia de educación y cultura, ha habido un aumento de cinco mil escolares en enseñanzas obligatorias, se han construido y ampliado centros escolares y se ha cumplido con el programa de gratuidad de libros. En cuanto a la Universidad, el Presidente recordó la presencia de sus majestades los Reyes para la inauguración del curso universitario, como un auténtico símbolo de transformación de Castilla-La Mancha. En cuanto a la vivienda, recordó que se han beneficiado de subvenciones oficiales, casi diez mil familias, además de estar ya en marcha el Plan Joven con el que se construirán treinta y cinco mil más. Recuerda también que el empleo crece, y en materia de economía, destaca la presencia en nuestra Comunidad de tres empresas aeronáuticas como muestra del crecimiento económico: Airbus en Illescas, Eurocopter en Albacete y el mantenimiento de helicópteros en Almagro. En sanidad, destaca la inversión en construcción de nuevos hospitales y mejora de la salud rebajando las listas de espera. En infraestructuras, anuncia nuevas líneas de alta velocidad y autovías, congratulándose de los tramos ya construidos, tales como la autovía de los viñedos.

Una vez más, el Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, ofreció una visión de nuestra Comunidad muy positiva, quizá un tanto optimista. Algo que, como mostramos a continuación, fue duramente criticado por la oposición.

A continuación, en su turno de réplica, habló el representante del Grupo Parlamentario Popular, don Lucrecio Serrano Pedroche. Su réplica comenzó por criticar en primer lugar la forma del discurso pronunciado por el Presidente Barreda, alegando que no había llevado un orden por materias, y que tal desorden podía confundir al oyente. En segundo lugar, y como viene siendo una crí-

tica constante a estos discursos, el señor Serrano criticó el idealismo de la situación expuesta en el discurso. Por último y centrándonos en el fondo, criticó duramente el fondo del discurso, alegando la "*inexistencia de política*". Así, alegó que los datos expuestos por el Presidente Barreda no coincidían con los obtenidos por él, en los que se mostraba que: el crecimiento económico de nuestra Comunidad está por debajo de la media nacional, que los agricultores están perdiendo dinero en sus cosechas porque el precio de sus productos baja desproporcionadamente en relación con la Unión Europea, que no hay política de creación de empleo. Además, criticó la falta de medios en el incendio de Guadalajara, donde se mostró la carencia de centros sanitarios, carreteras, y centros sociales entre otros.

Tras varios turnos de réplicas y contrarréplicas, se dio por finalizado el Debate y se abrió un plazo de quince minutos para que los grupos parlamentarios presentasen sus propuestas de Resolución. Seguidamente, continuó el Debate con la tanda de las propuestas de Resolución de cada Grupo Parlamentario, y sus respectivos turnos de réplica. El resultado de la votación fue el siguiente: fueron aprobadas todas las Resoluciones presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista y rechazadas las presentadas por Grupo Parlamentario Popular. Por último, se presentaron conjuntamente por los dos Grupos Parlamentarios dos propuestas de Resolución: la Propuesta de Resolución relativa a la concesión de la máxima distinción de Castilla-La Mancha a los once fallecidos en el incendio forestal en la Provincia de Guadalajara, así como al bombero herido y al colectivo de los servicios de extinción de incendios de Castilla-La Mancha; y la Propuesta de Resolución relativa a la reforma del Estatuto de Autonomía. Finalmente, ambas fueron aprobadas por unanimidad.

Comenzaremos pues el estudio de la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha durante el año 2005, con un breve repaso de los Debates Generales, mediante la aprobación por el Pleno de las Resoluciones aprobadas en virtud de éstos. Para ello, hemos clasificado las Resoluciones aprobadas en función de la materia de que se trata, pudiendo catalogarse de la siguiente manera:

* *En materia de educación, cultura y sanidad*: se han aprobado las siguientes: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Plan de Formación Profesional de Castilla-La Mancha y sobre el Mapa de Formación Profesional Reglada (BOCCM, núm. 66, de 18 de febrero de 2005). En ella, las Cortes instan al Gobierno de Castilla-La Mancha a seguir desarro-

llando las políticas de Formación Profesional previstas en el marco del Plan Regional de Formación Profesional, considerando dicha Formación un elemento imprescindible en la planificación y ordenación de las enseñanzas.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la preparación y desarrollo de actos culturales relativos a la conmemoración del IV Centenario de la publicación de la primera parte del Quijote (BOCCM, núm. 68, de 24 de febrero de 2005). En esta Resolución, se reconoce públicamente el esfuerzo realizado por el Gobierno Regional así como los logros alcanzados en su actividad promotora de la conmemoración del IV Centenario, a nivel nacional e internacional, añadiendo el desarrollo e impulso que esto ha supuesto para la Región.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las repercusiones para el sistema educativo de Castilla-La Mancha de la actual política educativa del Gobierno de la Nación (BOCCM, núm. 80, de 2 de mayo de 2005). En ella, las Cortes se muestran muy positivas en su valoración de la LOE, elogiando en primer lugar, el esfuerzo del Gobierno español por mejorar las políticas educativas, por aumentar las becas y las inversiones en las políticas de I+D+i, por lo que esto puede repercutir en nuestra Comunidad. Finalmente, instan a ambos Gobiernos, autonómico y español a buscar los mecanismos, mediante el diálogo y el consenso, para hacer de ésta una Ley duradera, con el objetivo de una estabilidad y mejora en los planes educativos.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la Financiación Sanitaria (BOCCM, núm. 107, de 30 de septiembre de 2005). En ésta, las Cortes expresan su satisfacción por los resultados de Financiación Sanitaria obtenidos, puesto que implican la percepción de más recursos para el sistema sanitario de Castilla-La Mancha.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el inicio del Curso Escolar 2005-2006 (BOCCM, núm. 110, de 7 de octubre de 2005). En ella, se congratulan del transcurso con normalidad del curso 2005-2006, en el que se cumplieron exitosamente las previsiones respecto a fechas de inicio, participación de padres y madres, Programa de Gratuidad de Libros de Texto y Materiales Curriculares, así como la Resolución para extender el Plan de Innovación de Mejora de la Orientación en Castilla-La Mancha a la totalidad de los colegios de infantil y primaria de la Comunidad.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación actual de la política educativa en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 118, de 25 de noviembre de 2005). En esta Resolución, las Cortes expresan su apoyo a la política educativa del Gobierno español, mostrándose partidarios de la futura LOE por todo cuanto conlleva.

Resolución del Pleno de las Cortes sobre el Plan de Salud Mental de Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 120, de 2 de diciembre de 2005). Mediante esta Resolución, las Cortes hacen su valoración del Plan de Salud Mental 2005-2010, siendo ésta muy positiva por cuantos objetivos se incluyen en él. Asimismo, las Cortes manifiestan su apoyo a dicho Plan instando al Gobierno Regional a coordinar las actividades asistenciales y de reinserción social y laboral, con el objetivo de que se cumpla el Plan en sus plazos previstos.

** En materia de agua y medio ambiente:* siendo el agua un tema de gran interés para nuestra Región, especialmente en estos últimos años en los que la falta de lluvia hace del agua un bien tan preciado, son varias las Resoluciones aprobadas al respecto:

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el acuerdo alcanzado con el Gobierno de la Nación en materia de política hidráulica (BOCCM, núm. 72, de 23 de marzo de 2005). Mediante esta Resolución, las Cortes muestran su satisfacción por el acuerdo alcanzado entre el Gobierno Autonómico y el Ministerio de Medio Ambiente, consistente principalmente en la puesta en marcha del abastecimiento de agua a la Llanura Manchega. Para ello, se otorga el carácter de urgencia a la construcción del Acueducto Tajo-Segura, así como a cuantas obras sean necesarias para su consecución.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación del abastecimiento de agua potable a los municipios de la Región (BOCCM, núm. 89, de 3 de junio de 2005). De nuevo, incidiendo el tema del abastecimiento de agua a los municipios de la Región, las Cortes muestran su satisfacción por la iniciativa del Gobierno Regional en coordinación con el Ministerio de Medio Ambiente, de proyectar cuantas obras sean necesarias con carácter de urgencia, para evitar situaciones de desabastecimiento.

Resolución del Pleno de las Cortes relativa a trasvases de agua del Tajo al Segura (BOCCM, núm. 91, de 17 de junio de 2005). A través de esta Resolución manifiestan su disconformidad con cualquier decisión que ponga en peligro el

abastecimiento de agua en la Región, declarando por lo tanto improcedente el trasvase Tajo-Segura.

Resolución de la Comisión no Permanente del Agua relativa al estudio de evolución del regadío en la cuenca del Segura (BOCCM, núm. 94, de 1 de julio de 2005). Una vez realizado su estudio, la Comisión no Permanente del Agua de las Cortes de Castilla-La Mancha, mediante esta Resolución manifiestan la falta de control y transparencia en la gestión y uso de los volúmenes de agua trasvasados del río Tajo al Segura. Por todo ello, y debido a los niveles de sequía en que nos encontramos, la Comisión insiste en su rechazo ante cualquier trasvase Tajo-Segura, que no tenga por objeto el abastecimiento exclusivamente humano.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación actual de la política del agua en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 96, de 8 de julio de 2005). Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la política general en materia de trasvases (BOCCM, núm. 107, de 30 de septiembre de 2005). Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre política general en materia de trasvases (BOCCM, núm. 120, de 2 de diciembre de 2005). En todas ellas, las Cortes muestran nuevamente su apoyo al Gobierno Regional en su rechazo al trasvase Tajo-Segura por injustificado.

Resolución del Pleno de las Cortes sobre la Comisión no Permanente de Investigación sobre los hechos acaecidos en el incendio forestal producido en la provincia de Guadalajara (BOCCM, núm. 105, de 5 de septiembre de 2005). En esta Resolución se recogen detalladamente los hechos, circunstancias acaecidas, consecuencias, métodos y dispositivos empleados en la prevención y extinción del incendio, así como las recomendaciones para evitar un nuevo accidente. Tras el estudio realizado por la Comisión no Permanente de Investigación sobre los hechos acaecidos en el incendio, se concluye que los hechos responden a un fatal accidente.

* *En financiación y política económica*: las Resoluciones aprobadas han sido las siguientes: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el Medio Ambiente (BOCCM, núm. 76, de 15 de abril de 2005). Las Cortes, a través de esta Resolución, instan al Gobierno Regional a realizar una reforma sobre el Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el Medio Ambiente, de manera que entre en vigor en los Presupuestos Generales de la Junta para el ejercicio 2006.

Resolución del Pleno de las Cortes sobre la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 76, de 15 de abril de 2005). Las Cortes aprueban mediante esta Resolución la Cuenta General de la Junta de Comunidades, correspondiente al ejercicio 2002.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el modelo de financiación autonómica para Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 82, de 9 de mayo de 2005). En ella, las Cortes se muestran favorables ante una posible reforma del actual modelo de financiación de las Comunidades Autónomas, añadiendo que resulta necesaria para superar las carencias históricas de Castilla-La Mancha.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las políticas del Gobierno Regional en relación con la Cooperación al Desarrollo Internacional (BOCCM, núm. 88, de 27 de mayo de 2005). Mediante ésta, las Cortes de Castilla-La Mancha, una vez más, se solidarizan con la acción llevada a cabo por las Organizaciones No Gubernamentales en lucha por el desarrollo y contra la pobreza, y muestran su colaboración con ellas.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las posibles repercusiones en Castilla-La Mancha de la Organización Común de Mercado (OCM) del azúcar (BOCCM, núm. 94, de 1 de julio de 2005). En esta Resolución, las Cortes muestran al Gobierno su rechazo ante la propuesta de reforma del sector del azúcar presentado por la Comisión Europea el 22 de junio de 2005, debido a la amenaza que representa para la continuidad de este cultivo en la Región. Por ello, instan al Gobierno español a que se oponga al mismo durante sus negociaciones comunitarias.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Pacto por el Desarrollo y la Competitividad (BOCCM, núm. 113, de 21 de octubre de 2005). Esta Resolución se dicta con el objetivo de instar al Gobierno Regional a reconocer a la importancia de la sociedad castellano-manchega en el proceso de desarrollo y progreso experimentado por nuestra Región.

* *En materia de infraestructuras:* se han aprobado las siguientes: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el estado de las carreteras autonómicas en nuestra Región (BOCCM, núm. 113, de 21 de octubre de 2005). En esta Resolución, las Cortes hacen una valoración muy positiva de las actuaciones emprendidas respecto a la Red Convencional de Carreteras,

mostrando su especial satisfacción por las actuaciones dirigidas a la puesta en marcha del Plan Regional de Autovías, el cuál ya ha visto la luz en la Autovía de los Viñedos.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la política seguida en materia de Infraestructuras y Transportes (BOCCM, núm. 123, de 16 de diciembre). En ella, las Cortes reiteran su felicitación al Gobierno Regional por la puesta en marcha del Plan Regional de Autovías, puesto en marcha antes de lo previsto con la denominada Autovía de los Viñedos. Además, muestran su acuerdo y satisfacción por la aprobación por parte del Gobierno de la Nación del Plan Estratégico de Infraestructuras y Transportes (PEIT), en el que intervendrán de forma activa y relevante las Comunidades Autónomas.

* *En materia de prestaciones sociales*: como es ya tradicional, las Resoluciones del Pleno sobre materia de prestaciones sociales giran entorno a los grandes temas de interés social: la vivienda, la violencia de género y el empleo. Así, encontramos las siguientes:

En vivienda: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la evolución de la situación de la vivienda en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 82, de 9 de mayo de 2005). Las Cortes solicitan mediante esta Resolución la adopción de nuevas medidas, tales como la aprobación de un nuevo Plan Regional de Vivienda, para aumentar las medidas de fomento de la vivienda protegida, teniendo en cuenta las necesidades existentes en la Comunidad.

En relación a la *violencia de género*, Resolución del Pleno de las Cortes sobre el Informe de la Ley de prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas correspondiente al año 2004 (BOCCM, núm. 125, de 23 de diciembre de 2005). Las Cortes, mediante esta Resolución, valoran de forma positiva el IV informe de la Ley de Prevención de malos tratos y Protección a las mujeres maltratadas del año 2004, advirtiendo el trabajo llevado a cabo por el Gobierno regional, en la materia. Aprovechan para felicitar al Gobierno de la nación por la aprobación de la Ley 1/2004, integral contra la violencia de género, en la lucha para la erradicación de la violencia hacia las mujeres. Además, se incentiva a la creación de nuevos Centros de la Mujer, a continuar con la labor formativa dirigida hacia el conjunto de la sociedad para alcanzar una concienciación global y se anima a seguir luchando abiertamente contra este tipo de violencia.

En materia de empleo: Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el desarrollo de las políticas de empleo incluidas en el marco del acuerdo por el empleo 2004-2007 (BOCCM, núm. 76, de 15 de abril de 2005). En ella muestran su satisfacción por el desarrollo de los Planes aprobados en el Acuerdo por el Empleo 2004-2007, elogiando el esfuerzo realizado por el Gobierno regional, centrado en el diálogo con los agentes sociales, y en la puesta en marcha de numerosas subvenciones encaminadas a la contratación y a la creación de empleo.

* *En otras materias:* se han aprobado diversas Resoluciones con respecto a las más variadas materias, que hemos agrupado en este apartado:

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación del turismo en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 64, de 11 de febrero de 2005). Mediante esta Resolución, las Cortes felicitan al Gobierno regional por el impulso realizado en materia de turismo, solicitándole que plasme la política de promoción turística que actualmente está llevando a cabo en un futuro Plan de Ordenación y Promoción del Turismo, con el objetivo de fortalecer la imagen turística de Castilla-La Mancha.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la iniciativa conocida como "Propuesta del Estatuto Político para la Comunidad de Euskadi" (BOCCM, núm. 64, de 11 de febrero de 2005). Las Cortes, en esta Resolución, manifiestan su rechazo a la propuesta de Estatuto Político de la Comunidad Autónoma de Euskadi, por romper el principio de igualdad y solidaridad.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la Construcción Europea y su importancia para Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 66, de 18 de febrero de 2005). En ella, las Cortes dan su apoyo al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la cuota de azúcar de la Azucarera de Ciudad Real (BOCCM, núm. 68, de 24 de febrero de 2005). Mediante esta Resolución, las Cortes se ratifican en el acuerdo adoptado en el Pleno de la Cámara el 30 de septiembre de 2004.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la aplicación del Protocolo de Kyoto en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 68,

de 2005). En ella, las Cortes instan al Gobierno regional a elaborar un Plan estratégico de prevención y lucha contra el cambio climático.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación actual y perspectiva futura del software libre en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 70, de 14 de marzo de 2005). Mediante esta Resolución, las Cortes solicitan del Gobierno regional las acciones pertinentes para impulsar el software libre, con el objetivo de convertirlo en un instrumento generador de empleo en nuestra Comunidad.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la instalación en Castilla-La Mancha de la empresa Eurocopter (BOCCM, núm. 88, de 27 de mayo de 2005). Mediante esta Resolución las Cortes valoran muy satisfactoriamente las acciones y esfuerzos realizados por parte del Gobierno autonómico para permitir la instalación de la empresa Eurocopter en nuestra Región. Además, muestran su satisfacción por la instalación de dicha empresa aeronáutica en Castilla-La Mancha, constituyendo un gran impulso tecnológico.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre las repercusiones para Castilla-La Mancha de la actual política antiterrorista del Gobierno de España (BOCCM, núm. 88, de 27 de mayo de 2005). En ella, las Cortes se unen a la Propuesta de Resolución número 80, aprobada el 13 de mayo de 2005, como consecuencia del debate sobre el "Estado de la Nación", posicionando contra la violencia y manifestando su solidaridad con las víctimas del terrorismo.

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre la situación actual del sector agrícola y ganadero en Castilla-La Mancha (BOCCM, núm. 91, de 17 de junio de 2005)

Resolución del Pleno de las Cortes en relación al Debate General sobre el Estado de las Autonomías (BOCCM, núm. 118, de 25 de noviembre de 2005). En esta Resolución las Cortes reafirman la Declaración de Fuensalida, en cuanto al modo de reformar su Estatuto de Autonomía.

Otra de las funciones de las Cortes de Castilla-La Mancha es su actividad de control político del Gobierno Regional. Sin embargo, y reiterándonos en lo ya dicho en anteriores ediciones, esta actividad no se desarrolla como la función esencial de las Cortes Regionales. Por el contrario, queda reducida a las preguntas e interpelaciones presentadas por la oposición.

Respecto a las Proposiciones No de Ley, al igual que en el periodo anterior, la actividad no legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha ha sido muy abundante, habiéndose aprobado Proposiciones No de Ley respecto a los más variados temas. A continuación, destacamos las más significativas: PNL relativa a la elaboración de un Código ético para el ámbito publicitario y medios de comunicación en relación a la imagen de la mujer, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCCM, núm. 64, de 11 de febrero de 2005). PNL relativa a la defensa de los derechos de la mujer, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCCM, núm. 70, de 14 de mayo de 2005). PNL relativa al acuerdo alcanzado por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y las Organizaciones Sindicales el día 25 de febrero de 2005, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCCM, núm. 78, de 22 de abril de 2005). PNL relativa a realizar gestiones ante el Gobierno de Guatemala para salvar la vida del obispo Ramazzini y líderes campesinos en grave peligro, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCCM, núm. 80, de 2 de mayo de 2005). PNL relativa a dar cobertura de telefonía móvil a todo el territorio regional, presentada por el Grupo Parlamentario Popular (BOCCM, núm. 80, de 2 de mayo de 2005). PNL relativa a la modificación de jubilación anticipada voluntaria de los funcionarios docentes, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCCM, núm. 84, de 16 de mayo de 2005). PNL relativa a los seguros agrarios, presentada por don Antonio Salinas Hernández y otros diputados del Grupo Parlamentario Socialista (BOCCM, núm. 118, de 25 de noviembre). PNL relativa a la prestación de servicios públicos fundamentales a los ciudadanos de Castilla-La Mancha, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCCM, núm. 126, de 28 de diciembre de 2005).

Finalmente, y como viene siendo tradición, cerraremos esta reseña sobre la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha durante el año 2005, haciendo una breve mención a ciertos pronunciamientos de diversa índole, interesantes por mostrar la preocupación o el interés de nuestros representantes por determinados temas de trascendencia social. Así, podemos citar: *Declaración Institucional con motivo del primer aniversario del atentado de 11 de marzo en Madrid* (BOCCM, núm. 70, de 14 de marzo de 2005); *Declaración Institucional con motivo del Día Internacional contra la Violencia de Género* (BOCCM, núm. 118, de 25 de noviembre de 2005); *Declaración Institucional relativa a la lactancia materna* (BOCCM, núm. 123, de 16 de diciembre de 2005); *Informe a las Cortes de la Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha, correspondiente al año 2004* (BOCCM, núm. 85, de 20 de mayo de 2005).

**ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA
MANCHA EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA**

Joaquina Guerrero Sanz
*Letrada del Consejo Consultivo
de Castilla-La Mancha*

Un año más, nos proponemos exponer, resumidamente, la principal doctrina establecida en los dictámenes emitidos por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en ejercicio de sus competencias constitucionales y estatutarias atribuidas por la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, que regula el mismo y el Gobierno de nuestra Comunidad Autónoma. Cabe destacar en este periodo, por la especial trascendencia de las materias sobre las que versan, los dictámenes emitidos en relación con los anteproyectos de Ley de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha, de Ordenación de los Transportes de Viajeros de Castilla-La Mancha, y del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha.

A diferencia de años anteriores, a lo largo de 2005 el Consejo no se ha pronunciado en ninguna ocasión sobre posibles recursos de inconstitucionalidad que pudiera plantear el Gobierno regional frente a leyes estatales.

Siguiendo el modelo de exposiciones anteriores, se incluye en primer lugar un resumen de la materia concreta sobre la que versan los distintos dictámenes, para después aludir a los aspectos principales de la doctrina del Consejo contenida en los mismos, si bien se ha considerado conveniente no reproducir la doctrina de aquellos dictámenes cuyas consideraciones no ofrecen novedad o particularidad alguna respecto a las consideraciones formuladas en otros a los que sí se alude o se ha aludido en años anteriores. No obstante, al final de la exposición se citan esos otros dictámenes cuya doctrina no se reproduce, recaídos igualmente en materia legislativa.

1. Dictámenes sobre anteproyectos de Ley

- Dictamen número 24/2005, de 9 de febrero, solicitado por el Consejero de Sanidad, sobre el anteproyecto de Ley de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha.

El objetivo de la norma era la regulación global de la asistencia farmacéutica en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha, resaltándose la conveniencia de la misma para mejorar la calidad y accesibilidad de la asistencia farmacéutica en la comunidad autónoma, dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2003, de 5 de junio, que declaró la inconstitucionalidad de las prohibiciones de transmitir oficinas de farmacia y de constituir cotitularidades sobre las mismas, establecidas en la anterior Ley 4/1996, de 26 de diciembre, que regulaba la misma materia, y por último, mejorar ciertos aspectos técnicos de ésta última disposición normativa.

El texto del anteproyecto de ley sometido al dictamen del Consejo Consultivo constaba de noventa y tres artículos distribuidos en ocho Títulos, tres Disposiciones Adicionales, nueve Transitorias, una Derogatoria y una Final, y se iniciaba mediante una Exposición de Motivos que aludía al título competencial autonómico que amparaba la iniciativa legislativa adoptada, el artículo 32.4 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, y seguía refiriéndose al marco normativo autonómico en materia de farmacia constituido por la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de Ordenación del Servicio de Farmacéutico de Castilla-La Mancha, que a su vez fue modificada por las Leyes 4/1998, de 9 de junio, y 10/2000, de 26 de diciembre, y que se vio afectada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2003, de 5 de junio. Culminaba esta Exposición de Motivos señalando que la citada Sentencia, las reformas anteriormente expuestas y la necesidad de realizar una serie de precisiones técnicas hacían aconsejable la redacción de una nueva ley con la misma estructura y espíritu de la anterior Ley 4/1996, y con el objetivo de garantizar la eficacia y seguridad jurídica en su aplicación, así como los derechos y libertades de los ciudadanos.

El dictamen emitido por el Consejo Consultivo realizó diversas observaciones al texto proyectado, no teniendo ninguna de ellas el carácter de esencial para la validez o conformidad de la norma con el ordenamiento jurídico.

En primer lugar, el órgano consultivo dedicó la consideración IV del dictamen a reflexionar sobre las innovaciones más importantes introducidas en el anteproyecto de Ley, que eran la transmisibilidad de las oficinas de farmacia y la posibilidad de constituir cotitularidad sobre las mismas, modificaciones introducidas en cumplimiento de la Sentencia mencionada.

El Consejo ya señaló en su anterior dictamen 105/2004, de 22 de septiembre, - sobre el proyecto de Decreto de requisitos, personal y autorizaciones de las oficinas de farmacia y botiquines- lo difícil que resultaría armonizar la adjudicación de autorizaciones administrativas para el establecimiento de oficinas de farmacia mediante concurso, en el que rigen los principios de mérito y capacidad, con la transmisión de tales autorizaciones y con la constitución de cotitularidad de las mismas.

Asimismo, esta dificultosa armonización ya se puso de manifiesto en el voto particular que el Magistrado don Pablo García Manzano formuló en la repetida Sentencia 109/2003, al señalar que "*accediéndose a la titularidad de una oficina de farmacia conforme al criterio de la idoneidad subjetiva, es decir, de la consi-*

deración como verdadero agente sanitario del profesional ejerciente, no es coherente que en este régimen, que no se opone a la Ley 16/1997 sino que está cercano a sus principios reguladores (art. 3.2), se imponga como normación básica una pieza o elemento de la autorización que se halla en dirección opuesta a la referida configuración personal de la autorización administrativa. Por ello, si bien tiene pleno sentido que las licencias o autorizaciones previas que atienden a criterios objetivos en su otorgamiento sean transmisibles, no cabe afirmar lo mismo cuando la transmisión se predica respecto de permisos o habilitaciones marcadamente subjetivos o personales, pues ello viene a desvirtuarlos".

Según las apreciaciones del Consejo en el dictamen sobre el nuevo anteproyecto de Ley en materia farmacéutica, estas dificultades se confirmaban cuando se analizó el texto sometido a su consideración, *"en el que no se resuelve, al menos de una forma totalmente armónica y convincente, la coordinación entre el carácter personal de los méritos necesarios para ser adjudicatario de una oficina de farmacia con la transmisión por vía onerosa o gratuita de aquélla en la que no juegan las condiciones personales del adquirente sino únicamente las económicas. Muestra de ello es lo difícil que resulta coordinar la libertad de empresa y propiedad privada de la oficina de farmacia, de un lado, y el interés público y la planificación que conlleva la exigencia de obtener una autorización administrativa para su apertura, de otro; la exclusión del sistema de concurso de méritos cuando la transmisión se produce a título gratuito a favor de determinados familiares; o la dificultad de hallar una fórmula justa en la valoración de méritos cuando al concurso concurren los que pretenden obtener una farmacia en cotitularidad; o, por último, como se puso de manifiesto en el voto particular formulado al dictamen del Consejo Económico y Social, la incoherencia que supone, cuando el empresario farmacéutico desea transmitir una parte de su negocio constituyendo una cotitularidad sobre el mismo, que sea el concurso el que determine quién deba ser el que se asocie con aquél. La aplicación de la Ley es muy posible que ponga de manifiesto otras discordancias derivadas de los principios contrapuestos (transmisibilidad frente a mérito y capacidad) que la misma recoge".*

En segundo lugar, se realizaron un grupo de observaciones, en su mayoría de carácter conceptual, cuya observancia contribuiría a mejorar la comprensión y coherencia interna de la norma, así como su posterior aplicación. Entre ellas, conviene referirse a las siguientes:

En cuanto al contenido de la Exposición de Motivos, el mismo debería completarse incluyendo, aún brevemente, la justificación de los cambios sustancia-

les operados en el anteproyecto respecto a la regulación contenida en la anterior Ley, y en particular sobre los aspectos relativos a la transmisibilidad de las oficinas de farmacia y al límite del 25% que se impone como cuota mínima de cotitularidad. Asimismo, y aunque la prohibición de participación en los concursos para la adjudicación de las autorizaciones de nuevas oficinas de farmacia a los mayores de 65 años ya venía establecida en la Ley anterior, sería conveniente que se justificase la razón que la misma persigue, que, a juicio del Consejo, podría ser el conseguir que las autorizaciones administrativas amparasen la prestación de un servicio de interés público con suficiente estabilidad.

Según se recoge en el texto del dictamen, *"esta recomendación obedece a un doble motivo: de un lado, porque nos tiene dicho el Tribunal Constitucional en su Sentencia 109/2003, de 5 de junio, que "asimismo hemos precisado que las regulaciones autonómicas que ... prevengan la intervención de los poderes públicos en el ámbito económico, introduciendo un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación es admisible con tal de que dentro del ámbito competencial respectivo <<resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias ... previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin>> (STC 88/1986, F6)"; y de otro, porque la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en las dos cuestiones de inconstitucionalidad que tiene elevadas al Tribunal Constitucional con relación a la prohibición que se analiza, echa de menos la justificación de la diferencia introducida por razón de la edad entre farmacéuticos para participar en el procedimiento de otorgamiento de nuevas autorizaciones de oficinas de farmacia"*.

En relación con el apartado 6 del artículo 22 del Texto del anteproyecto, que establecía la prohibición de participar en el procedimiento de instalación de nuevas oficinas de farmacia para los farmacéuticos que tuvieran más de 65 años al inicio del procedimiento, el Consejo advirtió que *"la misma ha sido considerada correcta, en múltiples Sentencias, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Sin embargo, también conviene señalar que su Sección Segunda ha planteado dos cuestiones de inconstitucionalidad (mediante Autos de 15 de noviembre de 2001 y 9 de diciembre de 2002) sobre tal extremo que se hallan pendientes de resolución por el Tribunal Constitucional, por considerar que pudiera vulnerar el artículo 14 de la Constitución "al constituir una discriminación basada en una circunstancia personal careciendo dicha medida de justificación objetiva y razonable y siendo inadecuada o desproporcionada en rela-*

ción con el fin perseguido". Esta limitación, en la actualidad, no ha sido juzgada todavía por el Tribunal Constitucional, si bien en la repetida Sentencia 109/2003, ante un supuesto no idéntico a éste pero también referido a una cuestión de limitación de edad para ostentar la titularidad de una oficina de farmacia, como es la jubilación a los 70 años, consideró que no infringía la Constitución. En definitiva, como ya se ha dicho más atrás, lo decisivo para determinar la constitucionalidad o no de esta limitación es su racionalidad y su proporcionalidad según nos tiene dicho el Tribunal Constitucional en diversas Sentencias referidas a limitaciones por razón de la edad. Por tanto reiteramos la conveniencia de que se justifique esta determinación."

Asimismo, se recomendó la reconsideración de la prohibición de participar en el concurso a los que tuvieran farmacia en el mismo núcleo de población para el caso de que existiera sobre la misma cotitularidad y desease participar uno de los cotitulares, observándose que *"La prohibición de concursar, para el caso de que solamente haya un farmacéutico titular, para el cambio de situación dentro del mismo núcleo de población se halla justificada por tener a su disposición la más sencilla vía de traslado regulada en el artículo 24, mas tal posibilidad no existe en el caso que nos ocupa ya que no pretenden el traslado todos los titulares de la oficina, sino sólo alguno de aquéllos, con lo cual no se cerraría por traslado la farmacia originaria"*.

Respecto a este mismo artículo 22, se indicó que este precepto, al establecer el concurso público como sistema para otorgar las autorizaciones de oficinas de farmacia, no contemplaba cómo debe llevarse a cabo la valoración de méritos cuando los concursantes lo hacen conjuntamente para obtener la cotitularidad de una de ellas. Según el Consejo, era conveniente que este extremo se recogiese en la nueva Ley, siguiendo igual o parecido criterio al utilizado en otras Leyes autonómicas, como la Ley 8/1998, de 16 de junio, de Ordenación Farmacéutica de La Rioja.

También fue objeto de un especial comentario el artículo 23 del Texto del anteproyecto, que contenía la innovación más destacada con relación al régimen implantado por la Ley 4/1996, al establecer la transmisibilidad -tanto *"inter vivos"* como *"mortis causa"*- de las oficinas de farmacia, frente a la intransmisibilidad que en el sistema anterior derivaba de considerar que estas autorizaciones administrativas eran personales e intransferibles, como consecuencia lógica de su concesión mediante concurso sometido a los principios de publicidad, mérito y capacidad.

Después de recordar la causa de tal innovación -dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2003, de 5 de junio, que declaró inconstitucional el artículo 38.1 de la Ley 4/1996, que establecía la intransmisibilidad de la autorizaciones administrativas para la instalación de oficinas de farmacia- y la dificultad para armonizar la mencionada transmisibilidad de las oficinas de farmacia con el concurso de méritos para obtener la autorización administrativa de las mismas, el Consejo insistió en que *"el anteproyecto legal debería incluir, al menos, las líneas maestras o generales por las que se vayan a regir los concursos, bien se siga el criterio de la Ley 11/1994, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica del País Vasco, que sujeta la transmisión de las oficinas de farmacia a un concurso en el que, previamente a su convocatoria por la Administración sanitaria, el transmitente debe comunicar a ésta el precio y las demás condiciones generales de la transmisión, para que sean aceptados por todos los concursantes; bien se opte por cualquier otro que pueda establecerse al amparo del artículo 4.2 de la Ley 16/1997, precepto básico, que atribuye a la competencia de las Comunidades Autónomas la regulación de las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones de estos establecimientos. Ante materia tan importante, problemática y sensible a los intereses del sector debe advertirse que, postergar su total solución a un futuro desarrollo reglamentario, incrementa considerablemente los riesgos de incurrir en un posible vicio de "ultra vires" al hacerlo."*

En relación con el apartado 1 de este mismo artículo 23, que establecía la prohibición de transmitir las oficinas de farmacia *"inter vivos"* hasta que no hayan transcurrido 6 años a contar desde la fecha en que se produjo su apertura o desde que tuvo lugar el cambio de titularidad en caso de transmisión, se trajo a colación la constante alegación formulada por las corporaciones farmacéuticas de que tal limitación contravenía el artículo 11.3 del Real Decreto 1667/1989, de 22 de diciembre, que regulaba el reconocimiento de Diplomas, Certificados y otros Títulos de Farmacia de los Estados miembros de la CEE y el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento, donde se indica que *"la cesión, traspaso o venta de una oficina de farmacia solamente podrá realizarse a favor de otro farmacéutico siempre que haya permanecido abierta al público al menos tres años"*.

A juicio del Consejo, *"tal precepto no tiene naturaleza básica porque, a pesar de que el Real Decreto en que se contiene transpone las Directivas 1985/432/CEE y 1985/433/CEE, la limitación que establece el citado artículo no recoge ningún mandato de los contenidos en las mencionadas normas comunitarias. Y, en cualquier caso, la limitación que establece pertenece a la mate-*

ria cuya regulación compete a las Comunidades Autónomas en virtud de lo establecido en el artículo 4.2 de la Ley 16/1997, éste sí de carácter básico".

En cuanto al apartado 4 del artículo referido, se consideró que debía desarrollarse más la transmisión por jubilación en él prevista, *"pues, si como parece al no relacionarse en este apartado plazo para llevarla a cabo, la transmisión de farmacia en este supuesto debe realizarse antes de cumplir los 70 años, así debería indicarse expresamente"*.

Asimismo, y respecto del último párrafo del apartado 6, que establecía que, *"en el supuesto de que las solicitudes de transmisión inter vivos no sean resueltas dentro del plazo previsto se entenderán desestimadas"*, el Consejo recomendó que se especificase cuál es el plazo al que se refiere y que se reflexionase sobre los pros y los contras que tendría el que el silencio fuera negativo o positivo.

Por último, conviene destacar la observación de carácter general que se efectuó respecto al Título IV del anteproyecto, dedicado a los establecimientos autorizados para la dispensación de medicamentos veterinarios, que suponía en gran parte una reproducción bien de normas básicas, bien de normas dictadas por el Estado en ejercicio de competencias exclusivas, -en concreto, de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, y del Real Decreto 109/1995, de 27 de enero, de Medicamentos Veterinarios.

Respecto a esta cuestión, el Consejo recordó la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y por él mismo a través de dictámenes anteriores:

"Ante estas reproducciones normativas debe traerse a colación la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en su Sentencia 162/1996, en la que advierte 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, fundamento jurídico 23), en otros casos en que las leyes autonómicas reproducían normas incluidas en la legislación básica del Estado (SSTC 40/1981 y 26/1982, entre otras muchas) o, incluso cuando por ley ordinaria se reiteraban preceptos contenidos en una Ley Orgánica. Prácticas todas ellas que pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose

vigente, sin embargo, el que reproducía. (...) Pero, sobre todo y, muy especialmente cuando [...] existe falta de competencia de la Comunidad Autónoma en la materia. 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 [...]"

Ante tales peligros dicha técnica legislativa debe ser manejada con extrema prudencia y, como señalaba este Consejo en sus dictámenes 31/1997, de 13 de mayo, y 8/2000, de 1 de febrero, entre otros, en caso de resultar necesaria para la mejor comprensión de la norma autonómica "la reproducción ha de ser rigurosa con el contenido de la norma estatal, y que si bien no cabe exigir, a este respecto, una transcripción literal de ésta, si es preciso que la norma autonómica incluya todos los aspectos que sobre la materia hayan sido declarados básicos; de otra forma si la reproducción es parcial, podría interpretarse que los aspectos de regulación estatal no recogidos, se excepcionan de su aplicación a la Comunidad Autónoma, incurriendo así esta normativa en un evidente vicio de inconstitucionalidad".

- Dictamen número 106/2005, de 13 de julio, solicitado por el Consejero de Sanidad, sobre el anteproyecto de Ley del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha.

La finalidad principal de la Ley, según su Memoria justificativa, sería la defensa y protección de los consumidores y usuarios de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 51 de la Constitución, resaltándose la conveniencia de su promulgación ante la necesidad de llevar a cabo una reforma del entonces vigente Estatuto del Consumidor aprobado por Ley 3/1995, de 9 de marzo, habida cuenta de la evolución social experimentada desde entonces tanto en lo que respecta a las necesidades de la protección del consumidor como en la legislación que le afecta. Asimismo, se señaló que la aprobación de la Ley elevaría la protección jurídica y administrativa del consumidor y usuario, y conseguiría una ordenación más sistemática y coherente, así como una regulación más clarificadora ampliando los niveles de protección, información y defensa del consumidor.

El texto del anteproyecto de Ley que se sometió a dictamen constaba de Exposición de Motivos, cuarenta y dos artículos estructurados en cinco Capítulos, una Disposición Transitoria, una Derogatoria y cuatro Finales. En el mismo se regulaban aspectos como el concepto de consumidor y sus situaciones de protección prioritaria, el reparto de competencias en materia de consumo

entre la Administración autonómica y la local, los derechos de los consumidores, control e inspección de los productos, bienes y servicios y el régimen sancionador.

El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha efectuó las siguientes consideraciones de carácter esencial, que ponían de manifiesto defectos que podían cuestionar la validez de la norma propuesta:

1.- Se analizó en primer lugar el artículo 2 del texto del anteproyecto, en cuyo apartado 1 se definía el concepto de consumidor, especificándose en su apartado 2 una serie de personas jurídicas o grupos de personas que en todo caso serían igualmente considerados consumidores. Según el dictamen examinado, *"el concepto de "consumidor" viene definido con carácter básico en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, reproduciéndose su contenido, salvo la expresión "grupos de personas" que se intercala en el citado apartado 1 del texto del anteproyecto. Siendo básica la definición de "consumidor" la Ley autonómica no puede apartarse de tal definición ni con intención meramente interpretativa de dicho precepto básico"*.

Asimismo, respecto al mencionado apartado 2 se indicó que *"es de advertir que de entenderse que las especificaciones del apartado 2 del precepto comentado sólo pretenden aclarar al operador jurídico supuestos de "consumidor" ya incluidos en la definición dada por la norma básica estatal, resulta innecesario dicho apartado 2 en tanto que las personas o grupos de personas que contempla se encuentran ya incluidas en el concepto genérico de consumidor del apartado 1 que reproduce casi de forma literal la norma básica; en caso de que se pretendiera ampliar el ámbito subjetivo de la protección, tal pretensión es objetable porque los límites del mismo vienen marcados por el precepto básico"*.

2.- El artículo 8 apartado 3 del anteproyecto de Ley sometido a la consideración del Consejo Consultivo atribuía a la Junta de Comunidades la potestad de retirar del mercado productos que *"aunque sean conformes con las disposiciones y elementos prevista (sic) en la normativa estatal reguladora de la materia, resulten sin embargo, peligrosos para la salud o la seguridad de los consumidores"*.

En primer lugar, se criticó la atribución de la facultad expresada a la *"Junta de Comunidades"*, cuando la misma debería referirse de modo mas preciso y acotado a la Administración Regional.

En segundo lugar, se advirtió que la intervención de la Administración autonómica en estos supuestos interfería la facultad estatal de acreditar la legalidad de los bienes que se ponen en el mercado. Así, el Consejo expresó que *"cuantas especificaciones se hagan en el anteproyecto podrán ayudar a una más correcta aplicación del mismo, debiendo recordarse que la posibilidad de retirar del mercado productos peligrosos para la salud o seguridad de los consumidores resulta, en definitiva, una medida cautelar, de las previstas en el artículo 31, apartado 1 del anteproyecto (artículo 16 del vigente Estatuto del Consumidor), a la que sólo se añade la previsión de que las medidas cautelares puedan ser adoptadas aun cuando los productos se hallen amparados, conforme con las normas estatales reguladoras de la materia. La previsión del precepto comentado viene a significar que la mera decisión administrativa retira del mercado un producto legal en aplicación de las normas estatales. Para impedir reproche alguno sobre su adecuación al orden constitucional de competencias, la posibilidad contenida en la norma únicamente puede alcanzar a la retención cautelar de todo producto siempre que pudiera sospecharse de forma mínimamente fundada la existencia de un riesgo para la salud o seguridad de los ciudadanos y mientras dichos riesgos existan, aun cuando hubiera sido puesto en el mercado de conformidad con las normas que lo regulan, sea cualquiera su ámbito. No se trataría sino de la aplicación del artículo 31 del anteproyecto, por lo que el precepto comentado debe suprimirse"*.

3.- El artículo 9, apartado 7 del anteproyecto imponía al distribuidor de los productos los costes de las pruebas que señalara la Administración para determinar su peligrosidad. Según la consideración del Consejo, el precepto se *"aparta con ello de las previsiones de la legislación estatal que, en toda lógica, imputan los costes derivados de la actuación administrativa a los causantes, que en el supuesto previsto en el precepto debe ser el "productor", sin que pueda trasladarse la responsabilidad, por desconocimiento de quien sea éste o de su domicilio, a un mero tenedor, como la norma comentada pretende. Otro supuesto posible que pretenda regular el precepto, la ocultación de información sobre el productor, autor último de la infracción, podría sancionarse como tipo autónomo, pero sin establecer una responsabilidad objetiva por la mera tenencia de productos sometidos a examen. Por otra parte el precepto puede ser contrario a la norma básica contenida en el apartado 4 del artículo 12 del Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, de Seguridad General de los productos, en virtud del cual "los gastos de retirada, recuperación, realización de avisos especiales, almacenaje, traslado y cualesquiera otros similares, y en su caso la destrucción de los productos, serán a cargo de quienes con sus conductas ilegales los hubieren generado". Igualmente podría resultar contradictorio con lo dispuesto en el artículo 26, apartado 4, del anteproyecto que, al establecer como obligación de los inspeccionados la de per-*

mitir que se practique la toma de muestras o que se efectúe cualquier otro tipo de control o ensayo, dispone que si se detectara infracción, junto a la sanción que se imponga "podrá exigirse del responsable el pago de los gastos ocasionados". En todos los casos parece establecerse, en congruencia con los principios generales, que sólo el autor de la infracción de que trae causa el gasto ocasionado a la Administración resulta responsable del mismo, por lo que el precepto comentado al imponer una obligación administrativa no derivada de la propia actuación del administrado podría reputarse inconstitucional".

4.- El artículo 20.2.e) del anteproyecto atribuía el derecho de justicia gratuita a las organizaciones y asociaciones de consumidores y usuarios de Castilla-La Mancha. Tal previsión está en todo caso establecida en la Disposición Adicional segunda de la Ley 1/1996, de 10 de enero, reguladora de la asistencia jurídica gratuita, norma que es de aplicación directa en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha al no haber asumido ésta las competencias en materia de provisión de medios para la Administración de Justicia. En concreto, y conforme establece la Disposición Adicional primera de la citada Ley estatal, los preceptos de la misma no dictados al amparo de competencias exclusivas o básicas del Estado (artículo 149.1.3^a, 5^a, 6^a y 18^a de la Constitución), -entre los que se incluye la Disposición Adicional segunda- serán de aplicación "*en defecto de normativa específica de las Comunidades Autónomas que hayan asumido el ejercicio efectivo de las competencias en materia de provisión de medios para la Administración de Justicia*".

A la vista de esta regulación, el Consejo apreció la imposibilidad de que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha pudiera determinar qué organizaciones o asociaciones tendrían el derecho a la justicia gratuita.

5.- El apartado 1 del artículo 41 del anteproyecto establecía, en su último párrafo, un régimen de cómputo del plazo de prescripción y de su interrupción que se apartaba del establecido en el artículo 132.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Si ésta hacía iniciar el plazo de prescripción de las infracciones el día de su comisión, el anteproyecto sometido a dictamen lo posponía "*al día siguiente*", y no tenía en cuenta que la prescripción, por la propia configuración del instituto jurídico, sólo puede ser interrumpida cuando la exigencia del cumplimiento de la obligación llegue a conocimiento del obligado. Ésta es la opción elegida por la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que sólo considera interrumpida la prescripción cuando se produzca "*la ini-*

ciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador" y no como señalaba el precepto del anteproyecto, cuando el procedimiento sancionador se dirigiera contra el presunto infractor, tuviera el mismo conocimiento o no de dicho procedimiento.

6.- Por último, fue objeto de examen el párrafo primero del apartado 2 del artículo 42, según el cual "*El particular afectado en sus derechos por la infracción administrativa podrá reclamar igualmente en el procedimiento administrativo la determinación y exacción de los daños sufridos, que podrá hacerse efectiva por la vía de apremio administrativa*".

Del precepto transcrito cabía señalar:

a) El titular sería un consumidor afectado en sus derechos por una infracción administrativa en materia de consumo, a quien se otorgaría la facultad de exigir de la Administración la determinación de los daños sufridos.

b) Que la Administración debería no sólo determinar dichos daños, sino también proceder a su "*exacción*" (la de la indemnización derivada de los daños) por la vía de apremio.

El dictamen emitido consideró que la norma establecía que cometida una infracción en materia de consumo el posible perjudicado tenía derecho a exigir a la Administración que junto a la imposición de la sanción correspondiente se determinara el daño que la infracción había generado en el mismo. Se trataba en los términos literales del precepto de una facultad del perjudicado destinada a conseguir un pronunciamiento administrativo sobre los daños causados por la infracción que permitiera el ejercicio de las potestades administrativas de autotutela mediante la constitución de un título ejecutivo a favor del perjudicado, ejercitable mediante la potestad ejecutoria de la propia Administración.

Los daños a los que se refería el precepto eran aquellos daños causados como consecuencia de la infracción (incumplimiento). No se trataba pues, en este supuesto, de restituir lo indebidamente pagado o de obligar a entregar el bien o prestar el servicio (o su contravalor) en los términos pactados o legalmente establecidos, sino de responder por los daños y perjuicios que el incumplimiento doloso o culposo hubiera además podido generar. Así configurado, nos hallábamos ante una acción indemnizatoria sobre la totalidad de los daños que la infracción hubiera podido generar.

Aun cuando resultaba claro que la pretensión del precepto comentado era la de reforzar la posición del consumidor estableciendo mecanismos que permitieran una fácil restitución de los daños y perjuicios que pudieran serle causados, según concluyó el Consejo, ni las normas básicas estatales ni la regulación por las normas dictadas por el Estado en el ejercicio de sus competencias exclusivas permitían una regulación como la propuesta en el anteproyecto, y esto era así por el siguiente razonamiento:

"La novedad del precepto es que la acción se ejercita ante la Administración, a quien corresponde la declaración de los daños, constituyendo esta declaración título ejecutivo y ejecutorio para la exacción de la indemnización correspondiente.

La relación entre el consumidor y su proveedor de bienes o servicios es una relación de naturaleza privada por lo que sorprende que se atribuya a la Administración la determinación de los daños causados en sus relaciones contractuales, aun cuando sean sólo los causados al consumidor, hurtando tal facultad a los tribunales e incluso poniendo las potestades que corresponden a la Administración al servicio del cobro de las indemnizaciones derivadas de los perjuicios que la infracción administrativa ha causado a un tercero. Aun cuando algún ejemplo podría encontrarse en legislación preconstitucional, en los términos expuestos, es muy dudoso que una norma autonómica pueda establecer una previsión como la comentada.

Existe sin embargo un precepto que tiene carácter de legislación básica que podría fundar la pretensión de la norma. El artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece lo que sigue:

"Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente".

El precepto transcrito parece atribuir con carácter de generalidad la posibilidad de que la resolución administrativa sancionadora establezca, junto a la sanción correspondiente (y la exigencia de reposición de la realidad al estado

anterior a la comisión de la infracción a que parece referirse el apartado 1 de este artículo del anteproyecto), la fijación de las indemnizaciones que por los daños y perjuicios derivados de la infracción han podido producirse.

Parte de la doctrina ha negado que el precepto básico permita fijar dichas indemnizaciones cuando el perjudicado es un particular y los daños han sido causados por otro particular. En el mismo sentido que dicha doctrina el artículo 22.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, especifica que la posibilidad prevista en la Ley lo es para el caso de que "las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios a la Administración Pública".

Esta interpretación choca sin embargo con la referencia del precepto legal a que "de no hacerse así (queda) expedita la vía judicial correspondiente", por cuanto los daños causados a la Administración no requieren de tutela judicial para su declaración y la correspondiente ejecución de las indemnizaciones de ellos derivadas, sin que sea factible interpretar la norma como una renuncia general de la Administración a sus potestades en la materia.

Si el precepto básico pretende amparar la posibilidad de que también en las relaciones "inter privados" pueda la Administración, cuando concurra infracción administrativa, fijar todos los daños y perjuicios causados a uno de los particulares por la infracción, determinando el plazo en el que la indemnización debe ser abonada y, de incumplirse éste, quede abierta la vía judicial para su reclamación por el particular afectado, la norma básica transcrita permitiría la finalidad última de la del anteproyecto que ahora comentamos con algunas matizaciones.

En primer lugar, el precepto estatal remite "de no hacerse así" (se supone que el pago) a la vía judicial. La determinación de la deuda indemnizatoria así correspondería a la Administración pero ello no vincularía a la jurisdicción, es de suponer que la civil, ya que tratándose de relaciones inter privados estamos en la "expresión característica de un litigio civil" (García de Enterría "Curso de Derecho Administrativo" Tomo II. Editorial Civitas. Madrid, 1993, página 198). Carece por ello de apoyo en el precepto básico la pretensión de que la deuda indemnizatoria se haga efectiva a través de la vía de apremio administrativa.

En segundo lugar, los siguientes apartados del precepto establecen reglas que parecen intentar compatibilizar lo que en el primer párrafo parece configurarse

como una potestad de la Administración declarativa de derechos y ejecutiva de los mismos con la intervención judicial a instancia de los particulares. Así el apartado a) establece en su primer párrafo una especie de excepción de litispendencia al procedimiento administrativo de declaración del derecho "La Administración se inhibirá cuando conste, antes o durante el procedimiento, que una de las partes en conflicto ha interpuesto la correspondiente acción judicial para la defensa de sus derechos". El segundo apartado excluye el ejercicio de las potestades administrativas en ejecución de la declaración del derecho, el procedimiento de apremio, "si el consumidor reclama judicialmente la tutela de su derecho, una vez que la resolución sea firme", lo que pudiera entenderse como la pretensión del anteproyecto de que ganada firmeza la resolución declarativa el consumidor pueda optar entre seguir la vía de apremio o ejecutar en vía judicial, dando para ello valor de título ejecutivo a la declaración administrativa.

Debe señalarse que, de aceptarse el carácter básico de la norma estatal, debe plantearse si normas con rango de Ley de la Comunidad Autónoma, pueden establecer en materia que es de su competencia, procedimientos que se apartan de los previstos en la legislación básica. Nos hallamos en el procedimiento sancionador y en aplicación de normas estatales de carácter básico que pueden permitir una declaración del derecho de un particular a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados por éste."

Finalmente, y en relación a las observaciones que han sido descritas, conviene poner de manifiesto que a la hora de elaborar el texto definitivo de la Ley que fue aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha, Ley 11/2005, de 15 de diciembre de 2005, del Estatuto del Consumidor, se tuvieron en cuenta aquéllas, adaptando los preceptos comentados a las directrices establecidas por el Consejo.

- Dictamen número 131/2005, de 21 de septiembre, solicitado por el Consejero de Obras Públicas, sobre anteproyecto de Ley de Ordenación de los Transportes de Viajeros de Castilla-La Mancha.

El objetivo principal del proyecto era el de dar cobertura a aquellos aspectos relativos a transporte urbano y transporte de viajeros en vehículos turismo respecto de los que había un vacío normativo tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996, de 27 de junio, que declaró inconstitucional el Capítulo VII del Título III de la Ley estatal 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), regulando asimismo los aspectos diferenciados de la normativa contenida en la indicada norma legal, adaptados a las características geográficas, sociales y económicas de la Región.

El anteproyecto se componía de Exposición de Motivos dividida en tres apartados, 64 artículos, estructurados en cinco Títulos, dos Disposiciones Adicionales, tres Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y tres Disposiciones Finales. La regulación contenida en el mismo estaba fundamentalmente dedicada a los principios y clasificación de los servicios de transporte público de viajeros, organización administrativa de los transportes de viajeros, régimen de competencias en la materia, planificación y gestión de transportes públicos, órganos de gestión, coordinación e integración de los servicios, financiación pública, transportes urbanos, otros tipos de transporte, como los denominados "a demanda", "zonales", en vehículos de turismo, autotaxis y a los vehículos afectos a licencias. Asimismo, se dedicaba el último capítulo al régimen sancionador.

Ninguna de las observaciones realizadas por el Consejo al texto del anteproyecto cuestionaba la validez de la norma, esto es, ninguna de ellas tenía carácter esencial. No obstante, con el fin de mejorar la comprensión y coherencia interna de la ley proyectada, y con ello, su posterior aplicación, se realizaron determinadas indicaciones, de las que destacaremos las siguientes:

1.- Con carácter general, se observó que existían aspectos en la regulación del texto normativo *"en los que, en ocasiones, desarrolla su contenido con un nivel de exhaustividad y detalle cercanos a una disposición reglamentaria y en otros momentos contiene declaraciones de principios propios de una Carta Programática. Este sería el caso del artículo 3.1 del texto, que en su primer inciso es una declaración de principios de alcance general impropio de una Ley especial y que mueve a la confusión pareciendo dar a entender que el texto se refiere no sólo al transporte de personas, sino también al de mercancías. La supresión de estas dos primeras líneas clarificaría el objetivo de la norma, sin perjudicar su entronque en un sistema social y de Derecho.*

La vocación reglamentista del texto se halla, a título de ejemplo, en la regulación de los procedimientos de tramitación de los planes coordinados de servicios y de los planes de movilidad. Esta detallada regulación que el anteproyecto realiza en algunos de estos preceptos, particularmente en el aspecto procedimental (artículos 17 y 19), contrasta con la indeterminación relativa a los plazos de aprobación de los planes por la Administración competente, omisión que además de no resultar acorde con el principio de seguridad jurídica, supone una pérdida de la oportunidad que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común concede a la hora de establecer por Ley plazos de resolución de los procedimientos superiores a los indicados en el artículo 42.2 de la misma.

En este sentido, y si bien es cierto que la actividad planificadora de la Administración está dotada de cierta naturaleza discrecional, no lo es menos que una vez puesta en marcha la opción planificadora por parte de aquélla, lo que en este supuesto acaecería con el inicio de los procedimientos recogidos en los artículos 17 y 19, éstos deben ajustarse a un cauce procedimental reglado, evitando que la falta de especificación de los plazos máximos de resolución de los mismos redunde en un perjuicio para los municipios y operadores de transporte que resulten afectados".

2.- Respecto al articulado, se propusieron diversos cambios en el lenguaje utilizado con el fin de evitar términos masculinos e introduciendo en su lugar otros neutros o adoptando terminaciones de palabras como "os/as".

Para el Consejo, *"la aceptación de los cambios de lenguaje propuestos contribuirá a hacer efectiva la aplicación del IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres (2004-2008) aprobado por el Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha el 21 de diciembre de 2004, fomentando desde la fase de elaboración de las normas una posición de igualdad real de ambos géneros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución Española".*

- Dictamen número 137/2005, de 28 de septiembre, solicitado por el Consejero de Industria y Energía, sobre el anteproyecto de Ley de Horarios Comerciales de Castilla-La Mancha.

La Exposición de Motivos del texto normativo sometido a dictamen vinculaba la iniciativa emprendida con la experiencia obtenida en la aplicación de la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha, en cuanto a las normas de la misma relativas a la regulación de los horarios comerciales, así como a su adecuación a la nueva regulación estatal contenida en la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales.

El anteproyecto, además de la indicada Exposición de Motivos, se estructuraba en ocho artículos, agrupados en cuatro capítulos, dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales, y en el mismo se recogían determinadas disposiciones generales sobre el objeto de la ley y su ámbito de aplicación, los regímenes de horarios comerciales, tanto general como especial, que se establecían, así como

diversos preceptos dedicados específicamente a los establecimientos con venta de bebidas alcohólicas.

El dictamen emitido por el Consejo Consultivo realizó una observación de tipo procedimental determinante para la validez y conformidad con el ordenamiento jurídico de la norma, a la cual se otorgó el carácter de esencial.

Esta consideración se refería al apartado 4 del artículo 5 del anteproyecto, que se dedicaba al procedimiento para la modificación, a instancia municipal y en este ámbito, de los domingos y festivos de apertura establecidos con carácter general para toda la Comunidad Autónoma, disponiendo que la Consejería competente *"resolverá en el plazo de diez días a contar desde que hubiera quedado completada la documentación exigida"*, agregando que *"transcurrido dicho plazo sin resolución expresa se considerará desestimada la petición"*.

Razonó el Consejo indicando que *"incurre este precepto en la contravención, aun cuando sea de manera formal, de la regla básica sobre procedimiento administrativo común establecida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en cuyo artículo 42, apartado 2 se dispone actualmente -tras la reforma operada por medio de la Ley 4/1999, de 13 de enero- que "el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento", añadiendo que éste se contará en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado "desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación"*.

Por consiguiente, establecer que el cómputo del referido plazo procedimental se inicie a partir del momento en que la documentación necesaria para el pronunciamiento del órgano resolutorio haya quedado completada, supone una visible vulneración del citado precepto básico -que anuda el principio del mismo al momento de entrada de la solicitud-, así como una técnica elusiva que desvirtúa y deja sin efecto las normas reguladoras de los trámites de subsanación de deficiencias -artículo 71 de la Ley 30/1992- y suspensión temporal del procedimiento -artículo 42. 5 del mismo cuerpo legal-, que contemplan las medidas oportunas para singularizar el plazo de terminación procedimental en cada supuesto, a tenor de la actividad desplegada por la Administración instructora del expediente y el comportamiento de los peticionarios o interesados en el mismo.

Así las cosas, el plazo de diez días fijado en la norma cuestionada para dictar resolución hace pensar, por su brevedad, que la figura del silencio adminis-

trativo negativo prevista puede tener una incidencia casi ineludible en todos aquellos casos en que los Ayuntamientos no aporten junto a su petición los informes complementarios referidos en la disposición analizada."

La Ley 10/2005, de 15 de diciembre, de Horarios Comerciales de Castilla-La Mancha, tuvo en cuenta la observación realizada por el Consejo, incorporando en su texto definitivo una redacción del precepto comentado acorde con la legislación básica del Estado. Así, la resolución de la Consejería a la que se refería el apartado indicado deberá producirse, en palabras de la Ley "*en el plazo de diez días a contar desde la presentación de la solicitud*".

- Dictamen número 168/2005, de 22 de noviembre, solicitado por la Consejera de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley del Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente y el tipo autonómico del impuesto sobre la venta minorista de determinados hidrocarburos.

La iniciativa legislativa se fundamentó en la necesidad de ejecutar el compromiso adoptado por el Gobierno Regional y la resolución conjunta adoptada por los grupos parlamentarios Socialista y Popular, tomada en sesión plenaria de las Cortes de Castilla-La Mancha, en su reunión del día 14 de abril de 2005, a fin de abordar una reforma de la Ley 11/2000, de 26 de diciembre, del impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente. Asimismo, se puso de manifiesto en la tramitación del anteproyecto el deber de evaluar el establecimiento del tipo autonómico del impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos, creado por el artículo 9 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, puesto que "*es coincidente con el anterior impuesto por su incidencia en el medio ambiente*".

El texto normativo que se propuso constaba de una Exposición de Motivos, dieciséis artículos, agrupados en dos Títulos, una Disposición Transitoria, una Derogatoria y tres Finales. En el anteproyecto se regulaba el Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente, incluyéndose normas de gestión para la aplicación del impuesto, y el denominado Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos.

Las observaciones de carácter esencial efectuadas por el Consejo se refirieron al artículo 11, apartado 1, en relación con el artículo 14, y a la Disposición Final Primera del anteproyecto.

El artículo 11, en su apartado 1, incluía una habilitación a la Consejería de Economía y Hacienda para que determinara el lugar, forma y plazos de liquidación del impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente. Al igual que se puso de relieve en el dictamen 86/2000, de 14 de noviembre, tal habilitación se estimó contraria a lo dispuesto en el artículo 13.1 del Estatuto de Autonomía que atribuye la potestad reglamentaria al Consejo de Gobierno; al artículo 36.1 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, del cual se desprende que la potestad reglamentaria de los Consejeros ha de circunscribirse al ámbito propio de sus competencias; así como al artículo 50, apartado a) del Estatuto de Autonomía que atribuye expresamente al Consejo de Gobierno la competencia para aprobar "*los Reglamentos Generales de sus propios tributos*".

Idéntica observación se efectuó respecto de la habilitación que con carácter genérico se efectuaba en la Disposición Final Primera a favor de la Consejería de Economía y Hacienda para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de la Ley, habilitación que por ser extensiva al desarrollo de lo prevenido en el Título II del anteproyecto, podría igualmente resultar contraria a la previsión del artículo 50, apartado b) del Estatuto de Autonomía, que atribuye al Consejo de Gobierno la elaboración de las "*normas reglamentarias precisas para gestionar los impuestos estatales cedidos de acuerdo con los términos de dicha cesión*".

Por último, el artículo 14 del texto propuesto, referido a las infracciones y sanciones, determinaba con carácter general que las infracciones tributarias serían calificadas y sancionadas de conformidad con lo previsto en la Ley General Tributaria, obviando la atribución de la potestad sancionadora a concretos órganos de la Administración Autonómica.

Al respecto el Consejo Consultivo señaló que, "*conforme ya se advirtió en el dictamen 86/2000, de 14 de noviembre, la necesidad de que sea completada la regulación expresando los órganos a los cuales se les atribuye la potestad sancionadora, por ser ésta una exigencia derivada del principio de legalidad, e íntimamente unido a él, del principio de seguridad jurídica en virtud del artículo 127, apartado 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.*

Es de advertir que dicha sugerencia cobra especial importancia en el presente caso habida cuenta que la Disposición Final primera únicamente habilita a la Consejería de Economía y Hacienda para dictar las disposiciones necesari-

rias para el desarrollo y aplicación de la Ley. En efecto, si bien el citado artículo 127, apartado 2 permite que la atribución de la potestad sancionadora se pueda efectuar "por disposición de rango legal o reglamentario", tal disposición reglamentaria, entiende este Consejo, que debe tratarse de un reglamento de carácter ejecutivo que, partiendo de la norma legal habilitadora y en desarrollo de la misma, individualice el órgano o los órganos administrativos competentes para sancionar; reglamento que por las razones ya esgrimidas en el comentario efectuado al artículo 11, apartado 1, habría de aprobar el Consejo de Gobierno en cuanto titular de la potestad reglamentaria.

En consecuencia, de mantenerse la actual habilitación a la Consejería de Economía y Hacienda para que proceda al desarrollo y aplicación de la Ley, y no estando al alcance de su potestad reglamentaria la regulación de los órganos a los que se atribuye la potestad sancionadora, podríamos encontrarnos ante un vacío normativo en la materia que se revelaría contrario a la previsión del citado artículo 127, apartado 2, razón ésta que junto a otras vinculadas a la seguridad jurídica y a la eficacia de la acción administrativa abonan la necesidad ya apuntada de que el anteproyecto contemple la atribución de la potestad sancionadora."

El Texto definitivo, contenido en la Ley 16/2005, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente y del tipo autonómico del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos, se adaptó a las directrices establecidas por el Consejo en su dictamen y que han sido citadas.

- Dictamen número 171/2005, de 22 de noviembre, solicitado por la Consejera de Economía y Hacienda, sobre el anteproyecto de Ley de Medidas en materia de Tributos Cedidos.

El objetivo de la iniciativa tramitada por el Gobierno autonómico era el de elaborar un anteproyecto de Ley en el que se recogiesen las medidas tributarias sobre tributos cedidos por el Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, integrador de las medidas fiscales en relación con la familia, las personas discapacitadas y las pequeñas y medianas empresas de carácter familiar y de las normas vigentes de las anteriores leyes de medidas sobre tributos cedidos. Dicha iniciativa se fundamentó en el compromiso expresado por el Gobierno Regional de abordar el estudio y ejecución de una serie de bonificaciones fiscales dirigidas prioritariamente a estos sectores.

El anteproyecto de la Ley de medidas en materia de tributos cedidos sometido al dictamen del Consejo Consultivo constaba de una Exposición de Motivos, dos Capítulos, el primero dividido en cuatro secciones, veinte artículos, una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

Respecto al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas se establecían nuevas deducciones de la cuota íntegra autonómica por nacimiento o adopción de hijos, por discapacidad de los declarantes y de sus ascendientes o descendientes, para los contribuyentes que cumplieran los requisitos exigidos en el artículo 6 de la Ley. Asimismo, se mantenía la deducción por cantidades donadas al Fondo Castellano-Manchego de Cooperación, en las mismas condiciones que figuran en la Ley autonómica 15/2003, de 22 de diciembre, que se derogaba.

En relación al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en los artículos 7 y 8 del anteproyecto se recogían reducciones propias de la Comunidad Autónoma de la base imponible, mientras que el artículo 9 configuraba las bonificaciones tributarias aplicables sobre la cuota del impuesto en determinados casos y con los requisitos que se expresaban. Las reducciones afectaban a las transmisiones "mortis causa" de empresas, negocios profesionales y participación en entidades que tuvieran su domicilio fiscal y se encontrasen ubicadas en Castilla-La Mancha, siempre que el caudal relicto del causante no excediera 2.000.000 euros y se cumplieran los demás requisitos que se exigían. Las reducciones propias también afectaban a las transmisiones lucrativas de explotaciones agrarias prioritarias y singulares a las que hacía referencia la Ley 4/2004, de 18 de mayo, de la Explotación Agraria y del Desarrollo Rural en Castilla-La Mancha. Finalmente, se preveían bonificaciones fiscales aplicables sobre la cuota tributaria de este impuesto, bonificación que variaba en función de las circunstancias que concurriesen en cada caso.

En el Impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados se fijaban los tipos general (7 por 100 y 1 por 100, respectivamente) y el reducido (6 por 100 y 0,5 por 100), transponiendo lo ya establecido en la Ley 15/2003, de 22 de diciembre. Asimismo se recogían las bonificaciones tributarias ya reconocidas anteriormente y se creaban otras nuevas para transmisiones onerosas de explotaciones agrarias singulares (hasta el 50 por 100) y preferentes (10 por 100), en ambos casos de la cuota tributaria.

Por lo que se refería al Tributo sobre el Juego se actualizaban las disposiciones que sobre esta materia se contenían en la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, siendo la principal novedad que representaba la nueva regulación la rebaja en un 0,8 puntos porcentuales al quedar fijado el tipo impositivo en el 26 por 100.

En materia de aplicación de los tributos cedidos se determinaba el plazo de presentación de declaraciones y autoliquidaciones en un mes en lugar de treinta días, cambio que se justificaba en una mayor seguridad jurídica; se adaptaban las normas sobre el procedimiento de comprobación de valores que contenía la Ley autonómica 21/2002, de 14 de noviembre a lo establecido en la Ley General Tributaria; se regulaba la colaboración social de los registradores de la propiedad y mercantil y los notarios en esta materia y se habilitaba a la Consejería de Economía y Hacienda para desarrollar los instrumentos tecnológicos y jurídicos necesarios para facilitar al ciudadano la presentación telemática de documentos.

Cerraba el anteproyecto de Ley la Disposición Transitoria, en la que se excepciona la entrada en vigor de la Ley para el juego del bingo que se celebrase con cartones expedidos con anterioridad al 1 de enero de 2006, que seguiría tributando al 26,8, pero sin mencionar las causas de esta medida; la Disposición Derogatoria por la que se derogaban expresamente las Leyes 21/2001, de 14 de noviembre y 15/2003, de 22 de diciembre y las Disposiciones Finales en las que se habilitaba la actualización de los tipos impositivos mediante la Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades y se estableció la entrada en vigor de la Ley el 1 de enero de 2006.

Ninguna objeción que comprometiera la validez y legalidad de la norma propuesta fue puesta de manifiesto en el dictamen emitido por el Consejo, quien tan sólo realizó algunas observaciones, que no se considera de especial interés señalar, tendentes a mejorar la sistemática y redacción del anteproyecto.

Finalmente, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha emitió los siguientes dictámenes en relación, asimismo, con anteproyectos de ley elaborados por el Gobierno de esta comunidad autónoma durante el año 2005:

- Dictamen número 23/2005, de 9 de febrero, solicitado por la Consejera de Medio Ambiente, sobre el anteproyecto de Ley por el que se declara del Parque natural de los Calares del Mundo y de la Sima.

- Dictamen número 80/2005, de 24 de mayo, solicitado por la Consejera de Administraciones Públicas, sobre anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de Castilla-La Mancha.

- Dictamen número 130/2005, de 21 de septiembre, sobre el anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2006.

- Dictamen número 158/2005, de 26 de octubre, sobre el anteproyecto de Ley de creación del Instituto de Promoción Turística de Castilla-La Mancha.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO PÚBLICO¹
DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
(De 1 de enero de 2005 a 31 de diciembre de 2005)

M^a Elena Rebato Peño

Profesora Asociada de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

1. *IX Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: “Relaciones entre las Comunidades Autónomas y el Estado” (Cuenca, 1 y 2 de marzo).*
2. *X Jornadas de Derecho Constitucional: “Los derechos de la esfera personal” (Ciudad Real, 26 y 27 de octubre).*
3. *VI Jornadas de Justicia Constitucional: “Justicia Constitucional y Unión Europea” (Toledo, 22 y 23 de noviembre).*
4. *Otras actividades de Derecho Público: V Edición de los Cursos de Postgrado para Iberoamericanos (Toledo, 11 a 27 de enero).*

1. Desafortunadamente esta reseña no contiene de forma exhaustiva la actividades de Derecho Público llevadas a cabo en la Universidad de Castilla-La Mancha, dadas las dificultades para conocer las distintas jornadas y seminarios que llevan a cabo las distintas áreas de derecho público en los diferentes campus de esta Universidad.

1. IX Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha: "Relaciones entre las Comunidades Autónomas y el Estado". (Cuenca, 1 y 2 de marzo)

La Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca se convierte, como viene siendo habitual, en la anfitriona de las Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha, que en su novena edición aborda el tema de las relaciones de las Comunidades Autónomas, en particular de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y el Estado.

La inauguración de las jornadas corrió a cargo de las instituciones más representativas del campus de Cuenca y de la Comunidad Autónoma, que manifestaron así su apoyo a este ciclo de conferencias, cuya continuidad es fruto del trabajo del Área de Derecho Constitucional que las organiza, y del éxito de las mismas debido a la gran acogida que siempre obtienen, la actualidad de los temas que aborda y el gran nivel de los participantes de las mismas. Así, el 1 de marzo de 2005 se declararon inauguradas las novenas jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha, por el Excmo. Sr. Vicerrector del Campus de Cuenca, D. José Ignacio Albentosa, la Delegada del Gobierno en Castilla-La Mancha, la Excma. Sra. D^a. Carmen Valmorisco y la Ilma. Sra. D^a. M^a. Ángeles Zurilla, decana de la Facultad de Ciencias Sociales.

La primera sesión del martes 1 de marzo fue impartida por D. Juan María Bilbao Ubillos, de la Universidad de Valladolid, que abordó el tema de la participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos relativos a la Unión Europea, defendiendo la justicia de las reivindicaciones de las Comunidades Autónomas para participar en las decisiones de la Unión Europea, si bien admitiendo modulaciones o grados en esta participación, ya que en principio y por definición la política europea es una política de gobiernos centrales y no de gobiernos regionales.

El enfoque regional, siempre presente en estas Jornadas, corrió a cargo de D. Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular de la Universidad de Castilla-La Mancha y co-director de estas Jornadas, quien realizó una muy completa conferencia sobre las relaciones entre Castilla-La Mancha y el Estado español, tras 25 años. Unas relaciones que podemos calificar de "serenas" y de cooperación, salvo muy contadas excepciones, a diferencia de la panorámica que al día

siguiente presentó, el profesor titular de la Universidad Rey Juan Carlos, D. David Ortega Gutiérrez.

En efecto, la mañana del segundo día de las jornadas ofreció un panorama de relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas bien distinto, al tratar las tensiones entre los órganos autonómicos vascos y estatales. El profesor Ortega Gutiérrez centró su exposición en el intento de reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco, los pasos dados hasta ese momento, primavera del año 2005 y los que aun quedaban pendientes, destacando en todo momento la necesidad de ser demócratas en primer lugar y luego nacionalistas.

Las relaciones horizontales en el Estado autonómico fueron el tema de la intervención del profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba, D. Octavio Salazar Benítez; que junto con la conferencia prevista para la tarde del último día de las Jornadas a cargo del Magistrado del Tribunal Supremo, D. Eduardo Espín Templado, y que tuvo que ser aplazada por inclemencias meteorológicas, completaban el panorama que intentaban ofrecer estas Jornadas sobre las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas y que hicieron referencia a las relaciones de cooperación y de conflicto entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y la ampliación competencial de estas a través de las leyes contempladas en el artículo 150 CE.

Todas estas conferencias fueron completadas por comunicaciones a cargo de distintos profesores de Derecho constitucional, como los doctores Xavier Garaicoa, de la Universidad de Guayaquil, y la doctora M^a. Elena Rebato Peño de la Universidad de Castilla-La Mancha; y por mesas redondas presididas por los co-directores de las Jornadas: D. Francisco Javier Díaz Revorio y D. Enrique Belda Pérez Pedrero, profesores titulares de la UCLM y por la secretaria de las mismas, D^a. María Martín Sánchez.

2. X Jornadas de Derecho Constitucional: "Los derechos de la esfera personal". (Ciudad Real, 26 y 27 de octubre)

El objetivo de estas Jornadas, siguiendo la línea marcada en las I Jornadas de Derecho Constitucional celebradas en el campus de Ciudad Real, no es otro que ofrecer a los alumnos de Derecho, Relaciones Laborales y Administración y

Dirección de Empresas un más amplio y cercano estudio de los derechos fundamentales. De este modo, cada año las Jornadas se dedican a un grupo determinado así; los derechos de libertad, derechos políticos, derechos de ámbito procesal, derechos del ámbito educativo, el derecho a la vida o las libertades de expresión e información; correspondiendo en esta edición el análisis de los derechos de la esfera personal y en concreto el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, la libertad de residencia y desplazamiento, el derecho al matrimonio, el derecho al secreto de las comunicaciones y la protección de datos personales e informática.

La décima edición de estas Jornadas, dirigidas por D. Tomás Vidal Marín, Profesor Titular de la UCLM y cuya secretaría corrió a cargo de D^a. María Martín Sánchez, becaria de la UCLM; se celebró en el Aula Magna de Servicios Generales de la Universidad de Castilla-La Mancha en el campus de Ciudad Real, durante los días 26 y 27 de octubre, con gran asistencia de público, tal y como viene siendo habitual.

Desafortunadamente ni la Constitución, ni ninguna otra fuente define en el ordenamiento jurídico español lo que debe entenderse por derechos de ámbito privado o de carácter personal y tampoco lo hace el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se protegen estos derechos en el ámbito supranacional. Por tanto, lo que en un caso u otro deberá entenderse por derechos de carácter personal, dependerá de la jurisprudencia constitucional en el caso español, o de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso europeo, si bien hay una característica que debe encontrarse o que hace reconocibles a los derechos de carácter personal, como es que los mismos tengan una especial incidencia en la persona, ya sea desde un punto de vista físico o intelectual. No obstante, al igual que ocurre en casi todas las clasificaciones, no existen compartimentos estancos que permitan separar de manera rotunda los derechos de carácter personal, de otros derechos como por ejemplo aquellos otros que corresponden también al *status libertatis* de la persona.

A la delimitación de estos derechos "personales", a ofrecer una definición de los mismos y a presentar una panorámica general de los derechos que se iban a analizar con detalle en las jornadas se dedicó el Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, D. Eduardo Espín Templado, quien fue el encargado de iniciar esta novena edición de las Jornadas de Derecho Constitucional en el campus de Ciudad Real.

El primero de los derechos tratados fue el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, no entendido como un derecho protector de la libertad del individuo como en la época clásica, sino como el derecho del individuo a hacer de su domicilio el reducto donde poder desarrollar su faceta más íntima y personal. La vida privada y el espacio físico delimitado, serían tal y como puso de manifiesto el conferenciante D. Luís M^º Díez-Picazo, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, las notas definitorias del concepto constitucional del domicilio; quien además realizó un repaso de otras cuestiones relativas al derecho fundamental, como la titularidad, el contenido o los supuestos habilitantes para la entrada del domicilio; consentimiento, flagrante delito u orden judicial, fundamentalmente.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba, fue el encargado de analizar la protección de la vida privada de los ciudadanos frente a la informática y a los ficheros automatizados de datos ofrecida por el legislador por mandato constitucional del artículo 18.4 CE.

El segundo día de las Jornadas se abrió con un tema polémico y de suma actualidad, el derecho constitucional al matrimonio y en particular el derecho al matrimonio entre homosexuales. Sin duda alguna, y pese a que siempre que en diversos foros constitucionales se analizaba el derecho fundamental contemplado en el artículo 32 CE el tema del matrimonio homosexual era un punto de discusión frecuente, la aprobación de la ley de modificación del Código Civil que permite el matrimonio entre homosexuales ha revitalizado el tema y lo ha puesto en primera línea tanto desde el punto de vista informativo, como desde la perspectiva constitucionalista. La profesora Sefa Ridaura Martínez, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, realizó en primer lugar una aséptica descripción de la definición constitucional de matrimonio, para a continuación dejar en el aire múltiples interrogantes sobre la constitucionalidad de la reciente ley y sobre otros temas conexos.

Muy completa resultó la siguiente conferencia, que sin suscitar tanta polémica, enriqueció los conocimientos del auditorio sobre el derecho al secreto de las comunicaciones. Así, D. Javier Díaz Revorio, Profesor Titular de la UCLM, analizó la titularidad y contenido del derecho fundamental en cuestión, y los requisitos que validaban la limitación del mismo, punto en el cual tuvo que remitirse a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que suple la

deficiencia legislativa nacional en este punto. Completó el panorama comparado una comunicación sobre la interpretación que del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha realizado el Tribunal Europeo, realizada por la doctora M^a. Elena Rebato Peño, profesora de la UCLM.

Cerró el ciclo de conferencias de las jornadas, el Rector de la Universidad Rey Juan Carlos y Catedrático de Derecho Constitucional, D. Pedro J. González-Trevijano Sánchez, con la ponencia sobre libertad de residencia y desplazamiento.

3. VI Jornadas de Justicia Constitucional: "Justicia Constitucional y Unión Europea". (Toledo, 22 y 23 de noviembre de 2005)

El director de las Jornadas, D. Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular de la Universidad de Castilla-La Mancha; y la secretaria de las mismas, D^a María Martín Sánchez, Profesora Ayudante de la UCLM, consideraron acertadamente que la sexta edición de las Jornadas de Justicia Constitucional, era el momento idóneo para abordar el tema relativo a la Justicia Constitucional y la Unión Europea.

Como es sabido, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial se ha producido un fenómeno que se conoce con el nombre de "internacionalización de la vida pública", que ha provocado cambios en el sistema de fuentes de los ordenamientos de los Estados, así como una cierta pérdida de soberanía de los mismos. La justicia constitucional no ha sido ajena a ello, por lo que resulta sumamente interesante y enriquecedor el análisis de la influencia de esa organización supranacional europea en el Tribunal Constitucional español.

Tras la inauguración de las jornadas por las autoridades académicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y del campus toledano, el Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, D. Luís M^a Díez Picazo impartió una conferencia sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materias relacionadas con la Unión Europea, en la que sistematizó el iter seguido por el Tribunal Constitucional a la hora de resolver conflictos entre el ordenamiento nacional y el ordenamiento europeo, a la par que esbozó algunas cuestiones que serían desarrolladas en conferencias posteriores.

El fallido intento de aprobar una Constitución Europea por todos los países que componen la Unión Europea y las consecuencias que su entrada en vigor hubiese tenido en nuestro ordenamiento jurídico, fueron las cuestiones objeto de diversas ponencias. Así, D. Eduardo Espín Templado, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM impartió una conferencia sobre la interrelación entre la Constitución española y europea. Por el contrario, D. Enrique Belda Pérez Pedrero, Profesor Titular de la UCLM, centró su exposición en el panorama institucional en la implantación de la Constitución europea.

Desde el mismo momento en que el derecho comunitario entra a formar parte del ordenamiento jurídico nacional, se puede plantear con relación al mismo problemas de constitucionalidad. El control de constitucionalidad del derecho comunitario, sería el núcleo de la ponencia impartida por D. Javier Donaire Villa, Profesor Titular de la Universidad Carlos III.

Cerró estas sextas Jornadas de Justicia Constitucional, el Secretario de Estado de Justicia y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III, D. Luís López Guerra

4. Otras actividades de derecho público: V Edición de los cursos de postgrado para iberoamericanos (Toledo, 11 a 27 de enero de 2005)

El antiguo Convento de San Pedro Mártir de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales volvió a ser la sede de la quinta edición de los Cursos de Postgrado para Iberoamericanos, que nuevamente tuvieron una gran acogida por el número de alumnos que recibieron.

En esta edición se ofertaron ocho programas académicos:

I. "Modalidades contractuales en la nueva economía"; dirigido por el Dr. D. Ángel Carrasco Perera, Catedrático de Derecho Civil y coordinado por la Dra. D^a. Ana Carretero García, Profesora Asociada de la UCLM.

Este programa tiene como objetivo analizar las nuevas figuras contractuales y las nuevas fórmulas de financiación resultantes de la internacionalización de

la vida pública y el rápido desarrollo de las nuevas tecnologías. Así a lo largo de diecisiete lecciones se estudiaron figuras como los contratos de garantías en la financiación de proyectos, de financiación y construcción de infraestructuras públicas, de financiación y adquisición de activos, de titulaciones de créditos; contratos sobre software, sobre Internet o de integración vertical en la distribución comercial, entre otros.

II. "Los desafíos de la propiedad intelectual en Latinoamérica y la experiencia europea"; dirigido por el Dr. D. Juan José Marín López, Catedrático de Derecho Civil y coordinado por D. José Manuel Velasco Retamosa, Profesor de la UCLM.

La finalidad de este curso es realizar una valoración de la experiencia europea en materia de protección de los derechos de la propiedad intelectual, que pueda servir de ejemplo o contraste con la realidad jurídica latinoamericana.

III. "Problemas actuales de los derechos humanos"; dirigido por los doctores D. Eduardo Espín Templado, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y Magistrado del Tribunal Supremo y D. Francisco Javier Díaz Revorio, Profesor Titular de la UCLM; y coordinado por D^a. María Martín Sánchez, profesora de la UCLM.

El presente programa realiza un completo estudio de los derechos humanos sistematizado en cuatro grandes bloques. El primero de ellos dedicado a cuestiones generales sobre los derechos humanos, como el concepto o la titularidad de los mismos. El segundo relativo al examen de los denominados derechos clásicos; el derecho a la igualdad, a la libertad, a la vida privada, a las libertades de reunión y manifestación, entre otros, quedando los "nuevos derechos y valores" para el análisis del tercer bloque en el que se incluyen el derecho a la vida en su momento inicial y final o los nuevos derechos en el campo de la comunicación y el mundo internauta. Se cierra el programa con el módulo dedicado a las garantías constitucionales para la protección y reconocimiento de los derechos.

IV. "Derecho tributario internacional: Problemas y Perspectivas"; dirigido por el Dr. D. Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la UCLM.

Como ya hemos comentado en algún otro programa académico, la internacionalización de la vida de los Estados y las nuevas tecnologías en el campo de las telecomunicaciones tienen una incidencia directa en diversos campos jurídicos y el ámbito tributario y financiero no es una excepción. Por ello, este curso va a realizar un análisis de cuestiones como el derecho tributario internacional y la doble imposición; la planificación fiscal internacional o la tributación en el ámbito internacional.

V. "Derecho de las sociedades de capital: Tendencias de reforma"; dirigido por el Dr. D. Javier Juste Mencía, Catedrático de Derecho Mercantil de la UCLM y coordinado por D. Francisco Martínez Segovia.

El presente curso realiza un examen detenido del régimen jurídico de las sociedades de capital; incluyendo el estudio de las sociedades anónimas y limitadas.

VI. "Problemas actuales de la investigación y la prueba en el proceso"; dirigido por el Dr. D. Nicolás González-Cuellar Serrano, Catedrático de Derecho Procesal de la UCLM y coordinado por la Dra. D^a. Ágata M^a. Sanz Hermida.

A lo largo de veintisiete lecciones se analizaron nuevos métodos de investigación y prueba y los problemas que esto puede plantear en relación con las garantías propias de un Estado de Derecho, como es el Estado español.

VII. "Derecho, Estado social y globalización"; dirigido por los doctores D. Jerónimo Betegón Carrillo, Catedrático de Filosofía de Derecho de la UCLM y D. Antonio Baylos Grau, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la UCLM; y coordinado por los doctores D^a. Rosario Gallardo Moya, profesora titular de Derecho del Trabajo de la UCLM y D. Santiago Sastre Ariza, profesor titular de Filosofía del Derecho de la UCLM.

Al igual que ha ocurrido en ediciones anteriores la área de Derecho del Trabajo y de Filosofía del Derecho de manera conjunta analizaron en el mencionado curso las influencia de las nuevas sociedades globalizadas en la configuración del Estado social, a través de tres módulos; I. Globalización y Estado social; II. Globalización y Derecho del Trabajo y III. Igualdad, Democracia y Derechos Sociales.

VIII. "Protección jurídica del medio ambiente, flora y fauna. Ordenación del territorio y patrimonio histórico"; dirigido por los Catedráticos de Derecho Penal, D. Luis Regis Prado y D. José Ramón Serrano-Piedecasas; y coordinado por el doctor D. Rubén Serrano Lozano, profesor Asociado de la UCLM.

Afortunadamente cada vez se es más consciente de la importancia del medio ambiente y evidentemente de la necesidad de su protección. A esta inquietud responde este programa académico estructurado en tres bloques: Una parte general, en la que se realiza un análisis del concepto de medio ambiente y de sus modelos de tutela. Una parte especial, relativa al estudio de los tipos delictivos en relación con el medio ambiente y un último bloque relativo a la protección del medio ambiente en el ámbito internacional.

IV. CRÍTICA DE LIBROS

SUMARIO

- **Enrique Belda Pérez-Pedrero**, “*Las constituciones de Francia, de José Manuel Vera Santos*”

**LAS CONSTITUCIONES DE FRANCIA,
DE JOSÉ MANUEL VERA SANTOS**

Enrique Belda Pérez-Pedrero
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha
Vocal del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

VERA SANTOS, JOSE MANUEL:

Las Constituciones de Francia

Tirant lo blanch, textos legales, Valencia, 2004.

691 págs.

Jose Manuel Vera Santos ha realizado un buen trabajo en "*Las Constituciones de Francia*" (Tirant lo blanch, textos legales, Valencia, 2004).

Vera Santos es profesor titular de derecho constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos, de Madrid. Pero en esta publicación de las Cortes de Castilla-La Mancha hay que destacar su origen *fernanduco*. Nació en Fernancaballero, Ciudad Real, a mediados de los años sesenta, y desarrolló sus estudios para obtener la licenciatura de derecho, en Madrid. Su vinculación con el derecho político y constitucional se produce bajo el magisterio de uno de los más prestigiosos juristas especializados en la materia, el Profesor **Manuel Jiménez de Parga y Cabrera**, Catedrático de derecho constitucional en la Universidad Complutense y Presidente Emérito del Tribunal Constitucional. Su consideración académica viene progresando paralelamente con su dedicación a la organización universitaria, ya que ostenta desde hace varios años el vicerrectorado de la Universidad madrileña a la que pertenece.

Vera Santos sigue de cerca la vida institucional y política de nuestra Comunidad (y por supuesto de su propio municipio al que se siente vinculado permanentemente por su familia), colaborando en varios eventos organizados por la universidad regional y por las Cortes de Castilla La Mancha, tratando diversos problemas de derecho autonómico en las ya consolidadas jornadas de derecho de Cuenca, que a finales de cada invierno se desarrollan en la Facultad de Ciencias Sociales de esa ciudad, gracias al mismo aporte benefactor que hace posible la publicación que tenemos en las manos.

Su presentación a la Comunidad Académica tras su doctorado, además de por una serie de publicaciones más breves, se produce con un estudio sobre el Senado, donde propone una serie de reformas que en la actualidad cobran más protagonismo que en el momento de publicarse, por el debate sobre la naturaleza de esta institución. Entre otras cosas, proponía la incorporación de personas "notables", tras una sólida tesis que justifica la aportación positiva en una Cámara de segunda lectura o reflexión, de las figuras extrarepresentativas, cuando ya existe un sólido entramado de asambleas electas bajo la representatividad

y la proporcionalidad, y el Senado no parece llamado a repetir con su composición finalidades ya encomendadas constitucional o estatutariamente a otros foros.

También es el profesor **Vera** señalado por la Academia como docente preocupado en la elaboración de sus materiales, por ser firmante de un completo manual de la editorial Tecnos, de carácter introductorio y generalista, que se presenta como un elemento de aproximación a la materia, ideal para su seguimiento en programas de estudio de licenciaturas o diplomaturas jurídicas. En definitiva, nuestro paisano es una persona entregada a su trabajo y a la repercusión social del mismo.

Con estos antecedentes humanos y académicos, comprenderán que la crítica del libro que les sugerimos se presente como positiva. **Vera Santos** está acercando con *Las Constituciones de Francia*, el conocimiento de unos textos básicos para comprender el carácter y evolución de varias de las instituciones jurídicas recogidas en el constitucionalismo histórico español y desde el mismo, de figuras asimiladas y actualizadas en la Constitución española de 1978. Su compilación excede lo meramente divulgativo puesto que se acompaña de una labor investigadora de introducción, comentario, encuadración histórica y valoración. Este es sin duda, el valor que aporta y que anima a recomendar su consulta a todos los estudiosos de las bases del derecho continental en general, y del español en particular.

Tras un completo y atinado prólogo del Catedrático de derecho constitucional **Pedro J. González-Trevijano**, **Vera Santos** expone sus objetivos y presenta las credenciales bibliográficas de su obra, como parece oportuno en una compilación comentada. La presentación formal de cada uno de los textos franceses, se antecede de una cronología básica y de un estudio preliminar. El orden de inserción y estudio de los textos facilita su seguimiento al hacerlos coincidir con las etapas más aceptadas por la historiografía. Así, se pueden consultar sucesivamente *Las constituciones revolucionarias* (1789-1795), que incluye las Declaraciones y Cartas de 1789, 1791, 1793 y 1795; *las constituciones del Imperio* (1799-1815), con los textos de 1799, 1802, 1804 y 1815; las Normas de *la Monarquía Parlamentarista* (1814-1830), con la Constitución de 4 junio de 1814 y la Carta Otorgada de 1830; *La II República* (Constitución de 1848); *las constituciones del II Imperio* (1852 y 1870); del *Régimen Provisional* (leyes de

1871 a 1873); *la Tercera República* (Leyes Constitucionales de 1875, 1879, 1884 y 1926); los *Regímenes Transitorios* (textos y proyectos de la Francia Libre y del régimen de Vichy); *la IV República* (Constitución de 1946); y *la V República* (Constitución actual de 1958).

Desde el punto de vista de un modesto comentario, y con las limitaciones de espacio de este formato, es preciso invocar de los textos constitucionales y de las reflexiones del autor, la razonable conclusión acerca de la riqueza jurídico-institucional del derecho público de nuestro país vecino. Todas las influencias que recibimos en nuestra actual Constitución en materia de derechos tienen, en primer o segundo grado, una base francesa, tamizada por la estructuración y actualización que otros sistemas, como el alemán, han podido añadir (y mejorar). En otros aspectos estructurales de organización territorial, gubernamental y judicial, la esencia francesa ha sido una constante de nuestra trayectoria constitucional.

Los momentos de convergencia histórica de España y Francia, especialmente a lo largo del s. XIX han puesto en evidencia esa cercanía jurídica: el Estatuto de Bayona, la Constitución de Cádiz o la Constitución de 1845, son muestra de ello. Los distintos caminos históricos conforme avanzaba el siglo XIX marcaron las diferencias en la conformación de las organizaciones del Poder Político (piénsese que a pesar de las coincidencias de ciertas etapas revolucionarias, como la de 1870-74 en Francia, 1868-1874, en España, los caminos desembocan en soluciones diversas (III República en Francia, Restauración canovista en España), pero siguieron alumbrando amplias parcelas del derecho, especialmente Civil y Mercantil. Es claro que, al respecto, el distanciamiento definitivo de destinos (hasta llegar a la Unión Europea) tampoco impidió que la extraordinaria obra en el campo del derecho administrativo de nuestros vecinos, influyese decisivamente, durante todo el s. XX, en esta disciplina y con ello en los comportamientos administrativos de nuestro país.

De cualquier manera, la dinámica de reacciones y avances que caracterizó los dos últimos siglos la vida institucional de ambos países, fue notablemente distinta: por ejemplo, los períodos de equilibrio ante la preponderancia de las fuerzas revolucionarias y las conservadoras, han brillado por su ausencia en la historia contemporánea de España.

Desde un punto de vista científico, para ir terminando, la omnipresencia de la doctrina alemana e italiana en los últimos años, ha sido compatible con la magnífica aportación de los clásicos y los recientes autores del Derecho Público francés, del s. XX. Desde los "padres" **Houriou, Carre De Marlberg, Barthélemy y Duez, a Deslandres, Trotabas, Prélot, Vedel, Burdeau, Pactet o Duverger**. Algunos investigadores españoles siguen subrayando los sólidos enlaces entre los constitucionalismos de Francia y España cuando tienen ocasión. Poner como ejemplo los estudios de **Jiménez de Parga, Sánchez Navarro o Tenorio Sánchez**.

Finalmente, hay que felicitar no sólo al autor sino también a su colaboradora en la edición, la doctora **Esther González Hernández**, que además se está vinculando a Castilla-La Mancha por su participación en varios proyectos de investigación científica auspiciados desde la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo.

**LA GUERRA Y EL DERECHO EN EL
IV CENTENARIO DE EL QUIJOTE, ARMAS Y LETRAS**

María Elena Rebato Peño
Profesora Asociada de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

La celebración del IV Centenario de la publicación de la Primera Parte de El Ingenioso Hidalgo D. Quijote de La Mancha supone, sin duda alguna, una magnífica ocasión para realizar una relectura de esta magna obra, que nació inicialmente como un ataque directo, una sátira de las novelas de caballería y se convirtió en la mejor novela de caballería de todos los tiempos, según los críticos literarios.

Nunca antes de la edición del libro "La Guerra y el Derecho en el IV Centenario de El Quijote: Las Armas y las Letras", creo que se había puesto tan de manifiesto la necesidad de reflexionar acerca de la justicia y la fuerza, las armas y el Derecho, la paz y la guerra; reflexiones todas ellas realizadas tomando como base el famoso Discurso de las Armas y las Letras establecido en los capítulos 37 y 38 de la Primera Parte del Quijote.

Es por ello, que quiero destacar desde el primer momento lo acertado de la iniciativa impulsada por el Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha, y en concreto por su presidente José Sanroma Aldea, de organizar unas Mesas de Reflexión y un Foro, moderado por Francisco J. Díaz Revorio, profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla- La Mancha, desde el que desgranar todas las reflexiones mencionadas con anterioridad. Todas estas ideas, puntos de vista, opiniones y consideraciones llevadas a cabo en las mencionadas Mesas de Reflexión, junto a los artículos recibidos en el foro armas y letras (www.foroarmasyletras.com), dan cuerpo a la publicación objeto de comentario.

¿Quién iba a decir al hidalgo Alonso Quijano, El Bueno, que sus locuras de caballero andante iban muchos años después a seguir siendo recordadas y hasta utilizadas para resolver interrogantes que surgen en la actualidad? Seguro que ni el misterioso Cervantes, de cuya vida personal se conocen únicamente retazos, imaginó nunca que su héroe o mejor dicho que el "antihéroe" que el pretendió crear se convertiría siglos después en un espejo en el que se ven o quieren verse reflejados grandes personalidades del mundo actual.

En la publicación colectiva que se nos muestra, se pueden diferenciar claramente hasta cuatro bloques, en función del tema de las conferencias y los artículos que aparecen en la obra, y que surgen todos ellos a partir de la disertación del caballero andante sobre las armas y las letras; aunque bien es cierto que la diferenciación temática realizada no sigue la sistemática de la obra, que estruc-

turalmente tiene cuatro grandes apartados. El primero relativo al sentido y balance del debate, el segundo compuesto por las conferencias y disertaciones de las mesas de reflexión, el tercero denominado apéndices, constituido por una reproducción del discurso de las Armas y las Letras en el Quijote, los artículos del foro "Armas y Letras", y documentación como la Carta de las Naciones Unidas, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional o La Ley de la Defensa Nacional; así como cuadros estadísticos relativos a la sociedad española y las Fuerzas Armadas o a las operaciones de mantenimiento de la paz realizadas por la ONU.

Pero, bajo esta estructura tan sistemática creo que subyace una división temática a la que creo que es adecuado hacer referencia.

Así, el primero de los bloques temáticos lo constituirían aquellos artículos de esta completa obra que se centran fundamentalmente en un comentario de la novela; bien destacando algunos aspectos como la libertad y el orden en el Quijote y su aplicación en el siglo XXI (*"Libertad y Orden en El Quijote: reflexiones para el siglo XXI"* por Ana Palacio); bien refiriéndose a cómo D. Quijote se armó caballero, según las normas y reglas de caballería por él conocidas a través de sus lecturas de Amadís de Gaula y Tirante El Blanco (*"Los Modelos de Don Quijote, caballero andante"* por Rosa Navarro Durán) o simplemente recordando las enseñanzas que se derivan de algunos de los episodios y andanzas más famosas del enjuto hidalgo, como la vela de las armas (*"De la vela de armas a la venta de los encuentros. Reflexiones sobre la vigencia de un discurso"* por Gustavo Suárez Pertierra); o la liberación de los galeotes (*"La fuerza no legitima. Derecho, fuerza y legitimidad en el episodio en el que Don Quijote de La Mancha libera a unos galeotes"* por Jose M^a Espinar Vicente).

El segundo de los bloques lo constituirían aquellos comentarios y notas realizados en torno a la vida y obra del autor de las aventuras y desventuras del famoso caballero andante, D. Quijote de La Mancha, D. Miguel de Cervantes Saavedra (*"Armas y letras en la blogosfera. Un balance sobre el uso de las metáforas cervantinas en el debate social sobre la guerra"* por David de Ugarte y Natalia Fernández). No cabe duda de que debajo de la imaginación o locura de D. Quijote se observan hazañas y andanzas seguramente vividas por el *"manco de Lepanto"*. No hay que olvidar que D. Miguel de Cervantes Saavedra, fue un hombre de armas, que combatió en numerosas batallas y que pasó varios años de cautiverio en Argel, circunstancia esta última que sin duda alguna dejaron huella en él.

Sin duda alguna, la labor llevada a cabo por el Consejo Consultivo de Castilla- la Mancha, se vería incompleta, si en ella no se contara con estudios que se refiriesen al autor de esta magna obra, a su vida y cómo ello influyó en las andanzas del hidalgo-caballero, no hay más que ver por ejemplo como se relata la historia del cautivo Pérez de Viedma, que recuerda, sin duda alguna a su cautiverio en Argel. De este modo se hace referencia, entre otros aspectos a la justicia y los jueces en la vida y obra de Cervantes, ("*La justicia y los jueces en la vida y en la obra de Cervantes*", por Rafael de Mendizábal Allende) a su relación con el mundo musulmán ("*Cervantes, el mundo musulmán e Irak*" por Daniel Eiesenberg) o a su condición de soldado ("*Miguel de Cervantes: un soldado del siglo XXI*" por Félix Sanz Roldán.)

Pero en mi opinión, el bloque temático que constituye el núcleo de esta obra colectiva por lo que aporta y sugiere al lector y que por tanto merece ser el más destacado, es el conformado por las distintas conferencias y artículos que traducen el Quijote al siglo XXI, trasladan sus enseñanzas y moralinas y las comparan con figuras del mundo actual. Tal y como se dirá a continuación, en función del ámbito cultural en el que nos encontremos identificaremos El Quijote con la generosidad y la lucha por la justicia o bien con la locura y la sinrazón.

Al lector de esta publicación colectiva quizás le sorprenda como a mí ver como tal y como pone de manifiesto la introducción a la publicación se ha cometido la osadía de comparar al noble caballero andante, con uno de los terroristas islámicos más buscados Ben Ladem, o incluso con el presidente norteamericano George Bush, adalid venido a menos de los derechos humanos en el mundo occidental, aunque con respecto a este último hay que destacar una valiente aportación, por manifestar un sentir minoritario en la sociedad actual, del hoy miembro del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha, D.Enrique Belda Pérez-Pedrero, en defensa o mejor dicho en contra de satanizar la actuación de los Estados Unidos en los conflictos bélicos y la figura del presidente.

También son numerosos los artículos de esta publicación que parecen encontrar una conexión directa entre el enjuto y noble caballero y organizaciones como las Naciones Unidas y más concretamente con su Secretario General. En esta ocasión, creo que la comparación efectuada por el profesor Fernández Tomás en su conferencia ("*Los Secretarios Generales de la ONU, ¿Quijotes de hoy?*") es sumamente acertada. En la actualidad los Secretarios Generales de la

ONU, al igual que el Quijote luchan por "desfacer entuertos" y están legitimados para emprender acciones en defensa la paz o de los derechos de los más débiles. Pero al igual que éste a veces sus aventuras fracasan y deben dar media vuelta a lomos de su caballo Rocinante y sin un fiel escudero como Sancho Panza. También al igual que D. Quijote, pueden despertar recelos en los gobernadores de otras "ínsulas", que se ven desplazados y subordinados por un "enajenado" Secretario General. Pero, ¿acaso no es esto lo que subyace en las actitudes de los presuntos amigos y familiares del hidalgo Alonso Quijano, bajo la excusa de defender al caballero de su propia locura, cuando en realidad lo que quieren mantener es su indeseable realidad? ¿Acaso no puede considerarse la quema de los libros del hidalgo, el triunfo de la violencia de las armas, frente a las letras y al derecho? En la actualidad también se está intentando quemar en la hoguera de las vanidades la legitimidad del propio Secretario General.

Son frecuentes también las disertaciones en este bloque temático acerca de las posibles respuesta a dos preguntas clave que se derivan del propio discurso de las armas y las letras. ¿Se puede hacer justicia sin una fuerza que la respalde?; ¿Es posible extender la libertad, la democracia, los derechos humanos y la seguridad mediante la aplicación de la fuerza? En definitiva el eterno dilema entre las armas y las letras; la guerra y el derecho. A esta disertación se entrega sin reservas el moderador del foro, destacando como toda fuerza tiene detrás siempre un importante respaldo normativo, al tiempo que pasa de puntillas, probablemente para sugerir al lector y despertar en él una reflexión posterior sobre el concepto de derechos universales qué debe imponerse, pero ¿incluso a través de las armas, que pueden acabar con otros derechos humanos tan universales como el de la vida?

¿Cuándo es lícito utilizar la fuerza? Hay un pasaje del Quijote, que aparece en varios de los artículos de esta publicación, donde D. Quijote determina cuáles son las ocasiones en que se está legitimado para ir a la guerra. *"Los varones prudentes, las repúblicas bien concertadas, por cuatro cosas han de tomar las armas y desenvainar las espadas, y poner a riesgo sus personas, vidas y haciendas: la primera por defender la fe católica: la segunda, por defender su vida, que es de la ley natural y divina: la tercera, en defensa de su honra, de su familia y hacienda: la cuarta, en servicio de su rey, en la guerra justa"*(II, 27). Pero, ¿cuáles son hoy las guerras justas? ¿Acaso la guerra de Irak para liberar al mundo de un dictador como Sadam Hussein, es justa; o la guerra de Afganistán

para acabar con los refugios de terroristas islámicos que siembran el terror en el mundo occidental, sobre todo tras los sangrientos atentados llevados a cabo por los islamistas contra las Torres Gemelas en Nueva York, o en el metro de Londres, o en la estación de tren de Madrid?

Yo no conozco, ni aspiro a ello, la respuesta, pero la lectura de la obra que tengo en mis manos me hace cuestionarme este y otros interrogantes que existen en la actualidad. ¿Es la filosofía quijotesca, la primacía de las armas sobre las letras, defendida por el caballero andante más universal, aplicable a las nuevas formas de guerra existentes en la actualidad? El terrorismo es en el mundo actual la primera amenaza con la que nos encontramos, el molino de viento con el que esta vez han de enfrentarse todos los Quijotes que aun quedan, gigantes reales en esta ocasión y no imaginarios como en la obra cervantina, tal y como refleja D. Esteban Beltrán Verdes en su conferencia "*¿Hoy cuáles son los molinos de viento?*". Hará falta mucho valor y muchas letras bajo las armas para hacer frente a esta nueva batalla y no acabar magullado como D. Quijote, que no se quejaba del dolor "*porque no es dado a los caballeros andantes quejarse de herida alguna, aunque se le salgan las tripas por ella*".

Hoy no vivimos en un mundo más seguro, tal y como reconoce en su artículo Suarez Pertierra. La amenaza terrorista requiere respuestas distintas a las convencionales, ya que en esta nueva guerra no existen ni valores ni reglas subyacentes. Desafortunadamente no existe un manual, unas normas como las de los caballeros andantes, que a cada momento consultaba nuestro bondadoso hidalgo, para saber si su conducta se ajusta al mismo, que nos permita hacer frente a la amenaza terrorista, sobre todo al terrorismo que incluye un factor religioso, como por ejemplo la lucha por la defensa del Islam y de sus valores. Tal y como diría nuestro caballero, "*en esta nueva aventura, amigo Sancho*", carecemos de reglas, lo cual no es óbice, para que desde la otra parte aprovechemos esa carencia normativa de esta nueva guerra no convencional para ser nosotros también vulneradores de derechos fundamentales de estos presuntos terroristas, como por ejemplo el derecho a la libertad o el derecho a la vida y a la integridad física.

Para concluir, diremos que una de las mayores aportaciones de esta publicación es que mostrará a todos los afortunados lectores que la tengan en sus manos, la vigencia del Quijote y de sus reflexiones hoy en día. Hacemos por tanto nuestras las palabras de Rafael De Mendizábal Allende cuando afirma que "*El*

Quijote es una novela oceánica, un universo, ordenado como un barroco retablo donde aparecen todos los temas y todos los personajes del mundo, cuyo protagonista colectivo es la humanidad, según se muestra en la sociedad española del siglo XVII trascendida en el tiempo y en el espacio".

Por ello, las aventuras del Ingenioso Hidalgo Don Quijote de La Mancha, son algo más que literatura, de ahí su vigencia en la actualidad y lo adecuado de obras como la comentada; y "*disculpenme vuestas mercedes*" si más que un comentario estas páginas han sido una reflexión realizada desde por y gracias a esta obra "*La Guerra y el Derecho en el IV Centenario de El Quijote: Armas y Letras*".

Dep. Legal: TO-984-2000
ISSN: 1139-0026
Edita: Cortes de Castilla-La Mancha
Diseño: Jer Publicidad
Impresión: Da Vinci

